

# O DIREITO

Ano 153.º (2021), I

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 153.º (2021), I

Diretor: JORGE MIRANDA

## *Fundadores*

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

## *Antigos Diretores*

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

## *Diretor*

Jorge Miranda

## *Diretores-Adjuntos*

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

## Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

[editora@almedina.net](mailto:editora@almedina.net)

Publicação: quatro números anuais

Tiragem: 120 exemplares

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

Número avulso € 20,00

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Execução gráfica: DPS – Digital Printing Services, Lda.

MLP – Quinta do Grajal

Venda Seca, 2739-511 Agualva Cacém

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

## ÍNDICE

Editorial. . . . .	5
DOCTRINA	
EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA <i>O enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano . . . . .</i>	9
FERNANDA DUARTE MARQUES <i>O contrato de locação e as fronteiras de qualificação: em especial, a natureza jurídica da locação financeira . . . . .</i>	29
GIOVANNA CANELLAS <i>A transmissão da posição contratual por morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano habitacional . . . . .</i>	69
HENRIQUE SBRISSIA <i>A cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano . . . . .</i>	103
PARECERES	
JORGE MIRANDA <i>Cooperativas e Crédito Agrícola Mútuo . . . . .</i>	153
ATUALIDADE	
RÚBEN RAMIÃO <i>Uma breve reflexão sobre a eutanásia. . . . .</i>	181
RICARDO MARCOS <i>Donald Trump, O “Príncipe” ou o Anti-Maquiavel? . . . . .</i>	193
POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS	
Critérios de publicação . . . . .	219



## EDITORIAL

O ano de 2020 foi dramaticamente assinalado, à escala mundial, pela pandemia provocada pelo vírus Covid 19, com milhões de pessoas infetadas e muitos milhares de mortos. Ela continua em 2021.

Em Portugal teve de ser decretado, pela primeira vez desde 1978, o estado de emergência por períodos sucessivos e têm sido adotadas medidas de proteção da saúde e de proteção civil, mas sem conseguirem por vezes resultados satisfatórios. Nem sempre têm sido respeitados os direitos das pessoas e o princípio fundamental da boa-fé. Tal como agora, iniciada a fase da vacinação, se têm verificado aproveitamentos indevidos.

Alguns casos têm chegado aos tribunais, inclusive ao Tribunal Constitucional.

Os juristas teóricos e práticos de todas as áreas não têm, por isso, deixado de estar atentos e de procurar responder com reflexão e análise ao desenvolvimento dos problemas com vista a soluções razoáveis e equitativas. *O Direito* não estará ausente desse estudo e debate.



# DOCTRINA





## *O enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano*

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA\*

*SUMÁRIO: 1. Da submissão das normas ao Direito Internacional ao princípio de constitucionalidade: 1.1. Fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade das normas do Direito Internacional; 1.2. Fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional. 2. Conclusão. Referências bibliográficas.*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objecto de estudo “O enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano”, faz uma análise em torno do valor jurídico e da posição hierárquica do Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana, face ao princípio da constitucionalidade e, por conseguinte, aferi a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade das normas de direito internacional no ordenamento jurídico moçambicano. Portanto, com a presente reflexão pretende-se responder fundamentalmente a duas questões: a primeira prende-se em saber se, as normas do direito internacional estão sujeitas ao princípio de constitucionalidade e a segunda, se as normas do direito internacional são passíveis de fiscalização da constitucionalidade no ordenamento jurídico moçambicano.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controlo, Fiscalização, Direito Internacional, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Constituição.

\* Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano, Docente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e Universidade Católica de Moçambique (macuacua.edson@gmail.com).

**ABSTRACT:** The present article aims at studying the International Law framework in the Mozambican Constitutional Law. The work makes analysis regarding the legal status and, hierarchical position of the International Law in Mozambican Legal Law in view of Constitutionality principle and, thus, assess the possibility of surveillance of International Law Norms Constitutionality in the Mozambican Legal Order. Therefore, the present discussion is meant to basically answer to two questions: the first is, put to measure whether the International Law Norms are subject to Constitutionality Principle, and second, whether the International Law Norms are liable to Constitutionality oversight in the Mozambican Legal Order.

**KEYWORDS:** Management, Reviewing, International Law, Constitutionality, Unconstitutionality and Constitution.

## 1. **Da submissão das normas ao Direito Internacional ao princípio de constitucionalidade**

De acordo com o disposto no artigo 3 da Constituição da República, a República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Um dos meios de garantia e materialização do Estado de Direito e dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão consiste no controlo da Constitucionalidade dos actos dos órgãos do Estado.

Como forma de assegurar a supremacia da Constituição e a constitucionalidade dos actos do poder político, a Constituição da República, estabelece no n.º 3 do artigo 2 que o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade e no número 4 da mesma disposição constitucional estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

Em face do disposto no supracitado n.º 4 do artigo 2, no presente artigo compreender, se ao se estabelecer que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas de ordenamento jurídico, estariam também incluídas as normas do direito internacional em vigor na ordem jurídica moçambicana? Ou seja as normas de direito Internacional recebidas na ordem interna fazem também parte do ordenamento jurídico moçambicano?

A propósito da resposta a questão supra suscitada, Filomeno Rodrigues, afirma que, “obviamente que dizendo o n.º 1 do artigo 18 da Constituição que «os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem Jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto

vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique» e reforçado pelo disposto no n.º 2 da mesma disposição constitucional que estatui que «as normas de direito internacional tem na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção» não descortinamos como possa haver fiscalização preventiva da legalidade desses tratados e acordos. Além das questões de responsabilização do Estado que assume compromissos internacionais, para posteriormente fiscalizar a sua legalidade.”<sup>1</sup>

Continua Filomeno Rodrigues, afirmando que, “a este respeito Fernando Lourenço Bastos aponta a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 214 (Inconstitucionalidade) da CRM determina que «[n]os feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”, sem que seja feita qualquer referencia a “normas internacionais” ou a fontes de Direito Internacional.<sup>2</sup>No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 245 (solicitação de apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da inconstitucionalidade das leis e da ilegalidade dos demais actos normativos.<sup>3</sup>

Refere ainda Filomeno Rodrigues “ que a posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da Constitucionalidade, que seria o mecanismo mais adequado para fazer respeitar o posicionamento infraconstitucional do Direito Internacional na ordem Jurídica moçambicana.”<sup>4</sup> No n.º 1 do artigo 246, com efeito, a sua utilização está limitada ao direito interno, na medida em que se estabelece que o “Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.<sup>5</sup>

Embora considere que não há uma previsão constitucional para a fiscalização preventiva do Direito Internacional, Filomeno Rodrigues, reconhece que “a fiscalização preventiva do direito internacional, seria também propor-

<sup>1</sup> FILOMENO RODRIGUES, *A Justiça Constitucional Moçambicana: Um breve olhar sobre a Jurisprudência do Conselho Constitucional*, 2017, P. 169-170.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Idem.

cionadora de um debate alargado sobre as opções do Estado Moçambicano no panorama internacional, cujos instrumentos muitas vezes são ratificados, sem o devido envolvimento dos cidadãos.<sup>6</sup> Esta omissão também constitui um factor construtivo da “quase completa “ inércia da Justiça Constitucional Moçambicana, que passados 25 anos necessita de um revigorar de forças na constituição do Estado de Direito Democrático.<sup>7</sup>

Não perfilhamos o mesmo entendimento que julgamos, de que a expressão ordenamento Jurídico, não abranje as normas do DIP, pois o ordenamento Jurídico é uma unidade sistemática e integrada que é constituída por um conjunto de normas (e não somatório), provenientes de uma pluralidade de fontes, desde as supra-estaduais (supranacionais), aos estaduais (emanadas pelos órgãos do Estado-administração) e de fontes intra-estaduais (órgãos de governação descentralizada, autarquias locais, e outras pessoas públicas dotadas de poder normativo).

Neste contexto, entendemos que as normas de direito internacional em vigor na Ordem Jurídica Moçambicana, fazem parte do ordenamento jurídico nacional desde que estejam devidamente acolhidas na ordem jurídica interna e vinculem internacionalmente o Estado moçambicano. A este propósito, foi feliz o legislador Constituinte Português ao consagrar expressamente no n.º 1 do artigo 8 que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. Neste sentido julgamos que ainda que não esteja expressamente previsto na Constituição da República de Moçambique, as normas de direito internacional, uma vez acolhidas, incorporadas e integradas, fazem parte do ordenamento jurídico nacional e por conseguinte estão sujeitas ao controlo da constitucionalidade, como um dos mecanismos de garantia da integridade, coerência, harmonia e da unidade do ordenamento Jurídico.

Neste sentido, concordamos com Francisco Pereira Coutinho, quando defende a posição de que as normas de direito internacional integram a ordem jurídica moçambicana e tornam inaplicáveis de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor quaisquer normas constantes de actos legislativos anteriores que lhes sejam contrárias e o inverso também ocorre: normas previstas em actos legislativos afastam, desde o momento da sua entrada em vigor, a aplicação de normas internacionais anteriores que lhes sejam contrárias, embora esta opção do legislador constituinte moçambicano tenha um grau máximo de

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

risco de violação do princípio de direito internacional *pacta sunt servanda* (artigo 26 da Constituição de Viena sobre Direito dos Tratados).<sup>8</sup>

No mesmo diapasão, Fernando Loureiro Bastos, entende que o legislador constituinte moçambicano ao empregar a expressão “normas de direito internacional”, em contraponto a “tratados e acordos internacionais” pretende abranger, em termos genéricos, todas as fontes de Direito Internacional existentes. Nestes termos, afirma Fernando Loureiro Bastos, Moçambique reconhece a potencialidade da incorporação na sua ordem interna das “normas internacionais” que possam ser encontradas no Direito Internacional, nomeadamente em costumes internacionais, em tratados, em acordos internacionais e em actos de direito derivado emitidos no âmbito das organizações internacionais de que seja membro.<sup>9</sup>

Entendemos pois que as normas de direito internacional, assumem um valor infraconstitucional e estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, e conseqüentemente são passíveis de controlo da sua constitucionalidade, pois como afirma Jorge Bacelar Gouveia, do ponto de vista de protecção da ordem Constitucional, o que é também, designado na esteira da respectiva expressão francesa, por “bloco da constitucionalidade, a fiscalização da constitucionalidade assume-se como total, pois que tudo o que ali se integra-os princípios e as normas constitucionais – serve de parâmetro aferidor do respectivo juízo Jurisdicional”.<sup>10</sup>

Que assim é, confirma-o a presença de dois preceitos constitucionais, que unanimemente apontam no sentido da coincidência do parâmetro da constitucionalidade com o bloco da constitucionalidade<sup>11</sup>:

- A formulação do princípio da constitucionalidade: “As normas Constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico”;

<sup>8</sup> FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 239.

<sup>9</sup> FERNANDO LOUREIRO BASTOS, *O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007*, texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www.fd.ulisboa.pt](http://www.fd.ulisboa.pt), consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>10</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 542.

<sup>11</sup> Idem.

- A proibição de os tribunais aplicar normas inconstitucionais: “Nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”.

### 1.1. *Fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade das normas do direito internacional*

De acordo com o disposto no artigo 213 da Constituição da República, “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição. “ Poderão os tribunais, à luz do supra exposto (no artigo 213 da CRM), recusar a aplicação de normas do direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade? Estarão as normas de direito internacional abrangidas na amplitude e extensão do conceito de leis ou princípios que ofendam a Constituição? Serão as normas do direito internacional passíveis de fiscalização concreta da Constitucionalidade?

A Constituição da República não prevê literalmente a possibilidade de submissão das normas de direito internacional à fiscalização concreta da Constitucionalidade.

Será que o facto de a Constituição da República de Moçambique, não conter textualmente uma disposição atinente a previsão da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas de direito internacional, significa a inadmissibilidade de fiscalização concreta das normas de direito internacional?

Não perfilhamos, a este respeito, da posição defendida por Fernando Loureiro Bastos, segundo a qual não é possível a fiscalização da constitucionalidade das normas de direito internacional, por falta de previsão constitucional. Com efeito, Fernando Loureiro Bastos refere que, “a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213 (Inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, sem que seja feita qualquer referência a “normas internacionais” ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244 (solicitação de apreciação da inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da “inconstitucionalidade das leis” e da ilegalidade dos demais actos normativos”<sup>12</sup>

<sup>12</sup> FERNANDO LOUREIRO BASTOS, *O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007,

Concordamos com a posição de Francisco Pereira Coutinho, segundo a qual, “ não parece, admissível retirar de um argumento a contrário senso uma habilitação geral para os tribunais violarem a Constituição sempre que aplicarem o direito internacional, uma vez que isso violaria o princípio da Constitucionalidade.”<sup>13</sup> Acresce que tudo leva a crer que, neste preceito da Constituição e também noutros (v.g. o n.º 1 do artigo 244), o legislador constituinte utilizou o vocábulo “leis” com o sentido material amplo de “ normas”.<sup>14</sup> Uma interpretação restritiva que circunscrevesse o alcance da disposição as “leis em sentido formal” da Assembleia da República seria contrária ao ratio desta disposição que consiste em impedir a aplicação de normas inconstitucionais nos efeitos submetidos a julgamentos.<sup>15</sup>

Neste prisma sufragamos a tese assumida por Francisco Pereira Coutinho, de que o n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique, atribui inequivocamente aos tribunais a competência para afastar normas internacionais que considerem inconstitucionais, cabendo ao Conselho Constitucional a última palavra, pois devem-lhe ser obrigatoriamente remetidas as decisões judiciais que recusem “a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade” (al. a, n.º 1 do art. 246 da CRM).<sup>16</sup>

A Constituição da República de Moçambique habilita cada juiz a tomar sozinho decisões tão delicadas como a de desaplicação da lei que repute inconstitucional nos casos concretos chamados a resolver (artigo 213 da CRM).<sup>17</sup> Reconhece-lhes também a função “de garantir o respeito pelas leis”(n.º 1 do artigo 212 da CRM) e penalizar “as violações da legalidade” (n.º 2 do artigo 212 da CRM). O bloco da legalidade a que se refere a Constituição deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a incluir o direito internacional que tenha sido incorporado na ordem jurídica interna nos termos do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique.<sup>18</sup>

p. 28, texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www.fd.ulisboa.pt](http://www.fd.ulisboa.pt), consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>13</sup> COUTINHO, FRANCISCO PEREIRA, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouceia e Francisco Pereira Coutinho (coord.), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 237.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

A aplicação do direito internacional pelos juízes moçambicanos é controlada pelo Conselho Constitucional.<sup>19</sup> A Constituição da República de Moçambique prevê um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade do direito internacional, nos termos do qual devem ser remetidas obrigatoriamente para o Conselho Constitucional: i) as decisões judiciais que afastem a aplicação de normas de direito internacional com base na sua inconstitucionalidade [al. a), n.º 1 do artigo 247 da CRM]; ii) as decisões judiciais insusceptíveis de recurso que recusem a aplicação de normas de direito internacional com fundamento na sua ilegalidade [al. b), n.º 1 do artigo 247 da CRM].<sup>20</sup>

No caso em exame, constante do artigo 213 (Inconstitucionalidade), que dita a obrigação de os juízes nos feitos submetidos a julgamento não aplicarem leis ou princípios que ofendam a Constituição, trata-se, de lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa, pois não se compreenderia que somente as leis em sentido de lei da AR, isto é acto normativo editado pelo Parlamento de acordo com o procedimento constitucionalmente prescrito, estivessem sujeitas à conformação com a Constituição da República.<sup>21</sup>

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da Constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional:

“É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas:<sup>22</sup>

- “...os tribunais não podem aplicar leis ou princípios”: mas os tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais?
- “...apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado”: mas estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

A resposta é obviamente negativa e estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da cons-

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 543.



titucionalidade do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição.<sup>23</sup>

## 1.2. *Fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional*

Em sede da admissibilidade da fiscalização sucessiva e abstracta das normas de direito internacional recebidas na ordem jurídica interna, procuramos saber se o Conselho Constitucional pode efectuar a fiscalização geral sucessiva e abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional acolhidas no ordenamento jurídico nacional?

De acordo com Francisco Pereira Coutinho, “a supremacia das normas constitucionais permanecerá meramente teórica se não existirem mecanismos efectivos de fiscalização da constitucionalidade do direito internacional”.<sup>24</sup> Ora, em Moçambique, de acordo com Francisco Pereira Coutinho, a fiscalização abstracta da constitucionalidade circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional ao controlo da constitucionalidade de normas de direito interno:<sup>25</sup> i) a fiscalização preventiva versa somente sobre leis da Assembleia da República que tenham sido enviados ao Presidente da República para promulgação (n.º 1 do artigo 162 e o n.º 1 do artigo 245 da CRM); ii) a fiscalização sucessiva apenas “pode ter por objecto quaisquer normas vigentes na ordem jurídica interna, desde que emanadas de órgãos do Estado.”

Duas questões urge suscitar face ao entendimento supra: primeiro será que o Conselho Constitucional só pode apenas fiscalizar a constitucionalidade de normas de direito interno? Segundo, será que o Conselho Constitucional só pode fiscalizar a constitucionalidade de normas emanadas por órgãos do Estado, ficando de fora as emanadas por órgãos infra-estaduais e supra-estaduais?

Num outro diapasão, Fernando Loureiro Bastos, alude à inadmissibilidade da fiscalização da constitucionalidade em decorrência da inexistência do controlo da constitucionalidade e de legalidade do Direito Internacional, apresentado a sua posição nos termos seguintes:<sup>26</sup> “a criticável opção assumida pelo

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 236.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> FERNANDO LOUREIRO BASTOS, *O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, p. 28, texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo

legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213 (inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendem a Constituição, sem que seja feita qualquer referencia a “normas internacionais ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244 (solicitação de apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da «e da ilegalidade dos demais actos normativos...A posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da constitucionalidade.<sup>27</sup>

Chegados aqui, ressaltam as seguintes questões: Será que as normas de direito internacional não podem ser objecto de fiscalização sucessiva abstracta?

Será que o facto de não estar previsto literalmente a referencia às normas de direito internacional, ficam fora da órbita das normas passíveis de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade? Este entendimento não resultará de uma interpretação meramente literal?

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da Constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional:<sup>28</sup>

“É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas:

“...os tribunais não podem aplicar leis ou princípios”: mas os tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais?

“...apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado”: mas estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

A resposta é obviamente negativa e estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da cons-

Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www.fd.ulisboa.pt](http://www.fd.ulisboa.pt), consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, p. 543.

titucionalidade, do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição.<sup>29</sup>

O n.º 1 do artigo 278 da Constituição Portuguesa dispõe expressamente que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

A Constituição Moçambicana é literalmente silenciosa quanto a admissibilidade de fiscalização da Constitucionalidade das normas de direito internacional.

Para a abordagem da questão é fundamental aferir quais são as matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade nos termos fixados pela Constituição da República?

Embora o Conselho Constitucional na prática mais se aproxime do modelo europeu de fiscalização concreta, o seu controlo é apenas de normas e assenta nas mais das vezes em ponderações e harmonizações, o que é particularmente verdade quando estão em causa restrições a direitos fundamentais e estão envolvidos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.<sup>30</sup>

Os actos normativos da alçada de fiscalização do Conselho Constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 243, do artigo 246, ambos da Constituição da República de Moçambique, e artigo 60 e seguintes, da Lei n.º 6/2006 de 2 de Agosto<sup>31</sup>, LOCC, são todos os actos normativos estabelecidos no artigo 142 da Constituição, isto é, os actos da Administração Pública, concretamente, além dos actos legislativos, os demais actos da Assembleia da República, nomeadamente moções e resoluções, os actos regulamentares do Governo, que revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e os actos do Governador do Banco de Moçambique, que revestem a forma de aviso. Neste conjunto de actos, integra-se também o decreto presidencial, forma que assumem os actos normativos do

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019, pp. 210-211.

<sup>31</sup> Boletim da República n.º 31, I Série, de 2 de Agosto, citado por LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019, p. 212.

Presidente da República, conforme o artigo 157 da Constituição da República de Moçambique.<sup>32</sup>

Do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 243 da CRM (Competências) parece delimitar-se a competência do Conselho Constitucional apenas à fiscalização da constitucionalidade das leis, enquanto os demais actos normativos estão sujeitos à fiscalização da legalidade. Porém, o artigo 246 da Constituição da República de Moçambique estabelece a obrigatoriedade da remessa ao Conselho Constitucional dos acórdãos e outras decisões com fundamento em inconstitucionalidade quando se recuse a aplicação de «qualquer norma».<sup>33</sup> O artigo 55 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, LOCC, determina, ao regular o poder de cognição do Conselho Constitucional, que «este Órgão só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada».<sup>34</sup>

A conjugação dos preceitos acima indicados suscita-nos imediatamente as seguintes questões:<sup>35</sup>

- a) Sendo que a fiscalização da constitucionalidade se limita às «leis» (artigo 243 da CRM), qual o alcance do estabelecido relativamente a «qualquer norma» (n.º 1 do artigo 246 da CRM)?
- b) Por outro lado, ao deferir a questão de constitucionalidade para o Conselho Constitucional, o tribunal *a quo* observando o preceituado no artigo 246 da Constituição da República de Moçambique, onde se faz alusão à «recusa de aplicação de «qualquer norma» com fundamento na inconstitucionalidade, poderá fazê-lo, questionando a constitucionalidade de outros actos normativos, além dos estabelecidos no artigo 142 da Constituição da República de Moçambique, ou seja, as possíveis normas poderão abarcar também normas emanadas por outros órgãos que não só os órgãos da Administração Central do Estado?
- c) Qual o sentido de lei estabelecido no artigo 213 da Constituição da República de Moçambique? Terá sido intenção do legislador constituinte sujeitar a fiscalização concreta a «quaisquer normas» na ordem jurídica, seja qual for a sua natureza jurídica?

<sup>32</sup> LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano*, 2019, p. 212.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 213.

- d) Será líquido que somente as normas de conteúdo geral e abstracto podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade?

A norma sujeita à fiscalização pelo Conselho Constitucional «aparece sob a veste de um texto, de um preceito ou disposição (artigo, base, número, parágrafo, alínea) e é a partir dessa forma verbal que ela há-de ser encontrada, através de métodos hermenêuticos.»<sup>36</sup> Contudo, o objecto de fiscalização de constitucionalidade são as normas jurídicas e não os preceitos normativos que as contêm.<sup>37</sup> Trata-se de dois conceitos que não coincidem. Uma norma sujeita à fiscalização de constitucionalidade pode resultar da conjugação de vários preceitos ou reportar-se apenas a parte de um preceito ou mesmo a um segmento ideal e um mesmo preceito pode conter várias normas.<sup>38</sup>

Embora nos pareça ser uma «contrariedade», o estabelecimento de «lei», por um lado, e de «quaisquer normas», por outro, entendemos que essa foi inequivocamente a vontade do legislador ao abarcar a vastidão de diplomas legais de que o juiz se socorre para dirimir os litígios em julgamento, que não são apenas leis.<sup>39</sup>

Este quadro legal é consentâneo com o plasmado no n.º 4 do artigo 2 da CRM (Soberania e legalidade) segundo o qual: «As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes do ordenamento jurídico». Portanto, são inadmissíveis actos normativos na ordem interna contrários à Constituição. Todas as normas contrárias à Constituição são inválidas e não podem ser aplicadas pelos tribunais e pela Administração Pública.<sup>40</sup>

Esta amplitude dos actos normativos sindicáveis, «Quaisquer normas», é reforçada pela verificação de que a indicação dos actos normativos estabelecidos no artigo 142 da Constituição da República não é taxativa – abarca apenas os actos da Administração Pública central, ficando de fora os actos normativos, por exemplo, dos municípios, no âmbito do exercício do seu poder regula-

<sup>36</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, 20058, p. 192; RUI MEDEIROS, *A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, p. 186 e ss.; ISABEL ALEXANDRE, *A norma Constitucional violada e o objecto do recurso de constitucionalidade*, Jurisdição Constitucional n.º 6, Abril-Junho 2005, AATRIC; FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, cit., p. 166, referência feita por LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, p. 214.

<sup>37</sup> LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, p. 214.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Idem.

mentar (artigo 271 da Constituição da República de Moçambique) e outros que podem ditar normas de cumprimento obrigatório na sua jurisdição.<sup>41</sup>

O controlo da constitucionalidade tem natureza estritamente normativa, incidindo a fiscalização da constitucionalidade necessariamente sobre normas, e nunca no processo constitucional como contencioso de decisões, independentemente da sua natureza. Citando Carlos do Rego:<sup>42</sup>

«Neste sentido, devido à impossibilidade de se poder sindicar da possível e directa violação de direitos fundamentais, especificamente tutelados pela Constituição por concretos actos ou decisões, *maxime do poder jurisdicional, é inexistente na ordem jurídica moçambicana, a figura do recurso de amparo ou queixa constitucional.*»

Gomes Canotilho explica no que consiste uma norma ou acto normativo, no direito constitucional português, nas seguintes linhas orientadoras: «a qualificação como norma não depende, de qualquer forma (lei, regulamento) específica, mas da sua qualidade jurídica, ou seja, da sua natureza material», e «este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à ideia de norma como: (i) padrão de comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos». Assim, «em virtude da caracterização material das normas, como padrões e regras, excluem-se do conceito de actos normativos os actos concretos de aplicação dos mesmos (actos administrativos, sentenças judiciais)».<sup>43</sup>

Elysa Vieira, debruçando-se sobre o princípio da igualdade, socorreu-se do direito português, a propósito do conceito de norma:<sup>44</sup>

«Para efeitos de controlo de constitucionalidade, a norma é entendida numa perspectiva funcional, como toda e qualquer disposição (regra de conduta ou padrão de valorização de comportamentos) contida em acto legislativo independentemente do seu conteúdo material. Ou

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> CARLOS LOPES DO REGO, *O Objecto Idóneo dos Recursos de Fiscalização concreta da Constitucionalidade: A Interpretações Normativas Sindicáveis Pelo Tribunal Constitucional*, in *Jurisprudência Constitucional*, cit., p. 4, referência feita por LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema*, 2019, p. 220.

<sup>43</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 932, referência feita por LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema*, 2019, p. 220.

<sup>44</sup> ELYSA VIEIRA, *Os Direitos Fundamentais na Perspectiva da Revisão Constitucional: Ampliação e Efectivação*, in *Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governança*, Ciedima, Maputo 2011, p. 241, referência feita por LÚCIA RIBEIRO, *Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema*, 2019, p. 221.

*seja, a norma não é perspectivada no seu sentido puramente material (enquanto preceito geral e abstracto). Nela incluem-se os preceitos de carácter individual e concreto. Nesta base, todo o preceito, quer tenha carácter geral e abstracto quer carácter individual e concreto, inserido em acto legislativo é passível de controlo pelos órgãos específicos de fiscalização. Este conceito funcional de norma parte do enquadramento da função do Tribunal Constitucional como garante da conformidade constitucional do direito infraconstitucional.»*

Já na vigência da Constituição da República de Moçambique de 2004, o Conselho Constitucional debruçou-se sobre o modo de incorporação e a posição hierárquica no esquema de fontes internas do direito internacional no acórdão n.º 04/CC/2009, de 17 de Março, proferido no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva suscitado pelo Presidente da República.<sup>45</sup>

Ao Conselho Constitucional foi pedido a pronúncia sobre a constitucionalidade de uma disposição de lei aprovada pela Assembleia da República que criava a Comissão Nacional dos Direitos Humanos e atribuía ao Presidente da República a competência para nomear o seu presidente e vice-presidente. Em causa estava, na opinião do Presidente da República, a violação do princípio da tipicidade das competências presidenciais previstas no art. 160 da Constituição da República de Moçambique.<sup>46</sup>

Em parecer remetido ao Conselho Constitucional, a Comissão de Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República argumentou que a competência atribuída ao Presidente da República para nomear o presidente e o vice-presidente da Comissão decorria directamente da «“Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos”, a qual foi objecto de “...assinatura em reservas pela República de Moçambique”».<sup>47</sup>

A ideia de que a “assinatura sem reservas pela República de Moçambique da Convenção de Paris sobre os Direitos Humanos” atribuiria competências ao Presidente da República não previstas na Constituição da República de Moçambique foi rejeitada pelo Conselho Constitucional nos seguintes termos:<sup>48</sup>

«Em primeiro lugar, a Convenção que adopta os chamados “Princípios de Paris” não impõe uma determinada forma de designação dos titulares dos órgãos

<sup>45</sup> FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 247.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

de direcção das Comissões Nacionais dos Direitos Humanos. Antes pelo contrario, sobre “Composição e garantias de independência e pluralismo” a Convenção preconiza a liberdade de critérios na opção pela forma de designação, ao prever, no seu n.º 1 que “A Composição da instituição nacional e a nomeação de seus membros quer através de eleições, ou de outros meios deve ser estabelecida de acordo com um procedimento que ofereça todas as garantias necessárias para assegurar a representação a representação pluralista...”, e, no seu n.º 3, que “A nomeação de seus membros deve ser realizado através de actos oficiais, com especialização da duração do mandato, de modo a assegurar mandato estável, sem o que não pode haver independência...” Em segundo lugar, ainda que a Convenção estabelecesse uma determinada forma de designação da qual resultasse a atribuição de competências extra constitucionais ao Presidente da República, em observância do principio consagrado no n.º 2 do artigo 18 da Constituição, tal atribuição ficara sujeita ao controlo de constitucionalidade.»

Deste acórdão do Conselho Constitucional podem ser retiradas duas conclusões sobre a aplicação do direito internacional na ordem jurídica moçambicana: i) as normas de direito internacional ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional; e ii) estão sujeitas aos mecanismos de controlo de constitucionalidade previstos na Constituição da República de Moçambique, não estando excluída a possibilidade de fiscalização incidental da constitucionalidade de normas internacionais no âmbito de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas legislativas.<sup>49</sup>

Outra conclusão que ainda pode ser inferida deste processo diz respeito ao desconhecimento que provavelmente existe entre alguns juizes moçambicanos sobre a natureza jurídica do direito internacional.<sup>50</sup> Tanto a Assembleia da República como o Conselho Constitucional aludem a uma “Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos” e a uma “Convenção de Paris sobre Direitos Humanos” que teria sido objecto de “... assinatura em reservas pela República de Moçambique”<sup>51</sup>. Acontece que tal convenção simplesmente não existe. O que existe, e foi citado pelo Conselho Constitucional são os “Princípios relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris) “, adoptados pela Resolução n.º

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Idem.



48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Dezembro de 1993<sup>52</sup>. Tratam-se, portanto, de normas de *softlaw* que não vinculam os Estados<sup>53</sup>.

Portanto, consideramos que apesar de a Constituição da República, não prever textualmente o controlo da constitucionalidade das normas de direito internacional, estas estão sujeitas, não só pela sua recepção infraconstitucional (n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique) como também em decorrência do princípio da constitucionalidade (n.º 3 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique), e do próprio sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade. Neste contexto sufragamos as conclusões de Gilles Cistac, segundo as quais:<sup>54</sup>

- Compete ao Conselho Constitucional, nos termos da alínea a) do número 1 do Artigo 181 da Constituição: “*apreciar e declarar e a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado*”, o que quer dizer que, no caso em que, uma convenção internacional contém uma cláusula contrária à Constituição da República. A primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.
- Do ponto de vista da competência do juiz interno, se ele tem o poder de não “*aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição*” (Artigo 16 da Constituição da República); pelo contrário, por um lado, se alguns “*princípios*” normativos de natureza internacional contrariam a Lei Fundamental, o juiz interno, qualquer que seja, tem obrigação de “*não aplicar*” estes princípios. Aqui também, a primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.

## 2. Conclusão

As norma de direito internacional recebidas no ordenamento jurídico moçambicano, assumem uma posição hierárquica um sobre jurídico infra-constitucional, pois, estão sujeitos ao princípio da constitucionalidade.

<sup>52</sup> UN Doc. A/RES/48/134. Uma versão em língua portuguesa desta resolução pode ser consultada aqui: [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_22/IIIPAG3\\_22\\_2.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_22/IIIPAG3_22_2.htm) (31/08/2016; 13:19), citado por Francisco Pereira Coutinho, *O Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 2008, p. 249.

<sup>53</sup> RACHEL MURRAY, *The Role of National Human Rights Institutions*, in Mash hood A. Baderin e Manisuli, citado por Francisco Pereira Coutinho, *O Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 2008, p. 249, Ssenyonjo (Eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Routledge, 2010, p. 306, citado por Francisco Pereira Coutinho, *O Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 2008, p. 249.

<sup>54</sup> GILLES CISTAC, *A questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, vol. VI, 2004, p. 49.

Em decorrência do princípio da constitucionalidade resulta que:

- *Primeiro*: as normas constitucionais prevalecem sobre todas as normas do ordenamento jurídico (n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique). Deste comando constitucional resulta que todas as normas em vigor na ordem jurídica Moçambicano, incluindo as normas de direito internacional devem estar em conformidade com a ordem constitucional, tem um valor infra-constitucional e logo podem ser sujeitas ao controlo da sua constitucionalidade, incluindo as normas de direito internacional;
- *Segundo*: nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição (artigo 213 da Constituição da República de Moçambique) o que significa que um Juiz pode recusar a aplicação de uma norma de direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade, isto é, em sede da fiscalização concreta de constitucionalidade.
- *Terceiro*: As normas de direito internacional têm na ordem Jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sala respectiva forma de recepção (n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique). Desta previsão constitucional, resulta claro que sendo as normas de direito internacional, equiparadas a actos normativos infra-constitucionais, estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, isto é, devem estar em conformidade com a ordem constitucional, sendo por isso, passíveis de controlo da sua constitucionalidade.
- *Quarto*: As normas de Direito Internacional acolhida e em vigor na ordem jurídica moçambicana são integradas na ordem jurídica moçambicana e sujeitas à fiscalização sucessiva abstracta e concreta da constitucionalidade.

Contudo, em face da globalização e da integração regional e continental, o legislador constituinte moçambicano deverá “reinventar” o conceito de soberania e do princípio da supremacia da Constituição para uma melhor integração na comunidade internacional, com a tendência crescente e irreversível, de configuração de uma ordem constitucional supra-nacional que vincula as ordens normativas nacionais, decorrência dos processos de integração regional e da globalização com o surgimento do chamado “constitucionalismo global” que põe em crise o paradigma tradicional de soberania nacional, constitucionalismo nacional e da supremacia da Constituição face à nova ordem global.

## Referências bibliográficas

- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2003.
- CISTAC, Gilles, “A questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique”, *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, vol. VI, 2004.
- COUTINHO, Francisco Pereira, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coordenação), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Os Tribunais Moçambicanos e o Direito Internacional Público*, inparpers.ss ren.com, consultado às 10 horas do dia 27 de Junho de 2020.
- CHUVA, António, “A eficácia jurídico-constitucional das normas provenientes da Organização Mundial do Comércio (O.M.C) no Direito Constitucional Moçambicano”, in: CHUVA, António e tal. *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão*. Maputo: CFJJ, 2012.
- DIMANDE, Armando César. “Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana”. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*. Vol. II, Junho de 1997.
- GOUVEIA, Bacelar Jorge, *Direito Constitucional de Moçambique*, Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2015.
- \_\_\_\_\_, *A Fiscalização concreta da constitucionalidade no Direito Moçambicano*, apresentação no seminário de Direito Constitucional, no quadro do curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da UEM, Maputo, Junho, 2009.
- HENRIQUES, Henriques José. “A europeização indirecta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula internacional”, in: CHUVA, António e tal. *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão*. Maputo: CFJJ, 2012.
- JUSTINO, Justino Felisberto, *O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana, em fiscalização concreta à luz da Constituição de 2004*, Editorial Eundza, Beira, 2018.
- LOUREIRO BASTOS, Fernando, *O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004*, Texto preparado para a Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www.fd.ulisboa.pt](http://www.fd.ulisboa.pt), consultado no dia 12 de Julho, pelas 13 horas e 30 minutos.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, 2ª edição, revista e actualizada Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Edições Almedina, Coimbra, 2017.

- MOREIRA, Vital, *O Tribunal Constitucional Português: Fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional*, Sub Judice, n.º 20-21, Coimbra, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Sistema português de fiscalização de constitucionalidade, Avaliação crítica*, Edição AAFDL, Lisboa, 2017.
- NHATITIMA, Pedro, *A Jurisdição Constitucional Moçambicana*, Maputo, 2007 (NP).
- PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2018.
- QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- RIBEIRO, Lúcia, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A Busca do Sistema*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito, UEM, Maputo.
- RODRIGUES, Filomeno, *A Justiça Constitucional Moçambicana: Um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional*, Alcance Editores, 1ª edição, Maputo, 2017.

## **Legislação**

*Constituição da República de Moçambique de 2004*, BR n.º 51, I Série, de 22 de Dezembro de 2004.

## O contrato de locação e as fronteiras de qualificação: em especial, a natureza jurídica da locação financeira

FERNANDA DUARTE MARQUES\*

*“Nature is so powerful, so strong. Capturing its essence is not easy – your work becomes a dance with light and the weather. It takes you to a place within yourself”*

ANNIE LEIBOVITZ

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Contrato de locação e as fronteiras de qualificação. 2. Contrato de locação financeira e sua configuração: 2.1. Breve excuro histórico; 2.2. Noção e denominação: 2.2.1. Noção; 2.2.2. Denominação; 2.3. Enquadramento legal; 2.4. Caracterização geral; 2.5. Especificidade da qualidade do locador financeiro e o artigo do 23.º RJCLF; 2.6. Vantagens e inconvenientes. 3. Natureza jurídica da locação financeira: 3.1. Possibilidades de qualificação na ordem jurídica portuguesa: 3.1.1. Contrato de venda a prestações com reserva de propriedade; 3.1.2. Contrato misto; 3.1.3. Contrato de mútuo e contrato de crédito; 3.1.4. Contrato de locação; 3.1.5. Contrato de locação financeira como novo tipo contratual; 3.2. Qualificação da locação financeira: análise de direito comparado (experiência espanhola): 3.2.1. Cenário legal: 3.2.1.1. Excurso histórico; 3.2.1.2. Regime legal atual; 3.2.2. Possibilidades de qualificação do contrato de arrendamento financeiro: 3.2.2.1. Contrato de locação; 3.2.2.2. Contrato de compra e venda; 3.2.2.3. Contrato de mútuo e contrato de crédito; 3.2.2.4. Outras possibilidades: contrato misto ou contrato complexo sui generis. Reflexões conclusivas.*

\* Advogada. Doutoranda em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica). Mestre em Gestão pelo Instituto Superior de Gestão. Pós-graduada em Ciências Jurídico-Administrativas pelo ICJP (FDL) e em Fiscalidade Avançada pelo IDEFF (FDL).

RESUMO: A locação é uma das figuras contratuais mais permeável a que as novas feições contratuais, ou as versões modernas de perfis contratuais consagrados, assentem nos seus moldes ou por ela sejam influenciadas, estruturalmente, nos seus contornos legais.

A qualificação desses vultos contratuais fica na fronteira entre a locação e outros tipos contratuais ou configura mesmo um novo tipo contratual.

A locação financeira é uma dessas figuras, na sua fisionomia moderna, de origem anglo-saxónica, a qual, pela sua adequação à diversidade, complexidade e dinamismo dos tempos atuais, tem revelado ser um fenómeno global de sucesso.

É controversa a sua qualificação, tanto na esfera nacional, como na estrangeira, com diferentes opções legislativas, bem como distintas posições doutrinárias e jurisprudenciais, sendo associada, essencialmente, à locação, à compra e venda, ao mútuo, ao crédito e ao contrato misto.

A locação financeira, em Portugal, pode ser, no nosso entendimento, considerada hoje um novo tipo contratual, sendo uma figura, socialmente reconhecida, com um regime jurídico próprio e autonomizado, ao invés do que ocorre noutras jurisdições como a espanhola. Ela contém a disciplina básica legal mínima para ser considerado um tipo, à luz de qualquer um dos métodos de qualificação, bem como a maturidade jurídica decorrente da sua prática e progresso legislativo, já estabilizado. No que concerne às matérias que não estiverem aí reguladas se aplicarão as disposições convencionadas pelas partes e, supletivamente, as regras gerais de direito e as normas de direito dos contratos, na medida em que sejam aplicáveis ao caso concreto, com recurso à interpretação, e salvo as limitações impostas pelas normas imperativas.

PALAVRAS-CHAVE: locação, locação financeira, *leasing*, qualificação jurídica, natureza jurídica, regime jurídico, direito contratual

ABSTRACT: The leasing is one of the most permeable contractual figures to which the new contractual features, or the modern versions of consecrated contractual profiles, are based on their molds or are influenced by it, structurally, in their legal contours.

The qualification of these contractual figures is at the border between the leasing and other contractual types or even configure a new contractual type.

Financial leasing is one of those figures, in its modern physiognomy, of anglo-saxon origin, which, due to its suitability to the diversity, complexity and dynamism of the present times, has proved to be a successful global phenomenon.

Its qualification is controversial, both at national and foreign levels, with different legislative options, as well as different doctrinal and jurisprudential positions,

being essentially associated with leasing, purchase and sale agreement, loan agreement, credit agreement and mixed contract.

In our opinion, financial leasing, in Portugal, can be considered today as a new type of contract, being a socially recognized figure, with its own and autonomous legal regime, instead of what occurs in other jurisdictions such as the Spanish one. It contains the minimum basic legal discipline to be considered a type, in the light of any of the qualification methods, as well as the legal maturity resulting from its practice and legislative progress, already stabilized. With regard to matters that are not regulated there, the provisions agreed by the parties will apply and, supplementarily, the general rules of law and the norms of contract law, insofar as it is applicable to the specific case, with recourse to interpretation and except the limitations imposed by mandatory rules.

KEYWORDS: leasing, financial leasing, legal qualification, legal nature, legal regime, contract law

## Introdução

O presente artigo versa sobre uma das fronteiras mais expressivas de qualificação do contrato de locação: a natureza jurídica da locação financeira.

A locação financeira, na sua versão moderna, nasceu da premência de ser dinamizada a economia, agilizando-a com novos investimentos. Ora, para este feito ser bem sucedido, teria necessariamente que ser configurado um financiamento diverso do tradicional. Todavia, e de algum modo aparentemente paradoxal, esta figura jurídica foi erguida sob os alicerces da locação, um instituto milenar. A conjugação destes dois elementos se, por um lado, se revelou uma fórmula de sucesso, já que a locação financeira é um fenómeno global, também foi conducente à geração de controvérsia quanto à sua natureza jurídica nas diversas jurisdições onde foi implementada.

Pretende-se aferir, na nossa análise aqui preconizada, se a locação financeira, na ordem jurídica portuguesa, é um novo tipo contratual, autónomo da locação, ou se é uma modalidade *sui generis* do contrato de locação, ou, ao invés, um contrato misto que contém elementos essenciais da locação e de outros contratos típicos como a compra e venda ou o mútuo, fazendo um todo unitário, ou, ainda, se é reconduzida apenas a qualquer um destes contratos com os quais tem algumas semelhanças ou proximidade. Este juízo de qualificação não é um mero exercício teórico, relevando a sua importância para a determinação das normas a aplicar nos casos concretos em que são celebrados contratos de locação financeira, o que poderá fazer variar os seus efeitos jurídicos, consoante a qualificação promovida.

## 1. Contrato de locação e as fronteiras de qualificação

O contrato de locação<sup>1</sup> é um contrato nominado e tipificado, que se encontra regulado no Código Civil, nos artigos 1022.º e ss., sendo um contrato de concessão de gozo, definido legalmente<sup>2</sup> como *o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição*.

Dada a complexidade e diversidade da vida moderna, este tipo de contrato tem sido associado a outras espécies de contratos. É sobre estas fronteiras de qualificação, e em especial quanto a um contrato em concreto – locação financeira –, que versará o presente artigo, mediante um itinerário pela lei, doutrina e jurisprudência, de modo a esgrimir a natureza jurídica do contrato de locação financeira. Este contrato, como aludimos preliminarmente, tem gerado acentuada controvérsia, no que concerne à sua qualificação, com várias, e distintas, propostas doutrinárias e jurisprudenciais, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, onde são notórias as escolhas legislativas diferentes (quer pela opção de um regime próprio, seja em legislação avulsa, seja pela inclusão em codificação, quer pela ausência de disposições legais específicas ou, ainda, pela formulação de disposições legais não privatísticas). A discussão da qualificação releva dado que é essencial na aplicação do direito ao contrato em questão.

A qualificação de um contrato, segundo Ana Afonso<sup>3</sup>, “*é a operação lógica através da qual o intérprete perante um contrato concreto determina a que tipo ele pertence*”, ou, conforme enuncia Pedro Pais de Vasconcelos, “*é um juízo predicativo que tem por conteúdo o reconhecimento nesse contrato da qualidade de corresponder, ou não, a este ou àquele tipo, a este ou àquele modelo paradigmático de contrato*”<sup>4</sup>.

Todavia, o processo de qualificação pode não ser, de todo, simples, dado que podem haver vários tipos de contratos que sejam elegíveis na qualificação, podendo o contrato em concreto ter um perfil que alie mais do que um tipo contratual, o que releva para se determinar qual a disciplina jurídica aplicável ao contrato em questão. Ou seja, conforme a qualificação jurídica do tipo contratual legal assim se aplicará ao contrato o regime legalmente previsto para esse tipo, seja porque não haja uma disciplina básica tipificada para esse contrato,

<sup>1</sup> Sobre a locação, quase todos os autores que versam sobre o direito dos contratos têm um capítulo nas suas obras sobre este tipo de contrato, sendo de destacar o mais recente estudo sobre o contrato de locação constante em CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, XI, Contratos em Especial, 1ª Parte: Compra e Venda, Doação, Sociedade, Locação*. Coimbra: Almedina, 2018.

<sup>2</sup> *Vd.* CC, artigo 1022.º.

<sup>3</sup> *Vd.* AFONSO, Ana, *Contratos de instalação de lojistas em centros comerciais*. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 42.

<sup>4</sup> *Vd.* VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma*, ROA, 1996, Vol. II, p. 536.



seja porque exista essa disciplina, mas hajam situações, na vida real e prática, que essa disciplina não dê resposta nem a convenção das partes, na esfera da autonomia da vontade, consagrada no artigo 405.º do CC.

A qualificação pode ser efetuada através do método conceitual (a nominada doutrina dos elementos essenciais, i.é., dos elementos distintivos de um tipo legal) ou do método tipológico, em que no primeiro se afere se estão presentes todos os elementos constantes na definição para o contrato ser incluído no tipo contratual e no segundo se realiza um juízo graduativo de correspondência, em maior ou menor grau, do caso concreto ao tipo contratual. Os elementos essenciais são os elementos distintivos de um tipo negocial, o que, no caso da locação, consistem na cedência temporária do gozo da coisa e no pagamento de uma retribuição.

Pedro Pais de Vasconcelos<sup>5</sup> considera que o juízo de qualificação de um contrato pode envolver um juízo primário, o qual reveste uma natureza tipológica, graduativa, da correspondência entre o contrato e o tipo, quando os valores dominantes na qualificação são a justiça e a adequação materiais, e um juízo secundário, de caráter subsuntivo, que tem como objetivo aferir se o contrato é, ou não, de certo tipo, e se pode subsumir, ou não, à norma definitória, de modo a que decorra daí a aplicação direta do regime legal. Logo, o juízo secundário, que é mais adequado quando os valores dominantes são a certeza e a segurança jurídicas, só poderia ter como objeto tipos contratuais legais com definições legais. O juízo secundário estaria vocacionado para a aferição da tipicidade ou atipicidade legal, enquanto o juízo primário estaria orientado para a determinação do âmbito de aplicação do regime previsto na lei, embora possa haver interpretação complementar de um e de outro<sup>6</sup>.

Releva também na qualificação de um contrato o uso dos índices do tipo (i.é., as características distintivas e individualizadoras de cada tipo), que permitem a comparação entre o contrato em concreto e o tipo contratual. Os índices do tipo são vários, nomeadamente o objeto, a qualidade das partes, a contrapartida, a causa, entre outros. A causa, enquanto utilidade da função a desempenhar pelo contrato, como factor distintivo do tipo contratual, não é consensual na doutrina<sup>7</sup>, ainda que esta possa indiciar<sup>8</sup> o tipo mediante a comparação entre a

<sup>5</sup> *Vd.* VASCONCELOS, Pedro Pais de, ob. cit., p. 536-537, e *Contratos atípicos*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 188 e ss.

<sup>6</sup> Sobre a qualificação dos contratos, com a introdução das locuções, e destriça, dos conceitos classificatórios e conceitos-tipo, *vd.* DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 104 e ss.

<sup>7</sup> Sobre a análise das diversas posições doutrinárias, *vd.* AFONSO, Ana, ob. cit., p. 59 e ss.

<sup>8</sup> Porventura, mais indiciar do que propriamente determinar.

função do contrato em concreto e a função típica das espécies contratuais suscetíveis de serem qualificadas para esse contrato.

## 2. Contrato de locação financeira e sua configuração

O contrato de locação financeira tem regulação própria em Portugal, ao invés do que ocorre em Espanha e, até há um par de anos, se assistia em Itália, a qual está ínsita no Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, em que aquele é definido como o “*contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados*”.

Logo, a questão controvertida é, como aduz Rui Pinto Duarte<sup>9</sup>, saber qual é a regulação mínima necessária para se poder falar de um tipo legal (o qual deverá ser um modelo socialmente reconhecível).

Em suma, se o contrato de locação financeira é um tipo contratual autónomo ou se deverá ser reconduzido a um dos tipos contratuais já existentes.

### 2.1. *Breve excursão histórica*

Para se compreender a essência da locação financeira, há que entender as suas origens e o respetivo percurso histórico, bem como as motivações conducentes ao seu aparecimento.

A origem da locação financeira arcaica remonta à Antiguidade, como é frequentemente referido na doutrina, nacional e estrangeira<sup>10</sup>. Como aduz José Leya Saavedra<sup>11</sup>, o dissenso está na determinação do local e data, ou período, dessa origem, se é na Suméria, cerca de 5.000 a.C., ou se é no Egito, no Código de Hammurabi.

<sup>9</sup> *Vd.* DUARTE, Rui Pinto, *ob. cit.*, p. 42.

<sup>10</sup> Entre nós, refira-se a título ilustrativo, CAMPOS, Diogo Leite de, *A Locação Financeira*. Lisboa: Lex, 1994, p. 45-46, CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*. Coimbra: Almedina, 6.ª ed., 2016, p. 730-732, DUARTE, Rui Pinto, *A locação financeira (estudo jurídico do leasing financeiro)*. Lisboa: Editora Danúbio, 1983, p. 10-15, MORAIS, Fernando Gravato de, *Manual de Locação Financeira*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55-59, e VASCONCELOS, Duarte Pestana, *A Locação Financeira, ROA*, 1985, p. 263-264.

<sup>11</sup> *Vd.* LEYA SAAVEDRA, José, *El leasing y su configuración jurídica. Universitas*, n.º 106, p. 745-747.

Nos tempos modernos, a incompletude decorrente dos contratos de compra e venda – que obriga a um esforço financeiro avultado – e da locação – em que a escolha do bem não é feita pelo locatário e o risco incorre pelo locador – para satisfazer as necessidades empresariais, foi conducente às primeiras manifestações da prática de locação financeira, que surgem nos EUA, junto das empresas ferroviárias, por volta de 1830, mas é com a empresa Bell Telephone System que vinga a locação financeira, dado que decidiu alugar os telefones, ao invés de vendê-los. Conduta seguida por outras empresas como a International Business Machines, a International Cygar Machinery e a United Schoe Machinery Corporation. Mas é em 1936 que é apontada a primeira verdadeira operação de locação financeira, na modalidade de *lease-back*, quando uma cadeia de supermercados californiana – a Safeway Stores, Inc. – vendeu um dos imóveis em que operava a uma sociedade bancária, aliada a um grupo de investidores, que, por sua vez, cedeu o imóvel em *leasing* à empresa vendedora – a Safeway –, por prazo determinado, acompanhada de uma opção de compra. Todavia, é indicado por alguma doutrina que é, em 1952, com a criação da United States Leasing Corporation, em S. Francisco, por Dyas Power Boothe Jr., que se inicia verdadeiramente a locação financeira, na sua configuração moderna.<sup>12</sup>

Na Europa, a locação financeira apenas se começa a manifestar com relevância na década de 60 do século XX, tendo sido o Reino Unido, a Alemanha e a França os países pioneiros. Em Portugal e em Espanha, as primeiras expressões normativas só surgem no final da década seguinte e no nosso país apenas começam a funcionar as sociedades de locação financeira no início dos anos 80, tendo António Menezes Cordeiro<sup>13</sup> enunciado como causa para essa delonga a nacionalização da banca nacional que levou a uma postura mais conservadora do setor financeiro.

## 2.2. Noção e denominação

### 2.2.1. Noção

José Leya Saavedra considera que a locação financeira é de difícil ou impossível definição, embora a maioria da doutrina o tente definir, fundamentando tal nas palavras de António Sánchez Cabanillas, autor que defende que será mais

<sup>12</sup> *Vd.* CAMPOS, Diogo Leite, *ob. cit.*, p. 45–46, LEYA SAAVEDRA, José, *ob. cit.*, p. 743–789 e MORAIS, Fernando Gravato de, *ob. cit.*, p. 55–59.

<sup>13</sup> *Vd.* CORDEIRO, António Menezes, *ob. cit.*, p. 730–732.

útil revelar as relações que existem entre os três sujeitos intervenientes.<sup>14</sup> De todo o modo, tanto os legisladores como os doutrinadores têm efetivamente procurado definir a locação financeira, complementando estes últimos, nos seus escritos, e à parte, com a explanação das relações entre os participantes na locação financeira.

O próprio José Leya Saavedra<sup>15</sup> define o contrato de locação financeira como um *contrato em virtude do qual uma das partes – a locadora – se obriga a adquirir e logo a ceder um bem de capital escolhido, previamente pela outra parte – o locatário –, em contrapartida do pagamento de uma verba, durante um determinado período contratual, que geralmente coincide com a vida útil do bem, o qual finalizado pode exercer a opção de compra, pagando o valor residual acordado, prorrogar ou celebrar um novo contrato ou, na sua falta, devolver o bem.*

António Menezes Cordeiro<sup>16</sup>, por sua vez, apresenta a noção de que a *locação financeira é o contrato pelo qual uma entidade – o locador financeiro – concede a outra – o locatário financeiro – o gozo temporário de uma coisa corpórea, adquirida, para o efeito, pelo próprio locador, a um terceiro, por indicação do locatário, aduzindo, logo de seguida, às relações estabelecidas pelos intervenientes na locação financeira.*

Conforme antedito, também o legislador português optou por inscrever a definição de locação financeira no Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, que regula o contrato de locação financeira no nosso país, apresentando, logo, no seu artigo 1.º, a noção deste como o “*contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados*”.

Igualmente em Espanha, que teve uma opção legislativa diversa da de Portugal, não havendo uma regulação própria, e autonomizada, da locação financeira (designada em Espanha como *arrendamiento financiero*), escolheu definir na *Ley 10/2014*<sup>17</sup>, de 26 de Junho, que regula a organização, supervisão e solvência de instituições de crédito, mais precisamente na *Disposición adicional tercera* sobre a epígrafe *Operaciones de arrendamiento financiero*, a locação financeira, de modo semelhante à noção portuguesa, salvo quanto ao destino dos bens cessionados, enunciando que se trata dos “*contratos que tenham por objeto exclusivo a cessão do uso de bens móveis ou imóveis, adquiridos para tal finalidade segundo as especificações do futuro usuário, em contrapartida de uma prestação que consiste num*

<sup>14</sup> *Vd. LEYA SAAVEDRA, José, ob. cit., 750.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> *CORDEIRO, António Menezes, ob. cit., p. 730-732.*

<sup>17</sup> *Publicada no BOE, n.º 156, de 27 de junho de 2014, p. 49412-49549.*

pagamento periódico de verbas. Os bens objeto de cessão deverão ser afetos pelo usuário somente às suas atividades agrícolas, pesqueiras, industriais, comerciais, artesanais, de serviços ou profissionais. O contrato de arrendamento financeiro incluirá necessariamente uma opção de compra, no final, a favor do usuário”<sup>18</sup>.

### 2.2.2. Denominação

A locação financeira, na sua versão moderna, conforme se enunciou, tem a sua origem nos EUA, a qual tem a designação jurídica (e económica) de “*leasing*”. Esta denominação também foi adotada largamente na Europa, salvo pelos países de origem latina (Portugal, Espanha, França e Itália), que preferiram adotar uma denominação própria<sup>19</sup>, a saber:

- Portugal: locação financeira;
- Espanha: *arrendamiento financiero*;
- França: *crédit-bail*; e,
- Itália: *locazione finanziaria*<sup>20</sup>.

O uso de uma denominação própria, que não a de *leasing*, tem os seus defensores e os seus críticos.

Para Fernando de Gravato Morais<sup>21</sup>, a locução “*leasing*”, que é utilizada nos países anglo-saxónicos, é uma realidade um pouco diversa da nossa locação financeira, dado que aí o locatário não dispõe da faculdade de aquisição da coisa locada. Ou seja, o locatário no *leasing* pode comprar a coisa locada, mas não é uma faculdade de que dispõe, pelo que a opção de compra não consiste num elemento essencial do contrato. Defende, ainda, este autor que a figura que, nas jurisdições anglo-saxónicas, é mais semelhante à nossa locação financeira é o *hire-purchase*. Também alega o doutrinador que o uso do termo de “*leasing*” poderia suscitar casos dúbios, se for utilizada apenas a locução “*leasing*”, já que este pode revestir duas modalidades: operacional e financeiro.

<sup>18</sup> Tradução livre.

<sup>19</sup> Ainda que se encontrem na lei, na doutrina e na jurisprudência algumas referências a “*leasing*”.

<sup>20</sup> Embora tanto em Espanha, como em Itália, tenham havido outras designações, mas não tão popularizadas.

<sup>21</sup> MORAIS, Fernando de Gravato, ob. cit., p. 37-39.

Do lado dos críticos, José Leya Saavedra<sup>22</sup> destaca que o uso da expressão “*leasing*” é a mais utilizada no tráfego jurídico internacional, o que facilita o negócio jurídico, além de considerar que a locução de “*arrendamiento financiero*” é uma tradução inexata e incompleta da expressão anglo-saxónica. Ademais, na sua opinião, releva o aspecto locatício, que não é essencial, e oculta a opção de compra, que é um elemento típico, ainda que abone o facto de realçar a natureza financeira do contrato em questão. Giorgio de Nova<sup>23</sup> também prefere a menção a “*leasing*”, dado que assim evidencia que se trata de um contrato atípico, de origem anglo-saxónica, e não uma subespécie de locação.

### 2.3. *Enquadramento legal*

Conforme antedito, a locação financeira, em Portugal, teve as suas primeiras expressões normativas no final da década de 70 do século predecessor<sup>24</sup>.

O primeiro diploma não regulava o contrato de locação financeira, mas sim definia o quadro jurídico geral das sociedades de locação financeira, bem como o seu exercício. Estamos a referir-nos ao Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de Maio, o qual, no seu preâmbulo, aduz ao contributo da locação financeira para a economia portuguesa. Ou seja, atendendo à descapitalização da estrutura empresarial e à necessidade de estimular o investimento produtivo, visando a modernização da economia, a locação financeira poderia contribuir para o financiamento do investimento setorial, como forma alternativa e complementar das modalidades de financiamento clássicas prestadas pelas instituições de crédito. Este diploma definiu as sociedades de locação financeira como instituições parabancárias, com objeto social exclusivo da atividade de locação financeira, embora uma mesma sociedade não pudesse, em simultâneo, praticar operações de locação financeira mobiliária e imobiliária (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2).

O próprio preâmbulo, *in fine*, enunciava que outro diploma estabeleceria o regime jurídico dos contratos de locação financeira. Este diploma – o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho – foi publicado pouco depois, o qual apresentava a definição do contrato de locação financeira, estabelecendo, como limite à autonomia da vontade das partes, que o Banco de Portugal poderia definir, por aviso, as quantias das rendas e os valores residuais, e correspondente revisão, a periodicidade das rendas e prazos contratuais (artigo 4.º, n.º 1) e, ainda, só permitia que as sociedades de locação financeira regularmente constituídas ao

<sup>22</sup> *Vd.* LEYA SAAVEDRA, José, *ob. cit.*, p. 750.

<sup>23</sup> *Vd.* DE NOVA, Giorgio. *Il contratto di leasing*. Milão: Giuffrè, 1982, p. 3.

<sup>24</sup> Influenciada pelo *crédit-bail* em França.

abrigo da legislação aplicável podiam dar de locação financeira quaisquer coisas (artigo 6.º, n.º 1). O Decreto-Lei n.º 171/79 era um diploma extenso, que continha disposições sobre os princípios gerais pelos quais se deveriam gerir os contratos, as posições jurídicas do locador e do locatário e, ainda, a resolução do contrato e as garantias. O preâmbulo deste diploma estabelecia que tinha havido o objetivo de regular a locação financeira de modo a obviar a sua utilização para fins diversos dos que deviam presidir à sua celebração, pelo que tinha o seu âmbito restrito ao apoio às atividades produtivas e às profissões liberais<sup>25</sup>.

Em meados da década de 90 do século passado, após a entrada em vigor do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, o qual rege os aspectos fundamentais comuns às instituições do mercado financeiro, novamente é objeto de regulação tanto as sociedades de locação financeira, como o contrato de locação financeira, e revogados os diplomas anteditos, mediante a publicação dos Decretos-Leis n.ºs 72/95, de 15 de Abril, e 149/95, de 24 de Junho.

No Decreto-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril, no seu preâmbulo, é aduzido que apenas ficará regulado neste diploma o que concerne às especificidades que relevam para as sociedades de locação financeira, estando as matérias de natureza genérica contidas no RGICSF, que também rege as sociedades em questão. Ademais, por questões de internacionalização da economia e de capacidade de concorrência, é suprimida a distinção entre sociedades de locação financeira mobiliária e imobiliária. É mantido neste diploma as sociedades de locação financeira, enquanto instituições de crédito, com objeto exclusivo do exercício da atividade de locação financeira, ainda que lhes seja permitida determinadas operações acessórias (*v.g.* disposição de bens que lhe tenham sido restituídos, seja devido à resolução dos contratos, seja pelo facto do locatário não ter exercido a sua faculdade de compra) (artigo 1.º). É mantida a exclusividade, ainda que inclua os bancos, das sociedades financeiras em poderem celebrar, de forma habitual, na qualidade de locador, contratos de locação financeira (artigo 4.º). Este diploma sofreu alterações. Depois da publicação do Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de Agosto, não só os bancos, as sociedades de locação financeira, mas também as instituições financeiras de crédito passaram a poder praticar operações de locação financeira.

<sup>25</sup> O Decreto-Lei n.º 171/79, que seria objeto de alteração pelos Decretos-Leis n.º 168/89, de 24 de Maio, 18/90, de 11 de Janeiro, e 10/91, de 9 de Janeiro, alargou este âmbito, permitindo neste último diploma a celebração de contratos de locação financeira de imóveis destinados à habitação própria do locatário.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, aprova o Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira (RJCLF), substituindo o Decreto-Lei n.º 171/79, o qual ainda se mantém hoje em vigor, com alterações significativas<sup>26</sup>, mas que já não sofre modificações ao seu corpo normativo desde 2008. O preâmbulo justifica as alterações ao regime jurídico do contrato de locação financeira com o objetivo de dotá-lo de capacidade de concorrência perante a internacionalização da economia portuguesa e a integração no mercado único europeu. No seu texto são destacadas, e elencadas, as modificações mais relevantes, a saber:

- Objeto do contrato: é alargado a quaisquer bens suscetíveis de serem dados em locação;
- Forma: é limitada a mero documento escrito;
- Valor residual: é permitido que o valor residual da coisa locada atinja valores próximos de 50% do seu valor total;
- Prazo: são reduzidos os prazos mínimos da locação financeira. No caso da locação de coisas móveis, passa a poder ser celebrada por um período de 18 meses e na locação de coisas imóveis pelo prazo de 7 anos;
- Direitos e deveres do locador e do locatário: são enunciados de modo mais completo os seus direitos e deveres, proporcionando maior certeza jurídica e justiça na relação estabelecida.

É relevante a inclusão da disposição do artigo 23.º, sob a epígrafe Operações de natureza similar, aduzindo que nenhuma entidade pode realizar, de forma habitual, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira: o que demonstra uma posição protecionista desta atividade.

O RJCLF foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, que revogou o Decreto-Lei n.º 10/91, de 9 de Janeiro, com o intuito de incluir a disciplina da locação financeira de imóveis para habitação. Voltou a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro, de modo a proceder-se a alterações para promover a liberdade contratual das partes, suprimindo normas imperativas, passando aquelas a poderem estabelecer disposições no contrato que lhes estavam vedadas como as relativas às matérias das rendas e do valor residual. Foi também alterada a norma relativa aos prazos contratuais. Por fim, o Decreto-Lei n.º 30/2008, de 25 de Fevereiro, o último diploma que alterou o RJCLF, veio alterar as disposições relativas a registos e à providência cautelar

<sup>26</sup> Previstas nos Decretos-Leis n.ºs 265/97, de 2 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, e 30/2008, de 25 de Fevereiro.



de entrega judicial. Desde então, passada mais de uma década, o regime não sofreu qualquer alteração.

De acordo com Antônio Menezes Cordeiro, este diploma passou de uma regulação com acento civilístico para outra de tom bancário, evidenciando a componente financeira da locação financeira<sup>27</sup>.

Por sua vez, Fernando de Gravato Morais<sup>28</sup> alude a uma liberalização na evolução legislativa, em várias matérias: objeto contratual, supressão das restrições ao princípio da liberdade contratual e, ainda, atende aos vários setores da atividade que utilizam esta técnica.

Na nossa opinião, a evolução legislativa revela, de início, uma cautela acentuada face à locação financeira, pelo legislador – sobretudo no que toca à existência de limites apertados à autonomia da vontade das partes –, mas que, com o tempo, perante o fenómeno de crescimento e sucesso na adoção desta figura contratual, assistiu-se quer a um alargamento do seu âmbito, quer a uma maior confiança na liberdade contratual das partes.

#### 2.4. *Caraterização geral*

A operação de locação envolve a participação de três sujeitos: o locador, o locatário e o fornecedor dos bens. O funcionamento desta relação que Antônio Menezes Cordeiro e Fernando de Gravato Morais designam por esquema creditício ou típico da operação de locação financeira, respetivamente, consiste em:

- O locatário, que pode ser uma pessoa coletiva ou singular, com capacidade de exercício e de gozo de direitos, procura saber junto de um determinado fornecedor as condições de aquisição de um dado bem;
- Após estar ciente dessas condições, o locatário, estando interessado no gozo do bem desse fornecedor e em celebrar um contrato de locação financeira, se dirige à locadora apresentando uma proposta de contrato de locação financeira, cujo modelo é previamente elaborado pela locadora;
- O locador financeiro, que é uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma instituição financeira de crédito, aprecia e decide se aprova, ou não, a proposta. Em caso afirmativo, o locador financeiro adquire ou manda construir o bem ao fornecedor;
- O fornecedor entrega ao locatário o bem;

<sup>27</sup> *Vd. CORDEIRO, Antônio Menezes, ob. cit., p. 737.*

<sup>28</sup> *Vd. MORAIS, Fernando Gravato, ob. cit., p. 33.*

- O locatário goza o bem durante o período contratual definido e paga ao locador uma renda;
- No final do prazo contratual, o locatário ou restitui o bem ao locador ou o adquire ou prorroga o contrato.

Não obstante esta relação tripartida, o contrato de locação financeira é apenas celebrado entre o locador e o locatário, e poderá sê-lo apenas por documento particular, tendo como elementos essenciais:

- *A indicação pelo locatário da coisa a adquirir ou construir pelo locador:*  
O RJCLF não elenca, na disposição relativa à posição do locatário, a indicação da coisa pelo locatário. A coisa pode ser qualquer bem suscetível de ser dado em locação (RJCLF, artigo 2.º, n.º 1);

- *A cedência do gozo temporário de coisa móvel ou imóvel pelo locador ao locatário:*  
Esta é uma das obrigações do locador, a qual está plasmada no RJCLF, no artigo 9.º, n.º 1, al. *b*), a propósito da posição jurídica do locador, cabendo a este conceder o gozo da coisa, móvel ou imóvel<sup>29</sup>, para os fins a que se destina, ao locatário, sendo, por sua vez, um direito deste – o fruir da coisa cedida (RJCLF, artigo 10.º, n.º 2). O gozo é temporário, dado que o prazo de locação financeira de coisas móveis não deve ultrapassar o que corresponde ao período presumível da utilização económica da coisa, não podendo ter duração superior a 30 anos e, não havendo estipulação de prazo, o contrato de locação financeira considera-se celebrado pelo prazo de 18 meses ou de 7 anos, consoante se trate de bens móveis ou de bens imóveis (RJCLF, artigo 6.º, n.ºs 1 a 3).

Dado que o locatário tem apenas o gozo, e não a propriedade, estão-lhe adstritas uma série de obrigações: de facultar ao locador o exame do bem locado; de não aplicar o bem a fim diverso daquele a que ele se destina ou movê-lo para local diferente do contratualmente previsto, sem autorização do locador; de assegurar a conservação do bem e não fazer uma utilização imprudente; de realizar as reparações, urgentes ou necessárias, bem como as obras ordenadas por autoridade pública; de não proporcionar a outrem o gozo, total ou parcial, do bem por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, salvo se a lei o permitir ou o locador a autorizar; bem como, de comunicar ao locador, dentro de 15 dias, essa cedência do gozo do bem;

<sup>29</sup> Daqui nasce o tipo de modalidade mais relevante da locação financeira: locação financeira mobiliária e a locação financeira imobiliária, consoante o objeto cujo gozo se concede.

de avisar imediatamente o locador, sempre que tenha conhecimento de vícios no bem ou saiba que o ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ele, desde que o facto seja ignorado pelo locador; de efetuar o seguro do bem locado, contra o risco da sua perda ou deterioração e dos danos por ela provocados e de restituir o bem locado, findo o contrato, em bom estado, salvo as deteriorações inerentes a uma utilização normal, quando não opte pela sua aquisição [RJCLF, artigo 10.º, n.º 1, al.s c) a k)];

– *A obrigação do pagamento de uma retribuição - a renda - pelo locatário ao locador:*

Esta é uma das obrigações do locatário, a qual está plasmada no RJCLF, no artigo 10.º, n.º 1, al. a), a propósito da sua posição jurídica. A renda é convencionada pelas partes, aplicando-se aqui a liberdade contratual (CC, artigo 405.º) (o que também ocorre quanto ao valor residual);

– *A obrigação do locador em adquirir ou construir a coisa indicada pelo locatário:*

Esta é uma das obrigações do locador, a qual está plasmada no RJCLF, no artigo 9.º, n.º 1, al. a). Compete ao locador adquirir ou construir o bem cujo gozo vai ser cedido ao locatário. Deste modo, a titularidade do direito de propriedade da coisa é do locador, o qual, por isso, tem o direito de defender a integridade do bem, nos termos gerais de direito, examinar o bem, sem prejuízo da atividade normal do locatário e, ainda, fazer suas as peças ou outros elementos acessórios incorporados no bem pelo locatário [RJCLF, artigo 9.º, n.º 2, al.s a) a c)];

– *A faculdade de aquisição da coisa no final do contrato pelo locatário pelo preço estipulado:*

Este é um direito do locatário, estabelecido no artigo 10.º, n.º 2, al. f) do RJCLF. Caso o locatário não exerça esta faculdade, o locador pode dispor do bem, nomeadamente vendendo-o, dando em locação ou em locação financeira (RJCLF, artigo 7.º).

Quanto aos índices do tipo, no caso da locação financeira, podemos identificar: os sujeitos, o objeto, as obrigações assumidas pelas partes, a retribuição, o tempo de vigência, a distribuição do risco e a causa.

- As partes do contrato de locação financeira são designadas pelo legislador: o locador (ente que adquire e cede o gozo do bem, só podendo ser, de modo profissional, os bancos, as sociedades de locação financeira e as instituições financeiras de crédito) e o locatário (aquele que paga as rendas e recebe as utilidades e os frutos da coisa, podendo ser qualquer sujeito);

- O objeto do contrato de locação financeira é uma coisa, móvel ou imóvel, desde que seja suscetível de ser dada em locação;
- As obrigações que deverão ser assumidas pelas partes constam dos artigos 9.º e 10.º do RJCLF, mas não são taxativas, sendo de relevar a opção de compra do bem pelo locatário findo o contrato;
- A retribuição concretiza-se no pagamento da renda pelo locatário, que vai mais além do que o mero retorno do investimento ao locador, dado que inclui o preço do bem, as despesas com a aquisição e o lucro do financiamento;
- Quanto à vigência do contrato: a locação financeira é um contrato temporário, mas implica uma relação duradoura;
- No que concerne à distribuição do risco, o risco inerente à operação corre por conta do locador, enquanto que o risco com a coisa é por conta do locatário, dado que o locador é um “*financiador*”;
- Por fim, a causa, a qual tem uma dupla vertente: o financiamento e o gozo temporário do bem.

### **2.5. *Especificidade da qualidade do locador financeiro e o artigo 23.º do RJCLF***

Ao invés do que ocorre com o locatário financeiro (que não está sujeito a qualquer limitação, podendo ser uma pessoa coletiva, um empresário em nome individual, um profissional independente ou um consumidor individual), o locador financeiro tem de ser uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma instituição financeira de crédito<sup>30</sup>. Por sua vez, o artigo 23.º do RJCLF dispõe que nenhuma entidade pode realizar, de forma *habitual*, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira.

Conforme aduz Carlos Florim<sup>31</sup>, sendo esta norma de carácter imperativo há que atender ao disposto no artigo 294.º do CC (“*os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei*”).

Deste modo, podemos concluir, *a priori*, que a atividade de locação financeira só pode ser exercida pelas sociedades de locação financeira, bancos e instituições financeiras de crédito. Conforme enuncia o RGICSF, no seu artigo 8.º, n.º 2, só as instituições de crédito e as sociedades financeiras [onde se

<sup>30</sup> *Vd.* Decreto-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril, artigo 1.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 298/92, artigo 4.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, artigos 7.º e 8.º, n.º 2, e Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de Agosto, artigo 1.º

<sup>31</sup> FLORIM, Carlos. *Do Leasing ou da Locação Financeira*. Coimbra: Livraria da Universidade, 1996, p. 88.

incluem as sociedades de locação financeira, *vd.* artigo 6.º, n.º 1, b), *iii*)] podem exercer, a título *profissional*, entre outras, a atividade referida na al. b) do n.º 1 do artigo 4.º, em que está insita a atividade de locação financeira. No artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 72/95, já entretanto revogado, e também a propósito da exclusividade de exercício da atividade em apreço, a locução utilizada não era “*profissional*”, mas “*habitual*” (expressão esta que se encontra plasmada no artigo 23.º do RJCLF).

Deste modo, só pode ser exercida a atividade de locação financeira por essas entidades a “*título profissional*”, o que, conjugando com o disposto no artigo 23.º do RJCLF, será praticada de modo habitual. Assim, se a locução “*a título profissional*” puder ser equiparada a “*forma habitual*”, então nada obsta que uma entidade possa realizar, *pontualmente*, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira. O que já não ocorreria se estivesse em vigor o artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 171/79, revogado pelo atual RJCLF, que enunciava que “*apenas as sociedades de locação financeira regularmente constituídas ao abrigo da legislação aplicável podem dar de locação financeira quaisquer coisas*”. Contudo, esta disposição já foi revogada.

Mas sendo assim que regime se lhe aplicará: o da locação financeira ou as regras gerais do direito?

Carlos Florim<sup>32</sup>, na sua anotação ao artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 72/95, já revogado, que referimos anteriormente que versava sobre a exclusividade, defendia que “*os contratos de locação financeira celebrados pelas instituições autorizadas a fazê-los, serão regidos pelas regras especiais da locação financeira. Os contratos do mesmo tipo, celebrados por entidades não autorizadas, reger-se-ão pelas regras gerais do direito privado, incluindo as aplicáveis à venda-aluguer, quando tal se justifique.*”

Da nossa parte, temos sérias dúvidas quanto a este entendimento: no âmbito dos elementos essenciais do contrato da locação financeira, contidos na sua definição legal, não consta a qualidade do locador financeiro, ou, se recorrermos ao índice do tipo como a causa, a função económica do contrato continua a ser a mesma, independentemente da qualidade do locador, ou, ao índice do tipo da qualidade das partes, ter-se-ia que referir as instituições de crédito e as sociedades financeiras quanto a título profissional. Ora não há nenhuma disposição no RJCLF que enuncie que tal regime se aplica apenas aos contratos de locação financeira celebrados com essas entidades ou, especificamente, na disposição da posição do locador (artigo 9.º) nesse regime, que aduza ou indique tal. Ademais, o próprio regime do contrato de locação financeira não está inserido no RGICSF. Logo, a que se deve a aplicação de um regime diverso?

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 104.

Não perfilhamos esta posição, consideramos que o RJCLF se aplica também a estas situações.

Interessante sobre esta matéria é o teor do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 125302/16.4Y1PRT.L1-8, de 27 de Setembro de 2018, tendo como relator Luís Mendonça.

Vejam os factos: em 4 de Setembro de 2012, A., sociedade comercial que tinha por objeto social o aluguer de equipamento de escritório, de máquinas e de equipamento informático, incluindo *software* e *hardware*, a título de locadora, celebrou com B., sociedade comercial que se dedicava à atividade de transportes de aluguer de mercadorias e logística, na qualidade de locatária, um contrato designado de “*locação*”, dado que B. tinha necessidade de se dotar de equipamentos que permitissem rastrear a localização dos seus veículos. Em contrapartida da cedência do gozo do equipamento, B. assumiu a obrigação de pagar 60 rendas mensais, iguais e sucessivas, por débito direto. Em 21 de Fevereiro de 2014, foi celebrado outro contrato, também ele designado de “*locação*”, entre os mesmos contraentes, em que igualmente B. assumiu a obrigação do pagamento de 60 rendas mensais, iguais e sucessivas, por débito direto. Perante o não pagamento de rendas vencidas de ambos os contratos, A. remeteu a B cartas registadas em 12 de Janeiro de 2015, em que lhe comunicou o valor que considerava em dívida. Por sua vez, B, remeteu fax e carta a A. em que declarou que considerava resolvidos os contratos celebrados, tendo alegado que alguns dos equipamentos nunca foram entregues nem estiveram à sua disposição e que, quanto aos bens rececionados, desde 11 de Outubro de 2014 que se mostrava privada dos mesmos, dado que nenhum já funcionava, pelo que perdera interesse nos contratos, tendo procedido ao cancelamento da autorização de débito. B. alegou ainda que as confirmações de aceitação dos equipamentos foram assinadas no mesmo momento em que foram assinados os contratos de locação, sem que B. tivesse verificado quaisquer equipamentos, que a maioria dos números de identificação desses bens fornecidos não correspondiam aos números dos bens identificados nos contratos, que as situações de mau funcionamento foram sendo transmitidas a A. e que os funcionários desta disseram que nada podiam fazer para resolver. Perante tal, A. apresentou requerimento de injunção contra B., pretendendo a obtenção de título executivo contra esta pela quantia que lhe considerava devida, pelo incumprimento de B. no pagamento das rendas e subsequentes resoluções dos contratos de aluguer. B. deduziu oposição, tendo alegado que não ocorreu incumprimento da sua parte, na medida em que os equipamentos efetivamente fornecidos ou não correspondiam aos contratados ou apresentavam deficiências de funcionamento, tendo todos os equipamentos deixado de funcionar em Setembro de 2014, o que motivou que resolvesse o

contrato, e ainda deduziu reconvenção, por danos emergentes e lucros cessantes. A. respondeu à oposição e reconvenção, alegando que, nos termos do contrato de aluguer, não tinha que assegurar o gozo da coisa.

O tribunal de primeira instância considerou a ação improcedente e absolveu B. do pedido, bem como a reconvenção improcedente e absolveu A. do pedido reconvenicional. O tribunal de primeira instância considerou que os contratos tinham características que eram comuns a ambos os contratos de locação e locação financeira, como seja a garantia da utilização da coisa, como obrigação do locador, bem como o pagamento de valor mensal, como contrapartida de tal utilização. Mas tinham também características que os afastavam definitivamente da locação, na medida em que a contrapartida da utilização do bem não correspondia ao seu valor de uso, mas ao pagamento fracionado do preço pago de início pela locadora, a qual, a final, recebe não só esse preço, como os encargos e o lucro, sem, no entanto, ficar vinculada, nesse momento, a transmitir a propriedade sobre o bem, mediante o pagamento de um valor residual, como sucede no contrato de locação financeira. Ou seja, as partes se vincularam nos termos em que se vinculariam no âmbito de um contrato de locação financeira, mas sem poder utilizar a faculdade de aquisição do bem a final. Ademais, A. estabeleceu uma cláusula na qual a responsabilidade por defeitos do objeto locado seria assumida pelo locador. O tribunal de primeira instância considerou que o princípio da autonomia privada não é ilimitado, pelo que a interpretação do contrato não se podia afastar do regime típico da locação, naquilo que respeitava à definição da obrigação principal do locador, que consistia assegurar o gozo do equipamento locado.

A. interpôs recurso e entre as questões decididas para o Tribunal da Relação de Lisboa constavam: como se deviam qualificar os contratos aduzidos e as consequências da posição adotada. O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que os contratos em análise eram manifestamente incompatíveis com a designação que tinham de “*locação clássica*”, pelas seguintes razões de ordem, a saber:

- na economia dos contratos, surge uma trilateralidade desadequada aos contratos de locação, que são bilaterais. Os intervenientes eram três: A., B. e um fornecedor, sendo o relacionamento entre eles um todo unitário;
- a diferença entre o convencionado nos contratos e o disposto no regime da locação, nomeadamente no artigo 1032.º CC, a propósito do vício da coisa locada;
- a diferença entre o convencionado nos contratos e o disposto no regime da locação, nomeadamente nos artigos 1040.º e 1044.º do CC, quanto à utilização na fruição dos bens, perda e deterioração da coisa;

- os contratos dispunham que o locatário tinha a obrigação de amortização total dos custos do locador incorridos em conexão com a aquisição do bem locado e com a execução do contrato, bem como do lucro estimado, o que se distanciava da locação clássica;
- o acordo inclui uma cláusula de vencimento antecipado das prestações vincendas até final, em caso de cessação prematura extraordinária por parte da locadora.

O Tribunal da Relação de Lisboa ainda reconheceu que o contrato não contemplava uma opção de compra por parte da locatária, findo o contrato, o que o afastava do típico contrato de locação financeira. Todavia, considerou que a locadora adquiriu os bens não para majorar o seu património, mas antes para financiar o seu uso ao locatário, embora fosse proprietária das coisas, mas que essa propriedade tinha uma função de garantia, sendo apenas formal, dado que o proprietário, em termos económicos, era o locatário. Concluiu, assim, o Tribunal que todos os elementos subjetivos e objetivos do contrato indicavam que as partes queriam celebrar entre si um contrato de locação financeira sem opção de compra. Ora, em Portugal, a locação financeira só podia ser exercida por bancos, sociedades de locação financeira e instituições financeiras de crédito, afirmou o Tribunal, prosseguindo que, nos termos do artigo 23.º do RJCLF, nenhuma entidade podia realizar, de forma habitual, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira. As sociedades de locação financeira tinham de revestir a forma de sociedade anónima, dependendo a sua constituição de autorização do Banco de Portugal, devendo ter um capital social mínimo que, à data dos factos, era de € 3.500.000 para as sociedades de locação financeira, se tivessem por objeto apenas a locação financeira mobiliária (ou, de € 7.500.000, nos restantes casos). Perante isto, o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que não sendo A. uma sociedade de locação financeira, nem um banco ou uma instituição financeira de crédito e sendo o seu capital social de apenas € 100.000, estar-lhe-ia vedada a realização de operações de natureza similar às de locação financeira. Para o Tribunal, A., ao praticar essas operações, violou a ordem pública económica, ferindo de nulidade os contratos celebrados (artigos 294.º e 280.º, n.º 2, do CC). Embora considerasse que os contratos celebrados fossem nulos, o Tribunal entendeu que o disposto no artigo 289.º, n.º 1, do CC, não se deveria aplicar, ou seja, a restituição do que tivesse sido prestado, dado que a quantia pecuniária a reintegrar o património da locadora acabaria por ser o valor das rendas firmadas no próprio contrato nulo, como se este fosse válido, o que seria um injusto enriquecimento do locador, quando não houve reciprocidade, por faltar uma das prestações que é o efetivo gozo da coisa por parte do



locatário. Deste modo, o Tribunal da Relação de Lisboa acordou em declarar a nulidade dos contratos e julgar improcedente a apelação, confirmando, por razões diferentes, a decisão do tribunal de primeira instância.

Quanto a este acórdão, diversas questões podem ser suscitadas: primeiro, se verdadeiramente estamos perante um contrato de locação financeira, na medida em que falta um dos seus elementos essenciais (pelo menos, à luz do ordenamento jurídico português), que é faculdade de opção de compra. Todavia, os demais elementos essenciais parecem estar presentes. Também, de outra perspectiva metodológica, a causa contratual parece ser a que preside à locação financeira. Ademais, considerando esse juízo de qualificação que o Tribunal da Relação de Lisboa fez, os elementos do acórdão parecem-nos permitir inferir que a atividade de locação financeira de A. não terá sido “pontual”, pelo que viola o disposto no artigo 23.º do RJCLF, pelo que decidiu bem o Tribunal em considerar improcedente a apelação. Contudo, em nenhum ponto do acórdão, o Tribunal aduz à questão de ser proibida a prática da locação financeira de forma habitual, para dar enfoque que A. não era uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma instituição financeira de crédito, nem tinha o capital social mínimo exigido para a prática das operações aduzidas (embora este último aspecto, enfatizado pelo Tribunal, pareça-nos irrelevante, já que A. não era uma daquelas entidades). Deste modo, concordamos com a decisão do Tribunal, mas não com a totalidade dos seus argumentos. Esta decisão releva que, perante o exercício da atividade da locação financeira, que não seja pontual, por uma entidade que não seja uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira ou não cumpra os outros requisitos (como o capital social mínimo), os contratos de locação financeira são nulos.

## 2.6. *Vantagens e inconvenientes*

A locação financeira, desde o seu aparecimento, expandiu-se largamente, e de modo consolidado, sendo hoje assiduamente utilizada. Ela apresenta vantagens e inconvenientes (onde se inclui os riscos inerentes) para todos os sujeitos intervenientes na relação<sup>33</sup>.

Por uma questão de organização e clareza, aduziremos, e elencaremos, as vantagens para o locatário, o locador e o fornecedor dos bens de modo distinto.

As vantagens suscetíveis de serem obtidas pelo locatário, na sua esfera, são as seguintes, a saber:

<sup>33</sup> *Vd.* CAMPOS, Diogo Leite, *ob. cit.*, p. 50-58, CORDEIRO, António Menezes, *ob. cit.*, p. 732-733, e MORAIS, Fernando Gravato de, *ob. cit.*, p. 25-27.

- Desnecessidade do investimento inicial de uma verba de capital significativa para adquirir o gozo do bem, logo não aumenta o seu endividamento e terá maior disponibilidade financeira para investir noutros projetos, ao invés do que ocorre com o mútuo tradicional;
- Celeridade na obtenção do financiamento, dado que o locador agilizará tal, atendendo a que tem a propriedade do bem, desde que o locatário seja credível e o bem não seja demasiado especializado;
- Gozo do bem sem estar obrigado a adquiri-lo;
- Renovação tecnológica menos onerosa e mais célere, já que não está obrigado a adquirir o bem; e,
- Menor carga fiscal, decorrente da dedutibilidade dos juros e das amortizações, estas até ao limite legal.

Mas para o locador também existem benefícios pela celebração deste contrato:

- Pelo capital investido, adquire um rendimento que tem apenas associados riscos financeiros;
- Pela titularidade da propriedade do bem, pode recuperar o bem no caso de incumprimento do locatário; e,
- Existência de menor risco no caso de empresas com menor credibilidade, dado que tem a propriedade do bem (e, em princípio, desde que este bem não seja demasiado especializado, pode voltar a ser colocado no mercado).

Para o fornecedor do bem, as vantagens decorrem de poder aumentar o volume de vendas face a uma situação de inexistência de locação financeira, já que o locatário não tem que ter o capital para investir e tem maior facilidade e rapidez na obtenção do crédito. Ademais, a venda pode ser feita logo a pronto pagamento, e não a prestações.

Por outro lado, também podem ser contabilizados inconvenientes para os três intervenientes na relação:

- Para o locatário: a possibilidade de ser onerado com maiores taxas de juro do que num mútuo tradicional. Adicionalmente, o locatário está adstrito a suportar diversos riscos: como o risco de perda e de deterioração da coisa, ainda que não seja o seu proprietário, ou, também, e eventualmente, o risco de incumprimento e de insolvência do fornecedor de bens, em caso de desconformidade do bem com o contrato celebrado;

- Para o locador: dado que é uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma instituição financeira de crédito, suporta o risco de colocação no mercado dos bens dados em locação financeira, logo bens usados, quando esta finda antes do prazo estabelecido, *v.g.* por incumprimento do locatário, ou quando não é exercida a opção de compra pelo locatário. Risco que aumentará quanto mais especializado for o bem. Adicionalmente, poderá advir o risco de obsolescência do bem em razão dos avanços tecnológicos, não previsíveis inicialmente, os quais podem provocar a sua desvalorização; e,
- Para o fornecedor: eventualmente, pode haver o risco de ter que readquirir o bem, pelo incumprimento das prestações de renda pelo locatário.

Na larga maioria das situações, são manifestamente superiores as vantagens face aos inconvenientes, o que justifica o sucesso da locação financeira.

### **3. Natureza jurídica da locação financeira na ordem jurídica portuguesa**

O excuro empreendido permitiu chegarmos aqui em condições de versar sobre a controversa qualificação da natureza jurídica do contrato de locação financeira, cientes da sua configuração e atividade, do seu percurso histórico, da sua posição atual, bem como da moldura legal que lhe é aplicável.

É neste sentido que, seguidamente, analisemos esta questão: pelas possibilidades de qualificação jurídica do contrato de locação financeira, enfatizando as posições doutrinárias e jurisprudenciais, para findar na qualificação por nós proposta.

#### **3.1. Possibilidades de qualificação na ordem jurídica portuguesa**

A dificuldade de qualificação do contrato de locação financeira tem sido conducente a que a doutrina e a jurisprudência, tanto nacional, como estrangeira, apresentem propostas de qualificação diversas.

A natureza do contrato de locação financeira tem sido associada ao contrato de venda a prestações (com reserva de propriedade), de locação, “*financeiro*” (mútuo, crédito), misto, entre outros. Focarmo-nos-emos nas teses que, mais relevantemente, são debatidas na doutrina e na jurisprudência, com a orientação de que a verdadeira questão é se a locação financeira é um tipo contratual autónomo ou se deverá ser reconduzido a um tipo legal existente como um dos aduzidos *supra*.

3.1.1. *Contrato de venda a prestações com reserva de propriedade*

Esta tese tem sido mais criticada do que defendida na doutrina portuguesa<sup>34</sup>, ou seja, não tem sido acolhido o entendimento que, na locação financeira, está-se perante a atribuição de um bem por contrapartida do reembolso do preço dividido pelas rendas a pagar, ou seja, ínsita no conceito de compra e venda plasmado nos artigos 874.º do CC, e em que a propriedade da coisa objeto do negócio jurídico só se transfere no momento em que o comprador cumpra todas as suas obrigações (*vd.* o artigo 409.º, n.º 1, bem como os artigos 934.º a 936.º, todos do CC). Todavia, há uma associação à aquisição do bem pelo locatário financeiro, já que este, querendo, poderá adquiri-lo, no final do contrato, além da intenção do uso exclusivo durante larga parte, ou toda, da vida do bem. Havendo também aproximação à venda a prestações com reserva de propriedade da locação financeira, dado que o locador permanece, tal como o vendedor, naquele tipo de venda, o proprietário. Outro índice de semelhança é que corre por conta do comprador e do locatário o risco da perda ou da deterioração da coisa (CC, artigo 796.º, n.º 3 e RJCLF, artigo 15.º)<sup>35</sup>

A doutrina portuguesa<sup>36</sup> considera que a intenção do comprador e do locatário financeiro é diversa: o primeiro quer ser titular de um direito de propriedade, enquanto que o locatário financeiro pretende gozar o bem e, eventualmente, adquiri-lo, embora ambos não queiram proceder à entrega da totalidade do preço *ab initio* (ou não disponham dessa verba). Na venda a prestações ocorre automaticamente a transmissão da propriedade com o pagamento da última prestação, não havendo lugar a restituição do bem pelo cumprimento do contrato, ao passo que, na locação financeira, a transmissão da propriedade só se efetiva se o locatário financeiro exercer a opção de compra, senão o bem é restituído ao locador, salvo se houver uma prorrogação do contrato. Ademais, a retribuição a pagar pelo comprador é pela transferência da propriedade, enquanto a verba (renda) a pagar pelo locatário é pelo gozo do bem.

Outras diferenças poderiam ser apontadas como: a relação económica trilateral que existe na locação financeira e não na venda a prestações com reserva de

<sup>34</sup> *Vd.*, entre outros, VAZ, Teresa Anselmo. *Alguns aspectos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*. Coimbra: Almedida, 1995, p. 87 e ss, CAMPOS, Diogo Leite, *ob. cit.*, p. 132-133, MORAIS, Fernando Gravato de, *ob. cit.*, p. 69-71, REIS, Raquel Tavares dos. *O contrato de locação financeira no direito português: elementos essenciais*. Viseu: Gestão e Desenvolvimento (UCP), 2002, p. 113-165, FÁRIA, Maria Teresa Veiga de, *Leasing e Locação Financeira: aspectos contabilísticos, financeiros e fiscais*. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 139, 1985, p. 429 e ss. e DUARTE, Rui Pinto, *ob. cit.*, 1983, p. 89.

<sup>35</sup> *Vd.* LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das Obrigações*, III. Coimbra: Almedina, p. 57.

<sup>36</sup> *Vd.* VAZ, Teresa Anselmo, *ob. cit.*, p. 87 e ss, CAMPOS, Diogo Leite, *ob. cit.*, p. 132-133.

propriedade; a duração do contrato que, na prática, é mais curta nesta última; e o risco de desconformidade da coisa que corre por conta do vendedor, mas não por conta do locador financeiro. Também poderia ser indicado que a retribuição, na locação financeira, se destina a cobrir a amortização financeira global do custo do investimento (que inclui a amortização do bem locado e a remuneração pela utilização deste) e a retribuição do risco suportado pela empresa locadora, enquanto, no contrato de compra e venda, as prestações visam somente refletir o valor global do preço do bem<sup>37</sup>. Outro aspecto diferenciador tem a ver com o preço na venda que se diferencia do preço estabelecido para a locação financeira, em que aquele é um valor determinado com referência ao valor real da coisa, enquanto este corresponde ao presumível valor residual do bem locado no final do prazo do contrato<sup>38</sup>. Logo, as locuções “preço” e “prestações” no contrato de compra e venda não têm correspondência com as expressões “preço” e “rendas” na locação financeira, pelo que as disposições normativas aduzidas não são aplicáveis ao contrato de locação financeira<sup>39</sup>.

Não perfilhamos esta proposta de qualificação, ainda que, de uma ótica económica pragmática, hajam semelhanças, mas no quadro jurídico são bem distintas estas duas figuras.

Na jurisprudência portuguesa, encontramos posições a favor e contra a natureza jurídica da locação financeira ser subsumida a venda a prestações com reserva de propriedade, a saber:

- Contra: no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 0051241, de 19 de Maio de 1992, tendo como relator Machado Soares, é expressamente enunciado que o contrato de locação financeira não se confunde com o contrato de compra e venda a prestações, estando sujeito, na sua resolução, a regime jurídico diferente, já que ambos os contratos têm objetivos diferentes: enquanto no contrato de locação financeira é visada a disponibilidade de meios que permitem o exercício de uma atividade produtiva, no contrato de compra e venda em questão almeja-se a integração do bem no património do comprador. No caso *sub judice*, o Tribunal considerou que o regime dos artigos 934.º a 936.º do CC não se aplicava à resolução do contrato de locação financeira por

<sup>37</sup> *Vd.* FARIA, Maria Teresa Veiga de, *ob. cit.*, p. 558 e XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do CC*, *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1977, n.º 1-2-3-4, p. 48.

<sup>38</sup> *Vd.* LIMA, Fernando Pires de, e VARELA, João Antunes. *Código Civil Anotado*, II. Coimbra: Coimbra Editora, p. 158.

<sup>39</sup> *Vd.* Ac. TRL, Proc. 0051241, de 19 de Maio de 1992, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

incumprimento por parte da empresa locatária, na falta de pagamento das rendas vencidas, entendendo que se aplicava o que foi convencionado pelas partes, ao abrigo do princípio da liberdade negocial e, supletivamente, os princípios gerais relativos a esta matéria, salvo as limitações impostas pelas normas imperativas;

- A favor: no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. 0084879, de 26 de Abril de 2001, tendo como relator Cura Mariano, é expresso que o contrato de locação financeira com a possibilidade de a final o locatário optar pela aquisição do equipamento locado, mediante pagamento do valor residual, deverá ser analisado de modo semelhante ao caso de alienação de coisas móveis compradas a prestações com reserva de propriedade, enquanto esta não for transferida para o comprador.

### 3.1.2. *Contrato misto*

O contrato misto também é uma das espécies de contratos aventados na qualificação do contrato de locação financeira. Nos termos do artigo 405.º, n.º 2, do CC, e, portanto, no âmbito da liberdade contratual, as partes podem “reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”. É, deste modo, que a lei admite a existência dos contratos mistos, os quais são legalmente atípicos. No contrato misto, há uma unidade contratual, um só negócio jurídico, cujos elementos essenciais respeitam a tipos contratuais distintos<sup>40</sup>.

Na doutrina portuguesa, Diogo Leite de Campos<sup>41</sup> considera que a locação financeira é um contrato misto, o qual combina características da compra e venda e da locação. Para este autor, o contrato de venda e de locação são distintos, mas têm uma ligação genética (i.é, são dependentes no seu nascimento), condicional (essa dependência mantém-se até à sua extinção) e funcional. Este autor considera que foi projetado “o contrato de locação financeira como um contrato misto”, que originou uma “combinação de elementos contratuais típicos diversos”, acabando por “o conceber numa coligação de contratos”<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> *Vd.* Ac. do TRC, Proc. 22/06.8TBBSBG.C1, de 18 de Julho de 2007, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>41</sup> *Vd.* CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, p. 141.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 127.

Por sua vez, José Carlos Moitinho de Almeida<sup>43</sup>, considera que a locação financeira é um contrato misto com elementos da locação, da venda e do mútuo, sendo os relacionados com este último os prevalentes.

João Calvão da Silva<sup>44</sup> defende que o contrato de locação financeira é um contrato *sui generis*, ou seja, “um contrato misto erguido pela lei portuguesa a contrato típico ou nominado”.

Jorge Costa Santos<sup>45</sup>, por seu turno, enuncia que o contrato de locação financeira é um contrato misto “porque nele se contêm e conjugam os elementos característicos de diversos contratos típicos, designadamente do contrato de locação e do contrato de compra e venda”, embora prossiga que também é defensável que “com o correr dos tempos, a locação financeira deu origem a um novo tipo contratual”.

Na nossa opinião, o contrato de locação financeira é mais do que um contrato misto, ou seja, mais do que uma mera conjugação de elementos de outros contratos típicos, sejam a compra e venda, a locação ou o mútuo, que formam um todo unitário. Para nós, o contrato de locação financeiro já deu origem a um novo tipo contratual, mas já voltaremos adiante a esta temática.

Na jurisprudência, refira-se a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 2677/12.5TBFIG.C1, de 6 de Outubro de 2015, tendo como relator António Carvalho Martins, que considera a locação como um contrato misto, fazendo a diferença para a venda a prestações e para a locação, embora reconheça as similitudes, quer quanto à função de financiamento, quer no que concerne à relação trilateral.

### 3.1.3. Contrato de mútuo e contrato de crédito

O contrato de mútuo e o contrato de crédito são igualmente indicados como possibilidades de qualificação do contrato de locação financeira, na medida em que poderiam ter uma causa genérica comum: o financiamento, em que a aquisição do bem e a sua concessão em locação financeira corresponderiam à concessão do crédito, as rendas equivaleriam à entrega do montante devido e a aquisição no final do contrato representaria o pagamento da totalidade da verba financiada.

<sup>43</sup> *Vd.* ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *A locação financeira (leasing)*. Lisboa: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 1973, p. 11.

<sup>44</sup> *Vd.* SILVA, João Calvão, *Locação financeira e garantia bancária. Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, 1999, p. 29.

<sup>45</sup> *Vd.* SANTOS, Jorge Costa, *Sobre a locação financeira pública de equipamento militar. Estudos em Homenagem ao Professor Pedro Soares Martinez*, v.2. Coimbra: Almedina, 2000, p. 599.

Na doutrina portuguesa, Fernando de Gravato Morais<sup>46</sup> defende que o contrato de locação financeira é um contrato de crédito com características específicas. Na esfera terminológica, este autor considera que a expressão “*financeira*” no contrato em análise resulta do aspecto financeiro do negócio e revela como se efetua o financiamento, isto é, mediante a concessão do gozo da coisa. Fernando de Gravato Morais considera que a locação financeira é uma técnica moderna de crédito bancário e alicerça a sua posição com base em negócios creditícios com uma estrutura trilateral, como ocorre com a locação financeira (*v.g.*, a venda financiada por terceiro e as operações que envolvem a utilização de cartões de crédito) para fazer a paralelidade. Reputa, ainda, que a componente creditícia do negócio advém do locador, em regra, ser uma sociedade de locação financeira, um banco ou uma instituição financeira de crédito. Embora reconheça que o locador não entrega diretamente ao locatário qualquer verba em dinheiro para este utilizar na aquisição de um bem, aduz que a cessão do gozo do bem, incorpora o valor entregue ao fornecedor do bem pelo locador financeiro. Este permanece proprietário somente visando a restituição do bem em caso de incumprimento. O que se assemelha ao objetivo prosseguido pelo financiador num contrato de crédito, embora com recurso *p.e.* ao penhor ou à hipoteca do bem, por não ser proprietário deste.

Esta tese é criticada na medida em que não atende à concessão do gozo, ou seja, a prestação típica do locador é a concessão do gozo de um bem, o qual dificilmente se poderá configurar como uma forma de financiamento. Assim o entende Diogo Leite de Campos<sup>47</sup>, que considera que os defensores desta tese privilegiam a função financeira do contrato de locação financeira, em detrimento da sua estrutura jurídica. Outro crítico é João Calvão da Silva<sup>48</sup>, que defende que a sociedade de locação financeira não concede um crédito ao locatário para que este compre a coisa e a integre no seu património, pelo que não é um contrato de crédito.

Por sua vez, António Menezes Cordeiro<sup>49</sup> aduz que a “*locação financeira é, essencialmente, um negócio de crédito, ainda que vertido nos moldes da velha locação. Assim, não lhe são aplicáveis as regras da compra e venda e, designadamente, as regras da venda a prestações*”. Este autor parece ser do entendimento que a locação financeira é um contrato de crédito *sui generis*.

Na jurisprudência portuguesa encontramos a defesa desta tese, nomeadamente no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo 15038/

<sup>46</sup> *Vd.* MORAIS, Fernando de Gravato, *ob. cit.*, p. 328 e ss.

<sup>47</sup> *Vd.* CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, p. 138.

<sup>48</sup> *Vd.* SILVA, João Calvão, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>49</sup> *Vd.* CORDEIRO, António Menezes, *ob. cit.*, p. 739.



/16.8T8PRT.P1, de 18/12/2018, tendo como relator Maria Cecília Agante, no qual é enunciado que o núcleo da locação financeira se centra no financiamento do locatário, porque o locador limita-se a pagar o preço do bem escolhido pelo locatário, assim lhe concedendo um crédito. O locador restringe a sua intervenção a aceitar o que o locatário lhe propõe, contrapondo-lhe, então, as condições de concessão do crédito.

No nosso entendimento, ainda que a função financeira do contrato de locação financeira, aliada à sua origem e percurso histórico, indiciem uma aproximação ao contrato de crédito, não podemos concluir, por si só, por essa qualificação. De facto, o contrato de locação financeira não é um contrato de crédito nem de mútuo, conforme explanaremos adiante.

#### 3.1.4. *Contrato de locação*

O contrato de locação se encontra definido, no artigo 1022.º do CC, como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”. Aqui estão plasmados elementos essenciais da locação financeira: uma das partes obriga-se perante outra a proporcionar o gozo de uma coisa (móvel ou imóvel), durante um certo período de tempo, recebendo, em contrapartida, uma renda. Mas não estão *todos* os seus elementos essenciais, dado que não contém a função financeira da locação financeira e que a distancia da mera locação: o bem a adquirir ou a construir é indicado ou é escolhido pelo locatário financeiro e, no termo do prazo contratual, existe a possibilidade de este comprar a coisa locada, mediante o pagamento de um valor residual. Mas não são apenas estas as diferenças.

Na locação, há a obrigação de proporcionar o gozo da coisa (artigo 1022.º do CC), o que é diverso do dever de conceder o gozo do bem (artigo 1.º do RJCLF), que ocorre na locação financeira. Nesta também se verifica a transferência do risco para o locatário, derivada da função de financiamento do contrato, o que não ocorre na locação. Na locação financeira, o interesse é a garantia de um crédito de financiamento, sendo a propriedade apenas garantia desse financiamento. O locador financeiro é proprietário de um bem, mas o verdadeiro interessado na exploração das utilidades da coisa é o locatário, daí ser este que tem o dever de assumir o risco pela deterioração ou destruição do bem.

Por sua vez, na locação, a remuneração é definida pelo gozo da coisa, enquanto na locação financeira as rendas são definidas em função do preço da aquisição, das despesas com o contrato de financiamento e dos lucros que o locador espera obter com a operação.

Outra das diferenças consiste na duração do contrato: na locação financeira, o período de tempo tendencialmente está associado à vida económica do bem, de modo a que a aquisição do bem locado seja por um valor residual diminuto, o que difere da mera locação.

Na doutrina portuguesa, é defensor desta tese Rui Pinto Duarte<sup>50</sup>, que considera que a locação financeira é um subtipo da locação, justificando do seguinte modo: o conteúdo da locação financeira não contraria a definição legal do contrato de locação e, embora a causa da locação financeira seja diversa da que é da mera locação, o legislador quis que fossem subsidiariamente aplicadas à locação financeira as normas que regulam a locação. Conclui, assim, este autor que “o núcleo do contrato de locação financeira corresponde, no direito português, à essência de uma locação, pese embora o facto de algumas, não poucas, das normas especiais sobre a locação financeira contrariarem o regime geral da locação”.

Diogo Leite de Campos<sup>51</sup>, sobre esta dicotomia, ressalta que “a estrutura de locação mantém-se na locação financeira em tudo o que se refere à cedência do uso.”

Esta tese é criticada dado que o RJCLF contém normas que excepcionam o regime jurídico da locação (*v.g.* a disposição do artigo 17.º quanto à resolução do contrato) e as remissões feitas para este não são aspectos nucleares do contrato de locação financeira, aliás são exceções ao regime do contrato de locação financeira (como é o caso dos vícios do bem locado) (*vd.* artigo 12.º). Também a causa do contrato não tem só a ver com a concessão do gozo da coisa, mas igualmente com o financiamento respetivo.

Na jurisprudência, encontramos aqueles que relevam a proximidade ou afinidade entre a locação e a locação financeira, refira-se, a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 1175/11.9TVLSB.L1-8, de 15 de Março de 2012, tendo como relatora Amélia Ameixoeira, e aqueles que destacam as diferenças de ambas as figuras (*v.g.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 300/14.2TBOER.L2.S1, de 27 de Abril de 2017, tendo como relator Alexandre Reis).

No nosso entendimento, o regime jurídico da locação financeira assenta, estruturalmente, de modo profuso, no quadro legal da locação, mas é uma figura distinta e com a qual não se confunde, não podendo, de todo, ser considerada um mero subtipo daquela.

<sup>50</sup> *Vd.* DUARTE, Rui Pinto, Contrato de Locação Financeira: uma síntese. *Themis*, Vol. 19 (2010), No. 1, 194.

<sup>51</sup> *Vd.* CAMPOS, Diogo Leite de. Locação Financeira (Leasing) e Locação. *ROA*, 2002, vol. III.

### 3.1.5. Contrato de locação financeira como novo tipo contratual

Por último, importa responder à seguinte questão: o contrato de locação financeira é um novo tipo contratual? A doutrina portuguesa já se pronunciou sobre esta temática, e defendeu esta tese, entre outros, Pedro Romano Martinez<sup>52</sup> e Filipe Cassiano dos Santos<sup>53</sup>. O primeiro destes autores é bem explícito: “a locação financeira constitui um tipo contratual autónomo, entre a compra e venda e a locação, mas distinta destas situações contratuais. Na realidade, pode-se dizer que a locação financeira começa por poder enquadrar-se numa estrutura contratual mista (de compra e venda, de locação e, eventualmente, de mútuo), mas, com o decorrer do tempo, autonomizou-se, dando origem a um tipo contratual novo”. Pedro Romano Martinez, ainda, considera que, em tudo o que não estiver especialmente regulado, há que recorrer às regras e às normas dos contratos que lhe serviram de fonte.

Perfilhamos esta posição. A locação financeira é um modelo socialmente reconhecível que já dispõe de uma disciplina básica, contida no RJCLF, que lhe permite autonomizar-se de outros tipos contratuais mais próximos, que alicerçam a sua base – locação, em primeiro lugar, mas também a compra e venda e o mútuo. Ou seja, hoje a locação financeira ainda que encerre em si aspectos comuns a outros tipos contratuais, como os anteditos, é distinta de qualquer deles, o que se poderá inferir recorrendo a qualquer dos métodos de qualificação, tanto o subsuntivo como o tipológico. Ademais, a maturidade da sua experiência económica e a vasta aplicação e progressivo aperfeiçoamento do seu regime consolidou esta figura.

Obviamente se perguntará: então e nas matérias em que não houver regulação, ou seja, nas situações práticas em que o RJCLF não der resposta? Aí se aplicarão as disposições convencionadas pelas partes e, supletivamente, as regras gerais de direito e as normas de direito dos contratos, sobretudo daqueles que lhe sejam mais próximos, e que sejam aplicáveis ao caso em concreto, mediante o recurso à interpretação (*vd.* definição apresentada por Maria Raquel Rei<sup>54</sup>), salvo as limitações impostas pelas normas imperativas<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> *Vd.* MARTINEZ, Pedro Romano, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>53</sup> *Vd.* SANTOS, Filipe Cassiano. *Direito Comercial Português*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 405-406.

<sup>54</sup> “apuramento (...) do sentido determinante dos efeitos jurídico-privados”: REI, Maria Raquel. *Da Interpretação da declaração negocial no Direito Civil Português*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, p. 4.

<sup>55</sup> Na linha do pronunciado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo 0051241, de 19 de Maio de 1992.

A jurisprudência portuguesa também enuncia esta tese no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 1472/06.5TVLSB.L1.S1, de 12 de Janeiro de 2012, tendo como relator Serra Baptista.

### 3.2. *Qualificação da locação financeira: análise de direito comparado (experiência espanhola)*

Em outros ordenamentos jurídicos, a qualificação legal da locação financeira também é debatida e as opções de regulação são diversas.

À medida que esta figura apresenta uma maior maturidade e consolidação, assiste-se ao aparecimento de disciplinas legais para a locação financeira, como é o caso de Itália, nesta jurisdição designada como *locazione finanziaria*, que, na Legge per la concorrenza e il mercato (Lei n.º 124, de 4 de Agosto de 2017)<sup>56</sup>, introduziu a definição de locação financeira, bem como o regime a aplicar na resolução do contrato por incumprimento do locatário (parágrafos 136 a 140).

Todavia, em Espanha, não há um regime jurídico específico para a locação financeira, embora esta se encontre definida na lei, nem mesmo um quadro legal parcial, como ocorre em Itália. Ora, atendendo a isso, julgámos que deveria ser esta a jurisdição – a espanhola – que seria mais oportuna para a nossa análise comparativa, por ser a mais dista da solução preconizada em Portugal, na medida em que temos no nosso país um regime legal próprio para a locação financeira.

#### 3.2.1. *Cenário legal*

##### 3.2.1.1. Excurso histórico

Em Espanha, as primeiras expressões normativas relativas à locação financeira surgem nos anos 70 do século predecessor, quanto a disposições de índole financeira. A evolução legislativa prosseguiu com normas revestindo, sobretudo, acento subjetivo da locação financeira, ainda que tenha sido formulada a sua definição legal, estabelecida a sua duração e definidos os bens passíveis de serem objeto da mesma. De modo sumário, passamos a elencar o excuro legislativo da locação financeira em Espanha:

<sup>56</sup> Publicada na Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.189, de 14 de Agosto de 2017.

- o Decreto 3361/1971<sup>57</sup>, de 23 de Dezembro, relativo ao Regulamento do Imposto Geral sobre o Tráfego das Empresas, imposto que antecedeu o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), nomeadamente no artigo 16.º, H), n.º 2, aduzia ao contrato de *leasing*, no âmbito da tributação das vendas especiais, sendo que enunciava que os contratos de *leasing* seriam tributados como se fossem de *arrendamiento*, e quando houvesse opção de compra, e esta fosse exercida, tal seria tratada como venda e deveria ser tributada em conformidade;
- a *Orden do Ministerio de Hacienda*<sup>58</sup>, de 3 de Junho de 1976, que aprovou as normas de adaptação do Plano Geral de Contabilidade às Sociedades de *Arrendamiento Financiero*;
- o *Real Decreto-Ley 15/1977*<sup>59</sup>, de 25 de Fevereiro, que, como enunciava no seu preâmbulo, “*se procede à instauração do regime das empresas de arrendamiento financiero (leasing)*”<sup>60</sup>. No título II deste diploma legislativo, sob a epígrafe *Das empresas de arrendamiento financiero*, foi consagrado, nos artigos 19.º a 26.º, o regime para estas sociedades. Logo, no artigo 19.º começou por se definir operações de *arrendamiento financiero*, para efeitos da disposição antedita, ou seja, *são aquelas que, independentemente da sua denominação, consistem na locação de bens de equipamento, capital produtivo e veículos adquiridos exclusivamente para dita finalidade por empresas constituídas na forma prevista no artigo 22.º e segundo as especificações assinaladas pelo futuro usuário. As mencionadas operações deverão incluir uma opção de compra a favor do usuário no final da locação*<sup>61</sup>. Também foi previsto, no artigo seguinte, que os bens objeto das operações de *arrendamiento financiero* deviam estar afetos pelo usuário exclusivamente a fins agrícolas, industriais, comerciais, de serviços ou profissionais. Este diploma ainda estabelecia os requisitos que deveriam reunir as entidades que, com caráter de habitualidade, tinham por objeto a realização de operações de *arrendamiento financiero* (i.é, revestir a forma de sociedade anónima, ser domiciliada em território nacional, ter um capital desembolsado mínimo estabelecido nesta norma, seu objeto se limitar exclusivamente ao exercício de operações de *arrendamiento financiero* e estarem inscritas no registo realizado pelo Ministério das Finanças) (artigo 22.º), bem como medidas de índole contabilística e

<sup>57</sup> Publicado no BOE, n.º 21, de 25 de Janeiro de 1972, p. 1320-1338.

<sup>58</sup> Publicada no BOE, n.º 167, de 13 de Julho de 1976, p. 13653-13671.

<sup>59</sup> Publicado no BOE, n.º 50, de 28 de Fevereiro de 1977, p. 4760-4764.

<sup>60</sup> Tradução livre.

<sup>61</sup> Tradução livre.

fiscal (artigos 24.º a 26.º). Este diploma foi revogado pela *Ley* 26/1988, de 29 de Julho;

- a *Ley* 26/1988<sup>62</sup>, de 29 de Julho, que versava sobre a disciplina e intervenção das entidades de crédito, enunciava no seu preâmbulo, que o conceito de Instituto de Crédito Oficial passava a incluir as sociedades de *arrendamiento financiero*, bem como os bancos passavam a poder realizar operações de *arrendamiento financiero*. Igualmente dispunha o preâmbulo do diploma aludido que a lei em questão abordava a regulação geral das operações de *arrendamiento financiero*. Na disposição adicional sétima, era enunciada a definição de operações de *arrendamiento financiero* que é um aperfeiçoamento da definição apresentada, ainda que, na mesma linha de raciocínio, no *Real Decreto-Ley* 15/1977 antedito, com a inovação de incluir a possibilidade do locador ceder a novo usuário o bem, caso o usuário originário não adquira o bem objeto do contrato (o que é mantido pela lei ulterior: a *Ley* 10/2014). Também aqui é estabelecida a duração mínima do contrato (de dois anos quando tenham por objeto bens móveis, de dez anos quando tenham por objeto bens imóveis ou estabelecimentos industriais, de outros prazos estabelecidos pelo Governo em função das características dos bens, para obviar práticas abusivas). De igual modo, foram estabelecidas normas para as verbas do *arrendamiento financiero* (contratuais, fiscais e contabilísticas) (as quais já não foram mantidas na *Ley* 10/2014). A *Ley* 26/1998, ainda quanto às Sociedades de *Arrendamiento Financiero*, dispôs que estas teriam como objeto social exclusivo a realização de operações de *arrendamiento financiero* previstas naquela lei, tendo sido alargado o seu âmbito pela *Ley* 10/2014. A *Ley* 26/1998 também estabeleceu que, previamente, à iniciação daquelas operações, as ditas Sociedades deveriam obter junto do Ministro da Economia e das Finanças a devida autorização e estarem inscritas no registo especial desta classe de sociedades criada no Banco de Espanha. Esta lei, ainda, alargou o âmbito subjetivo das operações de *arrendamiento financiero* ao permitir que também pudessem ser desenvolvidas por entidades oficiais de crédito, bancos e caixas de poupança. Esta lei foi revogada pela *Ley* 10/2014;
- e, por fim, a *Ley* 10/2014, de 26 de Junho, que regula a organização, supervisão e solvência de instituições de crédito, a qual se encontra atualmente em vigor e onde estão definidas as operações de *arrendamiento financiero*, sobre a qual versaremos mais adiante o seu teor. Para além desta lei, existem normas no ordenamento jurídico espanhol que

<sup>62</sup> Publicada pelo BOE, n.º 182, de 30 de Julho de 1988, p. 23524-23534.

regulam aspectos específicos do *arrendamiento financiero* dispersos em vários outros diplomas legislativos, a que nos iremos referir no capítulo seguinte.

### 3.2.1.2. Regime legal atual

Conforme se deduz do excuro histórico efetuado, em Espanha, não há um regime jurídico específico definido para o contrato de locação financeira, a qual é designada nesta jurisdição pela locução anglo-saxónica de *leasing* ou, pela expressão doméstica, de *arrendamiento financiero*.

Todavia, são vários os diplomas legislativos que a esta figura jurídica fazem menção (por vezes, com recurso a uma ou outra expressão – a anglo-saxónica<sup>63</sup> ou a espanhola<sup>64</sup>, outras utilizando ambas<sup>65</sup>, embora ganhe maior expressividade na regulação mais recente a menção a *arrendamiento financiero*).

Na lei, o seu contorno jurídico, em termos definitórios, apenas é enunciado na *Ley 10/2014*<sup>66</sup>, de 26 de Junho, que regula a organização, supervisão e solvência de instituições de crédito, mais precisamente a *Disposición adicional tercera* sobre a epígrafe *Operaciones de arrendamiento financiero*, em que é disposto, no parágrafo 1, que *são consideradas operações de arrendamiento financiero aqueles contratos que tenham por objeto exclusivo a cessão do uso de bens móveis ou imóveis, adquiridos para tal finalidade segundo as especificações do futuro usuário, em contrapartida de uma prestação que consiste num pagamento periódico de verbas. Os bens objeto de cessão deverão ser afetos pelo usuário somente às suas atividades agrícolas, pesqueiras, industriais, comerciais, artesanais, de serviços ou profissionais. O contrato de arrendamiento financiero incluirá necessariamente uma opção de compra, no final, a favor do usuário*<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> É o caso da *Orden do Ministerio de Hacienda*, de 3 de Julho de 1976, já antedita.

<sup>64</sup> A título exemplificativo, é de referir, entre outros, a *Ley 10/2014*, de 26 de junho, *vd.* nota 17 *supra*, e a *Ley 28/1998*, de 13 de Julho, concernente à venda de bens móveis, publicada no BOE, n.º 167, de 14 de Julho de 1998, p. 23510-23516.

<sup>65</sup> É de elencar, entre outros, o *Real Decreto-Ley 15/1977*, de 25 de Fevereiro, *vd.* nota 54 *supra*, a *Orden do Ministerio de Economía y Hacienda*, de 13 de Março de 1987, relativa aos investimentos realizados mediante contratos de *arrendamiento financiero* (“*leasing*”), publicada no BOE, n.º. 66, de 18 de Março de 1987, p. 8048-8049, e a *Resolución da Dirección General de Trabajo do Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, de 11 de Agosto de 1997, sobre a inscrição no registo e publicação do Convénio Coletivo Nacional para as Entidades de Financiamento, de *Arrendamiento Financiero* (“*leasing*”) e de *Factoring*,

<sup>66</sup> *Vd.* nota 64 *supra*.

<sup>67</sup> Tradução livre.

Esta disposição, na parte final do parágrafo 1 e no parágrafo 2, ainda aduz às entidades que realizam as operações de *arrendamiento financiero* que, caso o usuário não adquira o bem objeto do contrato aludido, poderão cedê-lo a um novo usuário, bem como, em termos complementares, poderão realizar também as operações de atividades de manutenção e conservação dos bens cedidos, conceder financiamento ligado a uma operação de *arrendamiento financiero*, atual ou futuro, intermediar e gerir operações de *arrendamiento financiero* e atividades de *arrendamiento no financiero*, que poderão complementar, ou não, com uma opção de compra e assessorar e elaborar informações comerciais.

Para além da *Ley* 10/2014, existem normas no ordenamento jurídico espanhol que regulam aspectos específicos do *arrendamiento financiero* dispersas em vários outros diplomas legislativos, como sejam, as mais relevantes, a *Ley* 28/1998<sup>68</sup>, de 13 de Julho, relativa à venda a prestações de bens móveis, a *Ley* 22/2003<sup>69</sup>, de 9 de Julho, também designada a Lei da Insolvência, ou a *Ley* 27/2014<sup>70</sup>, de 27 de novembro, que regula o Imposto sobre as Sociedades.

Na regulação dos contratos de *arrendamiento financiero*, para além das normas enunciadas, há o princípio civilístico que norteia a sua regulação: o da autonomia da vontade das partes. Este princípio está plasmado no artigo 1255.º do Código Civil espanhol, aprovado pelo *Real Decreto*, de 24 de julho de 1889, o qual enuncia que *os contratantes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que considerem convenientes, sempre que não sejam contrários às leis, à moral nem à ordem pública*.<sup>71</sup> Todavia, este princípio está limitado às normas imperativas dos diplomas legislativos já aduzidos.

### 3.2.2. Possibilidades de qualificação do contrato de *arrendamiento financiero*

A doutrina espanhola, tal como a portuguesa, também se posicionou diversamente quanto à natureza do contrato de locação financeira: quer defendendo a inclusão deste contrato num dos contratos típicos já existentes, e, portanto, regulados especificamente pelo Direito; quer argumentando que se trata de um contrato misto; quer sustentando que é um contrato com uma configuração

<sup>68</sup> *Vd.* nota 64 *supra*.

<sup>69</sup> Publicada no BOE, n.º 164, de 10 de Julho de 2003, p. 26905-26965.

<sup>70</sup> Publicada no BOE, n.º 288, de 28 de Novembro de 2014, p. 96939-97097.

<sup>71</sup> Tradução livre.



própria. Iremos, então, fazer um itinerário pelas posições doutrinárias espanholas mais relevantes<sup>72</sup>.

### 3.2.2.1. Contrato de locação

Uma parte da doutrina espanhola, entre outros autores é de referir Antonio Cabanillas Sanchez<sup>73</sup>, considera que o contrato de *arrendamiento financiero* é um contrato de locação. Os defensores desta tese consideram que, na realidade, a essência da relação jurídica no *arrendamiento financiero* entre a empresa locadora e a locatária está na troca da atribuição temporária do gozo de um bem pelo pagamento da contraprestação, a qual constitui, pois, a causa típica da locação. No que concerne à aplicação do Direito, os defensores desta tese se dividem entre aqueles que entendem que o *arrendamiento financiero* se deve regular integralmente pelas disposições da locação, enquanto outros consideram que as características especiais do *arrendamiento financiero* determinam que as normas que regulam a locação deverão ser aplicadas supletivamente, pois aquele deve ter um regime jurídico especial.

### 3.2.2.2. Contrato de compra e venda

O *arrendamiento financiero*, aduz José Cuesta Rute<sup>74</sup>, “é uma operação de crédito e o interesse do empresário é o mesmo que leva a acordar uma compra e venda; a diferença está unicamente no modo de financiá-la (...) Pelo que se pode afirmar que a opção de compra por uma verba acordada, em que consiste o valor residual, põe uma vez mais em

<sup>72</sup> A jurisprudência espanhola, pelo menos nos tribunais superiores, não tem revelado uma diversificação de posições tão vasta como a portuguesa, estando mais centrada, não tanto no debate da qualificação jurídica, mas diretamente em qual a regulação é aplicável ao *arrendamiento financiero* para completar a sua disciplina jurídica convencional. Duas posições se destacam: uma delas, a regulação deverá ser completada pelo regime legal da locação (*v.g.*, entre outras, as decisões do Tribunal Supremo de Madrid, STS 4724/2016, de 2 de Novembro, e STS 523/2013, de 10 de Julho), a outra entende que deverá ser pelo recurso à interpretação da convenção das partes, no âmbito da autonomia da vontade (*v.g.* STS 34/2013, de 12 de Fevereiro).

<sup>73</sup> CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, La naturaleza jurídica del “leasing” y el control de las condiciones generales. *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1982, fascículo 1, p. 58 e ss.

<sup>74</sup> CUESTA RUTE, José María de la. Reflexiones en torno al leasing. *Revista de derecho mercantil*, n.º 118, 1970, p. 557.

*evidência a dissociação radical entre o leasing e a locação para reconduzir aquele ao terreno da compra e venda a prestações e o mútuo de financiamento dessa compra e venda.*”<sup>75</sup>

Para Luis Rojo Ajuría<sup>76</sup>, em ambos os contratos se almeja uma mesma finalidade económica, caso contrário seria necessário excluir expressamente o *arrendamiento financiero* do âmbito de aplicação da Lei de vendas a prestações de bens móveis. Ademais, as verbas pagas pelo locatário não constituem apenas a contraprestação pelo uso do bem, muitas vezes, permitem àquele, findo o prazo contratual locatício, adquirir o bem por um preço muito reduzido face ao seu valor atual no mercado, o que os leva a concluir que o verdadeiro preço do bem é pago mediante a retribuição das verbas no decurso do período de *arrendamiento financiero*.

### 3.2.2.3. Contrato de mútuo e contrato de crédito

Os defensores desta posição são aos autores que destacam a natureza financeira do *arrendamiento financiero*, sendo este uma técnica de crédito na qual o mutuante oferece ao mutuário a locação de um bem unida de uma promessa unilateral de venda. Neste sentido, Jesus Alfaro<sup>77</sup> considera que tanto no *arrendamiento financiero* como no mútuo, uma das partes – mutuante/sociedade de *arrendamiento financiero* – coloca à disposição da outra – mutuário/locatário – um valor patrimonial para que a outra parte o frua e restitua, no final do contrato, a verba financiada mediante o pagamento de prestações.

Por sua vez, Maria García Garnica<sup>78</sup> defende que se trata de um contrato de crédito inserida numa mais vasta categoria de contratos de financiamento, embora não seja mútuo, pois o financiamento se efetiva, não mediante a entrega de uma verba de dinheiro, mas na colocação à disposição do usuário de um determinado bem. Deste modo, não há transferência de propriedade, ficando o bem no património da empresa de *arrendamiento financiero*, cumprindo uma finalidade de garantia do crédito promovido.

<sup>75</sup> Tradução livre.

<sup>76</sup> ROJO AJURÍA, Luis, *Leasing mobiliario*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 243.

<sup>77</sup> ALFARO, Jesus. Leasing. *Enciclopédia jurídica básica*, II. Madrid: Civitas, 1995, p. 3917.

<sup>78</sup> GARCÍA GARNICA, Maria. *El régimen jurídico del leasing inmobiliario en España*. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 151.

#### 3.2.2.4. Outras possibilidades de qualificação: contrato misto e contrato complexo *sui generis*

Parte da doutrina espanhola defende que o *arrendamiento financiero* é um contrato misto, decorrente da fusão de elementos pertencentes a tipos contratuais diferentes, como compra e venda e locação, os quais não é possível separá-los. Ou, ainda, que é um contrato complexo, *sui generis*, onde constam prestações das partes que se encontram em outros contratos típicos (locação, compra e venda, mútuo), embora se diferencie deles, assumindo uma configuração própria e se enquadre na categoria dos contratos de financiamento<sup>79</sup>.

Em suma, ainda que em Espanha não haja uma regulação própria para o *arrendamiento financiero*, como ocorre em Portugal para a locação financeira, as posições doutrinárias, e o seu teor, não se distanciam muito, salvo, porventura, na timidez da postura, em Espanha, de que esta figura tenha uma configuração própria, o que se entende face à ausência de um regime legal específico para o *arrendamiento financiero*, pelo que cremos que, na ordem jurídica espanhola, atualmente, estamos mais perante um contrato misto, no que concerne à sua natureza<sup>80</sup>.

### Reflexões conclusivas

A qualificação jurídica de um contrato, ou seja, o procedimento pelo qual é aferido o tipo contratual a que pertence um contrato, é um processo, muitas das vezes, complexo, atendendo a que pode haver diversos tipos de contratos que sejam elegíveis na qualificação, o que releva para determinar qual a disciplina legal aplicável ao contrato em questão, seja porque não haja uma disciplina básica tipificada para esse contrato, seja porque exista essa disciplina, mas nas situações, na vida real e prática, essa disciplina não dê resposta nem a convenção das partes. Este juízo de qualificação poderá ser feito mediante o método conceitual ou o método tipológico.

Na ordem jurídica portuguesa, o contrato de locação financeira tem uma definição legal e uma regulação própria e autonomizada. De facto, a locação financeira é um modelo socialmente reconhecível que já dispõe de uma disciplina legal básica, contida no RJCLF, que lhe permite autonomizar-se de outros tipos contratuais mais próximos, que alicerçam a sua base – locação,

<sup>79</sup> *Vd.* LEYA SAAVEDRA, José, *ob. cit.*, p. 780-781.

<sup>80</sup> Um estádio em que Portugal já esteve – i.é., o contrato de locação financeira revestir uma natureza mista –, mas do qual evoluiu para um novo tipo contratual.

em primeiro lugar, mas também a compra e venda e o mútuo. Ou seja, hoje a locação financeira ainda que encerre em si aspectos comuns a outros tipos contratuais, como os anteditos, é distinta de qualquer deles, o que se poderá inferir recorrendo a qualquer dos métodos de qualificação, tanto o subsuntivo como o tipológico. Além disso, a maturidade da sua experiência económica e a vasta aplicação e progressivo aperfeiçoamento do seu regime consolidou esta figura. Em suma, o contrato de locação financeira, na ordem jurídica portuguesa, é, no entendimento que preconizamos, um novo tipo contratual.

Relativamente às matérias em que não haja regulação, ou seja, nas situações práticas em que o RJCLF não der resposta, aí se aplicarão as disposições convencionadas pelas partes e, supletivamente, as regras gerais de direito e as normas de direitos dos contratos, sobretudo daqueles que lhe sejam mais próximos, e que sejam aplicáveis ao caso em concreto, mediante o recurso à interpretação, salvo as limitações impostas pelas normas imperativas.

Este juízo de qualificação será diverso na ordem jurídica espanhola, em que não há uma regulação própria, autonomizada, plena e estável da locação financeira, em que esta assumirá a natureza de contrato misto.

## *A transmissão da posição contratual por morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano habitacional*

GIOVANNA CANELLAS\*

*SUMÁRIO: Introdução. 1. A transmissão mortis causa do arrendamento urbano habitacional em Portugal: 1.1. Breves considerações; 1.2. Evolução histórica da legislação: 1.2.1. Origem e desenvolvimento; 1.2.2. O Regime do Arrendamento Urbano. 2. O Novo Regime do Arrendamento Urbano: 2.1. Contexto de surgimento; 2.2. Análise dos artigos 1106, CC e 57, NRAU: 2.2.1. O cônjuge com residência no locado; 2.2.2. O unido de fato e a pessoa que vive em economia comum; 2.2.3. A preferência do filho ou do enteado; 2.2.4. O beneficiário proprietário ou arrendatário de outra morada; 2.3. Demais aspectos da transmissão mortis causa no regime atual. 3. Incidência do tema na jurisprudência: 3.1. Aplicação da lei no tempo e de regras simultaneamente vigentes; 3.2. Suposta “desigualdade” decorrente da aplicação da lei. Conclusão.*

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo central o estudo da transmissão da posição contratual no arrendamento urbano habitacional em razão da morte do arrendatário sob a ótica da legislação portuguesa, os seus desdobramentos na doutrina nacional e sua interpretação pelos Tribunais Superiores do país. Para tanto, é apresentado, primeiramente, um quadro evolutivo do tema em Portugal, desde as suas primeiras previsões legais até o último regime revogado, o RAU. Em seguida, é exposto o contexto de surgimento do NRAU, o diploma legal atualmente em vigor, que foi marcado por um rompimento do vinculismo no arrendamento urbano. A partir disso, o trabalho prossegue com os principais pontos de discussão

\* Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

dos artigos 1106, CC, e 57, NRAU, tanto no que diz respeito aos beneficiários desta transmissão, como aos demais aspectos que cercam essa alteração da posição contratual, espaço no qual a extensa investigação doutrinária se manifesta. A partir desse ponto, é analisada a incidência da matéria na jurisprudência, na qual se constata as dúvidas em relação à lei no tempo e a aplicação simultânea dos dois artigos. Ao final do trabalho, tem-se um abrangente estudo do tema, bem como percepção das principais lacunas da legislação e divergências doutrinárias, além de uma análise jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** arrendamento urbano habitacional. posição contratual. transmissão por morte. artigo 1106, CC. artigo 57, NRAU.

**ABSTRACT:** This paper analyses the contractual relationship and the transmission of title in the rental housing market in the event of deceased tenant under the perspective of Portuguese law, how it evolves in line with national doctrine and how it is interpreted by the Superior Courts of the country. For such, an evolutionary legal framework of this topic is introduced, from its first legal provisions to the last agreements/regime revoked, the RAU. Additionally, the text explores the establishment of NRAU and its legal terms currently in effect, which was marked by a break in a binding legal contract of urban leasing. Thus, this work reviews the main discussion points of arts. 1106, CC, and 57, NRAU, in regard to the beneficiaries of this transmission, as well as other aspects related to the renewal of tenancy agreement, in which a extensive doctrinal investigation arises/manifests. In such way, the jurisprudence is analyzed, inquiring concerning the laws within time are verified and both articles are simultaneously applied. On this basis, a broad study of this subject is presented, along with the identification of gaps in legislation and doctrinal differences, together with jurisprudential analysis.

**KEYWORDS:** urban housing rental. transmission by death. art. 1106, CC. art. 57, NRAU.

## **Introdução**

Dentre os diversos aspectos que cercam o arrendamento em Portugal, pode-se citar um que tem importante impacto na relação arrendatícia e que sofreu grande desenvolvimento ao longo das décadas: a transmissão do arrendamento em razão da morte do arrendatário.

Ocorre que mesmo com as diversas alterações que sofreu no decorrer dos anos, a transmissibilidade *mortis causa* do arrendamento continua sendo passível

de críticas. A atual legislação não satisfaz todos os questionamentos que rondam o tema, de modo que deixou lacunas a serem preenchidas pela doutrina nacional.

Ainda, tantas intervenções legislativas na matéria e consagração de dois diferentes regimes que operam concomitantemente – quais sejam, os artigos 1106, CC, e 57, NRAU –, resultaram em uma leva de casos que chegam aos tribunais do país em busca de uma resposta quanto à aplicação da lei no tempo e à interpretação do texto normativo.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise crítica e reflexiva da transmissão do direito ao arrendamento na hipótese de morte do arrendatário no arrendamento urbano habitacional.

Para tanto, o capítulo n.º 1 do estudo será destinado, primeiramente, a algumas breves considerações que devem ser tomadas sobre o tema para que se possa compreender a sua dimensão e do que se trata efetivamente. Em seguida, será feita uma abordagem histórica do assunto, ou seja, como a transmissibilidade *mortis causa* do arrendamento urbano habitacional evoluiu no direito português, com especial atenção ao Regime do Arrendamento Urbano, instituído a partir do Decreto-Lei n.º 321-B/90.

Assim, será possível avançar para o capítulo n.º 2, destinado ao Novo Regime do Arrendamento Urbano, consagrado pela Lei n.º 6/2006. Em um primeiro momento, será analisado o contexto em que esse regime surgiu, um cenário de necessidade de reforma em razão do forte vinculismo que ditava o arrendamento português. Ainda neste capítulo, serão expostas algumas questões que cercam os atuais beneficiários do direito ao arrendamento e, seguidamente, questões que cercam demais aspectos da transmissão *mortis causa*. O espaço para tais debates existe em razão de lacunas deixadas pelo texto legal, e também em razão de pontos que a redação suscita dúvidas, o que torna necessário certos esclarecimentos e, conseqüentemente, a utilização da interpretação doutrinária.

O último capítulo pretende exibir a discussão que o tema gera nos Tribunais Superiores no país, discussão essa motivada por incerteza de aplicação da lei no tempo e dúvidas quanto às regras vigentes, e, claro, como as cortes portuguesas vêm decidindo essas demandas da população. Com base na jurisprudência, será possível perceber o ponto de maior litigância na esfera da transmissão do arrendamento urbano habitacional por morte do arrendatário.

Espera-se que, ao final deste estudo, o leitor possa não ter apenas uma dimensão do tema como um todo, mas também entender os pormenores que o cercam e compreender o seu alcance, de forma a ser capaz, diante do exposto, de assimilar as críticas aqui suscitadas e fazer as suas próprias conclusões.

## 1. A transmissão *mortis causa* do arrendamento urbano habitacional em Portugal

### 1.1. *Breves considerações*

A locação é um instituto que possibilita separar o direito de propriedade do direito de gozo sobre determinada coisa. Conforme dispõe o atual Código Civil (CC) Português, “locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”<sup>1</sup>, e, ainda, “a locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel”<sup>2</sup>.

O contrato de arrendamento não é tido como *intuitu personae* em relação ao locador, de modo que com o seu falecimento, ocorre a sucessão dos seus herdeiros na relação de arrendamento. Já em relação ao locatário, se sucede uma situação diversa, em que a locação é considerada um contrato *intuitu personae*. Desse modo, como indica o artigo 1051, alínea *d*), CC, a morte do locatário vai levar à caducidade do contrato de locação, ou à extinção, em se tratando de pessoa coletiva.

Ou seja, com o falecimento do inquilino o contrato vai caducar, vai haver uma extinção automática do contrato, em que esse resolve-se *ipso iure*, sem que seja necessária uma declaração de vontade que venha a extingui-lo<sup>3</sup>. A redação da alínea *d*) do 1051, CC, admite, porém, que as partes afastem esse caráter *intuitu personae* por meio de convenção em contrário.

Ainda, esse caráter *intuitu personae* é atenuado no arrendamento urbano habitacional, uma vez que o atual artigo 1106, CC, e o artigo 57, do Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), estabelecem hipóteses em que o contrato não irá caducar com o falecimento do arrendatário, mas sim ser transmitido<sup>4</sup>. Assim, pode-se dizer que os referidos artigos conferem aos arrendamentos urbanos habitacionais uma exceção à regra de caducidade dos contratos por morte.

A transmissão do arrendamento por morte é uma sucessão, uma vez que em razão do falecimento, a situação jurídica é objeto de transferência de titularidade, qual seja, da titularidade do falecido para a de outro sujeito. Ocorre

<sup>1</sup> Artigo 1022.º, CC.

<sup>2</sup> Artigo 1023.º, CC.

<sup>3</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Contratos Civis: Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e a Respectiva Exposição de Motivos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Vols. IX-X, 1953-1954. p. 46.

<sup>4</sup> LEITÃO, Luís Menezes. *Arrendamento Urbano*. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 117.



que o direito das sucessões possui um caráter naturalmente unitário, trata-se de um “fenômeno jurídico-sucessório”<sup>5</sup> da qual a transmissão do arrendamento por morte não faz parte, da qual está excluída. Isso porque essa transmissão não segue as regras sucessórias típicas do CC, quer dizer, não ocorre no modo habitual do direito das sucessões, em que se verifica um inventário, uma partilha<sup>6</sup>, mas sim há regras particulares<sup>7</sup>.

Desse modo, pode-se dizer que é uma sucessão anômala, que corresponde a um legado legitimário<sup>8</sup>. Como exposto, trata-se de uma sucessão, visto que é uma transmissão por morte de uma situação jurídica patrimonial. Anômala, na medida em que foge do princípio da unidade da sucessão, preceito chave da ordem sucessória, uma vez que é uma situação jurídica determinada e com um bem definido em que os particulares não podem afastar as regras especiais. Os beneficiários são aqueles estabelecidos pelas regras próprias e não os sucessores comuns estipulados pelo CC<sup>9</sup>, e ainda, o direito se transmite automaticamente, não sendo necessária uma aceitação, como determina o CC<sup>10</sup>. Logo, uma sucessão totalmente autônoma e particular, portanto, anômala. Contudo, cabe ressaltar que não ficam afastadas integralmente as regras sucessórias gerais, de modo que podem ser usadas em tudo o que não forem incompatíveis.

Diz-se que é um legado legitimário, pois, primeiramente, refere-se a um bem determinado, qual seja, o direito ao arrendamento, e não a uma quota do patrimônio hereditário<sup>11</sup>, e mais, porque sua atribuição tem razão de ser em uma fundamentação legal, vez que se refere a um bem que não pode ser disposto em testamento, e, por fim, pois não pode ser afastado pela vontade das partes, seja senhorio, seja arrendatário<sup>12</sup>.

Isso posto, cabe deixar claro que aquele a quem o direito for transmitido, irá assumir a exata posição contratual do *de cuius*, ou seja, vai haver uma modifi-

<sup>5</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Sucessões*. 5.ª ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13-14.

<sup>6</sup> FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual do Arrendamento Urbano*. Vol. II. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 642-643.

<sup>7</sup> LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. Morte do Arrendatário Habitacional e Sorte do Contrato. In: CORDEIRO, António Menezes (Org.) et al.. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2002. p. 356.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p. 359-360; PINHEIRO, Jorge Duarte. A Morte do Arrendatário. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2010. p. 925-926.

<sup>9</sup> Artigo 2157, CC.

<sup>10</sup> Artigos 2050 e 2249, CC.

<sup>11</sup> Artigo 2030, n.º 2, CC.

<sup>12</sup> Artigo 2027, CC.

cação subjetiva na relação arrendatária, pois o que irá alterar com a consumação da transmissão é apenas o titular do direito. O direito em si irá manter o seu conteúdo.

Para compreender essa transmissibilidade *mortis causa* que CC e o NRAU trazem, cabe analisar a evolução do tema no direito português, uma vez que essa possibilidade era observada já no Código de Seabra, além de uma especial atenção ao Regime do Arrendamento Urbano.

## 1.2. *Evolução histórica da legislação*

### 1.2.1. *Origem e desenvolvimento*

Em 1867, o Código de Seabra já reconhecia a vantagem de não interromper o contrato de arrendamento, conforme dispunha o seu artigo 1619, que determinava a transmissão do direito de locação aos sucessores do falecido arrendatário caso constatada a existência de um título autêntico ou autenticado. Na prática, a incidência dessa hipótese era muito restritiva, uma vez que dificilmente os arrendamentos habitacionais eram celebrados em título autêntico. Na sequência, o Decreto n.º 5411 de 17 de abril de 1919, em seu artigo 34, repetiu o transcrito no Código de Seabra em relação à presente matéria. Ou seja, até então o contrato de arrendamento urbano era transmissível por morte segundo as regras gerais de sucessão *mortis causa* do CC então vigente.

Em seguida, surgiu a Lei n.º 1662 de 4 de setembro de 1924. Em seu artigo 1.º, era autorizada a transmissão do arrendamento a partir da morte do arrendatário ao cônjuge sobrevivente ou algum herdeiro legítimo, desde que com o primitivo arrendatário habitasse há um período mínimo de 6 (seis) meses, independentemente da existência de um título autêntico.

A Lei n.º 2030 de 22 de junho de 1948 fixou em seu artigo 46 que o arrendamento habitacional não caducava por morte do primitivo arrendatário, contanto que a ele sobrevivesse cônjuge não separado de pessoas e bens ou de fato ou descendente ou ascendente que com o primitivo arrendatário vivesse há, pelo menos, 1 (um) ano. Ainda, o artigo fixava a possibilidade de uma segunda transmissão. Na hipótese de, com o falecimento do primitivo arrendatário, o direito de arrendamento ter sido transmitido ao cônjuge e, posteriormente, falecendo este, a transmissão poderia ocorrer em favor dos descendentes ou ascendentes do primitivo arrendatário, desde que com ele tivessem vivido por ao menos 1 (um) ano. O referido artigo serviu de base para a redação do CC que veio em seguida.

O CC de 1966 revogou, portanto, a Lei n.º 2030 de 22 de junho de 1948, mas o seu artigo 1111 foi diretamente inspirado na lei. Assim, determinava que o arrendamento não caducava por morte do primitivo arrendatário havendo cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou de fato, ou havendo parentes ou afins na linha reta que com ele convivessem há, no mínimo, 1 (um) ano. A diferença é que, primeiramente, o artigo 1111 equiparou ao primitivo arrendatário aquele a quem foi cedida a sua posição contratual. Ainda, o Código alargou o elenco de beneficiários possíveis, pois antes se falava em descendente ou ascendente, e, a partir de então, em parentes ou afins em linha reta.

O artigo 1111, CC, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 293 de 20 de julho de 1977. Este, em uma medida de proteção aos inquilinos, suprimiu o termo “primitivo” que antecedia a palavra “arrendatário” da redação da norma. Com essa pequena alteração na redação, o regime sofreu uma significativa modificação, pois o direito à transmissão foi ampliado, de forma que poderiam ocorrer ilimitadas transmissões *mortis causa*, diferentemente do sistema original do artigo 1111, que restringia a transmissão em, no máximo, dois graus.

O Decreto-Lei n.º 328 de 4 de dezembro de 1981 reconheceu, em seu preâmbulo, que a permissão de transmissões sucessivas concedida pelo Decreto-Lei anterior era um injustificado sacrifício ao senhorio. Desse modo, o termo “primitivo” foi reintroduzido à redação do artigo, o que excluiu a possibilidade de transmissões *ad infinitum*.

Em seguida, surgiu a Lei n.º 46/85 de 20 de setembro. Esta deu nova redação ao artigo 1111 do CC, uma vez que consagrou como beneficiário aquele que à data da morte do primitivo arrendatário vivesse maritalmente com ele há mais de cinco anos, desde que o primitivo arrendatário não fosse casado ou separado judicialmente de pessoas e bens. Ou seja, o unido de fato foi contemplado pela primeira vez na transmissão do arrendamento por morte. Ainda que a expressão “união de fato” não tenha sido utilizada de forma expressa, foi um importante passo na tutela do instituto. Por fim, a lei inseriu uma obrigatoriedade de comunicação ao senhorio a respeito da morte, que deveria ocorrer dentro de um prazo de 180 dias a contar do falecimento.

Após a Lei n.º 46/85, o Decreto-Lei n.º 321-B/90 aprovou o Regime do Arrendamento Urbano, que retirou do CC toda a matéria relativa ao arrendamento urbano e transformou em lei autônoma, em uma tentativa de prevenir contradições e desarmonias, além de preencher lacunas. Uma vez que significou uma grande mudança no tema, compete um olhar atento ao novo regime, que será estudado a seguir.

### 1.2.2. O Regime do Arrendamento Urbano

O Regime do Arrendamento Urbano, conhecido também como RAU, foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90 de 15 de outubro. No que diz respeito à transmissibilidade do direito do arrendatário nos arrendamentos urbanos habitacionais, o seu artigo 83 reforçou o estabelecido nos artigos 1051, n.º 1, alínea *d*), CC, e 66, n.º 1, RAU, e fixou o princípio geral da caducidade do arrendamento por morte do arrendatário. Ainda, em razão do caráter *intuitu personae* do direito do arrendamento visto acima, o artigo 83 consagrou a incommunicabilidade do arrendamento, independentemente do regime matrimonial do arrendatário. O artigo 85 do Regime, entretanto, determinava hipóteses em que o arrendamento para habitação não caducava por morte do primitivo arrendatário, mas sim se transmitia.

Desta forma, havia uma norma de natureza excepcional à regra geral imperativa de caducidade, de modo que não existindo quaisquer das pessoas elencadas no artigo 85, o arrendamento caducava, enquanto que a existência de alguma das pessoas arroladas no artigo constituía fator impeditivo de caducidade do contrato, ocorrendo, de forma automática, uma transmissão *mortis causa* da posição contratual, posição esta que compreende todos os ativos e passivos.

O artigo 85 tinha como objetivo proteger a habitação que existia em favor de sujeitos que com o arrendatário possuíam uma relação familiar. Contudo, a simples existência de uma relação não era suficiente para que a transmissibilidade se verificasse, era preciso uma relação efetiva e contínua com o locado. Assim, pode-se dizer que o regime do artigo não era pura e simplesmente uma tutela da relação familiar, mas sim uma tutela dos conviventes<sup>13</sup>.

Em seu n.º 1, o artigo 85 determinava que o arrendamento para habitação não caducava com o falecimento do primitivo arrendatário, ou daquele a quem tivesse sido cedida a sua posição contratual, na hipótese de existir alguma das pessoas indicadas nas alíneas. Primeiramente, cabe esclarecer que o termo “primitivo”, que, como visto acima, já vinha sendo utilizado pelas legislações anteriores, significa que a transmissão não ocorria de forma sucessiva e ilimitada, o que impedia que o arrendamento se perpetuasse eternamente.

A transmissão, em regra, ocorria apenas em um grau, em relação ao primeiro arrendatário, com a possibilidade de um segundo grau de transmissão, na hipótese do cônjuge do primitivo arrendatário ter ocupado a posição contratual com a morte deste e então viesse a falecer também, caso em que a posição se transmitia novamente a favor dos parentes ou afins, conforme n.º 4 do artigo

<sup>13</sup> LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. *Op. Cit.*, p. 312-313.

85. Cabe frisar que essa hipótese poderia ser considerada também no caso de o unido de fato ter ocupado a posição contratual, uma vez que o próprio artigo, em seu n.º 2, o equiparava ao cônjuge. Ainda, cabe alertar que se esse contraísse novo casamento ou constituísse nova união de fato, a este novo cônjuge ou unido de fato não era possível uma transmissão. Isso porque o n.º 4 diz que a transmissão dos parentes ou afins “também se verifica”, o que remete à ideia dos parentes ou afins indicados no n.º 1, ou seja, os do primitivo arrendatário<sup>14</sup>. Nesta linha, esses parentes ou afins, para se beneficiarem da segunda transmissão, precisavam atender às condições requeridas pelo n.º 1, ou seja, atender ao período de convivência estipulado.

O artigo 85 estabelecia, em seu n.º 3, que a ordem das alíneas do n.º 1 correspondia à ordem de preferência à transmissão e determinava, ainda, critérios de transmissibilidade no caso de igualdade de condições. Esta ordem era iniciada pelo cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de fato, seguido pelo descendente com menos de um ano de idade ou que com o primitivo arrendatário tivesse convivido mais de um ano, pelo unido de fato há mais de dois anos – quando o arrendatário não fosse casado ou quando estava separado judicialmente de pessoas e bens –, seguido do ascendente que com o primitivo arrendatário tivesse convivido mais de um ano, na sequência, o afim em linha reta, e, por fim, as pessoas que viviam em economia em comum há mais de dois anos com o primitivo arrendatário.

À vista disso, o n.º 3 colocava a ordem dos sucessores em classes, de modo que os beneficiários de uma classe tinham preferência aos da classe seguinte e assim sucessivamente, de forma que dentro de uma mesma classe, a preferência se operava pelo grau mais próximo e, dentro de um mesmo grau, prevalecia uma regra de antiguidade. O objetivo do legislador ao estipular tais critérios foi evitar uma co-titularidade da posição de arrendatário, motivo pelo qual as alíneas não se cumulavam, mas excluía-se sucessivamente. No sentido desse objetivo, quando mais de uma pessoa vivia em economia comum com o primitivo arrendatário, o que é possível segundo o n.º 2, artigo 4.º, Lei n.º 6/2001, para que se tenha apenas um novo arrendatário, parece justo que a transmissão ocorra em favor daquele que vivia há mais tempo com o inquilino inicial, e, na hipótese de igualdade de condições, em favor os parentes, por grau de parentesco, os afins por grau de afinidade e, ainda, o mais idoso, para que a possibilidade se verifique em conformidade com o restante do artigo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> *Ibidem*. p. 338.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 320.

Além de indicar os passíveis do direito de transmissão, o artigo 85 estabelecia condições materiais para que a transmissibilidade se verificasse ao definir certos requisitos que deveriam ser atendidos.

Ao cônjuge, primeiro beneficiário, era exigido que não estivesse separado de pessoas e bens ou de fato. De uma forma implícita, o artigo exigia uma convivência, dever recíproco da relação conjugal<sup>16</sup>. Entretanto, cabe ressaltar que no caso da separação de fato, um cuidado deveria ser tomado ao se interpretar a norma. Isto porque se o cônjuge sobrevivente não arrendatário foi quem continuou a viver no imóvel, enquanto que o cônjuge falecido, que era o arrendatário, foi quem estabeleceu local diverso para habitação, o arrendamento se transmitiria sim ao cônjuge sobrevivente separado de fato, em uma interpretação restritiva da alínea a), n.º 1<sup>17</sup>. Não parece plausível que cônjuge sobrevivente separado de fato que tenha continuado a viver no locado seja excluído da transmissão, pois tal medida iria interferir na estabilidade da habitação familiar.

Isto porque o artigo 85 preza justamente pela proteção da casa de morada da família, ou seja, aquele local que é a residência habitual e comum dos cônjuges e filhos, o local sede da família, onde esta reside não apenas de forma permanente, mas onde exerce suas funções, aspirações e tradições<sup>18</sup>. Assim, nada mais justo que a alínea a), n.º 1, se estenda àquele que permanece no imóvel arrendado, que não abandonou o lar, ainda que separado de fato do arrendatário, pois o objetivo era garantir ao cônjuge sobrevivente a oportunidade de continuar residindo na casa que era sua, no ambiente que era o seu local habitual de vivência<sup>19</sup>.

Ao descendente se exigia que fosse menor de um ano de idade ou que convivesse com o arrendatário há mais de um ano. Por convivência, não se entendem aspectos físicos ou materiais da vivência ininterrupta, mas sim que o locado seja a base em que aquela pessoa organiza e desenvolve a vida<sup>20</sup>.

Quanto à união de fato, ela sofreu significativas modificações desde a redação original do artigo 85. Após a publicação do RAU, é publicada a Lei n.º 135/99 de 28 de agosto, que adotava medidas que protegiam a união de fato. Em consequência à Lei, o artigo 85 foi alterado, o prazo para o unido de fato ser beneficiário da transmissão foi reduzido de cinco para dois anos. Poste-

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 322.

<sup>17</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. *Arrendamentos Para Habitação*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 173-174.

<sup>18</sup> CID, Nuno de Salter. *A Proteção da Casa de Morada da Família no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 30-31.

<sup>19</sup> *Ibidem*. p. 376-377.

<sup>20</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. *Op. Cit.*, p. 175.

riormente, surge a Lei n.º 7/2001 de 11 de maio, que mais uma vez altera o artigo 85 em uma tutela à união de fato, beneficiando a ordem de preferência à transmissão deste instituto, que antes ocupava a alínea e) do artigo e passou à alínea c), sendo contemplado agora apenas atrás do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de fato e do descendente com menos de um ano de idade e que com o primitivo arrendatário tivesse convivido mais de um ano.

Aquele que vivia em economia em comum com o arrendatário também foi beneficiado em relação à redação original do artigo. Até o surgimento da Lei n.º 6/2001 de 11 de maio, a pessoa que vivia em economia comum com o arrendatário não era contemplada como beneficiária da transmissão. A referida Lei definiu em seu artigo 1.º, n.º 1, essa situação jurídica como uma comunhão de mesa e habitação com duração de mais de dois anos, em que os envolvidos se ajudam e partilham recursos. Foi um reconhecimento de que era uma relação que merecia tutela, de modo que esse instituto foi então incluído por meio da alínea f) no artigo 85, RAU, o que tornou a pessoa que vive em economia comum um possível beneficiário do direito de transmissão do arrendamento por morte.

O artigo 86 do RAU destacava que a transmissão não ocorreria caso o titular do direito de transmissão, à data da morte do arrendatário, possuísse uma residência nas comarcas de Lisboa ou Porto e suas limítrofes, ou na respectiva localidade.

Por fim, o beneficiário que não desejasse ocupar a posição contratual, poderia renunciar ao direito no prazo de 30 dias a contar do falecimento, conforme artigo 88, RAU. Caso o transmissário fosse de fato ocupar a posição de arrendatário, também deveria comunicar ao senhorio, nos termos do artigo 89, RAU, em até 180 dias após a morte, sendo que a não observância desses prazos, de acordo com o artigo 89-D, levava à caducidade do arrendamento<sup>21</sup>.

## **2. O Novo Regime do Arrendamento Urbano**

### **2.1. Contexto de surgimento**

Em 2004, foi feito um projeto de reforma ao arrendamento urbano que, por razões políticas, foi frustrado. Entretanto, ele serviu de base para o NRAU,

<sup>21</sup> A caducidade como consequência da falta de comunicação passou a vigorar no RAU após o Decreto-Lei n.º 278/93 de 10 de agosto. Até então, a falta de comunicação não prejudicava a transmissão, mas apenas acarretava em indenização ao senhorio pelos danos derivados da omissão.

aprovado por meio da Lei n.º 6/2006 de 27 de fevereiro, que reintroduziu no CC a matéria relativa ao arrendamento urbano.

Ao mesmo tempo em que voltou a reunir as normas de arrendamento no CC, o NRAU estabeleceu um regime transitório para os contratos habitacionais que foram celebrados na vigência do RAU. No que compete ao tema da transmissão do arrendamento por morte no arrendamento urbano habitacional, portanto, aos contratos celebrados após a entrada em vigor da Lei n.º 6/2006, deve-se aplicar o artigo 1106, CC, enquanto que aos contratos urbanos habitacionais firmados na constância do RAU, logo, anteriores a 27 de fevereiro de 2006, aplica-se o regime transitório, artigo 57, NRAU, em razão do artigo 26, também do NRAU.

Assim, atualmente, os artigos 1106, CC e 57, NRAU, são de natureza excepcional em relação à regra geral da caducidade já vista neste trabalho, consubstanciada no artigo 1051, alínea *d*), CC.

Como vimos no capítulo 1.1, os regimes anteriores, em sua maioria, optaram pela transmissão apenas a partir do primitivo arrendatário. O NRAU, para o regime transitório, manteve o termo “primitivo”, enquanto que para os novos contratos, no artigo 1106, CC, foi suprimida a expressão. Esta eliminação da palavra “primitivo” tem um grande impacto na transmissão do arrendamento por morte nos novos contratos, pois “primitivo arrendatário”, como já visto, se reporta ao arrendatário que vinculou o contrato de arrendamento. Ao permitir a transmissão a partir de qualquer arrendatário, o artigo 1106 possibilita múltiplas transmissões, ou seja, ilimitadas<sup>22</sup>. Por que essa mudança no sistema?

O objetivo do NRAU era fazer uma reforma profunda no tema do arrendamento urbano, uma vez que ao longo dos anos formou-se um desequilíbrio das posições contratuais no contrato de arrendamento, com um exacerbado favorecimento do inquilino<sup>23</sup>, o chamado vinculismo, um conjunto de normas que visa a proteção do arrendatário<sup>24</sup>.

O vinculismo sempre se mostrou presente no arrendamento urbano português, mas ganhou ainda mais força com a crise que se seguiu após a Grande Guerra (1914–1918). Suas regras, que congelavam as atualizações de rendas ou, se atualizadas, de forma modesta, impediam a cassação do contrato por

<sup>22</sup> DIAS, Ana Carolina Porfírio de Oliveira. *Consequências da Morte do Arrendatário no Direito ao Arrendamento Urbano*. Coimbra. 2014. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 19.

<sup>23</sup> MORAIS, Fernando Gravato. *Arrendamento Para Habitação: Regime Transitório*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 30.

<sup>24</sup> CORDEIRO, António Menezes. A Modernização do Direito Português do Arrendamento Urbano. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Dir.). *O Direito*. Ano 136. Vol. II-III. Coimbra: Almedina, 2004. p. 236.



livre iniciativa do senhorio, limitavam as hipóteses de despejo, entre outras, degradavam o parque imobiliário português, pois não havia um mercado de arrendamento<sup>25</sup>.

O direito à habitação é um direito constitucional<sup>26</sup>, de modo que o cidadão tem o direito de obter uma habitação, seja a partir da propriedade ou do arrendamento, o que implica em uma determinação ao Estado de realizar obrigações positivas que viabilizem esse direito<sup>27</sup>. Ocorre que o Estado garantiu o direito da habitação dos arrendatários por meio de uma manipulação legal do caráter temporário do contrato de locação que, em verdade, é uma das características primordiais da locação. Assim, os contratos celebrados até a década de 1990 possuíam um caráter inclinado para a perpetuidade.

A reforma realizada pelo NRAU ficou aquém do desejado<sup>28</sup>, assim, em 2012, foi aprovada a Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, que introduziu novas alterações ao regime de arrendamento.

No regime atual, observa-se uma restituição da autonomia privada no arrendamento, apesar de ainda existirem traços do vinculismo. As partes possuem uma liberdade contratual muito maior, podem convencionar os métodos de atualização de rendas<sup>29</sup>, a resolução do contrato foi facilitada<sup>30</sup> e é possível fixar o prazo de duração do contrato<sup>31</sup>, com possibilidade da chamada “denúncia vazia” aos contratos de prazo indeterminado<sup>32</sup> e de oposição à renovação aos contratos de prazo certo<sup>33</sup>.

Com uma relação agora equilibrada, com rendas justas e uma liberdade de desvinculação dos contratos, não há, em princípio, motivo para que o senhorio ponha termo ao contrato e também não há razão para temor pelo inquilino, motivo pelo qual o artigo 1106 suprimiu o termo “primitivo”.

A eliminação pode parecer vir na contramão da tendência legislativa, isso porque com ilimitadas transmissões, indica ocorrer uma eterna vinculação do senhorio àquele contrato, justamente em um momento que tende a flexibilizar o contrato de arrendamento. Entretanto, há um contrabalanço no sistema

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 240.

<sup>26</sup> Artigo 65, CRP.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 833-834.

<sup>28</sup> LEITÃO, Luís Menezes. *Op. Cit.*, p. 36-37.

<sup>29</sup> Artigo 1077, n.º1, CC.

<sup>30</sup> Artigos 1083 e 1084, CC.

<sup>31</sup> Artigo 1094, NRAU.

<sup>32</sup> Artigo 1101, alínea c), CC.

<sup>33</sup> Artigo 1097, CC.

pautado por uma maior liberdade de cessar o contrato<sup>34</sup>. Como perfeitamente colocou o professor Menezes Cordeiro, “esconjurado o vinculismo, nenhuma razão há para limitar a transmissão às hipóteses de morte do primitivo arrendatário. Estando as partes satisfeitas, poderá perfeitamente haver ‘dinastias’ de inquilinos”<sup>35</sup>.

Conclui-se, então, que essa permissão a múltiplas transmissões, prevista no artigo 1106, CC, não é prejudicial ao senhorio pelo fato de que ele dispõe de instrumentos para fazer cessar o contrato, caso assim deseje, como visto, a denúncia, no caso dos contratos de prazo indeterminado, e a oposição à renovação, nos contratos com prazo certo. Quando o contrato for de prazo indeterminado, a denúncia pelo senhorio tem limitações legais<sup>36</sup>.

Diferentemente do artigo 1106, CC, o artigo 57, NRAU, destinado ao regime transitório dos contratos habitacionais, manteve o termo “primitivo”, em uma clara inspiração no artigo 85, RAU, vez que trata dos contratos antes regulados por esse segundo artigo. Ainda, nesses contratos do regime transitório, encontram-se traços remanescentes do vinculismo.

Sob essa perspectiva do contexto em que está inserida a transmissão do arrendamento por morte atualmente, cabe, no próximo tópico, comentar as disposições dos artigos 1106, CC, e 57, NRAU, com o devido cuidado.

## 2.2. *Análise dos artigos 1106, CC e 57, NRAU*

Como mencionado anteriormente, o NRAU possui dois regimes simultaneamente vigentes: o artigo 1106, CC, deve ser aplicado aos novos contratos de arrendamento, quais sejam, aqueles celebrados após a entrada em vigor da Lei n.º 6/2006, enquanto que para os contratos celebrados antes, durante a vigência do RAU, aplica-se o disposto no artigo 57, NRAU.

O artigo 57, NRAU, foi inspirado no artigo 85, RAU, uma vez que foram redigidos para regular os mesmos contratos<sup>37</sup>, mas tanto em comparação ao

<sup>34</sup> DIAS, Urbano. Transmissão do Arrendamento por Morte e em Vida. In: TELLES, Inocêncio Galvão (Dir.). *O Direito*. Ano 140. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 335.

<sup>35</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit.*, p. 253.

<sup>36</sup> Artigo 26, n.º 4, alíneas a) e c), NRAU.

<sup>37</sup> FRAGA, Francisco Castro. O Regime do Novo Arrendamento Urbano – As Normas Transitórias (Título II da Lei 6/2006). Disponível em: < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-i-jan-2006/doutrina/francisco-castro-fragas-o-regime-do-novo-arrendamento-urbano/> > Acesso em 03 de jun. 2019.

antigo regime, quanto em comparação com as disposições do artigo 1106, CC, ele possui hipóteses de transmissão bem mais restritas.

Tais artigos do novo regime estabelecem, ambos em seu n.º 1, os beneficiários dessa transmissão *mortis causa*, bem como as condições necessárias que devem ser preenchidas para a sua consumação. Ainda no n.º 2 do artigo 57, NRAU, e no n.º 3 do artigo 1106, CC, está indicada a ordem de beneficiários da transmissão. É pertinente fazer uma análise mais profunda de certos pontos desses artigos.

### 2.2.1. O cônjuge com residência no locado

Tanto o artigo 1106, n.º 1, alínea *a*), CC, quanto o artigo 57, n.º 1, alínea *a*), NRAU, estabelecem como primeiro beneficiário do direito de transmissão o cônjuge com residência no locado, como já era estipulado nas legislações anteriores. A atribuição ao cônjuge com residência no locado da primeira posição na ordem dos beneficiários, independentemente do tempo de duração do matrimônio, é justificada por uma proteção que o legislador entendeu ser necessária à casa de morada de família, uma vez que essa é o instituto da vida familiar, um local onde a comunhão conjugal se realiza, já que a comunhão de habitação se dá nessa morada<sup>38</sup>.

Essa questão, contudo, merece algumas considerações. Primeiramente, uma vez que a determinação dos artigos parece ser para justificar a imposição da continuação do contrato de arrendamento ao senhorio, na hipótese de o cônjuge sobrevivente possuir a vida organizada de forma independente em uma outra morada, não há justificativa para impor uma transmissão<sup>39</sup>. Neste caso, a doutrina chama a atenção para uma interpretação restritiva da norma, de maneira que só deve haver transmissão *mortis causa* quando o imóvel locado for a residência da família, o local de coabitação do casal, caso contrário, seria determinar um injusto sacrifício ao senhorio<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. O Arrendamento Urbano e a União de Facto. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Souza Franco*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2006 p. 449-450.

<sup>39</sup> XAVIER, Rita Lobo. O Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos e a Perspectiva do Direito da Família. In: TELLES, Inocência Galvão (Dir.). *O Direito*. Ano 136. Vol. II-III. Coimbra: Almedina, 2004. p. 332.

<sup>40</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil XI: Contratos em Especial (1.ª Parte)*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 1122; XAVIER, Rita Lobo. 'Concentração' ou Transmissão do Direito ao Arrendamento Habitacional em Caso de Divórcio ou Morte. In: CORDEIRO, António Menezes

O RAU, como visto no primeiro capítulo, concedia o benefício da transmissão ao cônjuge não separado de pessoas e bens ou de fato, enquanto que os artigos 1106, CC, e 57, NRAU, não trazem tal especificidade para a transmissão ao cônjuge, mas apenas que ele tenha residência na morada. O cônjuge separado de fato que continuou a residir no imóvel, está abrangido pelas normas, conforme entendimento já exposto nesse trabalho.

Quanto ao cônjuge separado de pessoas e bens que continuou a residir no imóvel, não. Isso porque a separação de pessoas e bens possui os mesmos efeitos do divórcio, ou seja, ela finda os efeitos patrimoniais do casamento, conforme artigos 1794 e 1795-A, CC. Razão pela qual não será beneficiário do direito de arrendamento por transmissão *mortis causa* mesmo que tenha continuado a residir no imóvel<sup>41</sup>.

As normas dos artigos 1106, n.º 1, alínea a), CC, e 57, n.º 1, alínea a), NRAU têm pouca relevância quando o cônjuge também for arrendatário do imóvel. Isso porque, diferentemente do RAU, o NRAU estabeleceu, por meio do artigo 1068, CC, a comunicabilidade do direito de arrendamento, a depender do regime de bens vigente. É esta a determinação do novo regime, pois a incomunicabilidade não estaria em acordo com o princípio da proteção da casa de morada da família<sup>42</sup>.

Com a inversão da regra pelo NRAU, quando o regime for o da comunhão geral de bens<sup>43</sup> ou o da comunhão de adquiridos na hipótese do contrato de arrendamento ser celebrado na constância do casamento<sup>44</sup>, não há que se falar em transmissão do direito de arrendamento, pois como este se comunica, já faz parte do patrimônio comum do casal, de modo que o falecimento de um dos cônjuges vai resultar na concentração do arrendamento no cônjuge sobrevivente<sup>45</sup>. Portanto, se fala em transmissão do arrendamento quando o cônjuge

(Org.) *et al.*. *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008 p. 1039.

<sup>41</sup> FRAGA, Francisco de Castro. Título II-Normas Transitórias: NRAU/Artigo 57.º. In: CORDEIRO, António Menezes (Coord.). *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 522; GEMAS, Laurinda *et al.*. *Arrendamento Urbano: Novo Regime Anotado e Legislação Complementar*. 3.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 130; Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 2947/07.4TBALM. L1-6, Rel. Maria Manuela Gomes, 29 de mai. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0134cf5aab1a60b480257d6b00357c70?OpenDoc ument&Highlight=0,maria,manuela,gomes>> Acesso em 12 de jun. 2019.

<sup>42</sup> XAVIER, Rita Lobo. O Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos...*Op. Cit.*, p. 325.

<sup>43</sup> Artigo 1732, CC.

<sup>44</sup> Artigo 1724, CC.

<sup>45</sup> Na mesma medida, tratando-se de arrendamento plural, com o falecimento de um dos co-arrendatários, não ocorre uma transmissão do arrendamento, mas sim em concentração deste no arrendatário sobrevivente. AZEVEDO, Inês Rafael. *A Transmissão por Morte do Direito ao Arrendamento*:

sobrevivo mantinha com o *de cuius* um casamento sob o regime de separação ou sob o regime da comunhão de adquiridos quando o contrato foi firmado antes da ocorrência do casamento.

Dessa forma, a definição pela comunicabilidade não extingue a necessidade de regras que prevejam os casos em que o direito ao arrendamento se transfere ou não por morte ao cônjuge, pois nessas duas últimas hipóteses o cônjuge não é considerado arrendatário na mesma medida em que aquele que assinou de fato o contrato, de modo que pode vir a ocorrer uma transmissão<sup>46</sup>.

### 2.2.2. *O unido de fato e a pessoa que vive em economia comum*

Aos contratos celebrados na vigência do NRAU, o unido de fato e a pessoa que vive em economia comum são ambos beneficiários do direito de transmissão.

Quando o NRAU foi instituído pela Lei n.º 6/2006, esta determinou, no artigo 1106, CC, que o arrendamento para habitação não caducava por morte do arrendatário se sobrevivesse “pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de facto e há mais de um ano”<sup>47</sup> e “pessoa que com ele residiu em economia comum e há mais de um ano”<sup>48</sup>. Ocorre que este prazo era ambíguo: para que essas figuras fossem beneficiárias do direito, as relações em si deveriam ter mais de um ano ou os sujeitos – unido de fato e pessoa que vive em economia comum –, deveriam viver no locado há mais de um ano?

A razão de ser dessa dúvida era devido às Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ambas de 11 de maio, que tratam da proteção das pessoas que vivem em economia em comum e da proteção das uniões de fato, respectivamente. A Lei n.º 6/2001 já estabelecia como economia comum “a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreatajuda ou partilha de recursos”<sup>49</sup>, enquanto que a Lei n.º 7/2001 estipulava, na época, que “a presente lei regula a situação

Evolução Desde 1966 e Síntese do Regime Vigente. Porto. 2015. Dissertação de Mestrado de Direito Privado da Universidade Católica do Porto. p. 19.

<sup>46</sup> XAVIER, Rita Lobo. ‘Concentração’ ou Transmissão... *Op. Cit.*, p. 1025.

<sup>47</sup> Artigo 1106, n.º 1, alínea a), CC, redação já revogada da Lei n.º 6/2006.

<sup>48</sup> Artigo 1106, n.º 1, alínea b), CC, redação já revogada da Lei n.º 6/2006.

<sup>49</sup> Artigo 2, n.º 1, Lei 6/2001.

jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos”<sup>50</sup>.

Diante desse cenário, cinco teorias surgiram.

A primeira entendia que o requisito temporal de um ano fixado pelo artigo, abrangia as duas realidades, tanto a duração da união de fato, ou economia em comum, quanto a coabitação no locado. Assim, ambas condições deveriam ocorrer por, pelo menos, um ano<sup>51</sup>.

A segunda teoria, por sua vez, entendia que o prazo legal fixado pelo legislador no artigo 1106, CC, deveria ser entendido como uma norma especial frente à norma geral das Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, pois interpretar assim seria menos danoso para as pessoas que viviam em economia comum e para os unidos de fato<sup>52</sup>. Ou seja, o prazo de um ano deveria ser entendido como referente à duração da relação do transmissário com o arrendatário, só e apenas<sup>53</sup>. Então, não era preciso que a convivência de um ano tivesse ocorrido no locado<sup>54</sup>.

Uma terceira corrente entendia que os preceitos dispostos no artigo 1106, CC, deveriam ser conjugados com as leis especiais, 6/2001 e 7/2001, de modo que, para haver transmissão, soma-se ao prazo de dois anos estipulados pelas leis, o prazo de um ano de convivência no locado estabelecido pelo CC, sendo preciso, portanto, o prazo total de três anos<sup>55</sup>.

Um quarto entendimento era o de que a transmissão dependia de dois requisitos. Em primeiro lugar, o requisito de relevância daquela relação, qual seja, duração de dois anos, conforme a lei de proteção. Ainda, dependia do

<sup>50</sup> Artigo 1, n.º 1, 1.ª versão da Lei n.º 7/2001. Hoje, o artigo 1, n.º 2 da lei estabelece que: “a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos” (redação introduzida pela Lei n.º 23/2010, de 30/08).

<sup>51</sup> SÁ, Fernando Augusto de Cunha; COUTINHO, Leonor. *Arrendamento 2006: Novo Regime do Arrendamento Urbano*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 103.

<sup>52</sup> GARCIA, Maria Olinda. *Alterações ao Regime Substantivo do Arrendamento Urbano: Apreciação Crítica da Reforma de 2012*. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/upl/%7Becadb67f-8992-44be-a237-81927f8474f2%7D.pdf>. Acesso em 28 de mai. 2019. p. 708; Id., *A Nova Disciplina do Arrendamento Urbano*: NRAU Anotado de Acordo com a Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 38-39.

<sup>53</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Novo Regime do Arrendamento Urbano: Contributos para uma Análise. In: VEIGA, António Motta (Coord.) *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 767-769.

<sup>54</sup> FALCÃO, José Diogo. A Transmissão do Arrendamento para Habitação por Morte do Arrendatário no NRAU. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-diogo-falcao-a-transmissao-do-arrendamento-para-habitacao-por-morte-do-arrendatario-no-nrau/>. Acesso em 06 de jun. 2019.

<sup>55</sup> MACHADO, Soares; PEREIRA, Regina Santos. *Arrendamento Urbano: Novo Regime do Arrendamento Urbano Comentado e Anotado*. 2.ª ed. Lisboa: Petrony, 2007. p. 175-176.

requisito de um ano de convivência no locado, conforme artigo 1106, CC. Isto não significava um prazo final de três anos, mas sim de dois, pois o ano de habitação no imóvel poderia começar a contar desde o início da relação. Dentro desta corrente, o professor Jorge Duarte Pinheiro defendia que assim seria para a união de fato, mas não para a economia em comum. Segundo ele, a união de fato, mesmo na transmissão *mortis causa*, seguia os preceitos da Lei n.º 7/2001, pois a matéria da transmissão do arrendamento é integrada ao regime geral da união de fato. Enquanto a economia em comum não, segue as disposições do artigo 1093, CC, que não possui requisito temporal, para a hipótese, o que afasta a incidência da lei n.º 6/2001. Segundo o professor, não se traduz em tratamento diferenciado aos institutos, pois a alínea *b*), n.º 1, CC, diferentemente da alínea *a*), não falava expressamente em vivência no locado<sup>56</sup>.

Pinto Furtado acompanhava essa corrente, mas, diferentemente do professor Jorge Duarte Pinheiro, acreditava que ela se aplicava tanto ao unido de fato quanto à pessoa que vivia em economia comum. Assim, deveria ser respeitado o prazo de relevância das leis especiais, com ao menos um desses dois anos de convivência no locado<sup>57</sup>.

Por fim, a quinta e última teoria aponta que a transmissão opera desde que a vivência com o arrendatário tenha durado um ano, independentemente deste ano ter ocorrido ou não no locado<sup>58</sup>.

Na época, chamava a atenção o fato de que nenhuma das cinco teorias levava em consideração os interesses do senhorio, mas sim traduziam uma proteção unicamente ao beneficiário. O professor Menezes Cordeiro assinalava, ainda, que certas teorias levavam em conta uniões de fato com duração de apenas um ano como beneficiárias, quando, em verdade, uma relação de um ano pode ser apenas passageira. Nesta hipótese, o unido de fato ser considerado como beneficiário seria proteger uma situação temporária às custas de terceiros<sup>59</sup>.

Com a reforma de 2012, o artigo sofreu algumas modificações nesse quesito. O unido de fato ganhou alínea independente do cônjuge, e passou a ser alínea *b*), assim recolocou a pessoa que vivia em economia em comum para a alínea *c*), e ambas as alíneas com “há mais de um ano” ao final da redação. Mais, adicionou o n.º 2 ao artigo, que determinava que, à data da morte, o transmissário das alíneas *b*) e *c*) deveria residir no locado há mais de um ano.

<sup>56</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *A Morte do Arrendatário...* *Op. Cit.*, p. 919-920.

<sup>57</sup> FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Op. Cit.*, p. 639-641.

<sup>58</sup> GEMAS, Laurinda *et al.* *Op. Cit.*, p. 492-493.

<sup>59</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil XI...* *Op. Cit.*, p. 1122.

Essa alteração do diploma legal cessou a dúvida quanto ao prazo, pois foram fixados requisitos cumulativos. Era exigido um ano de duração da relação, conforme as alíneas, e também era exigido mais um ano de habitação no locado, conforme o novo n.º 2. Como resultado, dois anos de exigência, o que atendia ainda ao estipulado nas Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001.

Segundo o professor Jorge Duarte Pinheiro, essa forma como o prazo de dois anos final foi estabelecida, foge da sistemática por trás das leis especiais. Ele afirma ser uma construção lógica estranha, pois não faz sentido fixar nas leis próprias um regime de proteção à esses institutos, se um dos grandes efeitos que eles possuem, a transmissão do arrendamento por morte, vai ocorrer conforme regra diversa daquela fixada<sup>60</sup>. Maria Olinda Garcia também criticou o n.º 2 do artigo 1106, CC ao afirmar ser incompreensível a decisão do legislador de dificultar a transmissão do direito, justamente em um quadro normativo que simplifica a extinção do contrato pelo senhorio e que flexibiliza o prazo de duração dos contratos<sup>61</sup>.

Recentemente, a Lei n.º 13/2019 de 12 de fevereiro revogou o n.º 2 do artigo 1106, CC.

Sendo assim, a redação atual apenas estabelece um ano de vivência com o arrendatário para o unido de fato e para a pessoa que vive em economia comum, sem determinar qualquer prazo habitacional no locado.

Ainda que não haja manifestação doutrinária a respeito dessa revogação, pode-se entender que ela amplia a possibilidade desses dois sujeitos sucederem na posição contratual. O n.º 2, artigo 1106, CC, justamente desprotege o direito à habitação do unido de fato e da pessoa que vivia em economia comum<sup>62</sup>, assim, ao eliminar um pressuposto para a transmissão, o regime se torna extremamente benéfico para esses sujeitos, uma vez que lhes dá uma garantia maior da concretização do direito à transmissão.

Há quem possa entender que, sem um prazo total de dois anos – findado pela revogação do n.º 2 –, se terá uma quebra da harmonia dos regimes instituídos pelas Leis n.ºs 6/2001 e 7/2001, ainda mais que no regime transitório, como veremos a seguir, mantém-se a exigência de dois anos ao unido de fato. Contudo, em verdade, dispondo o senhorio de instrumentos para oposição à renovação ou denúncia, como já visto que é atualmente, não importa que o transmissário tenha habitado ou não naquele imóvel, mas sim importa o fato de

<sup>60</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. O Arrendamento e a Família. In: CORDEIRO, António Menezes; GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Temas de Direito do Arrendamento*. Cadernos O Direito, N.º 7. Coimbra: Almedina, 2013. p. 106.

<sup>61</sup> GARCIA, Maria Olinda. *Alterações ao Regime Substantivo...Op. Cit.*, p. 707.

<sup>62</sup> *Ibidem.* p. 708.



que ele possuía uma relação pautada na estabilidade com o arrendatário, relação esta que só foi interrompida em razão da morte, e não por vontade das partes<sup>63</sup>.

Quanto a esses institutos no regime transitório, observa-se, primeiro, que a pessoa que vive em economia em comum não é contemplada pelo artigo 57, NRAU, como beneficiário do direito à transmissão, diferentemente do regime do 1106, CC, e do antigo regime, artigo 85, RAU<sup>64</sup>.

Em relação ao unido de fato, a redação original do artigo, dada pela Lei n.º 6/2006, não estabelecia qualquer prazo. Entretanto, a reforma da Lei n.º 31/2012 instituiu dois requisitos temporais: que a união de fato durasse mais de dois anos e que o unido de fato residisse no locado há mais de um ano. Portanto, a Lei n.º 31/2012 não deixou qualquer dúvida, mas limitou a transmissão do direito.

### 2.2.3. *A preferência do filho ou enteado*

O artigo 57, NRAU, estabelece que para o filho e enteado serem beneficiários do direito de arrendamento na transmissão *mortis causa*, devem atender a alguma das condições listadas nas alíneas *d)*, *e)* e *f)*, tendo esta última alínea sido adicionada recentemente pela Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro.

Desse modo, para ter direito ao arrendamento, o filho ou enteado deve preencher algum dos seguintes requisitos: (i) ter menos de um ano de idade; (ii) ser menor de idade e ter convivido com o arrendatário por pelo menos um ano; (iii) ser menor de 26 anos e frequentar o 11.º ou 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior; (iv) ser portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade igual ou superior a 60% e ainda ter convivido com o arrendatário por mais de um ano; (v) ter 65 anos ou mais, ter convivido com o arrendatário por mais de cinco anos e, ainda, possuir o rendimento anual bruto corrigido inferior a cinco retribuições mínimas nacionais anuais. Ou seja, o dispositivo não contempla qualquer descendente, mas sim filho ou enteado que carece de proteção, que é mais vulnerável do ponto de vista financeiro<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> XAVIER, Rita Lobo. 'Concentração' ou Transmissão...*Op. Cit.*, p. 1040.

<sup>64</sup> Pode surgir o questionamento se essa exclusão da pessoa que vive em economia comum como beneficiária não é uma afronta ao artigo 4, n.º 1, alínea e), Lei n.º 6/2001. Este ponto será discutido no último capítulo deste relatório.

<sup>65</sup> COLAÇO, Amadeu. *Reforma do Novo Regime do Arrendamento Urbano*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 122.

Apesar de ter estabelecido condições claras para a ocorrência da transmissibilidade para esses sujeitos, o artigo não determinou, na existência de ambos, qual deles possui preferência ao direito de transmissão do arrendamento, o filho ou o enteado.

Grande parte da doutrina defende que o filho deve ter preferência em relação ao enteado, ainda que seja mais novo, com fundamento em dois argumentos. Primeiramente, a hierarquia da escrita, em que o legislador colocou a palavra “filho” antes de “enteado”, motivo pelo qual o primeiro teria prioridade. Ainda, pois a relação pai/filho seria de mais proximidade do que a relação pai/enteado, em razão do fator biológico ser mais forte que o da afinidade<sup>66</sup>.

Entretanto, como bem pontuou Francisco de Castro Fraga, o argumento de hierarquia não faz sentido, pois o termo “ou” traduz justamente uma equiparação das duas figuras, e não uma prioridade de uma sob a outra. Mais, não faz sentido também o argumento biológico, visto que se o enteado foi elencado como possível beneficiário é porque existe uma relação não apenas de afinidade, mas também intimidade entre ele e o arrendatário<sup>67</sup>.

Este entendimento parece ser o mais justo. De fato, se o legislador desejasse priorizar o filho em relação ao enteado, assim o faria na redação do artigo, com o enteado em alínea separada, posterior à do filho. O argumento biológico também cai ao considerar que o enteado e o arrendatário podem possuir uma relação que pode ser tão profunda quanto a de pai e filho, uma vez que convivem juntos.

Assim sendo, parece que na hipótese de haver filho e enteado em igualdade de condições, deve-se considerar o n.º 2, artigo 57, NRAU. Este determina que a ordem de preferência segue as alíneas do n.º 1 e que, no caso de igualdade de condições, prefere-se, sucessivamente, o ascendente, filho ou enteado mais velho. Ou seja, o beneficiário deveria ser aquele com idade mais avançada.

#### 2.2.4. *O beneficiário proprietário ou arrendatário de outra morada*

Tanto para os contratos celebrados após a Lei n.º 6/2006, quanto para os celebrados no regime do RAU, a transmissão *mortis causa* não se opera se “à data da morte do arrendatário, o titular desse direito tiver outra casa, própria ou arrendada, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou

<sup>66</sup> FALCÃO, José Diogo. *Op. Cit.*; LEITÃO, Luís Menezes. *Op. Cit.*, p. 177; MORAIS, Fernando Gravato. *Op. Cit.* p. 70; GEMAS, Laurinda *et al.* *Op. Cit.*, p. 132; FURTADO, Jorge Henrique Pinto da Cruz. *Manual do Arrendamento Urbano*. Vol. I. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 179.

<sup>67</sup> FRAGA, Francisco de Castro. Título II-Normas Transitórias... *Op. Cit.*, p. 524.

no respetivo concelho quanto ao resto do País”<sup>68</sup>. Em verdade, a intenção do legislador foi contemplar a possibilidade de o beneficiário ter uma alternativa de habitação, seja própria ou arrendada, hipótese em que não se verificaria necessária a imposição da transmissão ao senhorio<sup>69</sup>.

Todavia, a redação não é clara se essa limitação ocorre na existência de qualquer alternativa de habitação. O mais certo é não interpretar tais normas de forma literal, pois isso não seria razoável. A simples existência de um outro imóvel nas condições dos artigos não deve ser suficiente para excluir o direito à transmissão. É preciso que esse imóvel seja uma alternativa viável de habitação, e não será caso esteja arrendado ou deteriorado (ainda que esta circunstância gere dúvidas se o beneficiário demonstrar condição financeira de recuperar o imóvel<sup>70</sup>). Logo, a existência por si só de outra morada não deve implicar em não transmissão do direito de arrendamento<sup>71</sup>.

Ainda que a alternativa de imóvel seja viável de habitação, deve-se considerar a possibilidade de que pode não ser o mais adequado para a vida daquele beneficiário, que pode ter optado por não habitá-lo por questões pessoais, como bem colocou Maria Olinda Garcia: “se o proprietário não vive na sua própria casa é porque esse não será o local adequado a satisfazer as necessidades habitacionais ou profissionais próprias e da sua família”<sup>72</sup>. A escolha do beneficiário de não morar nesse imóvel alternativo por questões de natureza particular não parece também motivo justo para que ele não possa suceder no direito de transmissão, pois, como já vimos, se não for do agrado do senhorio, este pode pôr termo ao contrato.

### **2.3. Demais aspectos da transmissão mortis causa no regime atual**

A transmissão do direito de arrendamento não depende de uma aceitação, ela ocorre de forma automática, *ipso iure*. Entretanto, caso o beneficiário não deseje ocupar a posição contratual de arrendatário, ele tem o direito de renúncia.

<sup>68</sup> Artigo 1106, n.º 4, CC, e artigo 57, n.º 3, NRAU.

<sup>69</sup> DIAS, Ana Carolina Porfírio de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>70</sup> FRAGA, Francisco de Castro. Título II-Normas Transitórias...*Op. Cit.*, p. 525.

<sup>71</sup> GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamento Urbano Anotado: Regime Substantivo e Processual (Alterações Introduzidas Pela Lei N.º 31/2012)*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 83; *Id.*, A Necessidade de Uma Verdadeira Reforma do Arrendamento Urbano. *Revista Vida Judiciária*, Porto, N.º 193, p. 14-15, jan./fev. 2016. p. 15.

<sup>72</sup> *Id.*, *Alterações ao Regime Substantivo...Op. Cit.* p. 710.

Rita Lobo Xavier entende que se um beneficiário não deseja suceder, na existência de um outro beneficiário que deseje ocupar a posição contratual, ele o pode fazer sem que seja necessário o primeiro renunciar, basta que o segundo faça a devida comunicação ao senhorio<sup>73</sup>.

José Diogo Falcão acredita que a solução que decorre do texto da lei, apesar de não ser a mais adequada, é de que como o NRAU não dispôs do direito à renúncia, o beneficiário que não queira suceder deverá denunciar o contrato, de forma que este irá cessar e o direito não se transmitirá a outros beneficiários. Para o autor, o correto seria o regime admitir a renúncia, de forma que se um primeiro beneficiário renunciar, o direito sucede aos demais da ordem<sup>74</sup>.

Ainda, Fernando Gravato Morais compreende uma interpretação extensiva da ordem de preferência legal. Esta seria admitida no caso de renúncia à transmissão por aquele que tem o direito ao arrendamento, pois a renúncia é “menos” que a morte, quer dizer, quem sucede na morte pode suceder na renúncia por esta ser um evento menor. Deste modo, a sequência de beneficiários seria observada, mesmo sem o evento morte, até um potencial arrendatário aceitar o direito<sup>75</sup>.

Ora, é certo que o direito de renúncia não está previsto expressamente no NRAU, como estava no RAU, mas a falta da uma menção expressa a ele não se traduz como obrigatoriedade de assumir a posição contratual, ao mesmo tempo, a denúncia não é o método satisfatório a ser usado quando a transmissão não é desejada, de forma que pode-se entender que o direito de renúncia pode sim ser invocado. Neste sentido, a posição da autora Rita Lobo Xavier parece a mais adequada.

A comunicação da transmissão do arrendamento (ou da sua concentração), deve, conforme artigo 1107, CC, ser feita ao senhorio em um prazo de três meses a contar do falecimento, um prazo consideravelmente maior do que o observado no regime anterior. Primeiramente, o artigo não estipula a maneira como essa comunicação deve ocorrer, motivo pelo qual deve-se observar a forma prevista no artigo 9.º, Lei n.º 6/2006.

Ainda, o artigo deixa uma grande lacuna: não há uma consequência clara do incumprimento da obrigação de comunicar, pois, diferentemente do RAU, que em seu artigo 89-D fixava a caducidade diante da falta de comunicação, o atual regime não deixa claro se o contrato caduca ou se basta a indenização aos danos derivados da omissão, previsão do n.º 2 do artigo 1107, CC.

<sup>73</sup> XAVIER, Rita Lobo. ‘Concentração’ ou Transmissão...*Op. Cit.*, p. 1044.

<sup>74</sup> FALCÃO, José Diogo. *Op. Cit.*

<sup>75</sup> MORAIS, Fernando Gravato. *Op. Cit.*, p. 74-75.

O caminho mais acertado parece ser o da caducidade. Veja, a indenização, solução atual, não se mostra suficiente, pois não há como provar eventual dano sofrido pelo senhorio. Uma vez que não é posta à disposição do senhorio uma ação de apreciação para sanar a indefinição de a quem pertence a posição contratual, a regra da caducidade deve imperar.

Isso pois, como bem colocou o professor Menezes Cordeiro, a caducidade é, de fato, a saída tecnicamente correta. Quando a transmissão do arrendamento por morte se opera, ela é o resultado de um direito potestativo do transmissário. Este, por sua vez, pode não querer exercer tal direito, mas uma vez que o faça, passa a responder pelo arrendamento, de modo que não é aceitável que o imóvel, após a morte do arrendatário, permaneça ocupado sem que o senhorio saiba quem detém a posição contratual e, ainda, não é justo atribuir ao senhorio o ônus de apurar eventual falecimento, mas sim cabe ao potencial sucessor se apresentar<sup>76</sup>.

Outro ponto que está aberto a debate é quanto à imperatividade do artigo 1106, CC. Pergunta-se, as partes podem afastar as suas disposições? Restringi-las? Alterá-las?

Esses questionamentos já existiam quanto ao artigo 85, RAU. Menezes Cordeiro e Francisco Castro Fraga chamavam a atenção para o fato de que o artigo 51, RAU, que determinava a imperatividade, deveria ser interpretado no sentido que de cláusulas acordadas entre as partes a respeito do arrendamento só seriam inválidas no caso de irem contra os “valores em jogo” do arrendamento e ameaçarem a estabilidade da posição contratual do arrendatário<sup>77</sup>.

Januário da Costa Gomes entendia que, desde que não prejudicassem os beneficiários indicados no artigo 85, RAU, não havia razão para que se impedisse as partes de convencionarem a respeito da transmissão por morte no arrendamento urbano habitacional<sup>78</sup>. João Sérgio Leitão, por sua vez, acreditava que a caducidade em si era um dos valores do arrendamento urbano habitacional, de modo que ela só poderia ser afastada pelo próprio ordenamento, ou seja, apenas pelo artigo 85, RAU, e não por acordo entre as partes<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> CORDEIRO, António Menezes. Capítulo IV – Locação: Introdução/Artigos 1105.º a 1107.º. In: CORDEIRO, António Menezes (Coord.). *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 352-353; *Id.*, *Tratado de Direito Civil XI...Op. Cit.* p. 1127.

<sup>77</sup> CORDEIRO, António Menezes; FRAGA, Francisco Castro. *Novo Regime do Arrendamento Urbano Anotado*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 100.

<sup>78</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>79</sup> LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. *Op. Cit.*, p. 299-306.

No âmbito do NRAU, a imperatividade está situada no artigo 1080, CC. Ao professor Jorge Duarte Pinheiro<sup>80</sup> e, no mesmo sentido, à José Diogo Falcão<sup>81</sup>, parece que não obstante a natureza imperativa atribuída ao artigo 1106, CC, é possível que diante da inexistência dos beneficiários previstos no n.º 1 do artigo, senhorio e arrendatário podem acordar a respeito da não caducidade do arrendamento e sua transmissão a outrem.

Deve-se concordar com tal posicionamento. É certo que a norma é imperativa, contudo, em virtude da autonomia privada das partes, não há porque ser inválido um acordo que seja estipulado em hipóteses além da lei. Ou seja, não parece possível que existindo algum dos beneficiários do artigo 1106, CC, as partes estipulem a respeito da transmissão, pois não se pode impedir ou restringir o direito de outrem, não se pode contrariar as disposições do referido artigo, pois são obrigatórias. Contudo, não havendo beneficiários, não sendo as disposições legais desrespeitadas, não há porque não ser válido senhorio e arrendatário contratarem a respeito.

### 3. Incidência do tema na jurisprudência

#### 3.1. *Aplicação da lei no tempo e de regras simultaneamente vigentes*

É comum chegarem às cortes portuguesas casos em que se discute a caducidade de contratos de arrendamento urbano habitacionais firmados na primeira metade do século XX não em razão do falecimento do primitivo arrendatário ou de seus filhos, mas sim em virtude da morte de seus netos<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. A Morte do Arrendatário... *Op. Cit.*, p. 917-918.

<sup>81</sup> FALCÃO, José Diogo. *Op. Cit.*

<sup>82</sup> A título de exemplo, acórdão que confirmou a caducidade de contrato de arrendamento firmado em 1940, em que o primitivo arrendatário faleceu em 1969, o primeiro transmissário, seu cônjuge, faleceu em 1983, e o segundo transmissário, filho desses, faleceu em 2002, de forma que não poderia se transmitir à esposa do último (Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 414/12.3TVLSB.L1, Rel. Gouveia Barros, 12 de set. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/00bce8f210e0164d80257dd70080f82c?OpenDoc ument>> Acesso 04 de jun. 2019); Também, caso em que o contrato foi celebrado em 1949, o seu primitivo arrendatário faleceu em 1977, e a discussão gerou em torno da transmissão da posição contratual por morte do neto do primitivo arrendatário, ocorrida em 2010, para o seu cônjuge que, ao final, teve o direito à transmissão negado (Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 738/11.7YXLSB.L1-1, Rel. Maria Adelaide Domingos, 23 de set. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/99f534361e239be280257d780051beae?OpenDoc ument>> Acesso em 04 de jun. 2019).

Isso porque a legislação do arrendamento sofreu diversas mutações ao longo dos anos no que se refere à transmissão do arrendamento por morte, o que suscitou diversas dúvidas referentes à interpretação e à aplicação da lei no tempo.

A aplicação da lei no tempo, conforme o artigo 12, CC, preserva o princípio da não retroatividade das leis, ou seja, as leis só se aplicam para os fatos futuros a elas, de modo que, ainda que possuam eficácia retroativa, ficam preservados os efeitos jurídicos já alcançados.

Na transmissibilidade *mortis causa* do arrendamento, isso significa aplicar a lei que está vigente no momento de ocorrência da morte do primitivo arrendatário ou do arrendatário transmissário, como bem observa a jurisprudência: “apurar se houve ou não transmissão do arrendamento deve fazer-se pela lei em vigor à data do facto susceptível de gerar essa transmissão, *in casu*, a data da morte da arrendatária”<sup>83</sup>, e, também, “deve aplicar-se o regime vigente à data do facto que desencadeia a transmissão do direito ou seja o óbito do primitivo arrendatário ou daquele que lhe sucedeu”<sup>84</sup>.

Assim, irá se verificar se a posição de arrendatário se transmite ou se o contrato caduca, tendo como diretriz se o direito vigente à época do falecimento reconhecia ou não aquela pessoa como beneficiária, e não diante da lei em vigor no momento de celebração do contrato. Veja.

No caso do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16/12/2015, entendeu-se que, como o primitivo arrendatário faleceu em 1983, em razão do artigo 1111, CC da época, que possuía redação dada pelo Decreto-Lei n.º 328/81 de 4 de dezembro, a transmissão ocorreu corretamente em favor de seu cônjuge. O cônjuge, por sua vez, faleceu em 1992, o que por força do artigo 85, n.º 3, RAU, justifica a transmissão do arrendamento à sua filha<sup>85</sup>.

Ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/05/2014 esclareceu mediante um caso em que o contrato foi celebrado em 1970 e o primitivo arrendatário faleceu em 1982, que o contrato não caducava e era transmitido à filha desse arrendatário original, vez que a disposição vigente à época da morte, artigo 1111, n.º 1, CC, com redação do Decreto-Lei 328/81 de 4 de dezem-

<sup>83</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 894-13.0TVLSB.L1-6, Rel. António Martins, 12 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/16e077bb2c646fa680257f03003e04d3?OpenDocument>> Acesso em 12 de jun. 2019.

<sup>84</sup> Tribunal da Relação de Évora, Apelação n.º 4633/11.1TBPTM.E1, Rel. Bernardo Domingos, 14 de mai. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/5d0b2c37c7ec864480257e51002e4619?OpenDocument>> Acesso em 12 de jun. 2019.

<sup>85</sup> Tribunal da Relação do Porto, Apelação n.º 403/14.3TBGDM.P1, Rel. Leonel Serôdio, 16 de dez. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/f9b2b8b0230cb26b80257f3b004d75fb?OpenDocument>> Acesso em 13 de jun. 2019.

bro, conferia o direito de transmissão aos parentes ou afins que vivessem no locado há mais de um ano, como ocorreu naquela situação<sup>86</sup>.

Na hipótese em que o arrendatário faleceu já depois da publicação do NRAU, a questão que se coloca é saber se a transmissão *mortis causa* vai ser pautada pelo artigo 1106, CC, ou pelo artigo, 57, NRAU, destinado ao regime transitório. Nesse caso, o que vai determinar qual das normas será usada é o momento em que o contrato de arrendamento foi celebrado. Sendo assim, se o contrato foi celebrado antes da vigência do NRAU, será aplicado o artigo 57, NRAU, por força do artigo 26 do mesmo diploma legal. Enquanto que se o contrato foi firmado após a entrada em vigor do NRAU, serão aplicadas as disposições do artigo 1106, CC.

Assim nota-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/05/2008. A Ré argumentava que diante do contrato celebrado antes do NRAU, após o falecimento do seu pai, o arrendatário, em 2007, ela seria beneficiária do direito de transmissão por viver em economia comum com ele há mais de cinco anos. Argumento baseado no artigo 85, n.º 1, alínea f), RAU. Ocorre que, como bem pontuou a decisão, deve-se empregar o artigo 57, NRAU, que em suas disposições não contempla a situação da Ré<sup>87</sup>.

Discussão também suscitada no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/11/2015, no qual, diante de um contrato de 1970 e em que o arrendatário faleceu em 2011, o pretense beneficiário alegava a utilização do artigo 1106, n.º1, alínea d), CC, sob o argumento de que o NRAU já estava em vigor no momento da morte. Entretanto, em vista da data de celebração do contrato, o Acórdão confirmou que deveria ser aplicado o artigo 57, NRAU<sup>88</sup>.

Ocorre que apesar da jurisprudência se direcionar de forma certa por muitas vezes, também se encontram decisões passíveis de crítica.

Como, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/02/2014. Foi aplicado o artigo 57, n.º 1, b, NRAU para determinar a caducidade de um contrato celebrado em 1968, em que o primitivo arrendatário faleceu em 1998 e no locado habitava, ao tempo da morte, sua ex-companheira, com quem não se relacionava mais maritalmente há mais de 20 anos. Ao obser-

<sup>86</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Revista n.º 7507/06.4TBCSC.L1.S1, Rel. Gregório Silva Jesus, 07 de mai. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9eb4825a8d010c1e80257cd20030c218?OpenDocument>> Acesso em 06 de jun. 2019.

<sup>87</sup> Tribunal da Relação do Porto, Apelação n.º 0832054, Rel. Ataíde das Neves, 29 de mai. 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ed6666b43551baba8025747500464cb1?OpenDocument>> Acesso 10 de jun. 2019.

<sup>88</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 894-13.0TVLSB.L1-6, Rel. António Martins, 12 de nov. 2015...*Op. Cit.*



var a data da morte, entende-se que o apropriado seria a aplicação do artigo 85, RAU, uma vez que era o diploma legal em vigência no ano de 1998<sup>89</sup>.

Outra situação de falha de aplicação da lei no tempo pode ser constatada no Acórdão do Tribunal de Lisboa de 29/05/2014. O caso discutido pela corte era referente a um contrato de arrendamento firmado em 1968, no qual o primitivo arrendatário havia falecido em 2007. A questão era se seu cônjuge, que habitava no locado, e de quem estava separado judicialmente de pessoas e bens, teria direito à transmissão ou se o contrato caducava. O Tribunal considerou o artigo 85, n.º 1, alínea *a*), RAU, para confirmar a caducidade. Apesar da caducidade ser, de fato, a correta solução do litígio, o Tribunal erradamente aplicou o RAU. Como o falecimento se deu em 2007, o regime que deveria ter sido aplicado ao caso em vertente é o do artigo 57, NRAU<sup>90</sup>.

Em que pese alguns lapsos cometidos pelas cortes portuguesas, é cristalino o fato de que deve ser respeitada a aplicação da lei no tempo, de modo que para saber se a posição contratual se transmite no arrendamento urbano habitacional, deve ser observado o momento em que o arrendatário faleceu e, se a morte se sucedeu sob o NRAU, em que duas regras existem simultaneamente, o aplicador do direito deve se atentar para o momento de celebração do contrato<sup>91</sup>.

### **3.2. Suposta “desigualdade” decorrente da aplicação da lei**

Quando se trata de situação em que o arrendatário faleceu já sob a égide da Lei n.º 6/2006, as consequências da sua morte serão bastante diversas a depender do momento de celebração do contrato de arrendamento. Tendo em consideração que os contratos novos, que seguem as estipulações do NRAU, possuem uma liberdade de denúncia muito maior em comparação aos celebrados na época do RAU, verifica-se que a legislação favorece a transmissão

<sup>89</sup> Supremo Tribunal de Justiça, Revista n.º 4535/04.8TCLRS.L1.S1, Rel. Orlando Afonso, 20 de fev. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/53079f5370a8c4d280257c8500575560?OpenDocument>> Acesso em 06 de jun. 2019.

<sup>90</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 2947/07.4TBALM.L1-6, Rel. Maria Manuela Gomes, 29 de mai. 2014...*Op. Cit.*

<sup>91</sup> GUIMARÃES, Maria Raquel. Até Que a Morte Nos Separe? A Transmissão da Posição Contratual por Morte do Arrendatário no Contrato de Arrendamento Urbano para Habitação. Reflexões à Luz da Jurisprudência Recente dos Tribunais Superiores. Disponível em: <<https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2017-nordm-3/ate-que-a-morte-nos-separe-a-transmissao-da-posicao-contratual-por-morte-do-arrendatario-no-contrato-de-arrendamento-urbano-para-habitacao-reflexoes-a-luz-da-jurisprudencia-recente-dos-tribunais-superiores/>> Acesso em 20 de mai. 2019, p. 9-13.

nesses novos contratos, enquanto que, nos contratos antigos, a lei se mostra mais restrita.

É fácil notar que as hipóteses de transmissão do arrendamento por morte do arrendatário elencadas no artigo 1106, CC, são mais amplas do que as previstas no artigo 57, NRAU, que, por sua vez, também é mais restrito que o já revogado artigo 85, RAU, antes responsável por regular transmissão do arrendamento por morte.

Em comparação ao antigo regime, percebe-se que a pessoa que vivia em economia em comum e o afim em linha reta, contemplados pelo RAU, não são elencados no regime transitório. Mais ainda, o NRAU indica apenas filho e enteado, e desde que preencham certos requisitos, enquanto o RAU estabelecia apenas que deveria ser descendente com menos de um ano de idade ou que vivesse com o arrendatário há mais de um ano, mas não limitava esse descendente a filho e enteado. Além disso, o novo regime condicionou que seja ascendente em 1.º grau para ser beneficiário, exigência não prevista no antigo regime. Por fim, o unido de fato possui uma situação menos favorável no artigo 57, NRAU, do que tinha na vigência do artigo 85, RAU, pois o regime transitório adicionou um requisito: que o unido de fato resida no locado há, no mínimo, um ano.

Já ao comparar com o artigo 1106, CC, percebe-se, primeiramente, que o número de transmissões é ilimitado, graças à eliminação do termo “primitivo”, presente no artigo 57, NRAU. Aos novos contratos, assim como no RAU, também não é exigido tempo de residência no locado ao unido de fato, como o é no artigo 57, NRAU, e também a pessoa em economia comum é contemplada. Finalmente, o CC não impõe requisitos à transmissibilidade aos parentes, enquanto que o regime transitório sim.

Desse modo, uma vez que as disposições do regime transitório do NRAU limitam mais a possibilidade de transmissão, a probabilidade de o contrato caducar é mais elevada<sup>92</sup>.

Com isso, levantou-se o problema de saber se o regime transitório seria, no que tange à transmissão do arrendamento por morte, um desrespeito aos princípios constitucionais. A alegação seria de inconstitucionalidade do artigo 57, NRAU, pois este constitui uma violação ao princípio da igualdade e ao princípio da confiança instituído no Estado de direito democrático, artigos 13 e 2, respectivamente, Constituição da República Portuguesa, a CRP.

Entretanto, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 196/2010, se posicionou a respeito da constitucionalidade do artigo 57, NRAU. O Tribunal

<sup>92</sup> GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamento Urbano Anotado...Op. Cit.*, p. 172.

entendeu que dois regimes atuando simultaneamente se devem ao fato de que os novos contratos de arrendamento habitacional não vigoram sob uma prorrogação forçada ao senhorio, como ocorria no sistema do RAU, e que essa distinção é fundamento decisivo para justificar tratamentos jurídicos diferentes na transmissibilidade do arrendamento por morte do arrendatário, de forma que, portanto, não há violação ao princípio da igualdade, artigo 13, CRP.

Ato contínuo, o Acórdão afirmou que não há que se falar em quebra do princípio da confiança no Estado de direito democrático, pois, para tanto, é necessária a afetação de expectativas legítimas resultante de uma alteração legislativa que não foi feita para salvaguardar direitos constitucionais, o que não é o caso. Uma mera convicção sem relevância jurídica não configura afronta ao artigo 2, CRP<sup>93</sup>.

Uma perfeita decisão do Tribunal Constitucional, uma vez que o tratamento diverso que os artigos 1106, CC e 57, NRAU conferem aos beneficiários da transmissão *mortis causa* tem razão de ser na alteração da lei, fenômeno natural da ciência jurídica, que acompanha a sociedade. Assim também entenderam os demais tribunais.

O Tribunal da Relação de Évora, em Acórdão de 21/06/2012, compreendeu que o contrato de arrendamento, celebrado em ano anterior de 1961, em que o primitivo arrendatário havia falecido em 1995 e seu cônjuge, primeiro transmissário, em 2007, caducava e não se transmitia ao filho, pois este não estava abarcado por nenhuma das condições do artigo 57, NRAU. O Acórdão reconheceu que o princípio da confiança consagrado no artigo 2, CRP não é violado com a aplicação do artigo 57 do NRAU<sup>94</sup>.

O Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão de 25/10/2012, aplicou o artigo 57, NRAU, ao confirmar a caducidade de um contrato celebrado em 1959 e a sua não transmissão à filha da arrendatária – esta falecida em 2006 –, e afirmou, ainda, que “a substituição do regime emergente do artigo 85.º do RAU pelo do artigo 57.º do NRAU não viola o princípio da igualdade”<sup>95</sup>.

O mesmo tribunal, em Acórdão de 02/05/2013, reafirmou que “o artigo 57.º do NRAU, ao prever um regime transitório de transmissão restritivo da

<sup>93</sup> Tribunal Constitucional, Processo n.º 1030/09, Rel. Conselheiro João Cura Mariano, 12 de mai. 2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100196.html>> Acesso 11 de jun. 2019.

<sup>94</sup> Tribunal da Relação de Évora, Apelação n.º 653/07.9TBTVR.E1, Rel. Francisco Matos, 21 de jun. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/4eccadb9fe5e49e680257de10056f60?OpenDocument>> Acesso em 18 de jun. 2019.

<sup>95</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 457/08.1TMSNT.L2-6, Rel. Carlos Marinho, 25 de out. 2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/594f237ed370542180257ac2004d641a?OpenDocument>> Acesso em 04 de jun. 2019.

expectativa jurídica da ré, não consubstancia uma violação do princípio da igualdade insito no artigo 13.º da Constituição”, ao negar transmissão do arrendamento à filha do primitivo arrendatário, falecido em 2006, tendo o contrato sido firmado em 1966<sup>96</sup>.

Uma vez explicado que a aplicação da lei no tempo e a simultaneidade de regimes respeitam os parâmetros constitucionais, fica claro compreender que o ponto suscitado na nota de roda-pé n.º 64, sobre uma suposta falha do NRAU em não contemplar a economia em comum no seu rol de beneficiários, não merece prosperar. Todavia, para que não reste qualquer incerteza, a jurisprudência confirma a correta aplicação do artigo 57, NRAU.

O Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão de 04/01/2011, confirmou a caducidade de um contrato celebrado em meados dos anos 90 e a não transmissão à sobrinha da primeira transmissária, falecida em 2006, uma vez que aquela alegava o direito pela vivência em economia comum por 15 anos com a tia, quando o artigo 57, NRAU, o correto dispositivo a ser aplicado no caso, não engloba a pessoa que vive em economia comum como beneficiária. Ainda, confirmou a não violação do princípio da igualdade pelo referido artigo em relação ao artigo 1106, CC, uma vez que, para tanto, deve-se tratar de situações iguais, o que não é o caso, pois as situações são diversas por se tratarem de contratos celebrados em momentos diferentes, o que justifica tratamento desigual<sup>97</sup>.

O Acórdão de 19/11/2015, do Tribunal da Relação de Lisboa, reforçou, ao decidir pela caducidade de contrato firmado em 1989, que “a todos os contratos de arrendamento para habitação celebrados antes da entrada em vigor do NRAU (...) aplica-se, em matéria de transmissão por morte, o disposto no artigo 57.º do NRAU”<sup>98</sup>, motivo pelo qual o filho do primitivo arrendatário, que se valia do argumento de terem vivido em economia comum, não teria direito à transmissão, já que o regime transitório do NRAU não contempla essas figuras.

Por fim, o mesmo Tribunal, em Acórdão de 26/11/2015, também utilizou o artigo 57, NRAU, como solução para o litígio em que, mais uma vez, era

<sup>96</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 5583/07.1TBCSC.L1-8, Rel. Ilídio Sacarrão Martins, 02 de mai. 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/a08add11ef61ed2f80257b8e004d6f3c?OpenDocument>> Acesso em 07 de jun. 2019.

<sup>97</sup> Tribunal da Relação do Porto, Apelação n.º 2327/09.7TJ PRT.P1, Rel. Maria de Jesus Pereira, 04 de jan. 2011. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/694950ff0b4a23f980257822004dda8f?OpenDocument>> Acesso em 03 de jun. 2019.

<sup>98</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 745/14.8TVLSB.L1-2, Rel. Ondina Alves Carmo, 19 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/74154d6895b2f9c080257f1c005e7dd3?OpenDocument>> Acesso em 18 de jun. 2019.

alegada vivência em economia comum com primitivo arrendatário, falecido em 2012 e que arrendou o contrato antes da vigência do NRAU (a própria decisão esclarece que não resta clara a data de celebração do contrato, mas que de fato foi antes de 2006). Sem surpresas, foi negada a transmissão, vez que quem vive em economia comum não é contemplado pelo artigo 57, NRAU, visto que o regime transitório possui uma transmissão mais restrita, mais limitada<sup>99</sup>.

## Conclusão

A partir do exposto no presente relatório, pode-se concluir que o direito à transmissão do arrendamento urbano habitacional por morte do arrendatário é um tema de indiscutível relevância na seara do direito ao arrendamento, uma vez que ele pode gerar a caducidade do contrato ou a sua continuidade.

Ao iniciar o estudo a partir da origem e evolução histórica da legislação acerca do tema, até o momento atual, em que o NRAU é o diploma legal em vigor, foi possível perceber como a transmissão *mortis causa* do arrendamento sempre se fez presente no ordenamento jurídico português. Mais do que isso, como o tema se desenvolveu especialmente do RAU para o NRAU, tendo uma brusca modificação das disposições legais, uma vez que nesta passagem se verificou uma drástica quebra do vinculismo que acompanhava o arrendamento português.

Esta mudança no caráter do sistema, que equilibrou uma relação até então pautada pela tutela excessiva ao inquilino, tornou viável aos novos contratos de arrendamento – aqueles celebrados após a entrada em vigor da Lei n.º 6/2006 – que a transmissão em razão da morte fosse ilimitada, uma vez que foi posto à disposição do senhorio meios de pôr termo ao contrato. Paralelamente, observamos que esse novo regime iniciado pelo NRAU se preocupou em dispor de um regime transitório destinado aos antigos contratos – aqueles celebrados antes da sua vigência – e manteve a tais contratos ainda muitas restrições no que tange à transmissão do arrendamento por morte.

Mesmo o NRAU já tendo sido alterado algumas vezes desde a sua publicação, percebemos que essas alterações não foram capazes de responder a muitas questões deixadas em aberto pela redação da lei, de forma que a doutrina e a jurisprudência se tornam extremamente necessárias para dirimir essas lacunas. Embora certos pontos de dúvida possuam várias interpretações dadas pela dou-

<sup>99</sup> Tribunal da Relação de Lisboa, Apelação n.º 1894/13.5TBCSC.L1-2, Rel. Teresa Albuquerque, 26 de nov. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/a7b4b0896c5e15b380257f3000407a17?OpenDocument>> Acesso em 04 de jun. 2019.

trina, de forma que não há uma resposta unânime, eles foram suscitados neste trabalho não apenas em uma tentativa de pesar argumentos para se encontrar a melhor solução, mas também para que o leitor tenha conhecimento dos diversos entendimentos e possa obter sua própria conclusão.

As incertezas que cercam o tema se mostram concretas quando verificada a jurisprudência nacional. A aplicação da lei no tempo e o regime simultâneo de dois artigos incorporados pelo NRAU causam insegurança na sociedade em relação a qual lei aplicar. Não apenas. Enseja também um recorrente questionamento quanto ao respeito pelos princípios constitucionais da igualdade e da confiança no Estado de direito democrático.

Ainda que as decisões dos tribunais superiores tenham, de forma geral, se mostrado certas, em conformidade com a ordem jurídica portuguesa, o fato dessas indagações continuarem a brotar no judiciário evidencia que o sistema clama por esclarecimentos no artigo 57, NRAU, e no artigo 1106, CC.

Esclarecimentos que devem ser providenciados pelo legislador não apenas para que a sociedade enfim compreenda como se opera a transmissão do arrendamento urbano habitacional por morte, e, conseqüentemente, para que se reduza o número de litígios que chega às cortes superiores.

O entendimento que fica aqui, é que embora o tema tenha evoluído de forma satisfatória, de modo que acompanhou o desenvolvimento dos demais aspectos do arrendamento português, é justo para com a sociedade uma legislação mais clara e isenta de objeções.

# *A cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano*

HENRIQUE SBRISSIA\*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve síntese histórica: 2.1. De Roma ao RAU; 2.2. Do RNAU à atual cláusula geral<sup>10</sup>. 3. Cláusula geral como técnica legislativa: 3.1. Cláusula geral versus regulamentação casuística; 3.2. Cláusula geral e sua concretização; 3.3. Cláusula geral e conceitos indeterminados. 4. A figura jurídica da resolução do contrato e seu regime geral no Código Civil: 4.1. Incumprimento como fundamento da resolução do contrato; 4.2. O essencial conceito de escassa importância; 4.3. A culpa no Direito de resolução do contrato; 4.4. Efeitos, Modo de operar e caducidade. 5. O regime de resolução do contrato de arrendamento urbano decorrente da cláusula geral do artigo 1083.º do CC: 5.1. A possibilidade de estipulação de cláusulas resolutivas contratuais; 5.2. Resolução por alteração das circunstâncias; 5.3. Os elementos previstos no n.º 2 do artigo 1083.º do CC; 5.4. A cláusula geral e os exemplos-padrão; 5.5. Cláusulas típicas de resolução do contrato de arrendamento; 5.6. Bilateralidade da cláusula geral do n.º 2 do artigo 1083.º; 5.7. Uma cláusula aberta.

## **1. Introdução**

O escopo do presente trabalho<sup>1</sup> é a análise da cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano, prevista no artigo 1083.º do Código Civil e introduzida no ordenamento jurídico português com a entrada em

\* Sócio de Pereira & Sbrissia Advogados.

<sup>1</sup> Adota-se, no texto deste estudo, a ortografia e a sintaxe de uso corrente no Brasil.

Todas as disposições que não possuam a fonte mencionada, são do Código Civil português.

vigor da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, que aprovou o Novo Regime de Arrendamento Urbano (NRAU).

O NRAU, que tinha como escopo atenuar o vinculum reinante no século XX, quebrou séculos de tradição jurídica na enumeração taxativa das hipóteses resolutivas do vínculo arrendatício: pela primeira vez na história do tradicionalíssimo contrato de arrendamento urbano as hipóteses de resolução pelo senhorio não estão todas casuisticamente fixadas pelo legislador.

Pretendeu-se, com isso, em um contexto de estabelecimento de uma certa ambiência contratual, incluir a locação de bens imóveis urbanos no contexto do regime geral da resolução prevista no Código Civil e em especial, aproximá-la das disciplinas atinentes a outros contratos duradouros, como os de agência e de trabalho, consideravelmente mais modernas e dinâmicas.

A adoção da cláusula geral de resolução no arrendamento urbano enseja grandes desafios metodológicos ao intérprete, vez que é característica desta técnica legislativa – que por meio de um preceito aberto amplia o universo de hipóteses abrangidas pela norma – o preenchimento de uma pauta, a concretização de valores jurídicos, o que impõe um acentuado rigor científico por parte da doutrina e da jurisprudência. Esta necessidade se torna ainda mais cogente quando confrontada com o fato de que a cláusula geral em comento está recheada de conceitos indeterminados.

Diante desta realidade é que o presente trabalho parte de uma abordagem histórica da resolução do arrendamento, ainda que breve, seguida da exposição de fatores metodológicos relevantes à técnica legislativa em questão e do regime geral da resolução do contrato no CC português, para somente a partir daí, assentado nas premissas obtidas, cuidar da análise do regime de resolução do contrato de arrendamento urbano imposto pela cláusula geral do artigo 1083.º, incluindo tanto o exame dos elementos que a compõem e que com ela se relacionam diretamente, quanto das intercorrências que sua existência franqueia acesso – nomeadamente a inclusão de cláusulas resolutivas contratuais e a resolução por alteração das circunstâncias.

## 2. Breve síntese histórica

Considerando a grande guinada que o advento da cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento importou na disciplina da cessação do vínculo negocial é importante uma contemplação histórico-jurídica<sup>2</sup>, ainda que

<sup>2</sup> O professor Cabral de Moncada ensinava, já há muito tempo que é preciso que: “a história do direito deixe de ser definitivamente uma história sociológica do direito e se transforme numa história



breve<sup>3</sup>, da figura, tendo em conta também, como refere o professor Menezes Cordeiro, que na teoria da interpretação a “prática do sistema, no espaço lusófono como nos demais espaços, incluindo o anglo-saxónico, mostra porém que o elemento mais eficaz é, muitas vezes, o histórico”<sup>4 5</sup>.

## 2.1. De Roma ao RAU

Segundo o decano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa o arrendamento “é, pois, uma modalidade de locação, derivando, nessa medida, da *locatio-conductio*<sup>6</sup> romana. Porém, na medida em que respeita a coisas imóveis, tendencialmente de maior valor, tem uma relevância económica e social que, desde há

de *conceptologia* jurídica, no mais amplo sentido desta palavra; ou, se quisermos antes, da *Dogmática*, ou, ainda melhor, daquilo a que os nossos colegas alemães chamam as “realidades jurídicas” do direito” (*die juristischen Rechtswirklichkeiten*). É preciso, enfim, que a história jurídica deixe de ser uma disciplina histórica de conteúdos e soluções positivas do jurídico-social e devenha uma história do desenvolvimento das “formas” e “categorias” do jurídico-puro, trocando o seu ponto de vista de até, soció-teorético (*sozialtheoretisch*), por um outro jurídico-dogmático (*juristisch-dogmatisch*). (MONCADA, Luís Cabral de Oliveira. O problema metodológico na ciência da história do direito português (critério para uma nova divisão cronológica). In: *Del anuário de historia del derecho espanhol*. Madrid: Tipografía de archivos, 1933, pp. 28 e 29).

<sup>3</sup> A respeito da importância metodológica de uma parte histórica que não seja meramente descritiva e protocolar, mas que contribua para a reflexão do assunto: MONEBHURRIN, Nitish. *Manual de metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 23 e 24

<sup>4</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. I, 4 ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 716 e 717.

<sup>5</sup> Leciona o professor Galvão Telles que: “o direito que actualmente vigora não surgiu *ex-abrupto*, com total abstracção e absoluto desprendimento das normas jurídicas anteriores; nelas se filia, e a elas é assim possível ir buscar explicação cabal de muita coisa que doutro modo ficaria por esclarecer devidamente, na organização jurídica em vigor”. (TELLES, Inocêncio Galvão. *História do direito português*. In: Francisco Gomes-Teixeira de Meira. Preleções do prof. Doutor Galvão Telles ao curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1941-1942, p. 5).

<sup>6</sup> Segundo Max Kaser a “*locatio conductio*, que inclui o que hoje classificamos como arrendamento, contrato de serviços e de obra, é uma categoria contratual extensa, na qual se incluem relações de forte problemática social como o trabalho assalariado, a locação de casas e o arrendamento rural”, sendo que “Embora os Romanos tenham mantido a unidade da *locatio conductio*, ao determinar, segundo a fórmula, o que deve ser OBJECTO do *locare* ou do *conducere* (fruição da coisa, da pessoa, elaboração), oferecem os RUDIMENTOS da tripartição, levada a cabo pelo direito comum e moderno, em ALUGUER e ARRENDAMENTO (*locatio concuctio \*rei*), CONTRATO DE SERVIÇOS (*locatio concuctio \*operarum*) e CONTRATO DE OBRA (*locatio concuctio \*operis*)” (grifos constam no original). (KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 249 e 259). Com uma génese absolutamente imbricada, faz todo o sentido que elementos como a justa causa para resolução desses contratos duradouros sejam tomados em conta numa perspectiva semelhante.

muito, tem levado os legisladores a intervir, por forma a promoverem, no seu regime, os valores tidos por certos em cada momento histórico”<sup>7</sup>. Assim, se por muito tempo vigorou no Império Romano “o critério geral de que se uma das partes não cumpre (responsabilidade) ou não pode cumprir (risco) as suas obrigações, à outra é permitido resolver o contrato (...) no Baixo Império a insegurança económica e preocupações sociais atingiram a *locatio-conductio*, colocando o locador (que, em regra, pertence à burguesia rica) numa posição forte que lhe permitia rescindi-la quando entendesse. Impunha-se determinar limites, fixando causas de resolução”<sup>8</sup>, como nos ensina Santos Justo. Logo, uma “certa preocupação com as necessidades dos locatários (máxime das populações citadinas) surge com uma constituição de 214 (C., 4, 65,3) atribuída a Antonino Caracala, estabelecendo as circunstâncias em que o contrato poderia ser resolvido quando o locatário cumpre a obrigação de pagar a *merces* acordada<sup>9</sup>. (...) quando: a *res* necessitasse de obras que impedissem a conservação; se verificasse um mau uso por banda do *conductor* (que, por exemplo, não cultivava o *fundus* ou instalava um lupanar no prédio); o imóvel fosse necessário para o seu uso (todavia, a necessidade deveria ser superveniente)”<sup>10</sup>, como refere David Magalhães.

Tal configuração, obtida a partir da *constitutio* de Caracala, propagou-se, no direito comum e o “regime jurídico romano da *locatio-conductio* foi substancialmente acolhido nas nossas Ordenações sem, todavia, o rigor sistemático que exige à ciência jurídica”<sup>11</sup>, segundo Santos Justo. As Ordenações Filipinas, de 1603, dispunham que “A pessoa que der de aluguer alguma casa á outrem por certo preço e á certo tempo, não poderia lançar fora dela, durando o dito

<sup>7</sup> CORDEIRO, António Menezes. In *Polis enciclopédia verbo da sociedade*, vol 1, Lisboa: Verbo, 1983 p. 374. E nesta mesma obra o autor aponta que “Os desvios essenciais do A. em relação à locação têm a ver com o regime da cessação da situação do arrendatícia” (p. 376), o que demonstra a importância da resolução, como uma das formas de cessação contratual que é, no âmbito da disciplina do arrendamento.

<sup>8</sup> JUSTO, António dos Santos. A locação de coisa (*locatio-conductio rei*) no direito romano. Alguns reflexos no direito português. In: *Lusitana revista de ciência e cultura – Série de direito* n.ºs 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 626.

<sup>9</sup> Note-se aqui que já se trata de arrolar condutas capazes de ensejar a extinção do vínculo contratual para além do não pagamento, porquanto a inexigibilidade deste último é patente. A nosso ver isso se assemelha, ao menos estruturalmente, a disciplina atual do artigo 1.083.º do Código Civil português, que em seu n.º 2 enuncia a cláusula geral em que determinada conduta, que se amoldar aos seus conceitos indeterminados, “torne inexigível” a manutenção do arrendamento, enquanto que nos n.ºs 3 e 4 já se proclama que “é inexigível” a manutenção diante do não pagamento nas condições que estipula.

<sup>10</sup> MAGALHÃES, David. *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 87.

<sup>11</sup> Santos Justo, A locação de coisa (*locatio-conductio rei*) no direito romano. op. cit. p. 628.

tempo, senão em quatro casos”<sup>12</sup>, que referiam-se ao não pagamento da renda; a má utilização da casa, assim como a danificação ou prática de atos ilícitos; a necessidade da realização de obras incompatíveis com a fruição da casa pelo inquilino, mas garantido o retorno dele até o fim do contrato e o desconto das rendas do período não fruído; e a necessidade superveniente do senhorio ou de sua família de habitar a casa, todas hipóteses muito semelhantes a constituição do ano de 214 atribuída a Caracala. Como precisamente descreve o professor Menezes Cordeiro “Pertence, pois, ao acervo tradicional a fixação, por lei, dos casos precisos em que se pode proceder à resolução do arrendamento, designadamente por iniciativa do senhorio”<sup>13</sup>.

Tal figurino foi repetido no Código de Seabra, de 1867, mas que circunscreveu o cardápio a apenas duas hipóteses de resolução pelo senhorio, descritas no artigo 1607.º (não pagamento da renda da forma convencionada e se o arrendatário usar o prédio para fim diverso ao que é o próprio ou para o qual foi arrendado) e a uma pelo locatário, disposta no artigo 1611.º (referente a não realização de obras necessárias ao uso pelo locador). Segundo reportado na Exposição de Motivos do Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 outubro (RAU) o Código de Seabra “firmou um regime claro e liberal: o arrendamento, como modalidade de locação, era um contrato temporário”. Esta característica marcante, da temporalidade do vínculo, que era considerado renovado apenas por curtos períodos de tempo (em regra por semestre, mas no máximo por ano, conforme artigo 1623.º) esvaziava a utilidade da resolução. Na prática, o senhorio poderia “despedir” o arrendatário (artigo 1614.º) a cada seis meses.

Assinala, David Magalhães, que “O intervencionismo na vida económico-social marcará o Direito a partir da I Guerra Mundial, em detrimento da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Uma das áreas que mais sofre neste novo contexto é a do contrato de arrendamento urbano”<sup>14</sup>. Neste contexto e diante das “tensões acumuladas por uma urbanização em crescimento rápido, a que se terá somado a vontade política de conseguir efeitos imediatos junto das populações, vieram provocar, após a prolação da República, intervenções legislativas crescentes”, como bem descrito na Exposição de Motivos do RAU. A Grande Guerra, com todas as graves consequências sociais advindas, foi a justificativa para um recrudescimento das regras do arrendamento, no sentido de tutelar a posição do inquilino: é o início do vinculismo, em que “ao respeito

<sup>12</sup> Ordenações Filipinas, Livro IV, título XXIV. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proi/filipinas/l4p804.htm>>.

<sup>13</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. XI, contratos em especial (1.ª parte). Coimbra: Almedina, 2018, p. 992.

<sup>14</sup> David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 88.

pelo convencional e pela autonomia das partes seguia-se o estabelecimento de apertados *vínculos* entre senhorios e arrendatários, que só excepcionalmente poderiam ser extintos”<sup>15</sup>. E segundo o professor Menezes Cordeiro “Um dos pontos característicos do vinculismo foi a prorrogação automática dos contratos e, nalguns picos, a obrigação de celebrar, com terceiros, novos contratos, idênticos aos anteriores”<sup>16</sup>.

Viu-se, portanto, ao longo de todo século XX, uma tendência a tornar o contrato de arrendamento perpétuo<sup>17</sup>, com limitações severas à denúncia, no que foi sendo acompanhado também por um controle cada vez maior sobre o valor das rendas<sup>18</sup>. Paradoxalmente, em conjunto com este movimento, em verdadeiro efeito dinâmico do arrocho imposto pela impossibilidade do senhorio extinguir *ad nutum* o contrato, o que se verificou foi um aumento das causas de resolução do contrato<sup>19</sup>: das duas previstas no Código de Seabra, a Lei do Inquilinato (Decreto n.º 5411 de 1919) acrescentou a necessidade de obras indispensáveis e urgentes, no que foi seguida da Lei n.º 1662 de 1924, em que ampliado o rol para abranger o abandono do prédio e a sublocação não consentida e ainda da Lei n.º 2030 de 1948, que previu como hipótese o arrendatário dar hospedagem a mais pessoas (que não as especificadas na avença). O que se denota é que “se outrora se fixaram casos de resolução para garantir ao locatário um mínimo de estabilidade, o mesmo se veio a fazer em contexto vinculístico para que o senhorio tivesse um mínimo de liberdade”, consoante o sagaz escólio de David Magalhães<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Idem, p. 89.

<sup>16</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 993.

<sup>17</sup> Conforme consta da Exposição de Motivos do NRAU. In: *NRAU – Novo regime do arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

<sup>18</sup> Para uma interessante perspectiva desse tema, à luz da análise económica do direito, conferir ARAÚJO, Fernando. O problema económico do controlo das rendas no arrendamento para habitação. In: *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. CORDEIRO, António Menezes et. al. (coord.). Coimbra: Almedina, 2002. pp. 177 a 236.

<sup>19</sup> Nesse sentido exato sentido Pires de Lima e Antunes Varela apontam que “A orientação tem sido sempre a da especificação dos casos de despejo imediato (resolução), com tendência, durante algum tempo, para aumentar o seu número, facto que até certo ponto se compreende, dada a renovação imposta ao senhorio nesta espécie de arrendamento (cfr. ainda agora o disposto no art. 68.º, n.º2, do RAU)”. (LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes., *Código civil anotado*, vol. II, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão), pp. 596 e 597).

<sup>20</sup> David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 98. Na mesma obra o autor transcreve interessantíssima passagem referente a trabalhos legislativos que estiveram na base da Lei n.º 2030 de 1948: “Compreende-se que, sendo imposta ao senhorio a renovação do contrato, se lhe procurem assegurar por outros meios os seus direitos sobre o prédio, tomando-lhe mais acessível a acção de despejo imediato” (p. 95).

E o Código Civil de 1966 veio confirmar a tradição legislativa do rol taxativo de causas de resolução do arrendamento, sedimentando, ainda, o processo de expansão das hipóteses (que caminhava em conjunto com as imposições de renovação automática), ao prever dez causas. Segundo referiu a doutrina “o fundamento do art. 1093.º, n.º 1, não assenta na maior ou menor gravidade subjetiva de certas condutas; joga tão-só, uma perturbação objetiva da ordem dominial dos bens, tal como a ordem jurídica a estabelece e garante”<sup>21</sup>; não havia dúvida, tratava-se de um rol taxativo e imperativo, estabelecido para excluir juízos concretizadores por parte do julgador<sup>22</sup>, na esteira do pensamento legislativo que se consolidou ao longo do século XX<sup>23</sup>. A regulamentação casuística quando disciplina matérias complexas e sujeitas a acelerada mutação social encontra enormes desafios. O professor Menezes Cordeiro bem aponta que as hipóteses “taxativas, foram buriladas pela jurisprudência, pelos comentadores e pela doutrina. Com o tempo, algumas questões foram encon-

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Menezes. Ação de despejo. Obras sem autorização do senhorio. Exercício do direito de resolução. In: *O direito*, 1988, p. 232.

<sup>22</sup> João Baptista Machado asseverou, à época que: “como contrapartida sobretudo da renovação imposta ao senhorio do contrato de arrendamento (art. 1095.º), facilita-se ao mesmo senhorio a resolução deste contrato. (...) salvo no que respeita ao *modus faciendi*, pois, neste aspecto, para maior segurança, exige-se o recurso à via judicial – acha-se muito facilitada, por isso que não é necessário demonstrar a gravidade do inadimplemento mas antes basta que ele revista um daqueles tipos ou modalidades previstas na lei (art. 1093.º). (...) Se por força da renovação imposta (art. 1.095.º), o arrendatário goza dum situação de privilégio – em detrimento do interesse do senhorio –, bem se compreende que, em contrapartida, sobre ele impenda um mais estrito dever de cumprir rigorosamente, ponto por ponto, as suas obrigações contratuais. (...). *E assim é que nós vemos postas como fundamentos legais da resolução do arrendamento certas infrações contratuais que, nos quadros do regime comum da resolução legal, não seriam suficientes para a justificar*” (grifamos). (MACHADO, João Baptista. *A resolução do contrato de arrendamento – prazo para propositura de ação*. In: *Obra dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991. pp. 16 a 18).

<sup>23</sup> David Magalhães especifica os debates legislativos havidos quando do projeto de lei n.º 104, que acabou por estabelecer a Lei n.º 2030 de 1948, em torno de uma proposta inicial de submeter a resolução do arrendamento ao regime geral de resolução: “A Câmara Corporativa, no parecer que proferiu em apreciação do projecto, criticaria de forma veemente a solução, considerando-a potenciadora de incerteza por conduzir à aplicação da regra geral de resolução dos contratos bilaterais por não cumprimento (art. 709.º do Código Seabra, que antecedeu o actual art. 801.º/2 CC): ‘(...) as consequências são demasiadamente graves para que possa deixar-se ao arbítrio e ao critério do tribunal a apreciação de cada caso concreto. Importa, pois, criar um direito certo. Foi sempre essa a preocupação do nosso legislador’. A intenção de ‘criar um direito certo’ iria ao ponto de a Câmara, perante uma sugestão de José Alberto dos Reis a propósito do projecto de 1942, recusar a aplicação ao arrendamento urbano do regime de resolução por justa causa reconhecido no âmbito das relações contratuais duradouras (‘É precisamente este arbítrio do tribunal [inerente à justa causa] que à Câmara Corporativa parece ser fundamental evitar. Trata-se de matéria que pela sua gravidade deve ser regulada em normas de direito estrito’), apesar de este se apoiar, já na altura, em sólida elaboração dogmática”. (*A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 97).

trando um ponto de equilíbrio, enquanto outras se mantiveram em aberto. As especiais características da nossa jurisprudência levaram a que, por vezes, questões que pareciam arrumadas, fossem reabertas por algum julgador”<sup>24</sup>.

Mesmo assim e talvez para não desestabilizar ainda mais este frágil equilíbrio, em 1990 o Regime do Arrendamento Urbano (RAU), instituído pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 outubro, praticamente repete, em seu artigo 64.º, o rol taxativo<sup>25</sup> de hipóteses resolutivas, em favor do senhorio, do antigo artigo 1.093.º do CC. Segundo o professor Romano Martinez, “As violações do contrato de arrendamento perpetradas pelo inquilino e não incluídas no elenco do art. 64.º, n.º 1 RAU só conferem ao senhorio o direito a uma indemnização por responsabilidade contratual, nos termos gerais”<sup>26</sup>.

De outra banda, o n.º 1 do artigo 63.º do RAU, ao disciplinar a resolução por parte do arrendatário, previu que ele “pode resolver o contrato nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte”, o que à época já apontava o professor Januário da Costa Gomes “remete para o disposto no n.º 2 do art.º 801.º e art.ºs. 432.º a 436.º do Cód. Civil”<sup>27</sup>. Tem-se aqui o germen do atual n.º 1 do 1083.º do CC, que em 2006 estendeu tal disciplina a ambas as partes, como veremos. No RAU, entretanto, o senhorio se sujeitava ao rol taxativo e somente o arrendatário poderia utilizar-se de uma cláusula geral<sup>28</sup>, o que conforme Pires de Lima e Antunes Varela se justificava “Por estar em jogo um simples crédito pecuniário do senhorio, qualquer falta de cumprimento de uma obrigação contratual dele pode, em princípio, *legitimar a resolução*”<sup>29</sup>. Frise-se que no RAU a resolução por parte do inquilino dava-se

<sup>24</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 995.

<sup>25</sup> A taxatividade do artigo 64.º do RAU foi afirmada até mesmo pelo Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 322/00, de 21-06-2000, Processo 148/2000 (MESSIAS BENTO).

<sup>26</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direitos das obrigações (parte especial)*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 268. Aragão Seia afirmava: “Nem toda a violação do contrato cometida pelo arrendatário justifica aos olhos da lei a extinção compulsiva do arrendamento, porque o legislador, não contemplando apenas o interesse do senhorio em se libertar do contraente faltoso, atende também à proteção que, a despeito da infração contratual registrada, o locatário mereça do direito constituído”. (SEIA, Jorge Alberto Aragão. *Arrendamento urbano anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 411).

<sup>27</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa. *Arrendamentos para habitação*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 230.

<sup>28</sup> Conforme menciona Pinto Furtado o arrendatário, “Na primitiva formulação do CC, por simples omissão de qualquer referência particularizada” regia o seu direito à resolução pelos “princípios gerais” atinentes a resolução. (FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual do arrendamento urbano*, vol II. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 999). O vinculum que reinava quando da entrada em vigor do CC de 1966 fez com que a resolução pelo arrendatário não tivesse grande margem prática, o que refletiu na inexistência de uma previsão particularizada.

<sup>29</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, *Código civil anotado*, vol. II, 4. op. cit., p. 593.

por mera declaração à outra parte (n.º 1 do artigo 436.º do CC), já a ultimada pelo senhorio exigia ação judicial<sup>30</sup>.

## **2.2. Do RNAU a atual cláusula geral**

Em 2004, houve um grande anteprojecto para reforma da disciplina do contrato do arrendamento, que ficou conhecido como Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos (RNAU)<sup>31</sup>. O objetivo era encerrar o vinculismo, “desperpetuar” a relação jurídica, tornando acessível, novamente, a denúncia e a oposição à renovação, o que desafogaria aquela rigidez que foi se construindo em torno das causas de resolução (notas 19, 20 e 22 infra): como perfeitamente consigna o professor Menezes Cordeiro “numa ambiência contratual comum, não há que encerrar as causas de resolução de um contrato no colete de forças de uma enumeração taxativa”<sup>32</sup>. O RNAU previa três artigos a respeito da resolução, um geral, que fazia referência expressa a justa causa (n.º 2 do artigo 1.085.º), definida como “uma circunstância que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível, à outra parte, a manutenção do arrendamento”<sup>33</sup> e outros dois em que eram exemplificadas justas causas de resolução, respectivamente, pelo senhorio e pelo arrendatário.

O projeto que efetivamente virou lei foi o do Novo Regime do Arrendamento Urbano de 2006 (Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro), que acabou perdendo a referência textual a expressão “justa causa” que havia no RNAU. O n.º 2 do artigo 1083.º do CC imprimiu uma definição muito semelhante a que constava no projeto do n.º 2 do artigo 1085.º do RNAU de 2004 – para depois encetar um rol exemplificativo de fundamentos de resolução pelo senhorio, composto de cinco alíneas – mas, sem referenciar expressamente que essa definição que deu é a “justa causa” e ainda com uma outra diferença: no RNAU falava-se em qualquer “circunstância”, no RNAU o conceito está ligado a um “incumprimento”, o que abre a discussão a respeito do atual<sup>34</sup> cabimento ou não de justa causa objetiva, que veremos infra (5.3). De toda forma, é inegável,

<sup>30</sup> Aragão Seia, *Arrendamento urbano anotado e comentado*. op. cit., p. 406.

<sup>31</sup> Com a queda do XVI Governo Constitucional o RNAU acabou por não se transformar em lei.

<sup>32</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 996.

<sup>33</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa; MADALENO, Cláudia. In: CORDEIRO, António Menezes (Coord.). *Leis do arrendamento urbano anotadas*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 230.

<sup>34</sup> No projeto do RNAU existiam, de forma expressa, justas causas objetivas, a favor do arrendatário, no artigo 1.087.º, tais como a degradação do prédio ou zona em que se situe o imóvel e a mudança da situação económica ou familiar do inquilino.



como refere o professor Romano Martinez, que o dispositivo que entrou em vigor “Assenta-se, pois, numa cláusula geral de incumprimento, frequentemente identificada como justa causa”<sup>35</sup>. Por sua vez, a partir do NRAU, o n.º 1 do artigo 1083.º do CC passou a prever uma disposição muito semelhante aquela do n.º 1 do artigo 63.º do RAU (que era prevista somente para o arrendatário, acima referida), mas dessa vez aberta a ambas as partes. Compunha o 1083.º, introduzido pelo NRAU, ainda, um número para exemplificar causas de resolução ao inquilino, além de outro com uma cláusula típica e rígida de incumprimento por não pagamento das rendas.

Posteriormente, sobreveio a Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, que acrescentou mais uma hipótese reveladora de inexigibilidade diante do não pagamento das rendas (atrasos reiterados, seguidos ou interpolados), bem como efetuou alterações nas alíneas do n.º 2 do artigo 1.083 do CC, que a nosso ver deixaram ainda mais evidente que se tratam de exemplos-padrão que dialogam, na medida do conteúdo de cada um deles, com a cláusula geral. Por fim, a Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro acrescentou o n.º 6 ao artigo 1083.º do CC, exigindo anterior comunicação ao arrendatário da intenção do senhorio de resolver o contrato, na hipótese de mora interpolada. E assim, temos o atual dispositivo<sup>36</sup>:

#### Artigo 1083.º

#### **Fundamento da resolução**

1. Qualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte.

2. É fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento, designadamente quanto à resolução pelo senhorio:

a) A violação de regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio;

<sup>35</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do contrato*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 318. Neste mesmo sentido David Magalhães aponta que “Consagrou-se, sem margem para dúvidas, uma regra de resolução por justa causa – aplicável, salvo indicação expressa em contrário, a todas as relações contratuais duradouras”. (*A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 101).

<sup>36</sup> Segundo o professor Barreto Menezes Cordeiro: “Apesar das críticas formuladas por ambos os lados da barricada (senhorio e inquilinos), não pode deixar de ser assinalado que as inovações introduzidas, em especial as datadas de 2012, trouxeram uma nova vida ao mercado do arrendamento, salvaguardando os interesses das camadas demográficas mais frágeis e desprotegidas.” (CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito do arrendamento: soluções e desafios*. In: *Vida judiciária*, n.º 193 (janeiro/fevereiro 2016) p. 04).



- b) A utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública;
- c) O uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina, ainda que a alteração do uso não implique maior desgaste ou desvalorização para o prédio;
- d) O não uso do locado por mais de um ano, salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1072.º;
- e) A cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, do gozo do prédio, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio.

3. É inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento em caso de mora igual ou superior a três meses no pagamento da renda, encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário ou de oposição por este à realização de obra ordenada por autoridade pública, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo seguinte.

4. É ainda inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, com referência a cada contrato, não sendo aplicável o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo seguinte.

5. É fundamento de resolução pelo arrendatário, designadamente, a não realização pelo senhorio de obras que a este caibam, quando tal omissão comprometa a habitabilidade do locado e, em geral, a aptidão deste para o uso previsto no contrato.

6. No caso previsto no n.º 4, o senhorio apenas pode resolver o contrato se tiver informado o arrendatário, por carta registada com aviso de receção, após o terceiro atraso no pagamento da renda, de que é sua intenção pôr fim ao arrendamento naqueles termos.

Não obstante o passar de mais de uma década da introdução da cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano pelo senhorio<sup>37</sup>, colocando termo à tradicionalíssima taxatividade dos fundamentos desta modalidade de cessação, o impacto de tão significativa mudança ainda reverberará por muito tempo, sendo de toda valia, em nosso sentir, o estudo da matéria.

Neste diapasão, não se pode olvidar que a cláusula geral é uma técnica legislativa que demanda rigorosos cuidados metodológicos, justamente porque abre uma margem de apreciação da relevância dos incumprimentos ventilados

<sup>37</sup> O contrato de arrendamento rural, regido pelo Decreto Lei 294/2009, de 13 de outubro, ainda prevê hipóteses taxativas de resolução em favor do senhorio, conforme n.s.º 2 e 3 do artigo 17, não obstante o n.º 1 deste artigo contenha uma cláusula geral. Conferir ainda artigo 96 da Constituição da República Portuguesa.

como causas de extinção, sendo imperioso o perpassar pelos critérios erigidos pela ciência do direito como necessários a sua boa aplicação.

### 3. Cláusula geral como técnica legislativa

#### 3.1. *Cláusula geral versus regulamentação casuística*

É clássica a lição de Karl Engisch quando refere a cláusula geral “como conceito que se contrapõe a uma elaboração «casuística» das hipóteses<sup>38</sup> legais”, sendo que segundo o jurista alemão a “«Casuística» é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a esta-tuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”, enquanto que “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”<sup>39</sup>. O professor Menezes Cordeiro aprofunda a temática, tecendo que ao mesmo tempo em que as cláusulas gerais “têm em mira, de modo formal, a regulação de comportamentos”, elas possuem natureza relativa<sup>40</sup>, “pela qual elas só poderiam ser surpreendidas

<sup>38</sup> Engisch explica que refere o conceito de cláusula geral apenas a parte da regra jurídica relativa a hipótese, enquanto H. Garstka, no trabalho *Generalklauseln*, refere a toda regra jurídica. Vejamos: “GARSTKA refere-se às cláusulas gerais como regras jurídicas (*Rechtssätze*). Portanto, reporta o conceito «cláusula geral» a toda a regra jurídica (o que naturalmente lhe é permitido fazer), ao passo que eu no texto referi esse conceito nomeadamente à parte da regra jurídica que é a hipótese legal. Neste caso a cláusula geral torna-se numa estrutura conceitual, pois a hipótese legal por si (p. ex., «quem faz isto ou aquilo») pode ser olhada como o sujeito da proposição (assim como também a estatuição por si | «será punido desta ou daquela forma»| pode ser concebida como o predicado). (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Karl Engisch; trad. J. Baptista Machado. 6 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 271).

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 228 e 229.

<sup>40</sup> A respeito da impossibilidade de definir em absoluto uma cláusula geral, conferir a lição do professor Mota Pinto: “É, de qualquer modo, exacto que, mesmo realizando uma exaustiva elaboração sistemática das ‘concretizações’ de uma cláusula geral, aliás com alcance meramente programático e não vinculante, nunca esta se desentranha completamente numa série de pensamentos avulsos, de conteúdo tão determinado que qualquer espécie concreta neles se enquadre com a máxima exactidão lógica. Não só estes critérios particulares, onde a cláusula se vaza, através da concretização, são, eles próprios, cláusulas gerais de âmbito mais estreito, como, pairando sobre eles, subsiste a cláusula geral comum numa função de ‘norma de recolha’ para as hipóteses não directamente integráveis nesses critérios ou, na terminologia de ESSER, como ‘princípio’. Não será, então, possível uma racionalização completa da aplicação do direito, pois, como se exprime LARENZ, ‘no tecido progressivamente fiado do direito vivo em aplicação é, desde logo porque se trata sempre de valorizações, a participação do pessoas, da individualidade humana de cada julgador, ineliminável; e isto é talvez bom no nosso

precedendo o seu cotejo com outras realidades normativas”, o que acaba por efetivar “a extensão do seu campo previsivo-estatutivo: comparando-as com regulações específicas que, histórica ou actualmente as acompanhem, elas atingem uma série muito elevada de situações”<sup>41</sup>. Retomando o pensamento de Engisch, temos que “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da *técnica legislativa*. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo *ilacumar* e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e «provisoriamente» dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado<sup>42</sup> pela utilização das cláusulas gerais”<sup>43</sup> (grifamos).

Nesta esteira, o professor Baptista Machado, após realçar a inadequação da casuística, a depender da “complexidade da matéria a regular”, da “mutação acelerada” e das “dimensões mais profundas da pessoa de cada uma” das partes envolvidas em determinados tipos de relações sociais, arremata asseverando para o risco de omissões que pode ocasionar: “Em primeiro lugar, o legislador arrisca-se a não compreender nas suas hipóteses casuísticas todas as situações da vida carecidas do mesmo tratamento jurídico: teremos então lacunas de regulamentação<sup>44</sup>. Em segundo lugar, o legislador arrisca-se a abranger inad-

tempo demasiado confiante no cálculo e no funcionamento sem atritos de forças mecânicas” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Direito das obrigações*. Jorge de Amorim, Encarnação Cabral Apontamentos das lições do ano lectivo de 1973/4. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973, pp. 42 e 43). Sobre a metodologia da comparação e relacionamento entre as hipóteses já julgadas como preenchedoras do conteúdo do consequente previsto pela cláusula geral conferir *infra* 3.2.

<sup>41</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7.ª reimpressão, 2017, p. 1183.

<sup>42</sup> Não sem a assunção de outros, que brevemente referimos *infra* 3.2.

<sup>43</sup> Karl Engisch *Introdução ao pensamento jurídico*, op. cit. pp. 233 e 234.

<sup>44</sup> E frise-se aqui que este tipo de lacuna pressupõe que as situações não reguladas careçam de uma regulação conforme a intenção subjacente da própria lei (sua “teleologia imanente”, o seu “plano” legislativo) e não quando diante de um juízo jurídico-político se constate uma mera falha legislativa por ausência de regulação de um setor da realidade social. Nesse sentido assevera Larenz: “A fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei na perspectiva da política legislativa só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora ou se somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de política legislativa. (...) É que em ambos os casos consideramos que a lei não contém uma norma que devia conter. Mas a pauta de valoração posta como base é diferente em cada passo: num caso é a intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei; no outro caso são pautas de uma crítica, fundamentada em termo de política legislativa, dirigida à lei. (...) uma «lacuna» da lei não representa algo de semelhante a um «nada», mas significa a falta de uma regra determinada, a esperar segundo o plano da regulação ou o contexto global da lei. Isto é frequentemente ignorado. Uma lei é «lacunosa» ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, neste sentido, «completa», bem como materialmente adequada (...) A jurisprudência dos tribunais só pode julgar os acontecimentos

vertidamente, nas hipóteses legais que formula, situações ou casos que reclamariam por sua natureza um tratamento especial ou um tratamento de exceção: teremos então o que poderiam chamar-se, com os autores alemães, ‘lacunas de exceção’<sup>45</sup>. Para correção de tais lacunas exige-se, na primeira, o uso da analogia<sup>46</sup> e na segunda, a redução teleológica<sup>47</sup>, métodos estes que, nas palavras de Bigote Chorão “ultrapassam o limite literal da lei, serão atividades ultra-interpretativas”, ao passo que conforme o mesmo autor, “naqueles casos em que se verifica uma certa flexibilização intencional da regulamentação (*ius aequum*), mediante (...) cláusulas gerais, standards, conceitos-válvula, (...) que

depois de verificados e, em todo o caso, esperar que as máximas de decisão por si desenvolvidas a esse respeito possam influenciar a conduta futura. A divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito exige da administração da justiça que respeite o primado de criação de normas pelo legislador”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago da 6. ed, reformulada em 1991. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 530 a 534).

<sup>45</sup> MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1983. pp.116 e 117.

<sup>46</sup> Prevista nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º do Código Civil. Na doutrina, conferir TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*, vol. I, 11 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 260 e ss. O n.º 3 do artigo 10 dispõe que “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”. A respeito deste dispositivo, é interessantíssima a posição do professor João Pedro Marchante: “o disposto no art. 10.º/3 do CCiv, ao consagrar a ponderação principalista judicial, contraria o disposto nos artigos 110.º e 203.º da CRP, tendo, pois caducado por inconstitucionalidade superveniente, atento o disposto no art. 290.º/2 da CRP. (...) O positivismo legalista fechado consubstancia o *vector* que marca o direito português ao longo da sua História, e que culmina na recente substituição do *translegalismo* (especificamente, da *jurisdição aberta inclusive à moral*) consagrado no art. 4.º da Constituição do Estado Novo, de 1933, pelo *positivismo legalista fechado* consagrado no art. 203.º da democrática Constituição de 1976. Cabe assinalar que este legalismo de 2.ª geração não se confunde com o legalismo oitocentista: ao contrário deste, aquele é democrático e constitucionalmente assegurado”. MARCHANTE, João Pedro Charters. *Das lacunas da lei, no direito português: máxime, do disposto no art. 203 da CRP (“Os tribunais [...] apenas estão sujeitos à lei)*. Tese de doutoramento. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018. pp. do X e XVIII do resumo da tese).

<sup>47</sup> O professor Menezes Cordeiro define como: “a operação que consiste em afastar a aplicação de uma norma sempre que o fim por ela propugnado já se mostre alcançado ou se torne inviável ou impossível. (...). A redução teleológica anda muito associada à integração de lacunas ocultas. Com efeito, a redução opera, em regra, por ‘indicação’ de uma outra norma que, no complexo de realização do Direito, mostra ser mais adequada para resolver o problema. Havendo redução, revela-se a lacuna oculta, deixada em aberto pela retração da norma. E em simultâneo, opera a integração pela norma que provocou a redução em jogo”. (*Tratado de direito civil, vol. I, op. cit., pp. 782 e 784*). Um exemplo pode ser elucidativo: pense-se em uma norma que proíba que um veículo automotor permaneça ligado por mais de tantos minutos em uma garagem fechada, porque o seu fim é que o tóxico e letal monóxido de carbono não seja concentrado no ambiente. Tal norma não merece ser aplicada a um veículo elétrico. A lacuna revela-se na ausência da restrição da aplicação da norma a um elétrico: reduz-se, teleologicamente, ela.

*O Direito* 153.º (2021), I, 103-149

facultam ao juiz a adaptação desta às circunstâncias do caso(...) a investigação e aplicação do direito desenvolvem-se ainda *secundum legem* e não *praeter legem*<sup>48</sup>, como no caso das lacunas”<sup>49</sup>.

Tais constatações indicam a abissal diferença entre a técnica legislativa que vigia até a revogação do artigo 64.º do RAU e a que entrou em vigor com o artigo 1083.º do CC, a partir do NRAU. A presente investigação não almeja avançar ao ponto da filosofia do direito, para aferir se “as normas jurídicas vigentes encerram a justiça que lhes confere validade”, nos termos que conceitua Santos Justo, mas cinge-se a perspetiva dogmática e técnica, pois “preocupa-se com a interpretação, a construção, a sistematização e a aplicação das normas jurídicas”<sup>50</sup>, conforme escólio deste mesmo jurista. Desse modo, nos limitamos aos efeitos que a configuração de tão distintas técnicas legislativas para regular o mesmo assunto – resolução do contrato de arrendamento urbano – encetam na aplicação do direito, nos abstendo – ao menos nesta oportunidade – de examinar a superioridade moral, económica ou social de cada uma delas.

### 3.2. *Cláusula geral e sua concretização*

É inegável perceber que a mudança do paradigma legal ora em análise acarretou na possibilidade de que a extinção do contrato de arrendamento urbano por resolução contratual (consequente) seja concretizada pelo julgador, a partir de hipóteses não expressamente referenciadas em termos gerais pela lei, mas apenas referidas por “uma pauta que primeiro ele tenha que concretizar, uma pauta «carecida de preenchimento»”<sup>51</sup>, na lição da doutrina alemã, enquanto que no sistema anterior almejava-se uma regulação que se propunha exaustiva, assentada em um (suposto) “direito estrito”, em que a completa valora-

<sup>48</sup> Baptista Machado explicita a linha divisória entre estes dois planos: “Segundo uns autores, a indagação do direito *praeter legem* inicia-se no extremo limite que separa a interpretação extensiva (da norma jurídica) da aplicação analógica (da mesma norma). A primeira limitar-se-ia a estender a aplicação da norma a casos não previstos pela sua letra mas compreendidos pelo seu espírito; ao passo que a segunda leva a aplicar a norma a situações que já nem sequer são abrangíveis no seu ‘espírito’”. (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. op. cit. p. 193).

<sup>49</sup> CHORÃO, Bigote. In *Polis enciclopédia verbo da sociedade*, vol 3, Lisboa: Verbo, 1985, pp. 609 e 610 e 596 e 597. Em idêntico sentido, Baptista Machado afirma: “a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais situa-se no plano da descoberta do direito *secundum legem*”. (MACHADO, João Baptista. *Sobre a aplicação no tempo do novo código civil: casos de aplicação, critérios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1968, p. 290).

<sup>50</sup> JUSTO, António Santos. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, p. 297.

<sup>51</sup> Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 406.

ção já havia sido feita pelo legislador, ao rotular as hipóteses que ensejavam o conseqüente<sup>52</sup>.

As questões que eram objeto de debate nos tribunais e na doutrina cingiam-se, então, a colmatação das lacunas acima apontadas, que invariavelmente surgiram, “em vista do grande número e da contínua evolução das relações da vida” porquanto “Para o Direito civil (...) um tal «princípio negativo geral»” em que se afirme que “exceptuados os casos especialmente regulados na lei, «todos os actos ficam impunes e livres de indemnização»<sup>53</sup> (...) seria totalmente impraticável”<sup>54</sup>, na lição de Larenz; ou então, conforme a argúcia do professor Galvão Telles: “O direito não se ajusta adequadamente à vida se pretende aprisioná-la e torna-la rígida. A vida é muito mais forte do que o legislador e vinga-se, a cada passo, quando ele julga tê-la nas mãos”<sup>55</sup>.

As questões que hoje devem ser objeto de debate são as que se referem justamente ao preenchimento da pauta de julgamento trazida pela cláusula geral do artigo 1083.º. Reis Marques tem razão ao dizer que em tal técnica legislativa “Trata-se de delegar à jurisprudência a tarefa de especificar, de integrar, de desenvolver”<sup>56</sup>, ideia esta que é apurada pelo professor Menezes Cordeiro, ao afirmar que as cláusulas gerais permitem uma “aplicação cuidada do Direito,

<sup>52</sup> Convém rememorar o especificado na nota 22 supra, em que à época havia quem constatasse que diante do forte vinculum reinante (prorrogações compulsórias do contrato) o rol taxativo de causas de resolução servia como válvula de escape ao senhorio, pois algumas condutas que estavam lá valoradas na lei como causas de extinção duvidosamente seriam consideradas perturbações passíveis de ensejar o fim da relação negocial se estivessem submetidas ao regime geral resolutório do Código Civil. A lei impunha vantagens ao arrendatário, mas também exigia dele um comportamento mais estreito em relação aos seus deveres. É interessantíssimo notar que a instituição de uma cláusula geral que tem como característica abstrata justamente a ampliação do campo previsivo-estatutivo, para abarcar um maior grupo de comportamentos, pode, a depender da pauta de preenchimento que com ela dialogue, obtida mediante os fatores comparativos relacionados pelo ordenamento, acarretar na exclusão de hipóteses que antes estavam abarcadas por um rol casuístico extenso. Este exame em concreto, no caso da cláusula geral do contrato de arrendamento do CC português, será efetuado infra.

<sup>53</sup> Este excerto se referia a disciplina da responsabilidade civil no BGB, por meio de cláusulas delituais dispersas, o que já contrastava com a cláusula geral do n.º 1 do artigo 483 do CC português.

<sup>54</sup> *Idem*, pp. 536 e 537.

<sup>55</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*, vol. II, 10 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 146.

<sup>56</sup> E complementa, asseverando: “De facto, estamos perante uma técnica legislativa apta não só a sobreviver às mutações como, em virtude da sua indeterminação extrema harmonizar factores sociais de imprevisibilidade e expectativas potencialmente conflituais”. (MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 403).

com limites, apenas, no nível<sup>57</sup> juscultural dominante no espaço jurídico e expresso pelo julgador, facilitando a atividade legislativa<sup>58</sup>59.

Todavia, como bem explica Mota Pinto “Não significa isto, porém, constituir a cláusula geral uma abertura destinada a permitir a infiltração, na solução jurídica das várias hipóteses, de critérios meramente irracionais, coincidentes com o sentimento ético-jurídico do julgador”<sup>60</sup>, pelo contrário, pois “A questão da «adequação» de uma consequência jurídica (a uma situação de facto de determinada espécie) é uma questão de valoração”, esta “valoração tem que empreendê-la o julgador dentro do quadro que lhe é previamente dado pela norma. A questão é de se e de que modo tais juízos de valor são fundamentáveis mediante considerações de ordem jurídica”<sup>61</sup>, como ressalta Larenz.

Tem-se, portanto, que o julgador olha o conseqüente – elemento fornecido pela estatuição da cláusula geral – para então valorar o fato posto em causa como hipótese, relativamente com os fatores comparativos oferecidos pelo ordenamento jurídico. Para tanto, é fundamental que “Na ponderação e apreciação do caso, naturalmente, procederá o julgador a comparações com os grupos de hipóteses já decididas anteriormente pela jurisprudência ou pela doutrina, confrontará com os fios condutores dessas decisões a situação *sub judice*, reconhecerá as identidades existentes”, sendo que “Esta recomendação metodológica – comparação e relação com os grupos de hipóteses já decididos – significa, no fundo, que cada decisão, no âmbito da cláusula geral, é, ela

<sup>57</sup> Interessantíssima ponderação a respeito é efetuada pelo professor Oliveira Ascensão “Se as leis se tornam porém cada vez mais campo reservado dos juristas e delas deixam de derivar soluções precisas, paralelamente será necessário cada vez mais recorrer ao juiz, seja porque a lei o impõe, seja porque a indefinição normativa dificulta a composição extrajudicial. Acontece então que a maior vítima deste estado de coisas é o pobre. O rico tem consultores jurídicos que lhe expliquem a lei e advogados que o representem em juízo. O pobre não. Por isso, arriscamo-nos a que disposições que se destinavam a servir a justiça tragam, afinal, uma injustiça muito maior. Advertimos logo de início que, sem atender à segurança, também a justiça não obtém”. (ASCENSÃO, José Oliveira. *O direito introdução e teoria geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1995 p.231).

<sup>58</sup> É de se refletir se a disseminação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados não representam, muitas vezes, uma omissão do legislador em enfrentar alguns problemas sociais. Diante de uma pauta que implique em desgastes a toda classe política “passa-se a batata quente”, conforme diz o adágio popular, ao juiz e nenhum grupo político se desgasta com os ônus que a solução de qualquer complexo problema acarreta.

<sup>59</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, op. cit. p. 1184.

<sup>60</sup> Mota Pinto, *Direito das obrigações*, op. cit. p. 37.

<sup>61</sup> E arremata o eminente jurista: “Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. (...) não só quer dizer que o julgador sente como tal, mas que a conduta ou a exigência em causa «merece» uma tal valoração, que esta apreciação lhe advém por causa do Direito”. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit. pp. 408 e 409.

própria, direito nascente e futuro, como uma ‘alfinetada na tela’<sup>62</sup>, consoante escólio do professor Mota Pinto. Esta dinâmica é bem sintetizada por Larenz, ao asseverar que “o processo de pensamento não se desenvolve em uma só direção, mas num sentido recíproco, a saber: por um lado das ideias jurídicas gerais aos casos que hão-de ser julgados em conformidade com elas; por outro lado, a partir destes, através dos casos típicos e ideias jurídicas mais especiais, ao princípio geral”, o que, a partir de um número de “casos decididos pelos tribunais, crescem as possibilidades de comparação; e, com isso, cresce a segurança com a qual se podem achar decisões e estreita-se o livre espaço residual dentro do qual a decisão continua a ser insegura”<sup>63</sup>.

Evidentemente que esse método de concretização em que pouco a pouco a doutrina e a jurisprudência vão fornecendo elementos objetivos de orientação ao conteúdo da cláusula é extremamente complexo e possui suas limitações (no mínimo temporais). Bem por isso, é comum que o legislador já forneça de antemão hipóteses exemplificativas de preenchimento da cláusula geral, como fatores comparativos imediatos (muito bem vindos, diante da inata relativização que a caracteriza). Engisch refere essa complementaridade entre as cláusulas gerais e a enumeração casuística como “método-exemplificativo”<sup>64</sup> e António Ferreira, ao comentar sobre a justa causa de despedimento<sup>65</sup> prevista no artigo 351.º do Código do Trabalho, pontua que os exemplos listados no n.º 2 do dispositivo “proporcionam auxiliares de valoração, que permitem densificar as hipóteses de concretização da cláusula geral”<sup>66</sup>. Esta é a realidade normativa estampada no artigo 1.083.º do CC, introduzido pelo NRAU, como veremos pormenorizadamente infra (5.4).

### 3.3. *Cláusula geral e conceitos indeterminados*

Por fim, importante mencionar que a cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano possui diversos conceitos indeterminados. Em primeiro lugar, é bom ressaltar que não há uma relação de implicação entre cláu-

<sup>62</sup> Mota Pinto, *Direito das obrigações*, op. cit. pp. 38 e 39.

<sup>63</sup> Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit. pp. 411 e 412.

<sup>64</sup> Karl Engisch *Introdução ao pensamento jurídico*, op. cit. p. 231.

<sup>65</sup> Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. op. cit. p. 117, também já referia a justa causa laboral como caso em que a cláusula geral de resolução vem associada a um rol exemplificativo, no âmbito do direito em português. Frise-se que a gênese remota do arrendamento e do contrato de trabalho é a mesma, a *locatio conductio romana*, como referido supra.

<sup>66</sup> FERREIRA, António Pedro A..In: ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 224.



sulas gerais e conceitos indeterminados, como bem refere o professor Menezes Cordeiro “a presença destes não é, necessariamente, a daqueles, enquanto é possível, a esse tipo de cláusulas, estatuir com recurso a uma conceitologia precisa”<sup>67</sup>, sendo que Engisch complementa o raciocínio asseverando que “nem todo o conceito indeterminado, normativo ou discricionário é já uma cláusula geral. Com efeito, a esta pertence, como vimos, uma certa generalidade que àqueles outros conceitos frequentemente falta(...)”<sup>68</sup>.

De todo modo, é muito comum sim que venham associados o que tem o condão de impor uma norma que tem o potencial não só de abranger uma generalidade de casos enorme (indeterminação da hipóteses), como vem destituída de uma proposição verbal precisa (indeterminação dos conceitos), o que deixa “nas mãos do intérprete-aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um factor suplementar de insegurança”<sup>69</sup>, como nos ensina o decano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Por isso é que exige-se um marcado rigor em sua concretização: se a lei abre margem para ir além de sua própria letra – que está incompleta e “em branco” e ainda associada a hipóteses incompletas e “em branco” – não se pode, jamais, ir além da Ciência do Direito.

Imperioso, assim, pontuar, no que tange aos conceitos indeterminados que eles “comportam, quanto ao seu significado, um núcleo e um halo ou uma zona iluminada e uma zona de penumbra: ‘um núcleo de significado certo é rodeado por um halo de significado que se dissipa gradualmente’”<sup>70</sup>, conforme giza o professor Miguel Teixeira de Sousa, repisando o clássico escólio de Heck. Efetuado este primeiro passo do enquadramento do problema na respectiva área comunicativa do conceito em questão é preciso ter em mente que “Carecidos de valoração, os conceitos indeterminados não são, necessariamente, de utilização arbitrária: existe toda uma série de indícios que inculcam as variáveis a ponderar e o seu peso relativo, aquando das operações de preenchimento. Pode falar-se, deste modo, em grau de indeterminação, consoante a impressividade de elementos dados ao intérprete para realizar a concretização, em função da realidade conceitual que se depare”, nas palavras do professor Menezes Cordeiro, que ressalta, ainda, o primordial papel da fundamentação das decisões que os concretizam, bem como a necessidade de uma mais marcada e técnica linguagem quando do trato com um conceito indeterminado

<sup>67</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, op. cit. p. 1183.

<sup>68</sup> Karl Engisch *Introdução ao pensamento jurídico*, op. cit. p. 232.

<sup>69</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, op. cit. p.1184.

<sup>70</sup> SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 305.

normativo em relação a um meramente descritivo<sup>71</sup>. Trata-se, portanto, de um processo de interpretação criativa que se denota mais rigoroso até do que usualmente ocorre na interpretação convencional.

Do casuísmo da concretização de um conceito determinado é constituída uma tipologia, a partir de uma organização tipológica, vão se agrupando os casos e daí se fortalecendo as bases de aplicação, a ponto de muitas vezes surgirem precisos institutos<sup>72</sup>. Em certa semelhança – porquanto também decorrente de um processo valorativo – é a concretização de uma cláusula geral, que como vimos, exige sempre que a pauta de preenchimento esteja estritamente vinculada ao ordenamento jurídico, sendo importantíssimo amparar-se nas balizas fornecidas pelo legislador, por exemplo, quando lança mão do método-exemplificativo<sup>73</sup>, bem como na sedimentação dos *standars* apontados pela jurisprudência e doutrina, desde que estes estejam devidamente fundamentados, justificados com base no direito vigente<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Cabe frisar ainda que segundo o professor a indeterminação pode ocorrer “por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento”. *Tratado de direito civil, vol. I, op. cit., pp. 773, 776 e 777.*

<sup>72</sup> Bem refere o professor Menezes Cordeiro que “A boa-fé, por exemplo, originou o abuso do direito, do qual se inferiram figuras como o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*, que atingem uma grande precisão; quiçá maior do que muitos institutos assentes em ‘conceitos determinados’. Trata-se de uma enorme conquista da Ciência do Direito dos nossos tempos”. *Idem, p. 778.*

<sup>73</sup> Inexistindo um rol exemplificativo, o intérprete tem o desafio maior de encontrar os elementos jusculturais que com a cláusula geral se relacionem. Segundo o professor Menezes Cordeiro, ao descrever as cláusulas gerais regulativas, que não se ordenam “em função de outras disposições, surgindo de modo independente, com paradigma no art. 483.º/1” do CC português, temos a possibilidade de que a relativização presente no fenômeno das cláusulas gerais ocorra “por comparação com factores históricos ou de Direito comparado”, sendo que, por outro lado, o professor deixa bem claro a “expressa inviabilidade de surpreende-las com recurso a factores materiais, descobrindo, nelas, remissões extra-jurídicas”. (*Da boa fé no direito civil, op. cit. p. 1183*). É interessante notar que em regra as cláusulas gerais regulativas vêm definidas por “conceitos determinados”, enquanto que as cláusulas gerais extensivas, em que se ampliam um rol de situações já descritas exemplificativamente, estão recheadas de conceitos indeterminados: o legislador aventura-se a entregar ao juiz um grande poder, mas não o poder absoluto. De qualquer forma, entendemos que mesmo a cláusula geral mais “geral e indeterminada” que se possa conceber tem uma fronteira bem definida: a ciência do Direito. Nesse sentido, vale recordar a lição de Engisch, que ao mencionar a seguinte norma “concebida pelo governo soviético de Munique na primavera de 1919: «Toda a ofensa dos princípios revolucionários será punida. A determinação da natureza da pena cabe à livre discricção do juiz». As cláusulas gerais desta espécie relativas à punibilidade não são consentidas no Estado de Direito. Elas são incompatíveis com o princípio «nullum crimen sine lege», o qual torna inevitável um certo casuísmo” (*Introdução ao pensamento jurídico, op. cit. p. 231*). Totalitarismos dificilmente se coadunam com a ciência do Direito; atuam à margem dela.

<sup>74</sup> Acerca do que se considera Direito vigente assenta Larenz: “Se se considerar como «Direito vigente» também as valorações contidas nas decisões judiciais – desde que, por seu lado, estejam justificadas –, então uma solução que foi encontrada pela via da comparação casuística e da coordenação a um tipo

Em suma, diante uma cláusula geral recheada de conceitos indeterminados, como é a de resolução do contrato de arrendamento urbano, impõe-se ao intérprete que redobre os cuidados metodológicos, diante de um processo de valoração que vai envolver tanto uma concretização que se posta aberta a uma enorme generalidade de casos, quanto destituída de fórmulas linguísticas que precisem, de imediato, o seu conteúdo. Neste diapasão, e à guisa de arremate, considerando a ordem jurídica democrático-constitucional que vigora em Portugal, entendemos precisas as lições do professor José Lamego:

“Retornemos ao plano de discussão da metodologia jurídica, que é o dos problemas relacionados com a aplicação prática do Direito. As diretrizes sobre o modo como os juízes devem decidir litígios são, em primeiro lugar, as que se encontram na Constituição (cf. arts. 202.º, 203.º e 205.º) e na lei (cf. arts. 5.º, n.º 2 e 607.º, n.ºs 3 a 5, do Código de Processo Civil; ou os arts. 3.º e 4.º do Estatuto da Magistratura Judicial). As disposições contidas no Código Civil relativas ao dever de obediência à lei (art. 8.º, n.º 2), à interpretação da lei (art. 9.º) ou à integração das lacunas da lei (art. 10.º) não podem, igualmente, ser descartadas com base em construções de metodologia jurídica ou mediante a invocação de critérios de juridicidade supralegal de elaboração doutrinal”<sup>75</sup>.

#### **4. A figura jurídica da resolução do contrato e seu regime geral no Código Civil**

O artigo 1083.º do CC português – onde está situada a cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento urbano inserida pelo NRAU – dispõe, em seu n.º 1, que “Qualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte”. É fundamental, assim, perpassarmos pelas características basilares que tem a resolução do contrato e o incumprimento no Código Civil, porquanto são estes os elementos comparativos iniciais que devem ser articulados com a cláusula geral para a sua concretização, diante de uma hipótese que se apresente para exame. É este regime geral que funciona como primeira baliza, como quadro prévio de delimitação para uma aplicação da cláusula que seja efetivamente consentânea com o Direito vigente.

de caso é também uma resolução que está fundamentada com base no Direito. (...) «Fundamentar» quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente”. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, op. cit. p. 413.

<sup>75</sup> LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018 reimpressão, p. 296.

O primeiro dispositivo legal relevante para a caracterização do regime geral da resolução é o n.º 1 do artigo 406.º do CC, que consagra o *pacta sunt servanda*<sup>76</sup>, ao estipular que “o contrato deve ser pontualmente cumprido” e só pode “extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. O cumprimento da obrigação, que é o caminho natural de extinção do vínculo, vem definido pelo n.º 1 do artigo 762.º, ao dispor que “O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”. A partir daí já é possível intuir que a cessação de um contrato validamente constituído, que não seja pelo próprio cumprimento da obrigação, é excepcional<sup>77</sup>.

E no artigo 432.º do CC encontramos a referência explícita a resolução, que segundo o seu n.º 1 é admitida quando “fundada na lei ou em convenção”, o que confirma o disposto *in fine* no n.º 1 do artigo 406.º. Em relação a estas disposições não sobejam dúvidas, a cláusula geral de resolução do contrato de arrendamento é expressamente fundada na lei<sup>78</sup>.

Todavia, finalizando a análise desses preceitos, temos que o Código Civil não elenca o incumprimento da prestação recíproca como um motivo superveniente que seja causa geral de resolução<sup>79</sup>. Onde então encontramos os ditos “termos gerais de direito” relativos ao incumprimento como causa<sup>80</sup> de resolução, mencionados no n.º 1 do artigo 1083.º?

#### 4.1. *Incumprimento como fundamento da resolução do contrato*

A matéria vem definida em outro Capítulo do CC; no que versa sobre o “Não Cumprimento”, mais especificamente nos artigos 801.º (impossibilidade) e 802.º (impossibilidade parcial) do CC:

<sup>76</sup> E aqui já cabe adiantar uma conclusão inafastável dada pelo professor Romano Martinez: “No fundo, dir-se-á que o incumprimento corresponde à violação dos princípios *pacta sunt servanda*, segurança jurídica e boa-fé” (Romano Martinez, *Da Cessação do contrato*. op. cit., p. 124).

<sup>77</sup> Brandão Proença explica que a resolução é “um remédio concebido pela dogmática jurídica obrigacional como *ultima ratio*”. (BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. Proteção do arrendatário urbano, teoria geral do incumprimento e técnica legislativa. In: *Cadernos de direito privado*, n.º 56 (2016), Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, p. 14).

<sup>78</sup> A respeito da possibilidade de inserção de cláusulas resolutivas contratuais na relação jurídica de arrendamento urbano, *infra* 5.1.

<sup>79</sup> Tal constatação não escapa do apurado exame que sempre faz o professor Menezes Cordeiro. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. IX, 2 ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 260.

<sup>80</sup> Esta sublinhar que a resolução discricionária, *ad nutum* dificilmente é prevista pela lei. Um exemplo desta rara figura é o da venda a retro, estampada no artigo 927.º do CC.

Artigo 801.º

**Impossibilidade culposa**

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

Artigo 802.º

**Impossibilidade parcial**

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização.

2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

Segundo o atemporal magistério de Fernando Pessoa Jorge os dispositivos acima citados “Referem-se ambos à *impossibilidade de cumprimento* imputável ao devedor”, todavia, não sobeja dúvida, “a fórmula usada nos artigos 801.º e 802.º compreende, sem custo, os casos de *inexecução s.s. definitiva*. Aliás, seria absurdo que a impossibilidade de execução desse lugar a rescisão e a inexecução s.s. (tão grave e nalguns casos mais grave que aquele) não desse<sup>81</sup>”, para o professor “o legislador exprimiu a ideia de inexecução l.s *definitiva* pela fórmula *impossibilidade* de prestação, como se vê da oposição à mora”<sup>82</sup> (todos os grifos constam no original).

<sup>81</sup> O professor Galvão Telles, ao constatar que a norma do n.º 2 do artigo 801 “é revelação ou afloração de um princípio geral – a interdependência das obrigações sinalagmáticas” conclui que “Seria de todo absurdo que essa interdependência conduzisse à rescindibilidade do contrato quando uma das partes deixasse de o respeitar por se colocar na impossibilidade de o cumprir e não quando frontalmente o violasse”. Para o mestre “seja por interpretação extensiva, seja por integração análoga, sempre se chega à aplicabilidade da regra do n.º 2 do artigo 801.º àquela outra hipótese”, que é a “de o contraente deixar de cumprir por sua culpa a prestação não impossibilitada”. (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 457).

<sup>82</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Lições de direito das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1975/76, pp. 652 e 653. O autor ainda esclarece que um devedor que não cumpre porque não quer incorre em um incumprimento em sentido estrito e não em uma impossibilidade de cumprimento, não obstante, como explicado, o tratamento seja o mesmo “e o contratante fiel pode rescindir o contrato”.

Surge imediatamente a questão de saber quando é possível considerar como definitivo o incumprimento apto, então, a ensejar a “resolução do contrato por incumprimento (a anteriormente denominada ‘condição resolutiva tácita’<sup>83</sup>)”<sup>84</sup>, da qual nos refere o professor Menezes Leitão. Em primeiro lugar, quando da “impossibilidade definitiva da prestação, imputável ao devedor (art. 801.º, n.º 2)”<sup>85</sup>, conforme precisamente aponta o professor Castro Mendes. Ora, como visto, esta é a regra que o legislador estabeleceu como padrão para o incumprimento definitivo<sup>86</sup>, uma vez verificada não há alternativa que não a substituição pela indenização do credor fiel<sup>87</sup>. As outras duas situações usualmente referidas como incumprimentos definitivos<sup>88</sup>, importam na *questio* do “*iter* da definiti-

<sup>83</sup> O direito romano não suportava a resolução do contrato pelo inadimplemento. Com o passar do tempo foi-se incluindo nos contratos uma previsão de extinção quando a outra parte não cumprise e a partir daí surgiu a ficção de que todo contrato, mesmo os que expressamente não contavam com esta previsão, possuíam uma condição resolutiva tácita, ideia esta que acabou sendo codificada no Code Civil de 1804 (Article 1184: *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement*), originando as atuais cláusulas gerais de resolução; a respeito, *Idem*, p. 651 e Galvão Telles, *Direito das obrigações*, op. cit. pp. 459 e 460. Frise-se que não é precisa a denominação de condição resolutiva tácita porquanto o incumprimento passível de ensejar a resolução legal não opera automaticamente, como são as condições resolutivas (artigo 270.º e ss.); o contratante fiel tem a opção entre exercer o potestativo direito de resolução ou executar. Nesse sentido, o magistério de Antunes Varela: “A cláusula resolutiva distingue-se da condição resolutiva, porque esta arrasta consigo a imediata destruição da relação contratual, logo que o facto futuro e incerto se verifica. Ao passo que a cláusula resolutiva, uma vez verificado o facto, apenas concede ao beneficiário o poder de resolver o contrato”. (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, vol II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 278). De toda forma, seja resolvendo, seja executando, o credor prejudicado tem direito à indenização, cuja controversa extensão não será agora abordada, remetendo a discussão a minuciosa descrição de posições doutrinárias que faz LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, vol. II. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 251 a 253 e a posição do professor Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. IX, op. cit., p. 261, mais consentânea com a lei, que prevê a indenização de todo o prejuízo (artigo 798.º do CC).

<sup>84</sup> Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 250.

<sup>85</sup> MENDES, João de Castro. *Direito civil: teoria geral*, vol. III. Lisboa: AAFDL, 1979, p. 496.

<sup>86</sup> A partir dela é que é obtida, por interpretação extensiva ou analógica, como diz Galvão Telles (nota 81 supra) o incumprimento em sentido estrito (nota 82), aquele em que o devedor simplesmente não cumpriu quando ainda podia cumprir.

<sup>87</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. IX, op. cit., p. 257. Nesta hipótese, Baptista Machado afirma que o credor pode “(...) manter a prestação já efectuada (ou efectua-lá, se ainda não o fez) e exigir a indemnização total, ou declarar a resolução do negócio, com as suas consequências próprias, e exigir a indemnização pelos prejuízos que já lhe causou o não cumprimento”. (MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. *Obra dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991. p. 127).

<sup>88</sup> Castro Mendes, *Direito civil: teoria geral*, op. cit., p. 496.

vidade”<sup>89</sup>. Este caminho inicia-se com a mora, prevista no artigo 804.º do CC como aquele estágio em que “a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido”<sup>90</sup> e então descamba para o estipulado no n.º 1 do artigo 808.º do CC, que importa em duas situações em que a mora se transmuda em incumprimento definitivo: 1) em consequência da mora o credor perdeu “o interesse que tinha na prestação”; 2) a prestação não foi “realizada dentro do prazo que razoavelmente foi fixado pelo credor”. A perda do interesse na prestação deve ser apurada objetivamente<sup>91</sup>, nos termos do n.º 1 do artigo 808.º e o prazo fixado para cumprimento da prestação em mora é usualmente fixado por meio de uma interpelação admonitória<sup>92</sup>. A ocorrência de alguma dessas situações implica na parte final do n.º 1 do artigo 808.º, ou seja, “considera-se, para todos os efeitos não cumprida a obrigação”, o que torna a prestação “impossível”, na terminologia do n.º 1 do 801.º do CC e abre ensejo a cessação do contrato por meio da resolução judicial.

De se ressaltar, ainda, a figura do cumprimento defeituoso<sup>93</sup>, que está mencionada no n.º 1 do artigo 799.º do CC (justamente o dispositivo que impõe a presunção de culpa ao devedor), mas que se caracteriza pelo disposto

<sup>89</sup> Expressão consagrada pelo professor Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. IX, op. cit., p. 257.

<sup>90</sup> O artigo 805.º do CC versa a respeito do momento de constituição em mora, prevendo a regra geral de que ela incide após interpelação judicial ou extrajudicial, mas abrindo as exceções devidas: quando a obrigação tem prazo certo; quando provém de fato ilícito; e se o próprio devedor impedir a interpelação, considerando efetivada do momento em que teria ocorrido. Determina ainda, o referido artigo, que enquanto não liquidado o crédito não há mora, salvo se a iliquidez seja imputável ao devedor, sendo que em caso de obrigação decorrente de responsabilidade civil a mora é constituída desde a citação, a menos que a iliquidez seja também imputável ao devedor.

<sup>91</sup> A respeito da melindrosa questão do ónus da prova de um fato extintivo que é a perda objetiva do interesse (e que nesse caso recai ao próprio credor, por força do n.º 2 do artigo 342.º), pontua o professor Menezes Cordeiro que “basta, ao juiz, fazer uma ponderação larga e muito sumária do problema. A bitola do *bonus pater familias* é questão-de-direito, pelo que nada de especial haverá de provar”. (*Tratado de direito civil*, vol. IX, op. cit., p. 258).

<sup>92</sup> Como a resolução, no regime geral, é ultimada por mera declaração a outra parte (artigo 436.º), o professor Romano Martinez consigna que “Na interpelação de prazo admonitório, além da consequência de se considerar a prestação definitivamente incumprida, por economia de meios, pode incluir-se a declaração condicional de resolução do contrato; caso em que, transformando-se a mora em incumprimento definitivo pelo decurso do prazo suplementar, preenche-se a condição suspensiva e o contrato resolve-se”. (*Da Cessação do contrato*, op. cit., p.137).

<sup>93</sup> Assim definida por Baptista Machado: “É que por cumprimento inexacto deve entender-se todo aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correcção e boa-fé. A inexactidão pode ser quantitativa e qualitativa”. (*Pressupostos da resolução por incumprimento*, op. cit., p. 168).

no artigo 802.º. Em tal hipótese e sendo possível a substituição da prestação inexata, o credor também só poderá resolver o contrato após converter a mora que esse cumprimento inexato ainda é “nos termos e segundo o processo indicado no art. 808.º” em incumprimento definitivo, conforme ensina Baptista Machado<sup>94</sup>.

No entanto, aqui é imprescindível alertar que disciplina completamente distinta possui uma violação contratual positiva, ocorrida no seio de uma relação duradoura (como é o arrendamento), que se materialize em inobservância de deveres de conduta. Estes ou são verificados ou não são, o seu descumprimento é fato consumado (não fazendo sentido referir-se a mera mora que necessita ser convertida em incumprimento definitivo<sup>95</sup>) e por isso o regime de resolução liga-se a ideia de justa causa e inexigibilidade (que examinaremos mais adiante) na apreciação dessas condutas<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> E prossigue o professor: “o credor deverá primeiramente exigir nova prestação exacta ou a eliminação dos defeitos da prestação feita. Só no caso de o devedor não proceder à eliminação dos defeitos ou à nova prestação exacta dentro do prazo razoável que para o efeito lhe tenha sido fixado, nos termos do art. 808.º, é que o credor pode considerar a obrigação como definitivamente não cumprida – parcial ou totalmente – e proceder à redução da contraprestação ou à resolução do contrato”. (*Idem*, p. 171).

<sup>95</sup> Nesse sentido Baptista Machado leciona: “Acresce ser coisa líquida que este art. 808.º se refere a obrigações de prestação e não deveres de conduta. Estes ou são cumpridos (com diligência e a oportunidade do bom pai de família) ou são violados – apenas podendo a violação de um tal dever continuar-se pelo tempo fora, ou repetir-se a infracção à cláusula que o impõe. Quanto a eles não pode haver mora. Tudo isto nos força a concluir que a violação de um dever de conduta imposto pelo regulamento contratual em combinação com o princípio da boa fé tem de ser considerado em si mesmo e de acordo com a sua gravidade própria, nunca podendo confundir-se com uma simples mora – esta sempre de carácter episódico e efeitos limitados ao âmbito da prestação em atraso. Conforme, aliás, é doutrina pacífica”. (MACHADO, João Baptista. *Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial*. In: *Obra dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991. pp. 667 e 668).

<sup>96</sup> Baptista Machado, em lição seminal aponta: “Todas as relações contratuais duradoiras são susceptíveis de resolução por justa causa, sendo esta uma das características típicas do seu regime. Assim é, quer essa resolução esteja (sempre) prevista na lei (como acontece no nosso Código Civil), quer o não esteja. (...) Ora a apreciação de uma ‘violação contratual positiva’ como fundamento de resolução (como justa causa) nestas relações obrigacionais duradoiras é feita à luz do conceito de inexigibilidade: pergunta-se se é exigível que o contraente cumpridor continue imperativamente vinculado ao contrato, continue ligado pelo vínculo duradouro ao contraente infiel, não obstante este, agindo ilícita e culposamente ter abalado a confiança contratual daquele, ter fundamento um justo receio de que continuará a ser menos leal, desleal ou infiel aos seus deveres contratuais, a criar conflitos e a perturbar os planos de vida da sua contraparte”. (*Idem*, pp. 669 e 670).



#### 4.2. O essencial conceito de escassa importância

É de fundamental importância ao regime geral da resolução – e é algo que se relaciona de modo especial com a cláusula geral do arrendamento urbano<sup>97</sup> – o disposto no n.º 2 do artigo 802.º do CC, ao estatuir que “O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver *escassa importância*” (grifamos). O conceito de escassa importância, não obstante indeterminado, não deixa de se relacionar à ideia de aferir a gravidade e a consequência da conduta praticada pelo devedor para determinar se ela é hipótese ou não da incidência do consequente previsto pela lei, que é o direito potestativo<sup>98</sup> à resolução do contrato. Nesse sentido, Brandão Proença defende “a generalização do critério do art. 802.º, 2 do C.C, enquanto norma quase imperativa, condicionante da adesão contratual ou suporte normativo de um controle judiciário *a posteriori*) e ao estrito objetivismo<sup>99</sup> (igualmente protector<sup>100</sup>) do art. 808.º, 2 do C.C”<sup>101</sup>, balizas estas que servem igualmente de concretização ao princípio da boa-fé, plasmado no n.º 2 do artigo 762 do CC<sup>102</sup>. Tratando-se de relações duradouras, amparadas em contratos de execução continuada e celebrados *intuitu personae* – como as locações<sup>103</sup> – não podemos esquecer do acentuado valor da confiança, que impõe “um dever genérico

<sup>97</sup> MORAIS, Fernando de Gravato. Falta de pagamento da renda no arrendamento urbano. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 215 e 216.

<sup>98</sup> Referindo a resolução como direito potestativo: Baptista Machado, Pressupostos da resolução por incumprimento. op. cit., p. 130 e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. p. 1000.

<sup>99</sup> Importantíssimo esclarecer o alcance desse objetivismo. Para tanto nos socorremos do preciso magistério de Baptista Machado: “A *objectividade* do critério não significa de forma alguma que não se atenda ao interesse *subjectivo* do credor (...). O que essa objectividade quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada *objectivamente*, com base em *elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa* (...). Isso fundamentalmente porque o direito de resolução legal tem a sua fonte imediata na lei. (...) *na resolução legal, quer a hipótese quer a consequência são um produto da lei, e não da vontade negocial*” (grifamos). (Pressupostos da resolução por incumprimento. op. cit., p. 137).

<sup>100</sup> Castro Mendes afirma que “o Código de 1867 era um Código do credor, o Código de 1966 é um Código do devedor” (*Direito civil: teoria geral*, op. cit., p. 495).

<sup>101</sup> BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Separata do vol. XXII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1982, p.146.

<sup>102</sup> Assevera Brandão Proença: “A proteção do devedor residirá sempre e em qualquer caso, no controle exercido pelo princípio da boa-fé (ou do abuso do direito) sobre a importância do incumprimento acordado. É nesta linha que o direito italiano consagra expressamente um regime de valoração objectiva do interesse do credor (o do art. 1455.º do «Código») e um sistema de distribuição do risco contratual (arts. 1456.º e 1457.º)”. (*Idem*, p. 138).

<sup>103</sup> Seguindo o professor Menezes Cordeiro “A locação tem uma dimensão *intuitu personae* e requer

de correcção, lealdade e boa fé a que, dado o seu carácter de meio indispensável à consecução do fim do contrato, podemos conferir o valor de uma obrigação principal” sendo que “todo comportamento que afecte gravemente essa relação põe em perigo o próprio fim do contrato, abala o fundamento deste, e pode justificar, por isso, a resolução”<sup>104</sup>, nos termos da lição de Baptista Machado. Amparado em tais ponderações podemos detectar que a norma do n.º 2 do artigo 802.º tem o potencial de funcionar, na prática, como uma “justa causa”: na concretização do conceito indeterminado “escassa importância” efetua-se um processo de valoração do cumprimento parcial (incumprimento) posto em análise que considerará o quão grave são as suas consequências para a relação jurídica, o que tem o condão de revelar ser exigível ou não a sua continuidade, o que determina o preenchimento ou não do consequente estatuído pela cláusula geral de resolução legal, constituindo ou não o direito potestativo do credor de cessar o contrato.

#### 4.3. *A culpa no Direito de resolução do contrato*

Até aqui nos ocupamos de expor as violações ao contrato que são imputáveis ao devedor e que acarretam na resolução, o que segundo Galvão Telles “representa uma pena (civil) e, como tal, não pode ser imposta a um contraente quando nada se tenha a censurar-lhe”<sup>105</sup>.

Todavia a lei é clara: o n.º 2 do artigo 793.º do CC fala que o credor “pode resolver o negócio” quando “não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação” que se tornou em parte impossível por “causa não imputável ao devedor”, conforme o n.º 1 do artigo 790.º do CC. Este dispositivo indica que a resolução do contrato em si, como instituto vinculado a liberação da parte fiel, não tem como característica fundamental um juízo sancionatório ligado a uma conduta do devedor, mas sim que é voltada para tutelar a frustração do interesse do credor; a culpa somente é imprescindível como elemento da indenização, é essa a nota de toque entre os dispositivos do CC que estão antes do artigo 798.º (na Subsecção I da Secção II – “Não Cumprimento”) dos que estão depois (Subsecção II<sup>106</sup>). Corroborando essa ideia, Brandão Proença

uma relação de confiança: não é indiferente a pessoa do arrendatário”. (*Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. p. 1011).

<sup>104</sup> Pressupostos da resolução por incumprimento. op. cit., p. 141.

<sup>105</sup> *Direito das obrigações*, op. cit. pp. 462.

<sup>106</sup> Não ignoramos que o artigo 800.º do CC está posicionado na Subsecção II e aborda a responsabilidade objetiva. Todavia, essa responsabilidade do devedor perante atos de seus representantes

diz que “*De jure constituto*, o binómio resolução–culpa surge atenuado pela consideração da intensidade da lesão do interesse do credor (e não pela mera preocupação do grau subjectivo do incumprimento) e afastado pela possibilidade de uma resolução (por causas não imputáveis)”<sup>107</sup>, entre elas<sup>108</sup> justamente o n.º 2 do artigo 793.º do CC<sup>109110</sup>.

No direito alemão, tendo em vista as reformas ultimadas no início dos anos 2000, que modernizaram<sup>111</sup> o direito das obrigações, Canaris pontua que a

legais ou das pessoas que utiliza para o cumprimento da obrigação só incide se estes atuaram de forma culposa. Em suma, trata-se, no fundo, da disciplina de uma conduta culposa, censurável, cuja responsabilidade é objetivamente atribuída ao devedor. A respeito BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 254.

<sup>107</sup> Brandão Proença, *A resolução do contrato no direito civil*, p. 134

<sup>108</sup> O professor Romano Martinez refere um importante exemplo de resolução por causa não imputável a uma das partes na locação: “(...) cabendo ao locador assegurar o gozo da coisa para os fins a que se destina (art. 1031.º, alínea b), do CC), se o locatário ficar privado dela ou sobrevier defeito no bem locado por causa não imputável às partes, o locatário pode resolver o contrato (art. 1050.º do CC)”. (*Da Cessão do contrato*. op. cit., pp. 149 e 150).

<sup>109</sup> O professor Romano Martinez expõe opinião em contrário: “Por outro lado, o argumento no sentido de que, com base no art. 793.º, n.º 2, a culpa não é pressuposto da resolução, porque basta o inadimplemento, não colhe; pois o termo «resolução» é usado, neste preceito, com significado idêntico ao de extinção do vínculo contratual, previsto no art. 795.º, pelo que não se aplica a regra de repor a contraprestação por inteiro, própria da resolução baseada na culpa”. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. 5. ed. Programa 2017/2018, Lisboa: AAFDL, 2017. p. 227). Com a devida vênia nos parece que o fundamento usado para indicar que a culpa é pressuposto da resolução na verdade apenas confirma a ideia de que a culpa é pressuposto para a reposição da contraprestação por inteiro, que é a indenização e não do efeito liberatório da tutela resolutória. Em suma, existe uma disciplina da resolução ligada a culpa (em que presente a indenização e facilitada a extinção do vínculo, que só não ocorrerá quando o incumprimento seja de escassa importância) e outra disciplina não ligada a culpa (cuja restituição limita-se ao enriquecimento sem causa do devedor e que a extinção do vínculo é mais apertada, só ocorrerá quando o credor justificadamente não tiver interesse na manutenção).

<sup>110</sup> Cabe ressaltar que não estamos aqui a tratar, especificamente, da resolução por alteração das circunstâncias, prevista no artigo 437.º do CC, mas, esta figura também não deixa de ser indiciária de que a tutela resolutória está mais atrelada ao (des)equilíbrio das prestações, do sinalagma funcional do que a um juízo de censura. Sobre a resolução por inexecução nos contratos unilaterais e bilaterais imperfeitos, em que não há uma estrutura sinalagmática, conferir SERRA, Vaz. *Resolução do Contrato*. In: *BMJ*, n.º 68, julho de 1957, pp. 164 e ss.

<sup>111</sup> A respeito, já pontuava Brandão Proença “A superação de uma ideia sancionatória (funcionando muitas vezes a favor da parte que sofre a resolução) por uma concepção pragmática, em que a resolução possa responder igualmente a situações de frustração dos interesses creditórios ocasionadas por causas objectivas (ou atinentes a um comportamento anti-social do devedor), casualmente adequadas à «perturbação do contrato», está de acordo com as tendências modernas (e mais sociais) do direito contratual (não residirá aí, a *ratio* da responsabilidade objectiva do devedor, *ex vi* do art. 800.º,1 do C.C.?) e que se projectam numa objectivação do incumprimento (visto apenas como inexecução da prestação ou do facto e, como tal, revelador da falta de realização do conteúdo contratual) e no

partir do disposto no § 323 do BGB<sup>112</sup> “Em oposição ao previsto na legislação anterior, não é relevante se o devedor é responsável ou não pelo inadimplemento”, vez que “Não se trata de uma sanção por conduta faltosa, mas tão somente de uma consequência do princípio da equivalência entre execução e contra-execução”<sup>113</sup>.

De toda forma, no regime português, como clarifica Baptista Machado, “se a culpa (ou seja, o juízo de responsabilidade) não tem o carácter de um pressuposto essencial do direito de resolução, o que significa que este pode surgir independentemente de existir ou não culpa no incumprimento, isto não quer dizer que a mesma culpa não possa ter, em concreto, uma relevância decisiva neste domínio”<sup>114</sup>. Ora, enquanto o n.º 2 do 793.º exige a prova de uma justificada falta de interesse do credor, para que este possa “recorrer ao remédio mais radical da resolução” diante de uma impossibilidade parcial não imputável ao devedor, o artigo 802.º somente não oferece essa solução na hipótese de o incumprimento ter sido de escassa importância; a diferença é marcante porque tendo incorrido em culpa, “o devedor é, neste caso, menos digno de tutela”<sup>115</sup>.

#### 4.4. *Efeitos, modo de operar e caducidade*

Indispensável mencionar, ainda, como elementos caracterizadores de um regime geral da resolução do contrato, que o artigo 433.º do CC estatui que na falta de disposição especial, os seus efeitos são equiparados aos da nulidade

papel específico da boa-fé (na sua função de controle da gravidade do incumprimento)”. (*A resolução do contrato no direito civil*, pp. 133 e 134).

<sup>112</sup> A primeira parte do (5) do § 323 do BGB fala que em um cumprimento parcial do devedor o credor pode fazer cessar todo o contrato caso demonstre não subsistir “Interesse” no que foi cumprido, enquanto que a segunda parte diz que em uma prestação que não esteja de acordo com o contrato o credor não poderá fazer cessar o vínculo se a violação foi “unerheblich”, ou seja, irrelevante. Ressalte-se que o (1) do § 323 exige a concessão de prazo razoável ao devedor antes da cessação, com a exceção dos casos mencionados pelo (2).

<sup>113</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 7, n.º 27, Rio de Janeiro, 2004. pp. 117 e 118. Para o insigne jurista “Isto equivale à máxima *pacta sunt servanda* e ao princípio da justiça comutativa, que é fundamental para a lei de contratos: se uma das partes não está disposta ou apta a cumprir suas obrigações, a despeito da concessão de um prazo adicional razoável – que tem o significado de uma ‘segunda chance’ – esta não pode esperar que a outra parte respeite o contrato por tempo ilimitado, dado que esse contrato poderá ter se tornado indesejado ou mesmo sem valor para a mesma” (*Idem*).

<sup>114</sup> Pressupostos da resolução por incumprimento. op. cit., pp. 129 e 130. Nesse mesmo sentido Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, op. cit. p. 276.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 130.

ou anulabilidade, o que torna corrente a afirmação de que “tende a colocar as partes na situação que teriam se o contrato não se houvesse celebrado”<sup>116</sup>. A retroatividade dos efeitos é a regra, conforme n.º 1 do artigo 434.º, sendo tal característica a principal distinção para a revogação e a denúncia. Entretanto, o n.º 2 do 434.º do CC expressamente consigna que nos contratos de execução continuada ou periódica – como o arrendamento – a resolução não abrange as prestações já efetuadas, “excepto se entre estas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas”. Desse modo, não é raro que nos contratos duradouros<sup>117</sup> a resolução seja usada, na prática, como sucedâneo da denúncia e vice-versa, quando a lei imponha restrições muito maiores a um dos institutos em comparação com o outro<sup>118</sup>.

Por fim, temos que os efeitos da resolução judicial não prejudicam os direitos adquiridos por terceiros<sup>119</sup> (consoante o artigo 435.º do CC), que ela se

<sup>116</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 259.

<sup>117</sup> O professor Januário da Costa Gomes, ao versar acerca da fiança com limite temporal pré-definido que havia sido prestada por ex-sócio, assevera: “Não sendo tal fiança susceptível de denúncia, uma vez que a proibição da vinculação perpétua que lhe é subjacente não tem razão de ser, é de equacionar a aplicação de um outro remédio possível, destinado a evitar situações em que a continuação da vinculação se mostre irrazoável. *Damos por adquirido e pacífico que as relações contratuais duradouras estão sujeitas, como princípio, ao regime da resolução por justa causa*; conforme observa Haarmann, ‘a ordem jurídica contrabalança o mais forte comprometimento da liberdade nas relações jurídicas duradouras prevendo, em termos gerais, a possibilidade de resolução por justa causa dessas relações’. Adquirido e pacífico é, também, que a resolução por justa causa actua *ex nunc*. Ora, no caso de fiança prestada por sócio ou gerente de sociedade, a cessação dessa qualidade pode gerar uma situação que torne insustentável a continuação da vinculação fidejussória. É certo que o fiador se vinculou porque quis, não menos certo é, porém, de novo com Haarmann, que *a auto-determinação contratual não significa apenas liberdade de celebração do contrato mas também liberdade de lhe pôr termo, desde que haja um fundamento relevante (aus wichtigem Grund)*. A justa causa para a resolução decorre do facto de a cessação da qualidade de sócio ser susceptível, de não acompanhada da cessão da vinculação fidejussória, de trazer ao fiador riscos acrescidos e não domináveis, traduzidos no aumento das suas responsabilidades, tornando inexigível a continuação da vinculação ao acordo de fiança”. (grifamos). (GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 826 e 827).

<sup>118</sup> A respeito da resolução como válvula de escape às renovações automáticas impostas pelo vinculismo no arrendamento urbano do século XX, conferir a nota 22 supra.

<sup>119</sup> Completamente diferente é a disciplina da condição resolutiva, que tem efeito retroativo pleno, conforme artigo 274.º do CC. Todavia, mesmo nesse terreno, como bem ressalta Mota Pinto, a lei estabelece “excepção para os contratos de execução continuada ou periódica (p. ex., arrendamento, seguro, renda vitalícia, etc.): nestes, a resolução não abrange, em princípio, as prestações já cumpridas, mas afectá-las-á «se entre elas e a causa da resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas» (n.º 2 do art. 434.º, por força do art. 277.º, n.º1)” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 576).

opera extrajudicialmente, mediante declaração (recipienda<sup>120</sup>, prevista na primeira parte do n.º1 do artigo 224) à outra parte, nos termos do n.º1 do artigo 436.<sup>º</sup><sup>121</sup> e que na ausência de prazo convencionado pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um razoável para seu exercício, sob pena de caducidade, *ex vi* do n.º 2 do artigo 436.º do CC.<sup>122</sup>

Fixados os contornos do regime geral de resolução do contrato, já se visualizam as primeiras balizas, os primeiros sinais indicadores para um seguro processo de concretização da cláusula geral do arrendamento urbano, que será completado com a análise dos fatores comparativos (jusculturais que com ela se articulam) presentes na própria disciplina específica do contrato de arrendamento (como espécie de locação que é). Do mesmo modo, a referência ao regime geral proporciona ao arrendamento o acesso a resolução amparada em cláusulas contratuais e na alteração das circunstâncias.

<sup>120</sup> Conforme ensina a professora Maria Raquel Rei a declaração em casos de resolução não depende de aceitação por parte do destinatário, mas o ordenamento tutela princípios jurídicos variados ao exigir que ela chegue a quem suportará seus efeitos: “Nos casos em que uma declaração não necessita do consentimento de outra pessoa para produzir os efeitos pretendidos pelo declarante, ela está, pelo menos do ponto de vista do declarante, pronta para produzir efeitos jurídicos(...). Poder-se-á, então, afirmar que as declarações recipiendas são apenas aquelas que, porque destinadas a alcançar o consentimento do destinatário, são-lhe dirigidas como passo prévio da obtenção do acordo? Não pode. Há alguns casos em que a lei, expressamente, determina que a declaração que não é dirigida à obtenção do acordo do destinatário seja levada ao seu conhecimento (artigos 436.º, n.º1 (...)). Interpretando as disposições em que se faz tal exigência, conclui-se que, com ela, pretende-se tutelar interesses diferentes daqueles cuja tutela permitiu ao declarante proferir a declaração. Por exemplo, a segurança no tráfego jurídico ou a posição jurídica desse terceiro a quem a declaração tem que ser comunicada”. (REI, Maria Raquel. *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português*. Tese de doutoramento. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2011, p. 88).

<sup>121</sup> Com exceção, como óbvio, dos regimes próprios, entre eles o do arrendamento urbano, previsto no artigo 1084.º do CC, que exige a resolução judicial, em sede de ação de despejo (art. 14.º da Lei 6/2006, de 27 de fevereiro), para a concretização da cláusula geral operada em favor do senhorio, reservando a extrajudicial aos restantes dos casos de resolução, seja o não pagamento das rendas, seja qualquer tipo de incumprimento praticado pelo senhorio que dê causa a cessação operada pelo arrendatário. De todo modo, a resolução extrajudicial é mera faculdade e a via da ação de despejo é sempre disponível: “*in eo quod plus est semper inest et minus*”. Neste sentido e enumerando as utilidades que uma resolução judicial pode ter, vide Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI, op. cit. p. 1019.

<sup>122</sup> No arrendamento urbano o prazo de caducidade é legalmente estabelecido pelo artigo 1085.º do CC em um ano para as hipóteses da cláusula geral e de apenas três meses para as cláusulas típicas relativas ao não pagamento das rendas.

## 5. O regime de resolução do contrato de arrendamento urbano decorrente da cláusula geral do artigo 1083.º do CC

### 5.1. *A possibilidade de estipulação de cláusulas resolutivas contratuais*

Como já exposto, o n.º 1 do artigo 1083.º do CC refere aos “termos gerais de direito” quando estabelece as premissas básicas para a resolução do contrato de arrendamento urbano por incumprimento. O n.º 2 do mesmo artigo imediatamente restringe o incumprimento àqueles que possuam uma gravidade ou consequências que tornem inexigível à outra parte a manutenção do contrato, o que para Pinto Furtado torna inútil<sup>123</sup> a previsão do número anterior. Porém, o que se verifica é que o n.º 1 “ao remeter para os ‘termos gerais de direito’ terá, ainda, o mérito de acolher o artigo 432.º. Podem as partes prever, no contrato, incumprimentos aos quais corresponda o direito (potestativo) de resolução e fixar-lhes os contornos”<sup>124</sup>, como nos ensina o professor Menezes Cordeiro.

A disciplina atual da resolução do contrato então abre as portas a autonomia privada, mas não deixa de lhe indicar uma baliza fundamental, qual seja, o artigo 1080.º do CC, que nos recorda: as normas sobre resolução têm natureza imperativa, pelo que não se pode afastar os parâmetros legais estabelecidos; segundo Romano Martinez não está na autonomia das partes “alterar o padrão fixado”<sup>125</sup>. Com isso, não podem as partes fugir do figurino imposto pelo artigo 1083.º (e também pelo modo de resolução do artigo 1084.º) para afiarem-se em meras condições resolutivas que automaticamente imponham a cessação da avença, como permite a alínea *b* do artigo 1051.º, para o regime geral da locação.

A nosso ver, no entanto, entre este extremo de liberdade e a camisa de força que havia com o antigo rol taxativo existe um fértil campo para a estatução de cláusulas contratuais de resolução<sup>126</sup>, que tem como principal função

<sup>123</sup> Segundo o autor “Quanto a nós, bastaria o n.º 2 do novo art. 1083 para dizer tudo”. (Pinto Furtado, *Manual do arrendamento urbano*, p. 1000).

<sup>124</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 1014.

<sup>125</sup> Romano Martinez, *Da Cessação do contrato*, op. cit., p.293.

<sup>126</sup> Nesse sentido, José Machado e Regina Pereira aponta que: “Apesar de fazer parte da subsecção que é de natureza imperativa (artigo 1080.º do CC), este artigo enuncia os fundamentos de resolução de forma não taxativa, pelo que não podemos deixar de considerar que as partes podem estipular contratualmente cláusulas resolutivas (...)”. (MACHADO, José Carlos Soares; PEREIRA, Regina Santos. *Arrendamento urbano*. 2. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 2007, pp. 124 e 125). Corroborando este entendimento e embasado em doutrina alemã, ver David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 152.



fornecer elementos para a concretização da cláusula geral prevista no n.º 2 do artigo 1083.º do CC. É intuitivo que ninguém melhor que as próprias partes para definir, *ex ante*, diante de suas necessidades básicas, que as motivam a contratar, um conjunto de obrigações e proibições que revelem quais são os valores importantes para aquela avença e que se violados indicam uma quebra da confiança a levar a cessação do vínculo<sup>127</sup>.

O regime imperativo do arrendamento, atento a valores sociais ligados à habitação, trata de exigir que um adjudicador externo (o tribunal, nos termos do n.º 1 do artigo 1084.º), *ex post* às alegadas violações, então verifique se as condutas faticamente verificadas subsumem-se a cláusula contratual firmada e se são mesmo dotadas de uma gravidade ou consequências aptas a tornar inexistível<sup>128</sup> a manutenção da relação jurídica<sup>129</sup>. O julgador já terá uma pauta de preenchimento inicial; os conceitos indeterminados da lei já não são mais tão indeterminados assim e a cláusula geral já poderá se prostrar, a partida, como menos generalista. Há várias situações que o próprio CC faculta as partes o estabelecimento de balizas, tais como as obras que o arrendatário poderá realizar (n.º 2 do artigo 1074.º), a proibição do exercício da indústria doméstica (n.º 2 do artigo 1092.º) e ainda outros casos que não mais expressamente versados na lei (como o número máximo de hóspedes a que bem refere Pinto Furtado<sup>130</sup>), podem ser objeto de ampla discriminação em cláusulas resolutivas, que serão

<sup>127</sup> Laurinda Gemas e outros bem referem: “ O que pretendemos salientar é que com o NRAU nada obsta que se estabeleçam cláusulas contratuais das quais resultem obrigações ou proibições que, não sendo contrárias à lei, aos bons costumes ou à ordem pública, permitam melhor concretizar a cláusula geral do n.º 2, levando a concluir que o respectivo incumprimento decorre a inexigibilidade da manutenção do arrendamento” (GEMAS, Laurinda; PEDROSO, Albertina; JORGE, João Caldeira. *Arrendamento urbano*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 370).

<sup>128</sup> Em célebre artigo escrito a respeito do RNAU de 2004 Pinto Monteiro assentou lição acerca das cláusulas resolutivas em contrato de arrendamento que entendemos ainda plenamente aplicável: “(...) o senhorio só estará legitimado a exercer a resolução quando estiverem reunidos, *in casu*, os referidos pressupostos da justa causa – inclinamo-nos para esta solução porquanto não basta a previsão no texto do contrato: por força do artigo 1085.º, n.ºs 1 e 2, é indispensável a justa causa”. (MONTEIRO, António Pinto; HENRIQUES, Paulo Videira. A cessação do contrato no Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos. In: *O Direito*, Ano 136.º (2004), II-III, Coimbra: Almedina, 2004, p. 294).

<sup>129</sup> Tal entendimento encontra ressonância na jurisprudência. No Acórdão de 08/06/2017 do Tribunal da Relação de Évora (processo n.º 349/16.0T8PTM.E1) a douta relatora Albertina Pedroso consignou: “Do mesmo modo, não poderão as partes estabelecer como fundamentos de resolução comportamentos que não sejam subsumíveis na cláusula geral do art.º 1083.º, n.º 2, do CC”, considerando, “a cláusula em apreço uma condição resolutiva ilegal, por violadora de regras imperativas, em face do preceituado nos artigos 1079.º, 1080.º, 1083.º, n.º 3, e 1084.º, n.º 2, do CC, a mesma é nula, devendo ter-se por não escrita, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 271.º do CC”.

<sup>130</sup> Pinto Furtado, *Manual do arrendamento urbano*, op. cit., p.1006.



utilizadas como bitola de concretização do imperativo regime legal de resolução do contrato de arrendamento urbano. De outro giro, o que está absolutamente excluída, no entanto, é a estipulação da renúncia antecipada ao direito de resolução, *ex vi* do artigo 809.º do CC<sup>131</sup>.

## 5.2. *Resolução por alteração das circunstâncias*

A referência aos “termos gerais do direito” no n.º 1 do 1083.º também permite, a nosso ver, a incidência do regime relativo à resolução por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do CC), se bem que ainda mais expresso nesse sentido seja a previsão do artigo 1079.º, ao dispor que “O arrendamento urbano cessa por (...) resolução (...) ou outras causas previstas em lei”. O fato é que se à época do rol taxativo havia grande controvérsia<sup>132</sup> a respeito da aplicabilidade de tal instituto, que parecia mesmo estar excluído da disciplina do arrendamento vinculístico imposto ao senhorio<sup>133</sup>, temos que hodiernamente, “Face a esta ‘normalização’ da cessação da relação do arrendamento pelo senhorio, parece que deixou de se justificar qualquer restrição à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias nesta sede”<sup>134</sup>, consoante o professor Menezes Leitão.

<sup>131</sup> Assim Baptista Machado, *Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial*, op. cit., p. 669 e David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*, op. cit. p. 106.

<sup>132</sup> Pires de Lima e Antunes Varela defendiam a aplicabilidade do artigo 437.º do CC ao arrendamento: “o artigo 1093.º do Código Civil (tal como ainda agora o art. 64.º do RAU), ao acentuar *expressamente* («o senhorio só pode resolver o contrato») o carácter *taxativo* das causas de resolução do contrato, ter apenas tido em linha de conta os casos de incumprimento do arrendatário, sendo certo que ao artigo 437.º do Código Civil não interessa propriamente a questão do *não cumprimento* (seja de *uma* ou de outra das partes), mas apenas a divergência *objectiva* entre as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e a realidade subsequente”. (*Código civil anotado*, vol. II, 4. op. cit., p. 593). Por sua vez, o professor Menezes Cordeiro assentou: “É, ainda, a presença, no arrendamento, de uma teia normativa estrita, que canaliza o risco em termos pré-determinados, que bloqueia o art.º 437, recorde-se que a sua resolução só pode operar nos casos fixados no art.º 1093”. (CORDEIRO, António Menezes. Da alteração das circunstâncias. In: *Sep. dos Estudos em memória do prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: AAFDL, 1987, p. 42).

<sup>133</sup> Já ao arrendatário, que desde o Código de 1966 se sujeita ao regime geral da resolução (vide supra nota 28), não nos parece que havia qualquer impedimento de suscitar a alteração das circunstâncias.

<sup>134</sup> E prossegue: “Não há assim presentemente obstáculos legais a que o senhorio solicite a resolução do contrato de arrendamento ou a sua modificação segundo juízos de quidade, sempre que as circunstâncias sem que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, se a exigência do cumprimento das suas obrigações afectar gravemente os princípios da boa fé e não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato (art. 437.º, n.º1)”. (LEITÃO, Luís Manuel

Lição consagrada é a de Maria Olinda Garcia<sup>135</sup>, no sentido de que a alteração das circunstâncias não pode desnaturar os mecanismos desvinculativos específicos do arrendamento, como por exemplo a denúncia<sup>136</sup> por parte do senhorio, por superveniente necessidade de habitação (artigos 1101.º e 1102.º do CC); está hipótese tem que obedecer as suas regras especiais, específicas, como corolário da boa metodologia jurídica.

De toda forma e na esteira das inúmeras restrições que o ainda apertado regime do arrendamento urbano impõe não há quem continue reticente com a aplicação prática da alteração das circunstâncias. Pinto Furtado, amparando-se na doutrina e jurisprudência italianas e referindo-se a perspectiva da base económica do contrato assevera que “Ao *senhorio* não sobra, assim, mesmo nos novos contratos, apreciável margem de manobra para, por cima dessas correcções e das hipóteses legalmente enunciadas como *casos de resolução* ou de *denúncia*, romper o contrato de *arrendamento urbano* ou obter a sua modificação segundo *juízos de equidade*, com base em *alteração anormal das circunstâncias*”<sup>137</sup>. Esta constatação, por ora, procede, mas não se pode subestimar as mutações sociais a que desde o advento da cláusula geral – em substituição a regulação casuística – o regime da resolução do arrendamento urbano está aberto, o que pode, ensejar, ao longo do tempo, maiores intervenções do instituto da alteração das circunstâncias.

Ao arrendatário, todavia, não se afigura muito difícil imaginar situações em que possa socorrer-se do artigo 437.º, como por exemplo já reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 06/06/2013<sup>138</sup>. Aliás, de acordo com o RNAU de 2004, o seu artigo 1087.º, n.º 3 do CC<sup>139</sup> previa que as alte-

Teles de Menezes. *Arrendamento Urbano*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 144 e 145). No sentido da atual admissibilidade ver ainda Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 1014.

<sup>135</sup> GARCIA, Maria Olinda. *Arrendamentos para comércio e fins equiparados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 215.

<sup>136</sup> Recentemente alterado pela Lei 13/2019 de 12 de fevereiro, em uma marcha que parece flertar com um retorno ao vinculismo.

<sup>137</sup> Grifos constam no original. Pinto Furtado, *Manual do arrendamento urbano*, p. 1011. Na mesma obra o autor, todavia, defende “a sujeição, dos próprios arrendamentos vinculísticos, ao mecanismo legal da superveniente alteração anormal das circunstâncias no tocante à turbação da equivalência circunscrita ao confronto da renda legal com o valor de prestações acessórias do senhorio que formem encargos de sua conta” (p. 1008). Também nesse sentido David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 164.

<sup>138</sup> Supremo Tribunal de Justiça 06-06-2013/2960/09.7TBVIS.C1.S1 (SILVA GONÇALVES): “(...) 2. Tratando-se de um evento posterior ao arrendamento e impassível de se conjecturar no momento da formalização do contrato, esta circunstancial vicissitude está incluída na “ratio” descritiva do art.º 437.º do C.Civil”.

<sup>139</sup> Menezes Cordeiro, *Leis do arrendamento urbano anotadas*. op. cit. 231.

rações financeiras ou de “qualquer outro factor relevante que haja justificado o arrendamento” poderia servir de fundamento à resolução pelo arrendatário. Entendemos que, não obstante tal disposição não tenha virado lei, hodiernamente, a partir da disciplina da alteração das circunstâncias, há espaço para a tutela destes interesses do arrendatário<sup>140</sup>.

### 5.3. *Os elementos previstos no n.º 2 do artigo 1083.º do CC*

Expostas as intercorrências que o n.º 1 do artigo 1083.º do CC franqueia à resolução do contrato de arrendamento urbano é imperioso, agora, a análise detida dos elementos textuais que compõem a cláusula geral prevista no n.º 2 deste dispositivo.

Em primeiro lugar, tem-se a expressão “*incumprimento*”<sup>141 142</sup>, que aqui deve ser tomada em um amplo sentido de verificação de deveres contratuais<sup>143</sup>. Evidentemente abrange os deveres contratuais típicos de uma relação de locação<sup>144</sup>, contidos nos artigos 1031.º e 1038.<sup>o145</sup>; os deveres contratuais que tenham sido estipulados pelas partes, ao abrigo da autonomia privada, cuja admissibilidade, sob certos limites imperativos, foi referida (supra 5.1); deveres legais especial-

<sup>140</sup> David Magalhães ao comentar acerca das justas causas objetivas previstas no RNAU, que acabaram não vingando, assevera: “Há, porém, que ter em conta a possibilidade de algumas destas hipóteses permitir a resolução com fundamento em alteração das circunstâncias”. MAGALHÃES, David. Nótula sobre a justa causa de resolução do contrato de arrendamento urbano. In: *Julgar*, n.º 5 (2008), p. 34. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/03-David-Magalhães-resolução-arrendamento.pdf>.

<sup>141</sup> Segundo Fernando Baptista de Oliveira: “Com efeito, não parece muito correcto o legislador, no aludido n.º 2, falar em ‘incumprimento’. Sentido faria sim, falar em conduta, comportamento, da parte. Esse, sim – não propriamente o ‘incumprimento’ – é que pode designar-se por ‘grave’ e com fortes consequências para a manutenção da relação contratual” (OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *A resolução do contrato no novo regime do arrendamento urbano (NRAU)*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 31.). O RNAU de 2004, conforme nota 34 supra, referia-se a circunstância.

<sup>142</sup> É de se ressaltar que diante da opção legislativa pela cláusula geral e da “(...) redação destes números, incumbirá em grande parte à jurisprudência e à doutrina a determinação de quais os incumprimentos que, pela sua gravidade, justificam a resolução do contrato de arrendamento”. (ROCHA, Isabel; ESTIMA, Paulo. *Novo regime do arrendamento urbano – notas práticas e jurisprudência recente*. Porto: Porto Editora, 2014, p. 185).

<sup>143</sup> A respeito deste figurino de análise dos deveres contratuais, conferir em Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 1000.

<sup>144</sup> Sem se olvidar que o contrato de arrendamento é “modalidade do contrato de locação dotado de especialidades”, conforme *Exposição de Motivos do NRAU*, op. cit. 18.

<sup>145</sup> Como assevera o professor Romano Martinez: “No fundo, constitui causa de resolução do contrato de arrendamento por parte do senhorio a violação das obrigações do locatário indicadas no art. 1038.º do CC”. (*Da Cessação do contrato*, op. cit., p.317).

mente impostos na disciplina do arrendamento urbano<sup>146</sup>, distribuídos nos artigos 1071.º a 1074.º do CC (que incluem relações de vizinhança, o efetivo uso do locado, deteriorações e obras<sup>147</sup>), bem como os deveres acessórios<sup>148</sup> (cuja violação é, para todos os efeitos, incumprimento, consoante o n.º 2 do artigo 762.º do CC) e gerais de respeito.

*Acerca da censurabilidade do incumprimento*, o professor Menezes Cordeiro é claro e objetivo e diante da precisão e completude da lição, que se liga a elementos doutrinários que expusemos mais acima, pedimos vênia para transcrevê-lo em completo: “A lei não exige um incumprimento culposo (...) o artigo 1083.º/2 não cura da responsabilidade civil. Esta exige culpa, acoplada, na responsabilidade contratual, à ilicitude. Mas a resolução não comporta tal requisito. Quer isso dizer que qualquer circunstância que pela sua gravidade ou consequências torne a manutenção do contrato inexigível, constitui fundamento de resolução, independentemente de ser imputável, a título de culpa, à outra parte. A culpa só será requerida para uma eventual responsabilidade conexa”<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> Carla Amado Gomes, possui interessante monografia sobre as vinculações jurídico-públicas em sede de arrendamento urbano e refere as consequências para a resolução do contrato: “A utilização de um imóvel urbano para habitação, comércio ou indústria, pode provocar incómodos e prejuízos a um universo mais ou menos alargado de pessoas – a começar pelos vizinhos mais próximos. Daí que haja necessidade de atender, no estabelecimento do regime do contrato de arrendamento, a vinculações jurídico-públicas tais como segurança das populações, a saúde humana, os bons costumes, o património cultural, o bem estar dos animais (...) Do n.º 2 do artigo 1083.º realçaríamos, para além do corpo do preceito, as alíneas a), b) e c), que estabelecem o seguinte (...) além de estas alíneas se reportarem a comportamentos que podem pôr fim à relação contratual por iniciativa do senhorio (no prazo a que alude o artigo 1085.º. Do CC), estas cláusulas refletem a legitimidade de terceiros para diligenciar, nos termos da legislação específica, junto de autoridade administrativa ou jurisdicional, no sentido de fazer cessar a prática lesiva de interesses próprios ou colectivos”. (GOMES, Carla Amado. *Direito do arrendamento e vinculações jurídico-públicas. Uma aproximação*. In: *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1051, 1058 e 1059).

<sup>147</sup> Várias destas obrigações são abordadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 1083.º, que contém um rol exemplificativo de fundamentos resolutivos estipulados em benefício do senhorio. Os contornos dessas pequenas cláusulas exemplificativas servem não só de vedação ao que explicitam, mas também informam e auxiliam na concretização da cláusula geral, quando ela incida sobre outros deveres legais ou contratuais, como veremos infra.

<sup>148</sup> Segundo David Magalhães: “A presença dos deveres acessórios radicados no princípio da boa-fé pode surgir, como já se adiantou, com os pressupostos da *culpa in contrahendo* (cf. art. 227.º.), que em matéria arrendatícia assumem particular conformação. (...) Feita esta advertência (prevalência, nos moldes assinalados, do regime dos vícios sobre a responsabilidade pré-contratual) (...) existência de *culpa in contrahendo* pode ser fundamento de resolução do contrato por justa causa”. (*A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 145).

<sup>149</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 1000.

Não nos é desconhecida a posição do professor Romano Martinez<sup>150</sup>, para quem é imprescindível o incumprimento culposo para o exercício do direito de resolução do contrato de arrendamento urbano (e também no regime geral); nem a de Fernando Baptista de Oliveira<sup>151</sup>, que apesar de reconhecer que a letra do artigo 1083.º não veda que justas causas objetivas sejam invocadas pelo senhorio tende a não admitir esta possibilidade, pelo fato de a lei ter se valido de exemplos-padrão com condutas do arrendatário que são sempre censuráveis; e ainda a de David Magalhães, que afirma que se “o legislador tivesse admitido a figura da justa causa objectiva de resolução” não teria, no artigo 1083.º, circunscrito “a justa causa a comportamentos que configurem incumprimentos contratuais”<sup>152</sup>. A nosso ver a razão está integralmente com o professor decano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Retomando o que explanamos supra – amparados nas lições de Baptista Machado, Brandão Proença e Canaris – é firme o entendimento de que a culpa não é elemento imprescindível para a tutela resolutória baseada em incumprimento, compreendida em sua dimensão liberatória, o que não significa, evidentemente, que a constatação da censurabilidade não tem relevância na apreciação

<sup>150</sup> Romano Martinez, *Da Cessação do contrato*. op. cit., pp. 329, 316, 148 e 126. Ao comentar a respeito do artigo 1050.º do CC, que possui uma inegável justa causa objetiva a favor do locatário, o professor assevera que se “(...) a extinção do vínculo se basear no art. 1050.º do CC não é conferido ao locatário o direito de exigir uma indemnização. Tradicionalmente, o direito de resolver o contrato é reconhecido em função de actuações culposas de uma das partes, com o consequente direito de o lesado ser indenizado; por conseguinte, a hipótese de extinção prevista no art. 1050.º do CC corresponde a uma resolução *sui generis*, com efeitos idênticos, excepto no que respeita ao dever de indemnizar” (p. 329). Deste modo, fica claro que o eminente professor liga, de forma incidível, a tutela liberatória da resolução, com a tutela indemnizatória, a ponto de dizer que a primeira sem a segunda se trata de uma resolução “*sui generis*”.

<sup>151</sup> Fernando Baptista Oliveira, *A resolução do contrato no novo regime do arrendamento urbano*, op. cit. pp. 31 e 37. Este autor, em elevado grau de honestidade intelectual, reporta uma sincera dúvida a respeito do tema, apesar de se inclinar pela solução de admitir o cabimento de apenas justas causas subjetivas como fundamento de resolução por parte do senhorio.

<sup>152</sup> David Magalhães. *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 139. Apesar de o autor não admitir a justa causa objetiva, na mesma obra aponta que: “Regressando à caracterização da violação de obrigações contratuais que pode justificar a cessação do contrato, retenha-se que, embora o incumprimento não tenha de ser imputado ao seu autor a título de culpa, como resulta da teleologia própria da resolução por justa causa (sendo insuficiente alicerçar a inexigibilidade exclusivamente num critério de culpa, não só porque o seu âmbito é mais amplo como, também, porque o regime geral admite a resolução dos contratos perante incumprimentos não culposos), o grau ou eventual concurso de culpas não podem deixar de ser considerados importantes elementos para avaliação da situação em presença. Em todo o caso funcionará a presunção do art. 799.º/1 CC”. (pp. 149 e 150). Ora, concordamos à integralidade com tal excerto e reputamos, com a devida vênia, que se afigura contraditório com a negativa de existência de justas causas objetivas.

da conduta. No caso específico da resolução do contrato de arrendamento urbano a lei expressamente e de antemão, independentemente da objetividade ou subjetividade da conduta<sup>153</sup>, já impõe uma apertada verificação, ao erigir que o incumprimento seja predicado de uma “gravidade” ou “consequência” que torne inexigível a manutenção da relação. A nós, parece que é na análise desses elementos e não na subjetividade ou não da conduta que se revela a concretização da cláusula geral de uma forma consentânea com a lei<sup>154</sup>; melhor dizendo, *um incumprimento imputável ou não a outra parte pode entrar na moldura da cláusula geral*. Os confins da cláusula são delimitados por outras bordas que não a censurabilidade em si da conduta, não obstante, como já ressaltado, este fator seja sim muito importante na delineação concreta dessas fronteiras.

Nesse sentido e avançando no disposto no n.º 2 do artigo 1083.º do CC temos o conceito indeterminado “*gravidade*” a predicar o incumprimento capaz de ensejar a resolução do contrato de arrendamento urbano. A ideia nuclear por trás de tal proposição deve ser a de constatar se a circunstância acarreta na quebra da confiança da relação duradoura, se ofende os valores havidos naquela específica relação<sup>155</sup>.

Na seara da gravidade, não importam os danos imediatos como consequência (elemento analisado infra), mas sim, como salienta Baptista Machado “o estado de tensão litigiosa que cria, o prognóstico que fundamenta relativamente à insegurança e ao risco de perturbação do funcionamento da relação contratual”<sup>156</sup>. Assim, um fato que abstratamente pode não despertar grande comovção, quando contraposto às especificidades de uma determinada relação jurídica

<sup>153</sup> Como vimos acima, no regime geral, diante de uma impossibilidade parcial imputável ao devedor (art. 802.º/2) o contrato só não será resolvido caso o incumprimento parcial seja de “escassa importância”, enquanto que em uma impossibilidade parcial não imputável ao devedor (art. 793.º/2) a resolução se afigura como um remédio extremo, que só será admitida se justificadamente faltar interesse (de modo objetivo) ao credor, no cumprimento parcial. *No arrendamento urbano, a resolução, qualquer que seja o incumprimento a ser apreciado, é o remédio extremo, porque imposta a estreita baliza da inexigibilidade.*

<sup>154</sup> A consentaneidade com a lei, obviamente, inclui a verificação de qualquer vinculação especial que o regime do arrendamento urbano estatua e que, em concreto, no confronto casuístico com uma determinada justa causa objetiva aventada, impeça a cessação do contrato.

<sup>155</sup> Neste diapasão, a aposição de cláusulas resolutivas pelas partes facilita por demais a concretização, pelo julgador, do conceito indeterminado gravidade, vez que os valores da relação jurídica já estarão previamente tabulados, ainda que não exaustivamente, mas de modo muito mais presente do que firmados apenas nos valores jusculturais comuns da sociedade.

<sup>156</sup> E o professor assevera, com fulcro na doutrina italiana que: “Daí que se afirme, com razão, ‘que a gravidade do inadimplemento não pode ser comedida pela importância do dano sofrido pela contraparte’, antes tem de ser apreciada no contexto da economia complexiva do contrato (cfr. GIOVANNI JUDICA, *Risoluzione per Inadimplemento*, in ‘Rivista di Diritto Civile’, Ano 29 (1983),

tem o valor sintomático de impor a perda da confiança e tornar impossível (*rectius*, inexigível) a manutenção do contrato. Revelador dessa interpretação é o conteúdo de uma das pequenas cláusulas exemplificativas contidas nas alíneas do n.º 2 do artigo 1083.º, mais especificamente a “c”, em que consta como possível fundamento de resolução o uso do imóvel para fim diverso, ainda que esse uso “não implique maior desgaste ou desvalorização para o prédio”: ora a gravidade, aqui, apresenta-se divorciada de uma consequência material e se justifica apenas pela quebra da confiança. Também a reiteração de fatos aparentemente não tão significantes pode caracterizar uma quebra de confiança<sup>157</sup>, desde que tomados em conjunto.

Todavia, é fundamental que a apreciação da gravidade, sempre e necessariamente, obedeça a critérios objetivos e normativos (sejam os valores jusculturais sociais, sejam os oferecidos pelas partes no seio do contrato), dentro de uma bitola de normalidade<sup>158</sup>, não se compadecendo com exigências subjetivas do interessado na resolução, que desbordem da razoabilidade<sup>159</sup> de um *bonus pater familias*. É aqui que o intérprete deve efetuar o controle entre situações efetivas que levem a desvinculação e outras que não representam mais que mero capricho ou mesmo que relevantes não são tão significativas para encerrar o rompimento de um vínculo legitimamente aderido.

O outro elemento da cláusula geral de resolução apto a tornar inexigível o arrendamento urbano é a “consequência” provocada pelo incumprimento. Releva a projeção do efeito da circunstância havida, dos danos causados por ela, do concreto abalo ao programa contratual. Como refere o professor Menezes Cordeiro, “A sua ponderação é mais fácil, ainda que nem sempre se possa desligar da gravidade”<sup>160</sup>.

Parte II, p. 186”. (Baptista Machado, *Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial*, op. cit., p. 673.

<sup>157</sup> Nesse sentido é que foi estipulada, pelo legislador, a mora interpolada, prevista no n.º 4 do artigo 1083.º do CC. Moras que solitariamente consideradas seriam de “escassa importância” (para nos fiarmos à terminologia do regime geral da resolução) vistas em perspectiva e em um determinado espaço de tempo, assumem a gravidade exigida para a cessação de um arrendamento urbano, por representarem uma desídia que se protraí no tempo.

<sup>158</sup> Fernando Baptista Oliveira, *A resolução do contrato no novo regime do arrendamento urbano*, op. cit. p. 38 e nota 99 supra.

<sup>159</sup> Regina Santos Pereira bem pondera: “Com este novo regime, torna-se essencial apurar os fundamentos de resolução do contrato com cautela e razoabilidade. (...) em termos razoáveis e de equilíbrio do contrato, se considere que é excessivamente oneroso para o senhorio, atendendo ao contrato em concreto, suportar esse incumprimento. O incumprimento pelo arrendatário reportar-se-á não só as obrigações do artigo 1038.º do C.C., mas também às obrigações estabelecidas pelas partes no próprio contrato”. (*Arrendamento urbano* op. cit. 124).

<sup>160</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. 1001.



De fato um incumprimento que pela consequência material projetada imponha a inexigibilidade da manutenção do contrato muito provavelmente estará qualificado de uma gravidade que implique na quebra da confiança também; a conjunção “ou”, na redação do n.º 2 do artigo 1083.º parece só ter mesmo o sentido de expressar o nuance de que uma circunstância que não necessite ser medida pelas suas imediatas consequências danosas pode fundar a resolução: a gravidade, como medida da quebra da confiança e por conseguinte indicadora da inexigibilidade, acaba que está sempre presente. Até mesmo porque, como já tivemos a oportunidade de frisar mais acima, o próprio regime geral da resolução de contrato impõe um controle ao incumprimento, que jamais poderá ser de “escassa importância”<sup>161</sup>; no arrendamento o controle é ainda mais acentuado, pois vai-se à gravidade da circunstância.

E o último elemento textual relevante da cláusula geral do arrendamento urbano é justamente a proposição “*inexigível*”, que nada mais é do que a conclusão decorrente da estatuição legal, obtida por meio do exercício de concretização dos elementos anteriormente mencionados (premissa maior) à hipótese fática posta em causa (a premissa menor).

Esta operação deita suas bases na ideia de justa causa de resolução. Como já reportado supra, não obstante o legislador não tenha se referido textualmente a este conceito é justamente ele que aflora da coligação dos elementos gravidade ou consequências que importem na inexigibilidade da manutenção de um contrato duradouro, porquanto admitir a continuidade do vínculo – que, perceba-se, materialmente até seria possível – naquela concreta situação e diante daquelas circunstâncias, importaria em violação à boa-fé.

Como leciona, com brilhantismo, Maria Raquel Rei: “(...) a justa causa de cessação de uma situação jurídica visa possibilitar à parte interessada, a extin-

<sup>161</sup> A jurisprudência ressalta a aplicabilidade ao arrendamento, como “válvula de segurança”, do conceito de escassa importância: “A previsão contida no n.º 2 do artigo 802.º do Código Civil é aplicável ao contrato de arrendamento, posto se trata de um princípio geral da resolução dos contratos que as normas específicas da locação não afastam, fundando-se no princípio geral expresso no n.º 2 do artigo 762.º do mesmo diploma legal. III - Trata-se de uma válvula de segurança que obsta à resolução do contrato de arrendamento - ficando, por isso, excluída a aplicação dos normativos que fundamentam tal resolução - sempre que, mesmo que em termos técnicos a situação provada constitua fundamento legal de resolução, a parcela não cumprida da prestação traduza um prejuízo de “escassa importância” para o senhorio”. (Relação do Porto 18-02-2019/1668/17.4T8PVZ.P1, MIGUEL BALDAIA DE MORAIS). A utilização indiscriminada de tal princípio pode vir a se revelar temerária, quando sob a seu pálio se desconsiderem incumprimentos que já tenham sido apontados como graves pelo legislador. Ora, uma hipótese taxativa de resolução (que ainda existe, *ex vi* n.ºs 3 e 4 do artigo 1083.º, que falam em “é inexigível”) é tão lei quanto o artigo 802.º (aliás, se sobrepõe, pela especialidade) e deve ser observada.



ção (ou desvinculação) da situação jurídica em causa quando a conservação vinculativa, apesar de não contrariar nenhuma regra expressa de Direito nem ser facultada por figura alguma, contraria os princípios gerais do ordenamento jurídico, vocacionados para intervir no caso concreto (boa-fé objectiva)”<sup>162</sup>.

O conceito de justa causa é tradicionalmente desenvolvido em sede laboral<sup>163</sup>, sendo que pela sua gênese em comum com o arrendamento (a *locatio conductio* romana) e pela partilha de valores sensíveis (verbas alimentares em um, habitação no outro) é deveras profícua a interação entre as espécies. Muito semelhante à fórmula do arrendamento é a da cláusula geral de resolução do contrato de agência<sup>164</sup>, em que o legislador igualmente não referiu de forma textual a justa causa, não obstante seja este o conceito indeterminado lá subjacente e que casuisticamente deve beber de sua larga e riquíssima fonte doutrinária e jurisprudencialmente decantada e já tipologicamente identificável no ordenamento português, como o modo de cessação do vínculo de contratos duradouros em virtude da desfragmentação da confiança.

#### 5.4. *A cláusula geral e os exemplos-padrão*

Delimitada a configuração do corpo do n.º 2 do artigo 1083.º do CC, é fundamental, agora, referirmos a sua relação com as alíneas previstas no dispositivo.

Para Pinto Furtado as alíneas representam “autênticos fundamentos de resolução”, que se verificados impõem a cessação do contrato, independentemente dos elementos da cláusula geral<sup>165</sup>. O professor Menezes Leitão<sup>166</sup> e Regina Santos Pereira<sup>167</sup> também seguem essa tendência. Tal interpretação parece demasiadamente ligada ao passado, em que a lei previa o rol taxativo de hipóteses que tinham como consequente o surgimento do direito potestativo de resolução por parte do senhorio<sup>168</sup>. A lei não deu toda essa dimensão aos exemplos que citou.

<sup>162</sup> REI, Maria Raquel. *A justa causa para a revogação do mandato*. Relatório do seminário de direito civil. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, pp. 13 e 14.

<sup>163</sup> Romano Martinez, *Da Cessação do contrato*. op. cit., p. 422 e ss.

<sup>164</sup> OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *Contratos provados: das noções à prática judicial*. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 7 e 8.

<sup>165</sup> Pinto Furtado, *Manual do arrendamento urbano*, op. cit., p.1002.

<sup>166</sup> Menezes Leitão, *Arrendamento Urbano*, op. cit., p. 134, nota 125.

<sup>167</sup> Regina Santos Pereira, *Arrendamento urbano* op. cit., p.125.

<sup>168</sup> E que como visto supra se afigurava de garantia ao senhorio, de que ao menos naquelas situações o arrendatário, protegido pelo vinculismo, poderia ser “posto para fora”.

Em sentido diametralmente oposto, Maria Olinda Garcia sustenta a necessidade de interação, vez que “todos os fundamentos tipificados nessas alíneas terão de preencher essa cláusula, ou seja, terão de atingir um nível de gravidade e gerar consequências tais que não seja razoavelmente exigível àquele senhorio (de um ponto de vista objectivo) a manutenção do contrato”<sup>169</sup>, no que é acompanhada por Fernando Baptista<sup>170</sup>, Manteiga Martins e outros<sup>171</sup> e Brandão Proença<sup>172</sup>. Esta concepção assenta-se mais conforme à lei, mas há ainda o que ser especificado nesta matéria.

Atenta a densidade distinta de gravidade que as previsões de conduta que cada uma das alíneas em comento possui, apresenta-se a *teoria da ponderação móvel*, que constata, diante deste fato, que a interação entre elas e a cláusula geral será diversa, justamente na medida da consistência havida por cada alínea. Assim entendem o professor Menezes Cordeiro<sup>173</sup>, David Magalhães<sup>174</sup> e Laurinda Gemas e outros<sup>175</sup>.

É esta última teoria que se afigura como a mais precisa. A relação entre o corpo do dispositivo e as suas alíneas é binária<sup>176</sup>: ao mesmo tempo em que elas

<sup>169</sup> GARCIA, Maria Olinda. *A nova disciplina do arrendamento urbano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 23.

<sup>170</sup> “(...) mesmo nas hipóteses previstas nas alíneas a) e e) do art. 1083.º a resolução não operará automaticamente, verificada que esteja factualmente objectiva preenchedora dessas situações. Antes se tornando, ainda, exigível apurar-se cada um desses incumprimentos contratuais é tal que, *‘pela sua gravidade, ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento’*”. (Fernando Baptista Oliveira, *A resolução do contrato no novo regime do arrendamento urbano*, op. cit. p. 29).

<sup>171</sup> Que ao comentarem as mudanças legislativas no NRAU em 2012, com absoluta precisão pontuam: “Ora, as alterações das alíneas a) e c), ao retirarem na primeira o qualificativo da violação como ‘reiterado e grave’ e na segunda ao acrescentarem que o uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina é fundamento de resolução, ainda que a alteração do uso não implique mais desgaste ou desvalorização para o prédio, permitem a conclusão de que o legislador se terá inclinado para a necessidade de o senhorio ter, em qualquer caso, para justificar a resolução, de invocar e provar a gravidade ou consequências do incumprimento” (MARTINS, Manteigas; NABAIS, Carlos; FREIRE, Carla Santos; RAIMUNDO, José M.. *Novo regime de arrendamento urbano*. Porto: Vida Económica, 2012, p. 123).

<sup>172</sup> Brandão Proença, *Proteção do arrendatário urbano, teoria geral do incumprimento e técnica legislativa*, op. cit., p. 14, nota 20.

<sup>173</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. pp.1002 e 1003.

<sup>174</sup> David Magalhães, *A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. p. 166.

<sup>175</sup> Que referem aos diferentes níveis de gravidade: “Na verdade, as várias causas resolutivas previstas no preceito configuram níveis de gravidade de grau muito diferente entre si, sendo que algumas das situações ‘eleitas’ têm objectivamente um grau de gravidade menor do que outros fundamentos não elencados”. (Laurinda Gemas e outros, *Arrendamento urbano*. op. cit., p. 369).

<sup>176</sup> A respeito, conferir Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. p. 1003. O autor ainda refere a uma quarta e muito útil teoria a sobre a relação entre o corpo do n.º 2 do artigo 1083.º e suas alíneas: “Em termos práticos, podemos ainda apelar à teoria da presunção: quando o

se postam como auxiliares da concretização da cláusula geral à hipóteses não exemplificadas na lei (revelando ao intérprete, por comparação, um cardápio de elementos jusculturais relevantes), elas somente se aplicarão a um substrato fático se o processo de subsunção ao seu tipo observar, também, o preenchimento de valores consentâneos com a pauta imposta pela cláusula geral.

### 5.5. *Cláusulas típicas de resolução do contrato de arrendamento*

Seguindo na análise do artigo 1083.º, temos que os n.ºs 3 e 4 configuram-se como duas cláusulas típicas, rígidas: a inexigibilidade das condutas de falta de pagamento das rendas neles descritos já foi explicitada pelo legislador, não há o que ser ponderado em termos de gravidade ou consequências pelo intérprete<sup>177</sup>, mas sim efetuado um juízo de subsunção à hipótese descrita. No n.º 6, a lei veio impor uma exigência ao senhorio para que ocorra o preenchimento da *fattispecie* do n.º 4. Pretendeu-se conceder ao arrendatário uma oportunidade para pôr fim a prática daquelas pequenas moras que consideradas em perspectiva revelam uma conduta suficientemente gravosa a ensejar a cessação do contrato<sup>178</sup>.

### 5.6. *Bilateralidade da cláusula geral do n.º 2 do artigo 1083.º*

O n.º 5 do artigo 1083.º refere um paradigma legal de fundamento de resolução por parte do arrendatário. Ao nosso ver, o exercício do direito de

locador demonstre factos integrativos de alguma das alíneas do artigo 1083.º/2, infere-se, à partida, um suficiente grau de gravidade ou de consequências. Caberá ao arrendatário opositor alegar factos (e prova-los) que permitam, ao julgador, minimizar o juízo daí resultante”. (*Idem*).

<sup>177</sup> Regina Pereira Santos possui interessante posição a respeito do virtual cabimento de uma resolução por incumprimento decorrente do não pagamento de rendas menos apertado do que os previstos nos n.ºs 3 e 4: “(...) somos de opinião que se existir mora inferior a três meses relativamente à falta de pagamento de rendas de apenas um ou dois meses, também existirá fundamento de resolução. Mas neste caso, o locador terá de invocar e provar o requisito da inexigibilidade do corpo do n.º 2 deste artigo, situação esta que só será possível através do recurso à acção de despejo”. (*Arrendamento urbano* op. cit., p.125).

<sup>178</sup> O legislador parece também ter desejado que o senhorio expresse que aquelas falhas pontuais o incomodam. Enfim, trata-se de mais uma medida protetiva ao arrendatário, que em certa medida vai na contramão do que versado na Exposição de Motivos do NRAU: “o arrendatário deve primar pelo pontual cumprimento das obrigações” (*Exposição de Motivos do NRAU*, op. cit. 18), indicando que a legislação está a trilhar uma senda distinta da que vinha rumando desde 2004. Acerca dos demais privilégios legais, no que diz respeito a mora do arrendatário, conferir Brandão Proença, *Proteção do arrendatário urbano, teoria geral do incumprimento e técnica legislativa*, op. cit., pp.11 a 13.

resolução pelo arrendatário também está vinculado a cláusula geral prevista no n.º 2 do mesmo artigo. Lendo-se, de forma detida, referido número, temos que a lei fala em “torne inexigível à outra parte” e somente após “a manutenção do arrendamento” é que vem o advérbio “designadamente” e aí enumeram-se, nas alíneas que se seguem, os exemplo-padrão de fundamentos postos em favor apenas do senhorio.

Assim, a cláusula geral vai até o trecho “manutenção do arrendamento”, o que inclui a expressão que garante a bilateralidade<sup>179</sup> de sua aplicação: “à outra parte”. Tão só o trecho final do n.º 2 e suas alíneas que se referem apenas ao senhorio, sendo que o n.º 5 do artigo 1083.º faz as vezes dessas disposições, no que tange ao arrendatário. Assim, temos que o inquilino somente poderá resolver o contrato diante de uma circunstância predicada por uma gravidade ou consequência que torne inexigível a manutenção do arrendamento e não apenas balizado no critério de “escassa importância” do artigo 801.º<sup>180</sup>.

### 5.7. *Uma cláusula aberta*

À guisa de arremate, é forçoso asseverar que o CC prevê hipóteses resolutivas que não estão dispostas no artigo 1083.º, como por exemplo no n.º 1 do 1090.º (resolução do primitivo arrendamento, no caso de subarrendamento total) e 1112.º (alteração de destino do prédio, quando da transmissão da posição de arrendatário não habitacional), entre outras já mencionadas acima, inclusive em benefício do inquilino.

<sup>179</sup> David Magalhães assevera: “Ou seja, impende sobre ambas as partes a necessidade de invocação e prova de eventos reveladores de um incumprimento que configure uma justa causa, o que em nada é prejudicado pelo facto de as hipóteses exemplificativas elencadas serem apenas de resolução pelo locador. (...) a bilateralidade da justa causa é a solução que decorre do regime geral da resolução dos contratos duradouros (...), sendo aquela que é seguida no ordenamento jurídico alemão, com toda a sua longa tradição de recurso à cláusula geral”. (*A resolução do contrato de arrendamento urbano*. op. cit. pp. 165 e 166).

<sup>180</sup> Especial interesse, desperta essa matéria, na aplicabilidade do artigo 1050.º do CC, que prevê hipótese de justa causa objetiva em favor do arrendatário. Entendemos que quaisquer das circunstâncias previstas nas alíneas deste dispositivo devem ser aferidas pela baliza da gravidade ou consequência e não apenas pelos critérios gerais dos artigos 802.º/2 e 793.º/2 (aplicável a causas não imputáveis ao devedor) do CC, ainda que este último dispositivo também encerre uma previsão bem apertada de resolução. A respeito dessa temática conferir OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Resolução do contrato de arrendamento. In: *Revista de direito comparado português e brasileiro*. Tomo LV, n.º 308 (2006). Universidade de Minho, Braga, pp. 646 e 647.

Sempre que não se trate de uma hipótese que se caracterize pela taxatividade é necessário o diálogo com a cláusula geral, nos termos da metodologia *jus científica* da qual nos ocupamos (de forma modesta) no presente trabalho.

O que deve ficar sublinhado é, como perfeitamente nos ensina o professor Menezes Cordeiro, que temos “hoje, uma cláusula aberta, suscetível de albergar quaisquer tipos de incumprimentos, ainda que atípicos, que concitem o juízo de gravidade ou de consequências suficientemente poderoso para facultar a resolução”<sup>181</sup>.

E assim, concretiza-se a técnica legislativa trazida pelo NRAU, que optou pela generalidade justamente para que possa entregar uma resposta mais consentânea e harmoniosa com às mutações sociais dinâmicas próprias de uma modalidade contratual que disciplina uma temática cada vez mais suscetível a transformações.

<sup>181</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. XI. op. cit. p. 1013.



## PARECERES





# Cooperativas e Crédito Agrícola Mútuo

JORGE MIRANDA\*

## Consulta

Em anteprojeto enviado pelo Banco de Portugal às caixas de crédito agrícola substituiu-se o regime vigente (expresso no Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro) por um novo regime com numerosas alterações, designadamente a integração num organismo central dotado de importantes poderes, sob a forma de sociedade anónima.

Pretende saber-se se este novo regime respeita as normas constitucionais pertinentes sobre a liberdade cooperativa.

## Parecer

### I

1. Sem esquecer que na Constituição de 1933 já se dizia que o Estado promovia as instituições de cooperação (artigo 41.º), é a Constituição de 1976 a primeira a consagrar à iniciativa cooperativa com um autónomo, diversificado e muito favorável tratamento sem paralelo em Direito comparado<sup>1 2</sup>.

\* Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>1</sup> Exceções: a Constituição italiana (artigo 45.º) e a Constituição brasileira (artigo 5-XVIII, 2.ª parte).

<sup>2</sup> Na doutrina, não exaustivamente, JOAQUIM SILVA LOURENÇO, *O cooperativismo e a Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, Lisboa, 1978, págs. 373 e segs.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Constituição patrimonial privada*, *ibidem*, III, 1979, págs. 406 e segs.; JORGE FERREIRA ALVES, *O cooperativismo e os princípios cooperativos na Constituição portuguesa*, Coimbra, 1980; JORGE MIRANDA, *Direito da economia*, policopiado, Lisboa, 1982, págs. 425 e segs. e *Iniciativa económica*, in *Nos dez anos da*

*O Direito 153.º (2021), I, 153-177*

Fá-lo, quer na Parte I, de Direitos fundamentais (a partir do artigo 61.º, n.ºs 2 e 3), quer na Parte II, de Organização económica, com base no artigo 80.º, alíneas b) e f), quer ainda dentro da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea x)] e dos limites materiais de revisão constitucional [artigo 288.º, alíneas f) e g)].

2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos (artigo 61.º, n.º 2).

As cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas (artigo 61.º, n.º 3). A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública (artigo 61.º, n.º 4)<sup>3</sup>.

As cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que dizem respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos (artigo 60.º, n.º 3).

Para assegurar o direito à habitação incumbe ao Estado fomentar a criação de cooperativas de habitação [artigo 65.º, n.º 2, alínea d), 2.ª parte].

O Estado reconhece e fiscaliza o ensino cooperativo (artigo 75.º, n.º 2, 2.ª parte).

O apoio do Estado aos pequenos e médios agricultores compreende estímulos ao associativismo dos trabalhadores rurais e dos agricultores, nomeadamente a constituição por eles de cooperativas de produção, de compra, de venda, de transformação e de serviços [artigo 97.º, n.º 2, alínea d)].

Verifica-se, pois, que não se contempla apenas um direito negativo, o direito de liberdade cooperativa. A seu lado, estabelecem-se direitos positivos, direitos à promoção de cooperativas em áreas tão diferentes como as do consumo, da

*Constituição*, obra coletiva, Lisboa, 1986, págs. 75 e segs.; ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO e GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição económica portuguesa*, Coimbra, 1993, págs. 158 e segs. e 199 e segs.; RUI NAMORADO, *Os princípios cooperativos*, Coimbra, 1995; DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no Direito português. O capital social*, Porto, 2009.

Cfr. também J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, págs. 793, 794, 956 e segs., 975 e segs. e 1008 e segs.; EVARISTO FERREIRA MENDES, anotação ao artigo 61.º, in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, 2017, págs. 889 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ e MANUEL FONTAINE, anotação ao artigo 80.º, *ibidem*, II, Lisboa, 2018, págs. 15 e segs.; RUI MEDEIROS, anotações ao artigo 82.º e ao artigo 85.º, *ibidem*, II, págs. 57 e segs. e 100 e segs., respetivamente.

<sup>3</sup> O n.º 2 do artigo 61.º corresponde ao texto original após a revisão de 1982. O n.º 3 resultou das revisões constitucionais de 1982 e 1997. E o n.º 4 da revisão de 1997.

habitação, do ensino e da agricultura (o que, evidentemente, não impede que haja cooperativas noutras áreas).

3. A organização económico-social assenta, entre outros princípios (artigo 80.º), na coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo de propriedade dos meios de produção [alínea b)<sup>4</sup>]; na liberdade de iniciativa e de organização económico-social no âmbito de uma economia mista [alínea d)]; na proteção do setor cooperativo e social de meios de produção [alínea f)].

O Estado estimula e apoia a criação e a atividade das cooperativas (artigo 85.º, n.º 1) e a lei definirá os seus benefícios fiscais e financeiros, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico (artigo 85.º, n.º 2)<sup>5</sup>.

4. Há uma vertente interna e uma vertente externa, a par da vertente positiva e da vertente negativa.

Como elucidam António de Sousa Franco e Guilherme d'Oliveira Martins, a Constituição consagra uma segunda modalidade de iniciativa cooperativa e de alguma medida dela derivada: a liberdade de atuação das cooperativas e a liberdade de agrupamento em uniões e confederações<sup>6</sup>.

Ou, segundo Evaristo Ferreira Mendes, a liberdade de organização postula, ao mesmo tempo, a faculdade de cada cooperativa se juntar a outra ou outras em uniões, federações e confederações e, por conseguinte, a liberdade de escolha do grau de agrupamento e o estabelecimento do tempo e do modo da correspondente organização<sup>7</sup>.

Isto quanto à vertente positiva: querer agrupar-se. Entretanto, não pode obliterar-se a vertente negativa: não querer agrupar-se; e a vontade dos cooperadores há de ser respeitada, porque estamos diante de um direito de liberdade (insista-se).

O setor cooperativo compreende especificamente os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas

<sup>4</sup> A alínea a) do artigo 80.º remonta à revisão constitucional de 1982, tendo a menção de setor social sido introduzida em 1989.

<sup>5</sup> Os n.ºs 1 e 2 têm enunciados decorrentes das revisões de 1982 e de 1989.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, págs. 203-203.

<sup>7</sup> *Op. cit., loc. cit.*, pág. 892. Este Autor alude a um certo paralelismo com o fenómeno da coligação de sociedades.

com participação pública, justificadas pela sua natureza [artigo 82.º, n.º 4, alínea a)]<sup>8</sup>.

5. O regime dos meios de produção integrados no setor cooperativo recai na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea x)].

6. As leis de revisão constitucional terão de respeitar a coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social dos meios de produção [artigo 288.º, alínea f)] e a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista [artigo 288.º, alínea g)]<sup>9</sup>.

7. Para efeito de regime constitucional, as cooperativas definem-se através de certos parâmetros: os princípios cooperativos [artigos 61.º, n.º 2, e 82.º, n.º 4, alínea a)]. Somente as empresas que os observem beneficiam do auxílio do Estado, em verdadeira discriminação positiva [artigos 60º, n.ºs 2 e 3, 1.ª parte, 65.º, n.º 2, alínea b), e 97.º, n.ºs 1 e 2], e têm direitos de participação (artigo 60.º, n.º 3); e não são tidas como “entidades da mesma natureza” das empresas privadas, nos setores vedados à iniciativa privada (artigo 86.º, n.º 3, 2.ª parte) nem podem sofrer intervenção do Estado na sua gestão (artigo 86.º, n.º 2, *a contrario*).

A Constituição não enuncia esses princípios, nem indica a sua sede ou um texto donde constem. Contudo, a doutrina, a jurisprudência e a prática entendem que ela tem em vista os princípios cooperativos comumente aceites<sup>10 11</sup> e acolhidos entre nós ao longo de uma experiência e de uma tradição cooperativista que remonta a mais de um século; e, apesar de algumas evitáveis flutuações legislativas, são eles os que explicita e desenvolve o artigo 3.º do Código Cooperativo.

Rcordando: 1) a adesão livre; 2) a gestão democrática; 3) o juro limitado ao capital; 4) a participação económica, com repartição dos excedentes; 5) o fomento da educação; 6) a colaboração entre as cooperativas.

<sup>8</sup> A alínea c) do artigo 80.º proveio da revisão constitucional de 1982 e a alínea f) da revisão constitucional de 1989. O n.º 4 resultou das revisões de 1989 e 1997.

<sup>9</sup> As alíneas f) e g), nas fórmulas atuais, remontam à revisão constitucional de 1989.

<sup>10</sup> Tal como foram definidos pela Aliança Cooperativa Internacional no Congresso de Viena de 1966.

<sup>11</sup> Neste sentido, pareceres n.ºs 32/81 e 15/82 da Comissão Constitucional, de 17 de novembro e 27 de abril, in *Pareceres*, XVII, págs. 123 e segs., e XIX, págs. 211 e segs., respetivamente; acórdão n.º 321/89 do Tribunal Constitucional, de 29 de março, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 92, de 29 de abril de 1989. No segundo parecer, a Comissão Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade material de um decreto por desrespeito dos princípios cooperativos.

Dever-se-á então admitir que, ao aludirem a princípios cooperativos, aqueles preceitos constitucionais procedem a uma receção – e, mesmo a uma receção formal (se bem que não totalmente similar à da Declaração Universal, prevista no artigo 16.º, n.º 2 da Constituição). Não se tratará de mera remissão ou devolução para a lei: os princípios cooperativos não estão na disponibilidade do legislador, o seu sentido essencial impõe-se-lhe, ele não os poderia afetar ou substituir<sup>12</sup>. Tratar-se-á, sim, de uma normatividade de origem consuetudinária, com uma relevância direta na interpretação e na integração das normas constitucionais.

Recebidos assim pela Constituição, tais princípios vêm, por uma parte, condicionar todos os agentes económicos que pretendam constituir cooperativas e usufruir do seu estatuto<sup>13</sup> e, por outra parte, limitar a margem de decisão do órgão legislativo (a Assembleia da República ou, se autorizado, o Governo).

8. Por decorrência destes princípios e das normas constitucionais transcritas a iniciativa cooperativa exerce-se em três níveis: no da liberdade da formação, no da liberdade de organização e gestão e no da liberdade de agrupamento.

Exerce-se em termos mais amplos do que os relativos à iniciativa privada, uma diferença de tratamento assente no desígnio democrático e de efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais assumido pela Lei Fundamental [artigos 2.º e 9.º, alínea *d*)] e no objetivo de subordinação do poder económico ao poder político democrático [artigo 80.º, alínea *a*)].

Como refere Rui Medeiros, o que caracteriza o setor cooperativo e social, é não já a natureza da propriedade dos meios de produção, mas sim o modo como os meios de produção são organizados e geridos. Nesta perspetiva, ele constitui um domínio privilegiado para, cumprindo o objetivo plasmado no artigo 2.º, assegurar, na organização e na gestão dos meios de produção, a realização da democracia económica e social<sup>14</sup>.

9. A Constituição prescreve que o exercício da iniciativa económica privada deve ter em conta o interesse geral (artigo 61.º, n.º 1, 2.ª parte). Não prescreve o mesmo a propósito da iniciativa cooperativa.

Isso não significa que a cláusula do interesse geral não se imponha às cooperativas, uma vez que estas, conforme sublinha Evaristo Ferreira Mendes, são

<sup>12</sup> Assim, ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Nota sobre o princípio da liberdade económica*, Lisboa, 1986, pág. 20.

<sup>13</sup> Em rigor não está aqui uma restrição, mas sim um requisito de qualificação. A salvaguarda dos princípios cooperativos é um critério *decisivo* de autenticidade da instituição cooperativa (JOAQUIM DA SILVA LOURENÇO, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 380).

<sup>14</sup> *Op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 57.

organizações de interesse particulares. Mas, na harmonização dos seus interesses com o interesse geral, pesará naturalmente a circunstância de não estarmos perante organizações tendentes à maximização do lucro em sacrifício dos seus associados<sup>15</sup>. Donde, maior compressão na regulamentação legislativa<sup>16</sup>.

A intervenção do Estado nas empresas cooperativas não pode traduzir-se numa incoerência na sua auto-organização e autogestão<sup>17</sup>.

10. Direito fundamental, a iniciativa cooperativa é um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da Constituição. Depende, por isso, do seu regime (artigo 17.º)<sup>18</sup>.

Sem irmos agora referir os princípios gerais de direitos fundamentais e os específicos dos direitos, liberdades e garantias, importa tão somente relembrar e salientar os princípios da proporcionalidade da proteção da confiança, da eficácia jurídica e do sentido restritivo das restrições e das limitações.

Por outra parte, embora não seja em si mesmo um princípio geral de direitos fundamentais, deve ter-se em conta, na apreciação do anteprojeto, o princípio da imparcialidade da Administração.

11. O apelo à proporcionalidade surge quando haja dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática (para empregar a terminologia habitual, nem sempre usada nas mesmas aceções)<sup>19</sup>.

O juízo a emitir não se reconduz então a algo de meramente cognoscitivo. Trata-se, sim, de uma funcionalidade teleológica ou axiológica e não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica. E tudo desemboca numa decisão.

Na linha da análise vinda da dogmática alemã, distinguem-se três subprincípios: idoneidade ou adequação, necessidade ou exigibilidade e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.

Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade ou adequação traduz-se na propositura de um meio adequado à sua prossecução.

<sup>15</sup> De resto, para J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*op. cit.*, I, págs. 987 e segs.) não existe uma propriedade social e cooperativa dos meios de produção.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, *loc. cit.*, I, pág. 890.

<sup>17</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, pág. 794.

<sup>18</sup> Sobre o artigo 17.º. v. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, 2020, págs. 282 e segs.

<sup>19</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Cotadas, 2020, págs. 337 e segs.

Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar pelo órgão competente tem de se achar em correspondência com ele.

A necessidade ou exigibilidade do meio significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto* e sem colidirem com a Constituição, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos nuns casos e com mais benefícios noutros – a realização do fim; e, por isso, tal a providência, a decisão que deve ser tomada.

A racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, e não só qualitativos, de tal sorte que ela não fique aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos.

12. São numerosas as normas constitucionais que consagram o princípio da proporcionalidade, e em múltiplos campos: artigos 18.º, n.ºs 2 e 3; 19.º, n.ºs 2, 3 e 4; 28.º, n.º 2; 30.º, n.º 5; 36.º, n.º 6; 50.º, n.º 3; 57.º, n.º 3; 103.º, n.ºs 1 e 3; 104.º; 242.º, n.º 3; 266.º, n.º 2; 267.º, n.º 4; 270.º; 272.º, n.º 2; 282.º, n.º 4.

As mais importantes são as do artigo 18.º, ao estabelecerem que as restrições a direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (n.º 2, 2.ª parte) e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (n.º 3, 3.ª parte<sup>20</sup>).

Citando, de novo, António de Sousa Franco e Guilherme d'Oliveira Martins, as restrições à iniciativa cooperativa apenas podem acautelar os valores do regime jurídico (registo cooperativo) e de clara expressão da vontade dos cooperadores (exigência de forma especial para o contrato associativo de constituição de cooperativas), não podem reduzir a plena liberdade de associação cooperativa na celebração do ato cooperativo e na respetiva estipulação<sup>21</sup>.

13. A segurança é o ambiente do Direito à luz da ideia de justiça. Quando olhada no plano subjetivo, reconduz-se à proteção da confiança, tal como a

<sup>20</sup> Cfr., especialmente, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, cit., págs. 368 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 639 e segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Coimbra, 2012, págs. 263 e segs.; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, anotação in *Constituição Portuguesa anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, 2017, págs. 267 e segs.; VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso*, Coimbra, 2017.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, loc. cit., pág. 199.

jurisprudência e a doutrina constitucionais a têm interpretado<sup>22</sup>. Os cidadãos têm direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares)<sup>23</sup>.

Há muito se abandonou a precompreensão do poder legislativo como poder supremo do Estado e, ao invés, se afirmam (na lição, no fim de contas, de Montesquieu e dos *Founding Fathers* norte-americanos) a limitação recíproca e a interdependência de todos os poderes e órgãos do Estado. Não obstante, não menos certo é que cabe ao órgão legislativo (por princípio, o Parlamento) definir, em primeira linha, o interesse público, fazê-lo com liberdade de agir ou não agir (mesmo se a pré-iniciativa não está reservada aos seus membros) e fazê-lo à luz do entendimento que nele prevaleça.

Esta liberdade de conformação traduz-se em auto-revisibilidade do sistema legislativo (para empregar os termos consagrados na doutrina), bem diferente da sujeição ao princípio de pedido a que estão sujeitos os Tribunais Constitucionais, e fica reforçada, pelo pluralismo e pela alternância democrática. Tudo está em que seja respeitada a Constituição, porque o povo exerce o poder nas formas previstas na Constituição (artigos 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1 e 108.º). Tudo está ainda em que, apesar da instabilidade e da irrequietude legislativas que marcaram o século XX e se têm agravado no século XXI, se preservem os elementos do Direito estruturante da sociedade ou que as suas reformas não sejam bruscas, sob pena de se pôr em risco as bases dessa sociedade; nem que, irrefletidamente, se sucedam as alterações criando incerteza nos destinatários.

Qualquer nova normação deve ser entendida, em teoria, como inspirada no interesse público considerado pelo legislador democraticamente legitimado (repete-se). Não pode, contudo, atingir de forma intolerável os interesses e as legítimas expectativas dos cidadãos e das suas associações assentes em normas constitucionais ou em normas legais delas regulamentadoras ou concretizadoras. É esse o cerne do Estado de Direito enquanto Estado de Direito democrático, aquele em que interagem o princípio da maioria e a garantia dos direitos fundamentais mediatizada pelo controlo da constitucionalidade.

<sup>22</sup> Cfr. *Direitos fundamentais*, cit., págs. 353 e segs. e Autores citados.

<sup>23</sup> V. uma invocação do princípio da proteção da confiança no acórdão n.º 410/95 do Tribunal Constitucional, de 25 de junho, em que se considera inconstitucional a norma do artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 251/89, de 1 de julho, no sentido de não salvaguardar os benefícios fiscais concedidos pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 737-A/74, de 23 de dezembro, aos sócios de cooperativas de habitação.



Justamente, por isso, a Constituição dá ao Tribunal Constitucional, quando a segurança jurídica o exigir, o poder de fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral com alcance mais restrito do que os previstos em abstrato (artigo 282.º, n.º 4)<sup>24</sup>

14. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis – reza a 1.ª parte do artigo 18.º Não são os únicos preceitos nessas condições, bem pelo contrário, pois, em Constituição *normativa*, é postulado geral que as suas normas sejam aplicáveis, ou suscetíveis de ser aplicáveis, diretamente nas situações da vida<sup>25</sup>.

Já se tem observado que aplicáveis diretamente são, em rigor, os *direitos*, e não os *preceitos*. Mas a enorme diferença entre a Constituição de 1976 (tal como a alemã de 1949), por um lado, e a Constituição de 1933 e as anteriores, por outro lado, está em que agora os direitos são imediatamente invocáveis por força das próprias normas constitucionais, sem reserva ou mediação de normas legais.

Nisto consiste aquilo a que pode chamar-se a revolução copernicana do Direito público europeu das últimas décadas, ligada à Constituição alemã de 1949 (artigo 1.º, n.º 3) e, entre nós, à de 1976. Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediação legislativa.

Na expressão bem conhecida de Herbert Krüger, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais<sup>26</sup>. Ou, na fórmula de Louis Favoreau: no Estado legal, a constitucionalidade era uma componente de legalidade; no Estado de Direito, a legalidade é uma componente de constitucionalidade<sup>27</sup>. Ou, mais sinteticamente, segundo Paulo Bonavides: ontem os Códigos, hoje as Constituições<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, pág. 346.

<sup>25</sup> *Direitos fundamentais*, cit., págs. 363 e segs. e Autores citados.

<sup>26</sup> *Grundgesetz und Kartell Gesetzgebung*, Gotinga, 1950, pág. 12, *apud* PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 8.ª ed., São Paulo, 1999, pág. 358.

<sup>27</sup> *Légalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 3, 1997, págs. 73 e segs.

<sup>28</sup> *Curso de Direito Constitucional*, 28.ª ed., São Paulo, 2013, pág. 584.

14. Em correlação com a aplicabilidade imediata dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, a 2.<sup>a</sup> parte do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição estabelece a quem se dirigem.

São destinatárias dessas normas, estão vinculadas aos direitos, liberdades e garantias, antes de mais, as entidades públicas seja qual for a sua natureza e seja qual for a sua forma de atuação, e não apenas o Estado. E são destinatários todos os órgãos do poder, e não apenas um dos poderes do Estado, o poder legislativo.

A vinculação dos órgãos do poder pelas normas constitucionais torna-se patente em dois planos ou momentos:

- a) Em relação a cada norma constitucional e a cada lei ou outro ato do Estado que com esse preceito venha a ser confrontado e que lhe deve ser conforme (artigo 3.º, n.º 2, da Constituição);
- b) Em relação ao conjunto dos preceitos constitucionais e ao conjunto dos atos jurídico-públicos, os quais devem tender a criar condições objetivas capazes de permitir aos cidadãos usufruírem efetivamente dos seus direitos no âmbito do Estado de Direito democrático.

Em qualquer caso e em qualquer circunstância, qualquer ato de poder público deve tomá-las como fundamento e como referencial; e deve tender a conferir-lhes (e aos princípios que lhes subjazem) a máxima eficácia possível.

15. A vinculação do legislador pela Constituição, no domínio dos direitos fundamentais, significa (naturalmente), por um lado, que a regulamentação legislativa deve ser conforme com as correspondentes normas constitucionais e, por outro lado, que as normas constitucionais não exequíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias previstas e, quanto aos direitos económicos, sociais e culturais, logo que reunidas as condições de efetivação.

Quando a Constituição fala no quadro da lei (artigo 61.º, n.º 3) ou nos termos da lei (artigo 60.º, n.º 3)<sup>29</sup>, o legislador não é livre de lhe emprestar qualquer conteúdo; a norma legislativa (acentuamos) tem, na perspetiva global da Constituição, de possuir um sentido que seja conforme com o sentido objetivo da norma constitucional.

Esta vinculação dos órgãos legislativos aos direitos fundamentais não é apenas negativa, não consiste somente em eles não contrariarem o sentido das nor-

<sup>29</sup> Ou mesmo quando parece devolver para a lei toda a regulamentação.

mas constitucionais. É também positiva e não consiste apenas no dever de regulamentar ou concretizar normas constitucionais. Abrange ainda a prescrição de emitir normas ou outras providências de proteção dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma prescrição que se reporta aos direitos, liberdades e garantias e, na sua vertente negativa, igualmente aos direitos económicos, sociais e culturais. Quanto a alguns direitos, ela consta mesmo de preceitos expressos, como os aduzidos a propósito do princípio da proporcionalidade

16. Os direitos, liberdades e garantias referem-se tanto a formas de realização e de defesa das pessoas como a padrões objetivos da ordem jurídica. Não subsistindo, isolados, têm de ser apercebidos também na sua conexão com interesses, princípios e valores ali ínsitos e que sobre eles, verificados determinados pressupostos e balizas, prevalecem. Donde, as restrições enquanto reduções de conteúdo e de âmbito de proteção desses direitos.

O artigo 18.º, n.º 2, liga as restrições à “salvaguarda de outros direitos ou interesse legalmente protegidos”. Deve ser, porém, interpretado no sentido de o segmento respeitante aos direitos se reconduzir a limites de exercício na perspetiva do artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal e de apenas o segmento dos “interesses constitucionalmente protegidos” ter de ser tido em conta.

O que vale para as restrições, vale – até por maioria de razão – para quaisquer normas ou atos – de limitação ou de condicionamento – que atinjam ou que possam colidir com os direitos, liberdades e garantias – como é o direito de iniciativa cooperativa. Donde, em especial:

- Nenhuma dessas normas pode deixar de se fundar na Constituição;
- Elas devem designar expressamente os direitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam;
- O grau de exigência e determinabilidade das leis há de ser tal que se garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e tempestivo dos critérios legais;
- Essas leis não podem atribuir às entidades ou aos órgãos executivos nenhum poder discricionário.

17. Com o princípio da igualdade não se confunde o princípio da imparcialidade da Administração<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. *Direitos fundamentais*, págs. 328 e 329 e Autores citados; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, II, págs. 802 e 803; anotação de MARIA DA GLÓRIA GARCIA e ANTÓNIO CORTÊS, in *Constituição ...*, III, págs. 499 e 500.

A igualdade contende com os destinatários dos atos da Administração, a imparcialidade (artigos 113.º, n.º 3 e 266.º, n.º 2 da Constituição e artigos 9.º e 69.º do Código do Procedimento Administrativo) refere-se aos órgãos e agentes da Administração. A igualdade tem em vista os direitos e interesses particulares afetados, a imparcialidade a prossecução do interesse público. A igualdade admite ou impõe diferenciações de situações desiguais, a imparcialidade é um critério de atuação.

Nas relações entre a Administração e os particulares, o princípio da imparcialidade impõe que, quando estes estejam em concorrência (ou em conflito) atual ou potencial, a Administração não se comprometa com as suas pretensões e que não aprecie as suas qualidades a não ser a partir de elementos objetivos de carácter geral. Significa, pois, abstenção ou independência diante dos interesses privados em presença e desinteresse dos titulares dos órgãos ou agentes da atividade administrativa. Porque prossegue o interesse público, a Administração não apoia, não favorece, não auxilia nenhum interesse particular (assim como não tem de se lhe opor), por razões diversas do bem comum.

## II

18. O regime das Caixas de Crédito Agrícola consta atualmente do Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro.

O Banco de Portugal enviou agora às Caixas de Crédito Agrícola, para consulta, um anteprojecto de regime jurídico das Caixas de Crédito Agrícola, em que se propõe rever a aperfeiçoar esse regime “visando aumentar a resiliência do setor e promover a sua sustentabilidade a médio e a longo prazo, preservando a natureza cooperativa do regime e a sua ligação ao setor primário da economia”.

O anteprojecto desenvolve-se num diploma preambular (quase um anteprojecto de lei de bases) e num texto mais longo, com seis capítulos e numerosas secções e subsecções.

O presente parecer tem por objeto os problemas jurídico-constitucionais (não os económicos, financeiros e fiscais) que um e outro texto suscitam. E vão ser transcritas as disposições que, direta ou indiretamente, os implicam.

19. No diploma preambular:

### **Artigo 3.º**

1. Na data de início de vigência do presente diploma, o Sistema Integrado de Crédito Agrícola Mútuo (doravante designado por “SICAM”) transforma-se num

grupo cooperativo, para efeitos do capítulo III do Regime Jurídico do Setor Cooperativo de Crédito Agrícola, nos seguintes termos:

- a) O SICAM adota a designação “Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo – Grupo Cooperativo” (doravante designado por “SICAM – Grupo Cooperativo”);
- b) A Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo transforma-se num organismo central de grupo cooperativo, com capital social igual ao capital social que detenha à data da entrada em vigor do presente diploma, e os títulos de capital das suas associadas são convertidos em ações nominativas com o valor nominal de cinco euros;
- c) As caixas de crédito agrícola mútuo integradas transformam-se em cooperativas de crédito agrícola que participam no capital social da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, na proporção dos títulos de participação por si detidos.

2. O Banco de Portugal atualiza oficiosamente o registo especial das entidades referidas nas alíneas a) e b) do número anterior e procede ao registo especial oficioso do SICAM – Grupo Cooperativo.

3. Compete às entidades referidas nas alíneas b) e c) do n.º 1 procederem às competentes atualizações dos respetivos estatutos e dos registos junto da Conservatória do Registo Comercial, no referido prazo de seis meses contados da data de entrada em vigor do presente diploma.

#### Artigo 4.º

1. No prazo de um ano a contar da data de entrada em vigor do presente diploma, as caixas de crédito agrícola mútuo não associadas à Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo que pretendam manter a forma de cooperativa promovem as alterações estatutárias e outras que sejam necessárias para assegurar o cumprimento do disposto no regime jurídico aprovado pelo artigo 1.º, devendo optar por uma das seguintes alternativas:

- a) Adesão ao SICAM – Grupo Cooperativo;
- b) Constituição de um ou mais grupos cooperativos;
- c) Adoção de outra forma de organização que lhes permita a mutualização do risco, nos termos do capítulo IV do Regime Jurídico do Setor Cooperativo de Crédito Agrícola.

2. As caixas de crédito agrícola mútuo não integradas e que não pretendam manter a forma de cooperativa promovem as alterações estatutárias e outras que sejam necessárias para a sua transformação em bancos, dentro do prazo previsto no número anterior.

3. As alterações estatutárias estão sujeitas a prévia autorização do Banco de Portugal, nos termos previstos no Código da Atividade Bancária.

4. Caso as caixas de crédito agrícola mútuo não integradas não pretendam realizar qualquer das alterações elencadas nos n.ºs 1 e 2, podem em alternativa, no prazo previsto no n.º 1, solicitar a sua dissolução voluntária, nos termos previstos para as instituições de crédito em geral.

5. Caso as entidades referidas no n.º 1 do presente artigo não concretizem qualquer das atuações referidas nos números anteriores no prazo por estes estabelecido, é vedado às mesmas o exercício da atividade como instituição de crédito, cabendo ao Banco de Portugal propor a revogação da respetiva autorização para o exercício de atividade.

6. Excecionalmente, por motivos atendíveis, o prazo referido no número anterior poderá ser prorrogado pelo Banco de Portugal.

20. No anteprojecto propriamente dito:

### **Artigo 3.º**

1. A constituição das cooperativas de crédito agrícola depende da autorização da autoridade de supervisão competente.

2. Para além do disposto Código da Atividade Bancária em matéria de alterações estatutárias, está sujeita a autorização prévia do Banco de Portugal, nos termos do número anterior, a alteração dos estatutos das cooperativas de crédito agrícola relativamente à sua área de ação.

3. É condição necessária para a emissão de autorização para o exercício da atividade bancária que as cooperativas de crédito agrícola integrem um grupo cooperativo, nos termos previstos no capítulo III, ou integrem outra forma de organização que permita a mutualização dos riscos, nos termos previstos no capítulo IV.

### **Artigo 13.º**

1. As cooperativas de crédito agrícola têm âmbito local, não podendo ser constituídas as que se proponham exercer a sua atividade em área que exceda a do município onde tiverem sede.

2. As cooperativas de crédito agrícola apenas podem exercer a sua atividade em área que exceda a do município onde tiverem sede nos seguintes casos:

- a) Nos municípios limítrofes não existe nenhuma outra cooperativa de crédito agrícola em funcionamento ou nesses mesmos municípios apenas existem cooperativas de crédito agrícola que não integram o mesmo grupo cooperativo;
- b) Se o excesso resultar da fusão de cooperativas de crédito agrícola já existentes.

(...)

### **Artigo 14.º**

Nenhuma cooperativa agrícola se pode constituir com menos de 50 associados, não podendo manter-se em funcionamento com número inferior por período superior a seis meses, sob pena de revogação da autorização, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º do presente diploma.

#### **Artigo 28.º**

1. A verificação de que os membros propostos para os órgãos de administração e fiscalização possuem os requisitos de adequação necessários para o exercício de funções, é efetuada por uma comissão de avaliação composta por três membros independentes.

2. O disposto no número anterior é também aplicável à verificação de adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização que se encontram em exercício de funções, com base em factos supervenientes.

3. Dois dos membros referidos no número anterior são designados pelo órgão de administração, de entre os associados da cooperativa de crédito local, com mérito reconhecido, competências e disponibilidade para o exercício da função e que não sejam titulares de cargo social na cooperativa de crédito agrícola ou que nela exerçam qualquer função.

4. Quando a cooperativa de crédito agrícola esteja integrada num grupo cooperativo, o terceiro membro da comissão de avaliação referida no n.º 1 é designado pelo órgão conselho de administração do organismo central.

#### **Artigo 44.º**

As cooperativas de crédito agrícola são obrigadas a integrar um grupo cooperativo, nos termos do presente capítulo, salvo nos casos previstos no capítulo IV do presente diploma.

#### **Artigo 45.º**

1. O grupo cooperativo é constituído por um organismo central e um mínimo de 3 cooperativas de crédito agrícola, devendo assegurar-se um adequado volume de atividade e dispersão geográfica.

2. As cooperativas de crédito agrícola associadas detêm, indiretamente, a maioria do capital social e dos direitos de voto do organismo central, constituindo para o efeito uma sociedade anónima, cuja atividade principal consiste na gestão da participação social no organismo central.

#### **Artigo 50.º**

O organismo central de um grupo cooperativo é uma instituição de crédito, constituída sob a forma de sociedade anónima.

#### **Artigo 51.º**

1. O organismo central tem por objeto:
  - a) Orientar e fiscalizar a atividade das cooperativas de crédito agrícola associadas, por intervir para corrigir deficiências que detete no exercício da atividades destas últimas e por aplicar outras medidas e sanções, nos termos previstos no presente diploma;
  - b) Representar as cooperativas de crédito agrícola associadas junto dos serviços do Banco de Portugal, de sistemas de registo, compensação e liquidação de valores mobiliários da Interbolsa e de outros organismos ou entidades para as quais tal representação seja solicitada pelas cooperativas de crédito agrícola associadas e aceite pelo organismo central, sem prejuízo das informações que possam vir a ser prestadas diretamente ao Banco de Portugal pelas cooperativas de crédito agrícola, bem como da responsabilidade das mesmas pelo conteúdo da informação prestada pelo organismo central;
  - c) Representar o grupo cooperativo perante terceiros, nomeadamente perante autoridades públicas;
  - d) Assegurar o cumprimento das regras de solvabilidade e liquidez do grupo cooperativo respetivo e das cooperativas de crédito agrícola associadas;
  - e) A concessão de crédito e a prática dos demais atos inerentes à atividade bancária, nos mesmos termos autorizados aos bancos, devendo no entanto o organismo central abster-se de concorrer com as cooperativas de crédito agrícola que, direta ou indiretamente, detenham participações no seu capital;
  - f) A concessão de crédito às cooperativas de crédito agrícola associadas;
  - g) A concessão de crédito aos membros dos órgãos de administração e fiscalização de cooperativas de crédito agrícola associadas, quando as operações sejam abrangidas pelo disposto no artigo 86.º do Código da Atividade Bancária, ou quando esteja em causa o financiamento de atividades referidas no n.º 1 do art.º 15.º do presente diploma;
  - h) Prestar apoio técnico às cooperativas de crédito agrícola que integram o respetivo grupo cooperativo.

2. O organismo central pode estabelecer um fundo de assistência em caso de desequilíbrio financeiro, que deve dispor das condições necessárias para promover que as cooperativas de crédito agrícola em situação de desequilíbrio financeiro recuperem esse equilíbrio, tornando-se novamente viáveis do ponto de vista económico e financeiro.

### **Artigo 57.º**

1. Sem prejuízo das atribuições e competências de quaisquer autoridades públicas, compete ao organismo central, no exercício das funções de orientação



das cooperativas de crédito agrícola integradas no respetivo grupo cooperativo, definir orientações relativamente ao seguinte:

- a) Cumprimento das regras relativas à solvabilidade e liquidez das cooperativas de crédito agrícola integradas no respetivo grupo cooperativo, estabelecendo os princípios, termos e condições aplicáveis ao investimento, à gestão de tesouraria, à realização de operações com outras instituições de crédito ou empresas de investimento, bem como à realização de operações de titularização e emissão de instrumentos financeiros;
- b) Objetivos estratégicos para a atividade das cooperativas de crédito agrícola;
- c) Políticas de constituição de reservas e políticas de distribuição do excedente financeiro pelos participantes das cooperativas de crédito agrícola;
- d) Políticas comerciais e de concessão de crédito, incluindo a prestação de garantias;
- e) Governo e organização internas das cooperativas de crédito agrícola que integram o grupo cooperativo, nomeadamente quanto às funções de controlo e à organização do sistema de gestão de riscos e de controlo interno;
- f) Admissão, remuneração, formação e qualificação dos colaboradores, incluindo a política de seleção e avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais;
- g) Estruturas de seleção e avaliação de adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais que assegurem adequados níveis de independência e de harmonização de aplicação de requisitos de adequação no âmbito do grupo cooperativo;
- h) Processos eleitorais internos;
- i) Políticas e práticas remuneratórias;
- j) Relacionamento com clientes de retalho;
- k) Criação de novos estabelecimentos e funcionamento e segurança dos mesmos;
- l) Gestão de riscos;
- m) Planos de viabilidade e planos de saneamento;
- n) Planos de desinvestimento em ativos não produtivos;
- o) Necessidade de assegurar o cumprimento dos deveres em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

(...)

### **Artigo 58.º**

1. Sem prejuízo das atribuições e competências de quaisquer autoridades públicas, compete ao organismo central acompanhar e fiscalizar a atividade das cooperativas de crédito agrícola associadas relativamente ao cumprimento das regras e orientações a que se encontram sujeitas.

2. O organismo central verifica se os estatutos das cooperativas de crédito agrícola cumprem os requisitos legais e as orientações do organismo central.

(...)

#### **Artigo 59.º**

1. (...)

a) O organismo central pode requerer à cooperativa de crédito agrícola que sane as irregularidades identificadas, quando detetar incumprimento das suas orientações ou de normas aplicáveis, definindo um prazo para que a cooperativa de crédito agrícola apresente e implemente um plano de ação para corrigir as irregularidades em causa.

#### **Artigo 62.º**

1. Os estatutos do organismo central podem prever a aplicação de sanções de natureza pecuniária e a suspensão temporária de direitos em caso de incumprimento pelas cooperativas de crédito agrícola associadas das regras e orientações emanadas pelo organismo central em conformidade como disposto no presente diploma.

2. A aplicação das sanções referidas no número anterior é da competência do órgão de administração do organismo central ou, quando aplicável, do conselho geral e de supervisão, cabendo recurso para a assembleia geral, com efeito meramente devolutivo.

#### **Artigo 70.º**

1. Aquando da aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar a conversão das cooperativas de crédito agrícola em sociedades anónimas, sendo dessa forma convertidos os títulos de participação e os títulos de investimento existentes em ações com o valor nominal dos títulos em causa, atualizando em conformidade o seu registo especial e notificando dessa decisão a conservatória do registo comercial, para que seja atualizado o registo público.

2. Caso seja feita a determinação prevista no número anterior, o Banco de Portugal procede à alteração dos estatutos da cooperativa de crédito agrícola em causa, em conformidade com a referida determinação.

#### **Artigo 71.º**

Aquando da aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar a fusão de cooperativas de crédito agrícola que integrem um grupo cooperativo entre si ou com o organismo central, sem intervenção das respetivas assembleias gerais.

21. Outras disposições que, eventualmente, ainda poderiam levantar dúvidas:

- Artigo 4.º (Instrução do pedido);
- Artigo 5.º (Decisão);
- Artigo 6.º (Recusa de autorização);
- Artigo 10.º (Natureza);
- Artigo 22.º (Conteúdo obrigatório dos estatutos);
- Artigo 58.º (Delegado do organismo central);
- Artigo 63.º, n.ºs 1 a 5 (Alienação total de participações no organismo central);
- Artigo 64.º (Exoneração do grupo cooperativo);
- Artigo 66.º (Forma alternativa de mutualização do risco);
- Artigo 69.º (Estabelecimento de participações cruzadas).

### III

22. Passando agora à apreciação da constitucionalidade das normas atrás transcritas.

A constituição de cooperativas de crédito agrícola, assim como a alteração dos seus estatutos, dependem de *autorização* da autoridade de supervisão – artigo 3.º, n.º 1.

Elas têm âmbito local, não podendo ser constituídas as que se proponham exercer a sua atividade em área que exceda a do município onde tenham sede, salvo em dois casos – artigo 13.º, n.º 1<sup>31</sup>.

Eis flagrantes violações da regra constitucional da livre constituição de cooperativas (artigo 61.º, n.º 2) e uma violação ainda do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso.

É o conteúdo essencial do direito de liberdade cooperativa que se atinge, o direito dos agentes económicos interessados de criarem cooperativas em certo domínio e de escolherem a circunscrição territorial do seu exercício; o sentido da iniciativa cooperativa como expressão da sociedade civil.

Não se nega que aqui possam ser emanadas regras legislativas, tendo em conta as implicações financeiras do crédito agrícola. Porém, não ao ponto de se esvaziar a utilidade prática da liberdade.

<sup>31</sup> Mas normas análogas encontram-se nos artigos 4.º e 12.º do Decreto-Lei n.º 24/91.

Se as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial de tais direitos (artigo 18.º, n.º 3, 3.ª parte da Constituição), por maioria de razão não os podem diminuir as leis que se pretendam meramente regulamentadoras<sup>32</sup>.

23. A verificação de que os membros propostos para os órgãos de administração e fiscalização possuem os requisitos necessários para o exercício das funções é efetuada por uma comissão de avaliação composta por três membros independentes – artigo 28.º.

Trata-se de outro preceito de infração da liberdade das cooperativas e de menor apreço, à partida, da correção dos membros dos seus órgãos.

24. As cooperativas de crédito agrícola são obrigadas a integrar um grupo cooperativo – artigo 44.º.

Pelo contrário, para a Constituição (artigo 61.º, n.º 3), as cooperativas *podem* integrar-se em uniões, federações ou confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. *Podem*, não devem.

Outra vez, o anteprojecto a infringir a liberdade cooperativa.

25. Aquando da aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar a fusão de cooperativas de crédito agrícola que integrem um grupo cooperativo entre si ou com o organismo central, *sem intervenção das respetivas assembleias gerais* – artigo 71.º.

Ignora-se o princípio da gestão democrática (2.º dos princípios cooperativos) e, de certo modo, o princípio constitucional da proteção da confiança.

Decide-se o destino das cooperativas à margem dos respetivos membros e sem se atender às suas perspectivas e expectativas de futuro. Não se vê por que, para o efeito, nem sequer se aguarda a realização das suas assembleias gerais.

26. No prazo de um ano as caixas de crédito agrícola mútuo não associadas à Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo que pretendam manter a forma de cooperativa promovem as alterações necessárias para cumprimento do novo regime jurídico, devendo optar por uma das seguintes alternativas: adesão ao sistema integrado de crédito agrícola mútuo; constituição de um ou mais grupos cooperativos; adoção de outra forma de organização que lhes permita a mutualização do risco – artigo 4.º, n.º 1.

<sup>32</sup> Cfr. *Direitos fundamentais*, págs. 390 e segs., e Autores citados. Tem-se enfatizado, aliás, que o respeito do conteúdo essencial é um *mais* em face do princípio da proporcionalidade: J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, págs. 395 e segs.; JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, anotação in *Constituição ...*, I, cit., págs. 291 e segs.

No mesmo prazo, quando não pretendam manter a forma cooperativa, promovem as alterações necessárias para a sua transformação em bancos – artigo 4.º, n.º 2.

Estas alterações estão sujeitas a prévia autorização do Banco de Portugal – artigo 4.º, n.º 3.

Ou então elas podem solicitar a sua dissolução ou o Banco de Portugal pode propor a revogação da autorização para o exercício de atividade – artigo 4.º, n.ºs 4 e 5.

Ora, quer a integração no sistema integrado de crédito agrícola mútuo, quer a prescrição dos possíveis (não exaustivos) modelos alternativos, quer a intervenção dominante do Banco de Portugal coarctam tanto a liberdade interna, a liberdade de constituição e organização, como a liberdade externa, a livre decisão de cada cooperativa se integrar ou associar com outra ou outras organizações de grau superior – uniões, federações e confederações (artigo 61.º, n.º 3, 2.ª parte, da Constituição).

Assim como desrespeitam os princípios cooperativos da adesão livre, da gestão democrática e da colaboração, alvo de receção formal pela Constituição, conforme atrás se disse<sup>33</sup>.

27. O organismo central, estatui o artigo 51.º, tem por objeto, além de outras funções, *orientar* e fiscalizar a atividade das cooperativas de crédito agrícola associadas e representá-las junto dos serviços do Banco de Portugal e perante autoridades públicas e terceiros.

Dar orientações é muito mais que a fiscalização prevista no artigo 58.º.

As orientações, acrescenta o artigo 57.º, versam sobre o cumprimento das regras relativas à solvabilidade e liquidez das cooperativas integradas no respetivo grupo cooperativo, aos seus *objetivos estratégicos, ao seu governo e à sua organização interna, aos seus colaboradores*. Ao invés, o artigo 75.º do Decreto-Lei n.º 24/91 confina os poderes de orientação ao domínio financeiro.

É um anteprojecto de diploma francamente centralizador e desproporcionado em relação aos fins de uma legítima intervenção que agora se tende a instituir. Centralizador, porquanto toda a vida própria de cada cooperativa fica sujeita às injunções de um organismo superior. Desproporcionado, porquanto

<sup>33</sup> V. o artigo 2.º, n.º 1 do Código Cooperativo: “As cooperativas são pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entajada dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles.”.

O artigo 3.º cita esses princípios.

não se divisa que fins justifiquem a preponderância em concreto dessas intervenções em toda a sua amplitude.

Infringem-se princípios constitucionais explícitos e o princípio cooperativo da gestão democrática.

Compreendem-se a aceitam-se orientações de caráter financeiro em face da relevância, maior ou menor, que o crédito agrícola adquira no contexto geral do sistema de crédito. Porém, não se compreendem orientações na vida interna das cooperativas, na sua organização e no seu funcionamento e nos fins que queiram almejar a médio e a longo prazo.

Muito diversamente, o regime vigente do Decreto-Lei n.º 24/91 só admite, afora a fiscalização, intervenções do Banco de Portugal em situação de desequilíbrio que, pela sua extensão e continuidade, possa afetar o funcionamento da caixa, quando a sua solvabilidade se mostre ameaçada ou quando se verificarem irregularidades graves (artigo 77.º, n.º 2).

28. O organismo central de um grupo cooperativo de crédito agrícola é uma instituição de crédito constituída sob a forma de sociedade anónima – artigo 50.º do anteprojeto; e com um montante mínimo de capital social – artigo 52.º.

As cooperativas de crédito associadas detêm, indiretamente, *a maioria do capital social e dos direitos de voto* do organismo central, constituindo, para o efeito, sociedades anónimas cuja atividade principal consiste na gestão da participação social no organismo central – artigo 45.º, n.º 2.

Ao invés, o artigo 50.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 24/91 define a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo como entidade sob a forma de cooperativa de responsabilidade limitada.

Com estes e outros preceitos (que, para efeito deste parecer, não importa analisar), verifica-se como que uma diluição do setor cooperativo de crédito agrícola no setor privado. A lógica da sociedade anónima<sup>34</sup>, como a de qualquer sociedade comercial, envolve sempre, mediatamente ou não, a lógica do lucro, ao passo que os princípios cooperativos (3.º) ordenam o lucro limitado ao capital.

Retrai-se, por conseguinte, a divisão constitucional dos setores de produção (artigo 82.º) e afeta-se, de certo modo, o princípio da gestão democrática.

29. No entanto, algo contraditoriamente, esta sociedade anónima que é o organismo central goza de poderes de autoridade, como os de verificar se as

<sup>34</sup> Cfr. artigos 271.º e segs. do Código Comercial.

cooperativas de crédito agrícola associadas cumprem as regras e as orientações a que se encontram sujeitas (artigo 58.º, n.º 1); de lhes impor as correções de deficiências (artigo 59.º, n.º 1) e lhes aplicar sanções (artigo 62.º, n.º 1). E, por aqui, situa-se já no campo do Direito público.

Ou seja: estamos diante de um organismo dito cooperativo e diante de uma entidade que acaba por se reconduzir à Administração Pública. Como é que uma entidade sob a forma de sociedade anónima pode dispor de poderes de autoridade? Ou como é que uma entidade pública pode zelar por interesses particulares?

Este caráter bifronte redundava em violação do princípio constitucional da imparcialidade da Administração (artigo 266.º, n.º 2).

30. Finalmente, aquando de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar a conversão das cooperativas de crédito em sociedades anónimas – artigo 70.º do anteprojecto.

Com isso vulnera-se não só a própria razão de ser do setor cooperativo como, no limite, se degrada a proteção da confiança das cooperativas na sua autonomia.

31. Acresce a limitação a um ano para a realização ou a concretização de qualquer das vicissitudes.

Parece óbvio que se trata de um prazo manifestamente curto, sob todos os aspetos, para que cada cooperativa possa escolher a via que queira seguir e para que, democraticamente, possa deliberar na sua assembleia geral. É uma restrição que não cabe em nenhum dos fundamentos apontados pelo artigo 18, n.ºs 2 e 3 da Constituição. Logo, outra preterição do princípio da proporcionalidade

## Resumo e conclusões

Resumindo e concluindo:

1.º) A todos é reconhecido, diz a Constituição, o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos (artigo 61.º, n.º 2) e estes são, assim, objeto de uma verdadeira receção formal.

2.º) As cooperativas desenvolvem livremente as suas atividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas (artigo 61.º, n.º 3).

3.º) Há uma tríplice liberdade: a de constituir cooperativas, a de atividade das cooperativas e a de agrupamento em sucessivos graus.

4.º) Esta liberdade é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I da Constituição.

5.º) O Estado estimula e apoia a criação e a atividade das cooperativas (artigo 85.º, n.º 1) e elas constituem com outros organismos da sociedade civil um dos três setores de meios de produção – o setor cooperativo e social, distinto do setor público e do setor privado (artigo 82.º).

6.º) Como direito com a natureza de direitos, liberdades e garantias, sobre as liberdade cooperativa incidem os princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança, da eficácia jurídica e do sentido restritivo das restrições (artigo 18.º).

7.º) Com eles conexo, o princípio da imparcialidade da Administração (artigo 266.º, n.º 2) não pode estar ausente da legislação aplicável.

8.º) Segundo o anteprojeto de regime jurídico do setor cooperativo de crédito agrícola agora objeto de consulta (destinado a substituir o regime vigente, constante do Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro), a constituição de cooperativas de crédito agrícola depende de autorização da autoridade de supervisão competente (artigos 3.º e segs. e 22.º).

9.º) A verificação dos requisitos de adequação dos membros dos seus órgãos é feita por uma comissão de avaliação.

10.º) Estas regras infringem as normas constitucionais de liberdade cooperativa e o princípio da proporcionalidade.

11.º) As cooperativas de crédito agrícola *são obrigadas* a integrar um grupo cooperativo (artigo 44.º), ao passo que, segundo a Constituição, *podem integrar-se* em uniões, federações e confederações e outros organismos legalmente constituídos.

12.º) Aquando da aplicação de uma medida de resolução, o Banco de Portugal pode determinar a fusão de cooperativas de crédito agrícola que integram um grupo cooperativo entre si ou como organismo central, *sem intervenção das respetivas assembleias gerais* (artigo 71.º), ignorando-se o princípio da gestão democrática das cooperativas, princípio formalmente constitucional.

13.º) Também o princípio da gestão democrática é infringido ou posto em causa pela incorporação necessária das cooperativas no sistema integrado de crédito agrícola mútuo, salvo se promoverem as alterações estatutárias para optar por uma de três alternativas (artigos 3.º e 4.º do diploma preambular e artigo 44.º do anteprojeto propriamente dito).

14.º) O prazo de um ano para as cooperativas optarem por qualquer dessas alternativas ou pela sua transformação em banco, por ser demasiado curto, envolve uma restrição à sua liberdade não consentida pelo artigo 18, n.ºs 2 e 3 da Constituição.



15.º) O organismo central, além de outras funções, orienta e fiscaliza a atividade das cooperativas de crédito agrícola e as suas orientações abrangem, inclusive, os objetivos estratégicos, o governo, a organização interna e os colaboradores dessas cooperativas (artigos 51.º e segs.).

16.º) Eis uma visão fortemente centralizada, que envolve violação dos princípios da proporcionalidade e do sentido restritivo das restrições a direitos, liberdades e garantias.

17.º) Este organismo central teria a forma de sociedade anónima (artigo 50.º), com a consequente lógica do lucro – bem ao contrário do 5.º princípio cooperativo.

18.º) No entanto, algo contraditoriamente, ele goza de poderes de autoridade, entre os quais poderes de orientação (artigo 58.º, n.º 2), de correção de deficiências (artigo 59.º, n.º 1) e de aplicação de sanções (artigo 62.º, n.º 1), o que o situa no campo da Administração Pública.

19.º) Donde, um caráter bifronte – organismo cooperativo e entidade pública – que redundava em violação do princípio da imparcialidade da Administração.

20.º) Finalmente, a confusão de setores de meios de produção patenteia-se em, aquando de uma medida de resolução, o Banco de Portugal poder determinar a conversão das cooperativas em sociedades anónimas (artigo 70.º).

Tal é, salvo melhor, o meu parecer.

Lisboa, 3 de dezembro de 2020



## ATUALIDADE



## Uma breve reflexão sobre a eutanásia

RÚBEN RAMIÃO\*

No seu sentido mais preciso, “eutanásia” significa a morte “boa”, misericordiosa ou compassiva<sup>1</sup>. Distingue-se do suicídio assistido, uma vez que este apenas implica um auxílio material a um ato que é executado pelo próprio suicida. A eutanásia envolve a prática intencional de um ato por um terceiro que causa diretamente a morte a uma pessoa, normalmente através da administração de uma injeção letal. No caso do suicídio assistido, o terceiro apenas fornece os meios, por exemplo, uma substância química letal que o próprio suicida toma.

\* Doutor em Direito. Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Lx Ltg (*Lisboa Legal Theory Group*). [rubenramiao@sapo.pt](mailto:rubenramiao@sapo.pt)

<sup>1</sup> Na verdade, como explica Martinho Soares (“Eutanásia e Suicídio na Cultura Clássica Greco-Romana”, *Humanística e Teologia*. 38:1 (2017), pág. 24), não existe nas línguas latina e grega clássica nenhuma palavra que possa ser traduzida por “suicídio” ou “eutanásia”. O termo “eutanásia” teve origem no período helenístico, significando simplesmente a “boa morte”, ou seja, uma morte feliz, fácil, com ausência de dor e com perfeição moral, isto é, uma morte com nobreza. A palavra “*euthanasia*” é composta pelo prefixo “eu”, que significa “bom” ou “boa”, e “*thanatos*”, que significa “morte”. Ora, na mitologia grega, *Thanatos* é o génio masculino alado que personifica a morte, era o deus da morte, ao passo que *Hypnos* era a personificação do sono, o deus do sono, irmão gémeo de *Thanatos*. Ambos são filhos de *Nyx*, a deusa da noite. (PIERRE GRIMAL, *Dicionário da Mitologia Grega e Romana*, 5.ª Edição, Difel, Lisboa, 2009). Por sua vez, a palavra suicídio provém do Latim, surgindo nas línguas europeias por volta do século XVII, sendo desconhecida dos romanos.

O sentido que é atribuído à eutanásia, como o ato de provocar a morte a alguém para a libertar de uma doença incurável e extremamente dolorosa, debilitadora e irreversível, tem uma origem recente (finais do século XX), dado que os gregos e os romanos não possuíam nenhuma frase ou palavra específica para a morte medicamente assistida, nem nunca a eutanásia fora discutida na antiguidade com este significado. (MARTINHO SOARES, “Eutanásia e Suicídio na Cultura Clássica Greco-Romana”, *Humanística e Teologia*. 38:1 (2017), pág. 24).

*O Direito* 153.º (2021), I, 181-191

Na maior parte dos sistemas jurídicos, o suicídio assistido e a eutanásia são contrários à lei, sendo puníveis por força do direito criminal desses mesmos sistemas jurídicos. No Direito português, essa punição resulta dos artigos 133.º, 134.º/n.º 1 e 135.º/n.º 1 do Código Penal. O artigo 133.º pune a chamada eutanásia involuntária (“Quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos”); o artigo 134.º/n.º 1 pune a chamada eutanásia voluntária, ativa ou passiva (“Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos”); por fim, o artigo 135.º/n.º 1 pune o suicídio assistido (“Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até três anos, se o suicídio vier efetivamente a ser tentado ou a consumir-se”).

A rejeição, tanto da eutanásia, como do suicídio assistido, mais do que um reflexo jurídico do valor da vida humana e da exigência da sua proteção, resulta culturalmente da influência religiosa, em especial da fé cristã e muçulmana. A ideia é simples. Deus criou o Mundo e com ele todas as criaturas vivas, logo Deus é o supremo criador de toda a vida. A vida não existe ou surgiu por si própria, ela foi dada por este Ser supremo. Logo, a vida, em especial, a vida humana, é uma dádiva, algo que foi dado por uma entidade de natureza divina, isto é superior. Se a vida termina com a morte, e se a vida foi dada, então, a morte, tal como a vida, também é uma dádiva, ou seja, também é fruto da ação de Deus. Assim sendo, não cabe ao Homem dispor da sua própria vida. É o supremo criador que dá a vida e é ele e só ele quem a pode tirar. Matar alguém ou cometer suicídio é, pois, um pecado, uma violação dos comandos de Deus, retirados da interpretação da sua vontade que está suposta no pensamento do Homem que entende a vida humana, precisamente, como sendo uma dádiva. Assim, cabe ao Homem preservar a sua vida e a dos outros. Contribuir para a morte de alguém é, segundo esta tradição religiosa, querer fazer o “papel” de Deus, ou seja, querer sobrepor-se ao divino.

Para além da visão religiosa, também as concepções morais e éticas conduzem muitas das vezes à rejeição da eutanásia (bem como do suicídio assistido). Alguns afirmam que matar alguém, mesmo que seja uma pessoa numa situação de sofrimento atroz e por pedido expresso desta, é simplesmente errado, é moralmente inaceitável, eticamente reprovável (principalmente se o ato for executado por um profissional de saúde, uma vez que este tem o dever deontológico de proteger a vida).

A Assembleia da República prepara-se para discutir e votar a possibilidade de a eutanásia ser praticada em certas condições. Independentemente de

existirem diferentes projetos (apresentados por vários grupos parlamentares), o aspeto central é saber se se deve ou não permitir a eutanásia para as situações em que uma pessoa se encontra num sofrimento muito grande em virtude de uma doença incurável e que conduzirá inevitavelmente à sua morte, manifestando essa mesma pessoa de forma livre e totalmente esclarecida a vontade de morrer como forma de evitar esse mesmo sofrimento. Ou seja, deve ou não ser concedido a qualquer cidadão o direito a uma morte “boa”, por compaixão pelo seu sofrimento ou por clemência. A questão controversa consiste em saber se esta possibilidade é ou não desconforme com a nossa Constituição. É pois um problema constitucional, um problema de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são fundamentais porque consistem nos direitos mais elementares do nosso sistema jurídico, eles formam a base axiológica da nossa Constituição. A sua força normativa resulta do facto de os direitos fundamentais estarem acima de quaisquer concepções ideológicas, religiosas, éticas ou morais. Quer dizer, os direitos fundamentais podem ser o reflexo de certos traços culturais da nossa sociedade, mas a sua constitucionalização transporta-os para a dimensão jusfundamental. Um direito fundamental é fundamental porque se eleva perante as próprias concepções que dele possa ter a sociedade enquanto expressão cultural. Por exemplo, a sociedade portuguesa não é laica, é predominantemente influenciada pela fé cristã. Esta influência religiosa certamente contribuiu para a ideia de que a vida humana é inviolável, princípio esse plasmado na Constituição portuguesa (artigo 24.º/n.º 1). Nenhum sistema jurídico, em particular, nenhuma Constituição é neutra em termos axiológicos. Ela é sempre um produto da concepção dominante que se exprime através do exercício do poder constituinte. Porém, a natureza jurídico-constitucional de um tal direito à vida, ou de um outro direito qualquer, só assume o sentido ou significado de direito fundamental quando o sistema desses mesmos direitos, isto é, a carta de direitos fundamentais prevista na Constituição, se funde na liberdade individual, expressão de uma certa ideia de dignidade da pessoa humana que, na verdade, a preenche e lhe atribui significado.

Quer dizer, poderemos afirmar que os direitos dos cidadãos previstos na sua Constituição formam o catálogo de direitos primordiais porque constituem o sistema primário de direitos em sentido jurídico, aqueles direitos que sustentam e fundamentam todos os restantes direitos infraconstitucionais. Todavia, um sistema de direitos constitucionais só pode ser qualificado como um catálogo de direitos fundamentais se se basear na liberdade pessoal. Para o Estado, os direitos fundamentais consistem em imposições e proibições. Para os cidadãos, constituem liberdades fundamentais. Ou seja, quando pensamos em direitos fundamentais não pensamos somente em direitos previstos numa Constituição. Pensamos sim, em direitos previstos numa Constituição de um Estado de

Direito democrático. E, um Estado de Direito democrático assenta no reconhecimento da liberdade pessoal dos seus cidadãos, daí os direitos fundamentais serem entendidos como liberdades fundamentais.

Imaginemos que era proibido publicar fotos no *facebook* porque temos direito à reserva da nossa vida privada (artigo 26.º/n.º 1 da CRP). Imaginemos que do artigo 27.º/n.º 1 da CRP decorria a proibição de praticar desportos radicais ou de combate, uma vez que todos temos o direito à segurança e os desportos radicais e de combate são perigosos. Imaginemos que o Estado nos obrigava a fazer viagens pelo nosso País porque temos o direito de deslocação (artigo 44.º/n.º 1 da CRP). Imaginemos agora que era obrigatório reunirmo-nos com várias pessoas numa esquina todos os dias simplesmente para garantir o direito de reunião (artigo 45.º/n.º 1 da CRP). Nada disto faria sentido. Até poderíamos considerar que a Constituição portuguesa, ao estabelecer tais regras, teria um catálogo de direitos constitucionais, direitos superiores por estarem previstos na Constituição. Mas nunca seriam direitos fundamentais. E não o seriam porque tais regras, apesar de protegerem certos valores, como a reserva da vida privada, a segurança, a possibilidade de deslocação, ou a reunião pacífica dos cidadãos, não o fariam enquanto liberdades pessoais. É que, num Estado de Direito democrático, a natureza jusfundamental material de um direito constitucional consiste no reconhecimento de que esse mesmo direito faz parte da esfera pessoal de cada sujeito, isto é, só há direito fundamental, verdadeiramente, quando se reconhece o sujeito titular desse mesmo direito como o “dono”, como o “senhor” desse mesmo direito, como a única pessoa que pode decidir a forma como esse mesmo direito virá a ser exercido. Dito de outra forma, apesar de a Constituição ser da sociedade, um direito fundamental não é um direito da sociedade, é um direito do indivíduo.

Sendo um direito do indivíduo, o indivíduo pode usar esse mesmo direito contra o Estado, contra a própria sociedade. É por isso que um direito fundamental é tido como um trunfo contra a maioria. Não é um direito da sociedade (ou do Estado) contra o indivíduo. É um direito do indivíduo contra a sociedade (ou contra o Estado). Para ser um direito contra a sociedade (ou contra o Estado), o direito fundamental não pode ficar à disposição da sociedade (ou do Estado), isto é, não pode ser interpretado e aplicado segundo os critérios arbitrários da sociedade (ou do Estado). O direito fundamental é fundamental porque é interpretado e aplicado segundo os critérios do seu próprio titular.

Ao Estado cumpre defender e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos [artigo 9.º/alínea b) da CRP]. Essa tarefa fundamental implica que o Estado não permita que o exercício dos direitos fundamentais seja absoluto ou abusivo, quer dizer, que a liberdade do indivíduo não afete a liberdade dos restantes indivíduos. Simplificando, os direitos fundamentais colidem quando



o exercício de um direito impede a realização de outro direito. Ao Estado compete garantir que a realização de um direito confluente seja legítima, e só o será se existir uma justificação racional para essa mesma realização. Ou seja, só é legítimo restringir um direito fundamental se tivermos uma razão para tal. Assim sendo, o discurso dos direitos fundamentais obedece a uma justificação racional dos mesmos. Esta justificação racional traduz-se no facto de um direito fundamental, por ser na sua essência uma liberdade fundamental e por isso constituir um direito individual, só poder ser restringido com base num argumento racional. Explicando melhor: uma vez que os direitos fundamentais, em Estado de Direito democrático, são liberdades fundamentais do indivíduo, e como tal constituem direitos contra a sociedade e contra o Estado, eles estão acima das concepções da própria sociedade (concepções religiosas, morais, éticas, culturais, etc.), logo para que a sociedade (o Estado) possa restringir esses mesmos direitos, isto é, para que a sociedade (o Estado) possa afetar esses direitos, terá de recorrer a uma razão que se eleve também ela perante tais concepções da própria sociedade (concepções religiosas, morais, éticas, culturais, etc.). A única razão que pode ser utilizada pela sociedade (pelo Estado) para afetar uma liberdade fundamental consiste em ser necessário fazê-lo. Em Estado de Direito democrático, só é possível restringir um direito fundamental se for indispensável fazê-lo. E só pode ser indispensável fazê-lo se for necessário para proteger outro direito ou liberdade fundamental. Quer isto dizer que os direitos fundamentais só podem ser restringidos para garantir outros direitos fundamentais (artigo 18.º/n.º2 da CRP).

O Estado de Direito democrático usa o princípio da proporcionalidade como instrumento de medição da justificação racional dessas mesmas restrições. Isso significa que uma restrição a um direito fundamental só será válida se for necessária, adequada e equilibrada (ou seja, se não for excessiva). Sujeitar a argumentação jurídica em torno das restrições aos direitos fundamentais ao princípio da proporcionalidade garante um discurso em torno dos direitos fundamentais estritamente racional, baseado na relação meio/fim, desprovido de contaminações religiosas, morais, éticas ou culturais. Isto significa que a sociedade não pode afetar direitos fundamentais sem ter uma justificação do tipo meio/fim, sem demonstrar que essa afetação é essencial para garantir outros direitos fundamentais. A justificação racional dos direitos fundamentais constitui uma garantia da maximização dos mesmos, erige uma barreira contra as possíveis manipulações dos direitos fundamentais por parte da sociedade, estabelece os direitos fundamentais como direitos do indivíduo e não como direitos da sociedade.

Assim sendo, sempre que temos um problema de direitos fundamentais, em que nos questionamos se é admissível restringir ou não um determinado direito, se se deve permitir esta ou aquela conduta, teremos de nos perguntar o

seguinte: qual o malefício desta conduta para a sociedade? Estará em perigo a realização de outro direito fundamental? Esta conduta viola algum direito fundamental? Será essencial impedir esta conduta para proteger aquele outro direito fundamental? Estas são as perguntas legítimas em Estado de Direito democrático. Não interessa saber se uma conduta viola um comando divino, se é moralmente correta ou não, se põe em causa algum princípio ético. Estas perguntas são típicas de outro tipo de Estado. No caso da eutanásia (nos precisos termos em que irá ser discutida), deveremos perguntar: em que medida a possibilidade de alguém morrer a pedido para evitar um sofrimento insuportável põe em causa ou afeta um direito fundamental?

O primeiro argumento que é normalmente invocado para rejeitar a constitucionalidade da eutanásia encontra apoio na letra do artigo 24.º/n.º 1 da Constituição, cujo enunciado diz: “A vida humana é inviolável”. Ora, o termo “violação” aponta para um ato de desrespeito por algo (por exemplo, algo sagrado), por um direito de alguém, por uma liberdade. A “violação”, em sentido usual do termo, ocorre quando um determinado ato é praticado sem consentimento de alguém. Se um homem praticar atos sexuais com uma mulher sem o seu consentimento, estará a violá-la; se uma pessoa decidir entrar no quintal do seu vizinho sem o seu consentimento, estará a violar o espaço do seu vizinho. Não há violação se o sexo for consentido nem se o nosso vizinho nos convidar a beber um *whisky* no seu quintal. Aqueles que se apressam a invocar a letra do artigo 24.º/n.º 1 da Constituição, por esta dizer que a vida humana é inviolável, agarrando-se à palavra “inviolável”, esquecem que este termo tem como significado mais usual, precisamente, algo que é feito contra a vontade de alguém. A “inviolabilidade” da vida humana, para efeitos constitucionais, não significa que em nenhuma circunstância se possa terminar uma vida humana, bastando pensar na admissibilidade do aborto em certas circunstâncias (como proteção da própria vida da mãe), ou nos casos em que é admissível matar alguém em legítima defesa. A “inviolabilidade” da vida humana, para a nossa Constituição, significa que a vida humana é um bem jurídico supremo, um valor que deve ser preservado, um pressuposto ou condição *sine qua non* de todos os demais direitos fundamentais. Não significa que seja um valor absoluto, isto é, que prevaleça sempre sobre todos os demais direitos fundamentais, apesar de constituir o seu pressuposto fundamental.

A Constituição também usa a mesma fórmula para a integridade moral e física das pessoas, estabelecendo no artigo 25.º/n.º 1 que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Também daqui não decorre um direito absoluto, pois como sabemos, há circunstâncias em que se pode agredir alguém, por exemplo, numa situação de legítima defesa ou como ato policial com o objetivo de dispersar uma manifestação ou protestos violentos. Também não

se proíbe a prática de desportos que envolvam agressões físicas, como o boxe ou outros que envolvam artes marciais. Neste último caso vemos como não há violação da integridade física, uma vez que há consentimento dos praticantes de tais desportos, ou seja, só há violação de um direito fundamental quando se força o seu titular a algo, não quando o titular do direito decide exercê-lo de uma forma que desproteja o bem jurídico tutelado por esse mesmo direito. Isto porque um direito fundamental, em Estado de Direito democrático, é uma liberdade, não uma obrigação.

Afirmar que há violação do direito à vida quando alguém pede expressamente a eutanásia (nas circunstâncias descritas acima), é afirmar que deste direito à vida decorre uma obrigação de viver, em qualquer circunstância, qualquer pessoa tem a obrigação de viver. Ora, esta obrigação de viver não pode decorrer do direito à vida como direito fundamental, dado que este direito, em Estado de Direito democrático, é uma liberdade, uma vez que os direitos fundamentais são liberdades fundamentais, ou seja, são direitos do indivíduo, trunfos contra a sociedade. Esta obrigação de viver, mesmo que, numa situação de sofrimento extremo, só pode decorrer de uma certa ideia de que a nossa própria vida não é nossa, de que não está na nossa disposição poder terminá-la, mesmo que seja para evitar um grande sofrimento. Esta obrigação de viver resulta sim, precisamente, da ideia de que a nossa vida é algo que nos transcende, que nos foi dada, que é uma dádiva, e que deve, portanto, ser preservada. Essa pode ser a visão religiosa sobre a vida humana, mas não pode ser a visão jurídica jusfundamental sobre vida humana. Isto porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como fundamentais significa reconhecer que, em última instância, é o indivíduo que tem o poder de decidir como exercerá os seus direitos fundamentais. As minhas liberdades são fundamentais porque sou eu quem decide como as manifestarei. Sou eu que decido como me expresso, como viverei a minha vida, como construirei a minha identidade pessoal, e em última instância, sou eu quem decido como terminará a minha própria vida. Não se trata de uma construção egoísta da sociedade. Trata-se sim da ideia de que os direitos fundamentais são liberdades pessoais, constituem a esfera jurídica pessoal de cada indivíduo. Constituem a matriz constitucional fundamental no sentido de que o nosso Estado se funda na liberdade pessoal, uma expressão da ideia de dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, em Estado de Direito democrático, significa que as convicções da maioria, da sociedade, não podem condicionar a liberdade individual.

A Constituição não proíbe expressamente a eutanásia e baseia a sua matriz jusfundamental na liberdade pessoal, um reflexo do entendimento da dignidade da pessoa humana. Por isso, a eutanásia não é desconforme com a Constituição. É um puro exercício, por parte de quem a pede, da sua liberdade pessoal, da liber-

dade de poder construir a sua própria identidade pessoal (como afirma Jorge Reis Novais), de viver segundo as suas convicções e de poder morrer segundo essas mesmas convicções, de não estar agrilhado às concepções da sociedade sobre a vida humana. Numa palavra, reconhecer o direito à eutanásia é reconhecer ao indivíduo a forma suprema de dignidade, uma dignidade que não se subordina a uma qualquer ideia de Deus, é reconhecer que cada pessoa é senhora de si mesma, que pode encerrar o capítulo final do livro da sua vida com a mesma liberdade com que um escritor termina a sua história, é reconhecer que a vida humana não é apenas um fluxo sanguíneo, uma miríade de células ativas, é reconhecer que o “sentir-se vivo” constitui uma dimensão primordial da vida. Numa situação de sofrimento intolerável, em que a morte será inevitável, reconhecer o direito à eutanásia (livre e esclarecida) é, antes do mais, uma manifestação de humanismo e de respeito perante a vida e liberdade de cada ser humano.

Contra este entendimento, alguns juristas defenderam em vários fóruns de discussão públicos, que os propugnadores da constitucionalidade da eutanásia seriam incoerentes. O argumento é este: se, em última instância, cada um pode decidir sobre o fim da sua própria vida, então por que razão só se admite a eutanásia para as situações de pacientes com doenças incuráveis e em estado de grande sofrimento? Porque não reconhecer a eutanásia para qualquer pessoa que pretenda morrer, para qualquer pessoa que peça para morrer, por exemplo, motivado por uma enorme tristeza por um qualquer facto da sua vida?

Isto é simplesmente desconversar. Sabemos perfeitamente que nenhuma pessoa saudável pede para morrer, é contrário à própria natureza humana que tende para sua sobrevivência. Algumas pessoas que perdem o desejo de viver, estão em sofrimento psicológico, são situações de depressão ou com a mesma gravidade. Não se encontram numa situação de doença incurável, podem ser tratadas. Nesses casos, o Estado tem o dever constitucional de proteger a sua vida e a sua saúde. Se uma pessoa está mentalmente doente, o seu pedido de eutanásia não será certamente livre, estará condicionado logo à partida pela sua própria patologia clínica. Nada tem que ver com a situação que se quer ver legalizada, ou seja, a de uma pessoa em grande sofrimento em virtude de doença incurável e não tratável. Nesta situação, o Estado não a pode salvar. Aqui, o Estado, ou permite uma morte por clemência, ou obriga a que a pessoa sofra até ao momento da sua morte. Trata-se de um mau argumento que só serve para contaminar a discussão. O mesmo se diga do argumento da “ladeira escorregadia”<sup>2</sup>, que visa rejeitar a admissibilidade da eutanásia em casos

<sup>2</sup> Expressão utilizada por RUI MEDEIROS e JORGE PEREIRA DA SILVA na sua anotação ao artigo 24.º da CRP, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 539.

especificados e delimitados pela lei com medo de que essa mesma lei possa ser aplicada de forma abusiva. Eles têm medo que as circunstâncias em que a eutanásia seja legalizada possa dar o “mote” para outras situações no futuro. É um puro absurdo. A prática da eutanásia fora das circunstâncias acima descritas continuará a ser crime. E, a sua conformidade com a Constituição resulta, precisamente, do facto de a eutanásia só ser permitida nas circunstâncias em que se quer permiti-la, ou seja, pedido expresso, livre e esclarecido, de alguém que se encontra numa situação de doença incurável e mortal (ou incapacitante), com sofrimento atroz. Importa esclarecer que esse sofrimento atroz não é apenas um sofrimento físico, pode ser também um sofrimento psicológico em virtude da sua condição, por exemplo, alguém que se encontra preso a uma cama sem se conseguir mexer. Fora destas circunstâncias, a eutanásia não é conforme com a Constituição. Se a doença tem cura ou puder ser tratada com alívio do sofrimento, o Estado tem o dever de fazê-lo; se não há pedido expresso, livre e esclarecido, haverá homicídio. Se a pessoa não quer viver, pura e simplesmente, suicida-se, não pede a eutanásia.

Outro argumento que tem sido avançado diz respeito ao valor jurídico «vida» enquanto valor social. Um conhecido constitucionalista da nossa praça afirmou num certo debate público que a sociedade não é como um condomínio privado, em que cada um se fecha na sua casa e os outros condóminos não se preocupam com o que lá se passa. Afirmou também que um pedido de eutanásia tem de ser interpretado corretamente, que a pessoa verdadeiramente não pede para morrer, pede antes que lhe tirem o sofrimento, ou seja, é preciso saber interpretar a real vontade da pessoa.

O que este constitucionalista não percebe é que a sua concepção demonstra, precisamente, o que não é um direito fundamental. Claro que a sociedade se deve preocupar com os seus bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, que constituem o fundamento jusfundamental do nosso sistema jurídico. Mas, preocupação não equivale a afetação. A ideia de que a sociedade não pode ser indiferente ao que se passa na casa de cada um e que tem uma palavra a dizer sobre a forma como cada um pode ou não exercer a sua liberdade ou a sua vontade dentro da sua casa, entendamo-nos, dentro da sua esfera de liberdade, é conceber, neste caso concreto, o direito à vida (ou a liberdade de querer viver ou não) como um direito que a sociedade tem contra o indivíduo, pois caberá à sociedade determinar, segundo a sua convicção, o que é melhor para o indivíduo, neste caso morrer em sofrimento. Ora, um direito fundamental é precisamente o oposto, é um direito do indivíduo contra a sociedade, um trunfo que este tem, precisamente para poder “agredir” a convicção da sociedade. Quer dizer, ter um direito fundamental é ter a possibilidade de agir em desconformidade com a concepção dominante na sociedade. Ter um direito

fundamental é ter o poder jurídico de agir contra os comandos de Deus, contra a moral instituída, contra as pré-compreensões sociais ou culturais da sociedade. Em Estado de Direito democrático há mesmo um direito à imoralidade. A ideia de que certos direitos, como o direito à vida e o direito à liberdade ou à identidade pessoal, são determinados em função das “preocupações” da sociedade é admitir a concepção segundo a qual, para além da paz social, o Direito visa implementar ou suportar uma certa ideia do que é a boa vida. Essa construção é própria dos Estados autoritários ou totalitários, não de um Estado de Direito democrático. Aqui, por força dos direitos fundamentais assentes no princípio da liberdade pessoal, ao Estado caberá única e exclusivamente garantir a paz social, restringindo apenas aquelas condutas que se mostrem nocivas para a sociedade, isto é, que afetem os direitos fundamentais dos indivíduos (ou que prejudiquem o funcionamento normal do próprio Estado). Numa palavra, em Estado de Direito democrático, a nossa liberdade só pode ser restringida para evitar que esta possa interferir ou lesar a liberdade de outrem, garantindo assim um equilíbrio entre os direitos, permitindo que vivamos em paz social. Nenhum direito fundamental pode ser interpretado ou reduzido com base em fundamentos religiosos, morais, éticos ou culturais. A ideia segundo a qual deveremos interpretar bem a vontade da pessoa que pede a eutanásia é também uma manifestação de uma certa concepção autoritária do Estado, que nega autonomia à pessoa, e se propõe, de uma forma paternalista, determinar a vontade considerada válida pela qual a pessoa se deve reger. A pessoa que pede a eutanásia não sabe bem o que quer, mas este constitucionalista, “verdadeiramente”, sabe bem o que quer para essa pessoa – que esta sofra até morrer.

À pergunta fundamental – que direitos fundamentais são violados pela prática da eutanásia? – não dão qualquer resposta os que rejeitam a constitucionalidade da eutanásia. Que direitos fundamentais são afetados se se reconhecer o direito de uma qualquer pessoa a pedir a eutanásia nas situações descritas? Não pode ser o próprio direito à vida porque é o próprio indivíduo titular desse direito que pede para morrer, e é a ele que cabe, em última instância, decidir como exerce o seu direito à vida, ou seja, é ele que tem a derradeira liberdade de decidir se quer continuar vivo ou não. Entender o contrário, como já ficou dito, seria retirar da inviolabilidade da vida humana uma obrigação de viver mesmo contra a vontade da própria pessoa. Seria o mesmo que dizer que tenho uma obrigação de não colocar as minhas fotos no *facebook* porque isso viola o meu direito à imagem ou à reserva da vida privada; seria o mesmo que dizer que tenho a obrigação de viajar em Portugal porque tenho o direito à deslocação no território nacional; seria o mesmo que dizer que tenho a obrigação de me casar porque a Constituição me dá esse direito. Nada disto faz sentido. Seria um absurdo se o defendêssemos. Mas, então, que malefício traz a possibilidade

da eutanásia para os nossos direitos fundamentais? Na verdade, nenhum. O que os defensores da inconstitucionalidade da eutanásia tentam esconder é que, na verdade, a única “coisa” que é afetada com a eutanásia é a sua própria concepção ou ideia do que deve ser a “vida”, de como se deve viver a “vida”. Eles, simplesmente, não querem viver num Mundo onde a eutanásia seja permitida, porque isso ofende a sua própria visão do Mundo, visão essa que é consciente ou inconscientemente influenciada por convicções religiosas ou morais sobre o ser humano.

Lisboa, 12 de agosto de 2020.





# Donald Trump, O “Príncipe” ou o Anti-Maquiavel?

RICARDO MARCOS\*

## Parte I <sup>1</sup>

### Maquiavel, Vida e Obra

Maquiavel nasceu, pelas palavras do historiador Garin, “numa Itália esplendorosa, mas infeliz”<sup>2</sup>. A península itálica estava na altura, maio de 1469, dividida em pequenos Estados, com os mais variados tipos de regimes políticos, em permanente conflito entre si. Sendo a República de Florença o berço de Maquiavel.

Com 29 anos, em 1498, tornou-se secretário da Segunda Chancelaria, cargo de elevada importância no governo florentino da época, o que lhe permitiu, viajar entre diversas cidades em missões diplomáticas, experiência que influenciou os seus escritos políticos.

Com o retorno dos Médici ao poder em 1512, depois de 18 anos de exílio após a implantação da república em Florença, a estrutura de poder é profundamente alterada: aqueles que Maquiavel servia foram retirados do poder e ele percebe que a sua posição está em causa. Exonerado do cargo, foi condenado a pagar uma multa e impedido de sair da Toscana.

\* Licenciado em Direito e Aluno de Mestrado Científico em Direito, menção de Ciências Jurídico Políticas, especialidade em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> A primeira parte, destas breves linhas, foi escrita no ano de 2016, ainda no decorrer das eleições primárias, no mês de abril, quando restavam apenas 3 candidatos nas primárias republicanas. Não tendo a mesma sofrido alterações, não nos debruçamos sobre a disputa eleitoral com Hillary Clinton. A segunda e terceira, foram escritas no início do ano de 2021 a poucos dias da tomada de posse do novo presidente Joe Biden.

<sup>2</sup> SADEK, Maria Tereza, “Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtú*”. In: WEFORT, Francisco C. (org.), *Os clássicos da política*, 13.ª ed., São Paulo, Ática, 2000, pp. 11-50.

Numa tentativa de aproximação aos Médici e regresso à vida pública escreveu “O Príncipe”, que dedicou a Lorenzo de Médici, duque de Urbino. Inicialmente a intenção seria dedicar a obra a Giuliano de Médici, mas o mesmo morreu em 1516, acabando por ser dedicada ao duque de Urbino.

Na obra, Maquiavel dá conselhos a Lorenzo, para que este inicie com sucesso uma reunificação da Península Itálica, nesta altura, como referido, Itália estava fragmentada em diversos estados, em constantes conflitos que segundo Maquiavel, se deviam à incompetência política dos seus governantes.

Assim, numa tentativa de aproximação falhada, pois nunca conseguiu regressar à vida pública, revolucionou a ciência política, através do seu estudo da ação política, formas de conquista e manutenção do poder, sendo que até este momento o objeto privilegiado de estudo eram os regimes políticos.

*“Esta deixa de ter uma índole essencialmente teórica ou contemplativa da ordem ou das ordens existentes para passar a aproximar-se de uma “técnica”<sup>3</sup>. Uma técnica, capaz de alterar essa mesma realidade, através da ação política.*

*“Digne-se, portanto, Vossa Magnificência receber esta pequena oferenda com o mesmo espírito com que a envio; se a leres e analisares com atenção, nela descobrirei o meu extremo desejo de que alcanceis a grandeza que a fortuna e as vossas outras qualidades prometem. E se vossa Magnificência, do alto de sua grandeza, volver de vez em quando o olhar para estes lugares mais baixos, saberá quão indignamente suporta uma tão grande e constante malvadez da fortuna”<sup>4</sup>.*

Neste “manual de instruções” para Lorenzo, Maquiavel aconselha de forma prática de que forma deve agir o príncipe para se tornar um conquistador, e unificar sob o seu domínio a península itálica. Para que este domínio acontecesse o príncipe não se podia restringir à moralidade, estando por isso autorizado a mentir, dissimular, corromper e a não cumprir a palavra dada, ou seja, a unificação italiana justificava todos estes meios. Estes ensinamentos valeram-lhe muitas críticas e condenações, tendo todos os seus livros sido proibidos pelo *Index Librorum Prohibitorum* da Igreja Católica a 30/12/1559. Em resposta a todos aqueles que criticaram este pensamento, dizendo que Maquiavel era o mestre da tirania e da perversidade, Rousseau respondeu escrevendo que Maquiavel, fingindo dar lições aos príncipes, deu grandes lições aos povos,

<sup>3</sup> COUTINHO, Luís Pereira, *Teoria dos regimes políticos*, AAFDL Editora, 2015, p. 48.

<sup>4</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, *O Príncipe*, 3.<sup>a</sup> edição, Editorial Presença, tradução por Maria Jorge Vilar de Figueiredo, Lisboa, 2014, p. 88.

acrescentado ainda que “O Príncipe” é um livro dos republicanos<sup>5</sup>. A partir daqui, conseguimos perceber que não despoletou apenas ódios, como também paixões e admiração. Como bem resumiu a Professora Isabel Banond a este respeito: “amado por uns, detestados por outros, não deixa ninguém indiferente”<sup>6</sup>

Em 1520, após a morte de Lourenço II, Júlio de Médici, que viria mais tarde a tornar-se Clemente VII, assumiu o poder em Florença, e contratou Maquiavel como historiador da república, encarregando-o de escrever a história de Florença. Nesse mesmo ano, concluiu a obra “*A arte da guerra*”, o seu único escrito político publicado em vida, obra na qual fala da melhor forma de obter e manter uma força militar, defendendo que a preparação militar dos cidadãos é necessária para que o estado e eles mesmos mantenham a liberdade.

A 21 de junho de 1527, acabou por falecer, tendo sido sepultado no túmulo familiar na Igreja de Santa Croce, em Florença. Por ironia do destino, o desejo da unificação italiana contido na sua obra “O Príncipe” é totalmente contrariado: A península itálica encontrava-se invadida por tropas estrangeiras e com o papa em fuga, após a invasão de Roma por Carlos V a 6 de maio de 1527.

## **Donald Trump As Redes de Contactos**

Donald John Trump, magnata norte americano, cresceu numa família com recursos, o que lhe permitiu ter uma educação de qualidade, tendo estudado na Universidade da Pensilvânia, que faz parte do grupo de universidades apelidado de The Ivy League. Este conjunto de estabelecimentos de ensino privado são conhecidos pelo seu ensino de excelência e por serem uma porta de entrada nos clubes da alta sociedade e do poder político e económico americano, já tendo formado uma enorme quantidade de presidentes americanos, como é o caso do presidente Barack Obama, formado em ciência política pela Universidade de Colúmbia e em direito por Harvard. Uma máxima comum a estas universidades é que lá não se fazem amigos, mas sim contactos.

Maquiavel, aconselha o Príncipe que a melhor forma de este se defender é com boas armas e com bons amigos e servir-se das amizades de acordo com as necessidades.

Esses contactos, adquiridos na alta sociedade americana, foram particularmente relevantes no início da década de 90, quando devido a um elevado

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Do Contrato Social*, Tradução de Pietro Nassetti, Martin Claret Editora, 5.ª Reimpressão, 2011, p. 69.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Isabel Banond de, *História das Ideias Políticas*, Cascais: Principia, 2014.

número de dívidas, esteve perto da insolvência, que conseguiu apenas superar com a ajuda dos mesmos.

Trump, tanto a nível político como económico, conseguiu criar boas redes de contactos, que lhe têm permitido alcançar muitas das coisas a que se tem proposto, tendo já dito “*Sei que mãos apertar*”.

### **As Artes de Leão e as Artes de Raposa**

Maquiavel diz-nos que um príncipe deve saber empregar bem dois animais: a raposa e o leão. Tem de saber ser leão para afastar e aterrorizar os lobos e vestir a pele de raposa para evitar as armadilhas e saber tomar as decisões que mais lhe convierem no momento, mesmo que estas sejam contrárias à palavra dada. Ou seja, o príncipe deve saber ser maleável.

No fim da década de 90, Donald Trump fez uma aproximação ao partido democrata, tendo mesmo defendido medidas progressistas como o direito ao aborto e a criação de um sistema de saúde universal, semelhante ao do Canadá.

Esta aproximação ao mundo político não foi inocente, em 1999, dia 7 de outubro, anunciou a criação de um comité para avaliar as suas hipóteses como candidato presidencial, até esse momento um republicano assumido, declara que pretende ser candidato pelo partido da Reforma, um partido ultraconservador, geralmente arredado dos grandes palcos da política norte americana. Esta intenção não passou disso mesmo, acabando por ser Pat Buchanan o candidato do partido Reformista.

Em 2007 teceu duras críticas a George W. Bush, chegando mesmo a dizer que ele seria o pior presidente da história americana. Nesse mesmo ano, levantou também suspeitas acerca da verdadeira certidão de nascimento de Barack Obama, acusações desvalorizadas pela candidatura do então candidato à nomeação democrata às presidenciais de 2008.

Em 2011, as denúncias acerca da nacionalidade de Obama voltaram, chegando a prometer a doação de 5 milhões de dólares a uma instituição de solidariedade social à escolha de Obama, no caso de o mesmo publicar a sua certidão de nascimento. Em abril desse mesmo ano confessou que ser presidente dos EUA era um dos seus sonhos e que o seu anúncio de candidatura poderia chegar no mês de junho. Disse na mesma entrevista que um dos grandes problemas das campanhas eram os seus elevados custos, mas que ele sabia que mãos deveria “apertar” para chegar a bom porto.

Com a publicação da certidão de nascimento de Obama, a 27 de abril, Trump foi ridicularizado, acabando por anunciar no dia 16 de maio que não se iria candidatar às presidenciais do ano subsequente acrescentando, a sua convic-

ção de que seria capaz de obter a nomeação do partido republicano e vencer a eleição geral, mas que a sua verdadeira paixão eram os negócios.

No dia 1 de fevereiro de 2012, declarou o seu apoio a Mitt Romney, que na altura era já o mais bem posicionado para a obtenção da nomeação republicana às eleições desse mesmo ano.

Apesar de anteriormente, ainda com a possibilidade de uma candidatura sua em cima da mesa, o ter criticado, dizendo que Mitt não tinha a coragem necessária e que estava desapontado com o mesmo. Após este apoio, Romney afirmou que o suporte do “*Senhor Trump*” à sua candidatura era para ele “*muito importante*”.

Recordando o escrito de Maquiavel:

*“a experiência do nosso tempo ensina-nos que os príncipes que pouco tiveram em conta a palavra dada e souberam astuciosamente ludibriar os espíritos dos homens fizeram grandes coisas e acabaram por superar aqueles que se apoiaram na lealdade”<sup>7</sup>.*

Ou ainda:

*“um senhor prudente não pode, nem deve honrar a palavra dada se isso se voltar contra ele e se os motivos que o levaram a fazer promessas deixaram de existir”<sup>8</sup>.*

E também:

*“Porque os homens são muito mais apegados às coisas presentes do que às coisas passadas, e quando as presentes lhes agradam tiram proveito delas e não procuram outras”<sup>9</sup>.*

Desde essa altura teceu duras críticas as políticas de emigração, de saúde e de gestão do terrorismo da administração Obama.

No dia 16 de junho de 2015, com a força redobrada pela sua postura perante os acontecimentos recentes, tanto no que toca ao terrorismo, como em relação às vagas migratórias dos refugiados, anunciou a sua candidatura às primárias do partido republicano de forma a obter a nomeação para a eleição presidencial de novembro de 2016.

Pelo acima exposto, podemos perceber que a vontade de Trump em se candidatar à presidência é um desejo antigo. Tudo indica que o magnata agiu em conformidade com os ensinamentos de Maquiavel, soube aguardar pelo

<sup>7</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 154.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 154/5.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 181.

momento em que o seu discurso teria maior aceitação por parte da população norte-americana, e apenas nesse momento decidiu avançar.

Segundo Maquiavel,

*“O desejo de conquistar é algo muito natural e comum; e sempre que os homens que podem o façam serão louvados, ou não serão censurados; mas quando não podem e, mesmo assim, querem fazê-lo a todo o custo, erram e são dignos de censura”*<sup>10</sup>.

Além disso,

*“Um príncipe sábio deve arranjar maneira de os seus súbditos precisarem, sempre e em qualquer circunstância do estado e dele próprio, e assim, ser-lhe-ão sempre fiéis”*<sup>11</sup>.

Uma das condições que tornou a candidatura de Donald Trump tão ameaçadora é a enorme fortuna que o mesmo possui, permitindo-lhe, se necessário, pagar do próprio bolso toda a campanha, e eventuais gastos adicionais que acabaram por conduzir a mesma a bom porto, esta será, no nosso ponto de vista a sua verdadeira arte de leão que faz com que os seus adversários o temam. Temos como exemplo imediato deste poderio económico a doação de 100 mil dólares ao museu do 11 de Setembro dias antes das primárias no estado de Nova Iorque.

Como disse também o florentino,

*“há que ser raposa para descobrir as armadilhas e leão para amedrontar os lobos”*<sup>12</sup>.

## O Self-made Man

Se colocarmos no motor de busca Google a expressão “*Self-made man* americano”, grande parte dos resultados reportam precisamente a Trump. É importante também referir que a imagem de “*self-made man*” é uma crença muito enraizada na cultura americana e ligada de perto à conceção do sonho americano, que Trump tenta a todo o custo explorar e aproveitar a seu favor.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 154.

“Eu estudei nas melhores escolas. Sou uma pessoa muito inteligente. E vou representar o meu país dignamente e muito bem. E sinceramente não quero mudar a minha personalidade. Foi ela que me trouxe até aqui.”<sup>13</sup>

Recordando, de novo, o escrito de Maquiavel:

“Os homens, em geral, julgam mais com os olhos do que com as mãos, porque a todos cabe ver, mas a poucos cabe sentir”<sup>14</sup>.

“Nada torna um príncipe tão estimado como ser autor de feitos grandiosos e dar exemplos raros de si mesmo”<sup>15</sup>.

Na sua declaração de candidatura, para além de falar do seu percurso e fortuna que segundo ele lhe permitiria pagar a campanha falou também do esplendor americano que estava a desaparecer, devido à classe de políticos fracos que tem governado a América nos últimos tempos. É esse esplendor americano que se propôs recuperar sob o Slogan “*Make America Great Again*”.

“os homens mudam de bom grado de senhor crendo melhorar, essa crença leva-os a pegar em armas contra ele”<sup>16</sup>.

## O Ataque aos Lobos

Desde esse momento que tem tido uma campanha de discursos aguerridos com duras críticas aos seus adversários, que ataca de todas as formas possíveis, não perdendo qualquer hipótese de os ridicularizar, Trump apelida Ted Cruz de “*Ted, o Mentiroso*”, Marco Rubio de “*Pequeno Marco*” e John Kasich de “*Kasich, 1 em 38*” (referência à única vitória de Kasich nas 39 eleições disputadas até àquele momento). E de se superiorizar em relação aos mesmos:

“*Ted, o Mentiroso, e Kasich, 1 em 38, não conseguem derrotar-me sozinhos, por isso têm de se unir. Mostram fraqueza!*”<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Discurso de Donald Trump após a vitória no Estado de Nova Iorque a 26/04/2016.

<sup>14</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 156.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>17</sup> Tweet de Donald Trump acerca da união de Ted Cruz e John Kasich, a 25 de abril de 2016.

E mesmo depois de já ter admitido ter contribuído para anteriores campanhas de Hillary e do seu marido Bill, e de ter revelado uma amizade com o casal Clinton, que chegou mesmo a marcar presença no seu último casamento; perante a possibilidade de uma eleição geral ser disputada com Hillary Clinton, as farpas começaram;

*“Se Hillary Clinton não consegue satisfazer o marido, o que a faz pensar que pode satisfazer a América?”<sup>18</sup>*

Mas não só de críticas se faz Donald Trump que veio a publico afirmar que Bernie Sanders é um homem bom e que no caso de perder a nomeação democrata, o que nessa altura era quase certo, se deveria candidatar como independente, pois as suas propostas são muito melhores que as de Hillary, Trump admitiu ainda nas gerais utilizar algumas das propostas do mesmo.

Citando novamente os escritos de Maquiavel:

*“Quem ocupa uma região diferente deve ainda, como se disse, tornar-se chefe e protetor dos vizinhos menos poderosos e empenhar-se em enfraquecer os poderosos dessa região”.<sup>19</sup>*

Mas os ataques não se cingem aos seus adversários, também ao ex-presidente Barack Obama (na altura presidente) já foi apelidado de *“pior presidente da história dos Estados Unidos!”*. Isto depois do mesmo ter dito que não acreditava numa vitória de Trump.

## **Da Divergência à Convergência**

Ainda no decorrer das primárias Donald Trump recebeu o apoio formal de Chris Christie, que no início da campanha lhe teceu duras críticas, sobretudo no que toca às políticas de emigração, as divergências parecem ter sido ultrapassadas e Christie afirmou que Trump é não só o candidato mais indicado para vencer as gerais de novembro como está a reescrever as regras da política americana. Recebeu também o apoio de Ben Carson, mesmo depois de o ter acusado de ter um comportamento patológico semelhante ao de um pedófilo, dizendo que o mesmo não tinha cura.

<sup>18</sup> Tweet de Donald Trump fazendo alusão ao escândalo sexual em que Bill Clinton se viu envolvido.

<sup>19</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 95.



*“E muitos até pensam que um príncipe sábio deve, sempre que a ocasião lhe surja, alimentar astuciosamente algumas inimizades, para, vencendo-as tornar ainda maior a sua grandeza”<sup>20</sup>*

## Populismo Orientado

*“A partir de uma certa altura, vou começar a agir de forma tão presidenciável que vocês vão ficar entediados. E depois, quando voltar cá, vou ser tão presidenciável que em vez de dez mil pessoas vão estar cá apenas 150”<sup>21</sup>.*

Trump, sabe melhor do que ninguém que a classe média que ganha pouco e não tem formação superior tende a ser bastante cética relativamente às vantagens da globalização. Para eles, a crescente integração de imigrantes é responsável pela dificuldade em arranjar bons empregos e pela estagnação salarial.

Barack Obama e a maioria dos representantes e senadores republicanos no Congresso discordam. Trump está a explorar esta oportunidade política.

*“Um pouco de hipérbole não faz mal. As pessoas gostam de pensar que algo é maior, melhor e mais espetacular. Eu chamo-lhe hipérbole. É uma forma inocente de exagero, e uma forma muito eficaz de promoção.”<sup>22</sup>*

Recordemos o escrito de Maquiavel:

*“porque, não podendo o príncipe deixar de ser odiado por alguém, deve primeiro buscar não ser odiado por qualquer classe social; mas, quando não pode conseguir isto, deve empenhar-se em, por todos os meios, evitar o ódio daquelas classes que são mais poderosas.”<sup>23</sup>*

## Os Meios e os Fins

Trump assume-se como protestante, mais concretamente presbiteriano. “Eu acho a religião uma coisa maravilhosa, acho a minha religião uma religião maravilhosa”, afirmou numa entrevista, em 2012.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>21</sup> Donald Trump, em discurso na cidade de Harrisburg, no estado da Pensilvânia, a 21 de abril de 2016.

<sup>22</sup> Donald Trump no seu livro *“The art of the deal”*.

<sup>23</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 79. A classe média norte-americana corresponde a 63% dos eleitores.

Donald Trump quer forças militares “tão fortes que ninguém se meta” com os Estados Unidos, afirmou numa entrevista à ABC, em novembro de 2015. Trump garante que para derrotar o Estado Islâmico é preciso acabar com os seus recursos petrolíferos, usando se necessário o poderio militar americano. Já sobre a hipótese de colocar militares no terreno, assumiu autorizar este envio, caso assim seja recomendado pelos seus conselheiros militares.

*“Às vezes, para alcançar um acordo é necessário denegrir os teus adversários”<sup>24</sup>.*

*“No Médio Oriente andam a cortar a cabeça de cristãos. Não vemos isto acontecer desde os tempos medievais. Eu traria de volta o waterboarding e outras coisas bem piores”,*

disse, o milionário norte-americano entre os aplausos dos seus apoiantes, no debate Republicano de 6 de fevereiro de 2016.

## **Parte II**

Embora nas eleições gerais de 8 de novembro de 2016, tenha obtido menos aproximadamente três milhões de votos do que a democrata Hillary Clinton, Donald Trump conseguiu 304 votos no colégio eleitoral dos Estados Unidos, onde o candidato que obtenha 270 votos se torna presidente. Dessa forma, Trump tornou-se o 45.º Presidente dos EUA. Tomando posse no dia 20 de janeiro, como resulta da vigésima emenda à Constituição Americana.

### **As Armas Alheias**

Ainda antes da tomada de posse, mas posteriormente às eleições, vieram a público informações sobre uma possível intervenção Russa nas eleições presidenciais Americanas, através do acesso indevido a contas de e-mail do presidente de campanha de Hillary Clinton, bem como de elementos do Comité Nacional do Partido Democrata. Para além disso, surgiram também acusações de que a referida ingerência não se quedou por aí, tendo sido difundidas diversas notícias falsas, de forma a auxiliar Donald Trump. E embora não tenha ficado provada a participação direta de Trump na ingerência Russa, diversas pessoas próximas do mesmo admitiram ter tido contacto com autoridades Russas no decorrer da campanha e transição presidencial.

Vejamos o que nos diz Maquiavel acerca do recurso a Armas alheias:

<sup>24</sup> Donald Trump no seu livro “*The art of the deal*”.

“(…) as armas alheias, ou nos caem do corpo, ou nos pesam ou nos ficam apertadas.”<sup>25</sup>

Maquiavel, pretendia com esta passagem alertar os príncipes dos perigos de combater com armas de outrem, armas que se podem entender não apenas como instrumentos de guerra, mas também como meio para obter determinado objetivo, neste caso, foram usados meios russos de forma a auxiliar o intento eleitoral de Trump, e tal como vaticinado pelo florentino, tais armas acabaram por lhe cair do corpo, contribuindo assim para um início de mandato conturbado.

Maquiavel acrescenta ainda que as forças próprias são essenciais para a manutenção da segurança do principado e que sem as mesmas este depende totalmente da fortuna, pois nas adversidades não terá virtude que o defenda.

*“Quem for feito príncipe pelo favor do povo deve conservar sempre a sua amizade; o que lhe será fácil, pois o povo não pede mais que não ser oprimido”*<sup>26</sup>.

### As Virtudes Aparentes

O mandato do 45.º Presidente dos EUA, tem um conjunto de imagens marcantes que todos nós retemos na memória, a mais chocante de todas, talvez seja a de crianças de tenra idade, separadas das suas famílias e colocadas em verdadeiras jaulas de ferro. Estas imagens, que correram mundo, são o reflexo da política de tolerância zero anti-imigração aplicada pelo presidente logo desde a sua tomada de posse em 2017, a aplicação desta política conduziu à separação de cerca de 2800 crianças das suas famílias. E mesmo após a medida de separar os menores dos seus pais ter sido interrompida em 2018 após duras críticas de vários setores da sociedade, notícia da “NBCNEWS” de outubro de 2020, refere que não se conseguiram localizar os pais de 545 crianças, o que se deve em muito ao facto de alguns pais terem sido deportados sem os seus filhos.<sup>27</sup>

Tais medidas implementadas no ano de 2017, são reveladoras de uma falta de humanidade e despreocupação total com o bem-estar das crianças e das suas famílias, por parte dos seus decisores, importa assim aferir o que nos é dito aos príncipes acerca destas características.

<sup>25</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p.140.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>27</sup> <https://www.nbcnews.com/politics/immigration/lawyers-say-they-can-t-find-parents-545-migrant-children-n1244066> – Consulta a 13/01/2021.

O pensador nascido no Século XV, entende que se possível um príncipe não se deve afastar do bem, referindo o quão louvável é para um Príncipe honrar a sua palavra e viver com integridade, no entanto admite que em caso de necessidade assim não seja, podendo um Príncipe quebrar essas regras.

Ainda a este propósito, refere que mesmo não precisando de honrar a sua palavra, precisará sempre de ser reconhecido como cumpridor da mesma, sendo também ensinado aos príncipes que é sempre proveitoso fingir que se é piedoso, leal, humano, íntegro e religioso, acrescenta ainda que de facto um príncipe deve possuir todas estas características, mas que deve estar preparado em caso de necessidade de ser o seu contrário. Não devendo, no entanto, nunca proferir uma única palavra que não possua as qualidades *supra* referidas.

*“Contudo, há que saber disfarçar bem essa faceta e ser grande simulador e dissimulador: os homens são tão ingénuos e tão conformados com as necessidades presentes que quem engana encontrará sempre quem se deixe enganar.”*<sup>28</sup>

Assim, do pensamento de Maquiavel podemos concluir que um príncipe deverá ter as características referenciadas, no entanto o pensador não lhes atribui um carácter fundamental, afirmando que um Príncipe poderá, sobretudo quando é novo, afastar-se das normas pelas quais um homem é considerado pessoa de bem, podendo agir contra a sua palavra, humanidade, caridade e religião. O que parece ser fundamental para a concretização de príncipe perfeito na aceção de Maquiavel é a capacidade de dissimular essas características negativas, levando todos em seu redor a acreditar que o Príncipe é uma pessoa de bem.

Não sendo Trump uma pessoa conhecida pela sua coerência, sendo já vasto o leque de contradições e mentiras por ele propagadas, parece-nos correto afirmar que a faceta de dissimulador não existe, também o nível das suas palavras não se coaduna com as características enunciadas por Maquiavel, e por fim os seus atos não denotam em muitas situações qualquer tipo de humanidade ou piedade, não possuindo essas características.

Desta forma, e não sendo Trump, um homem possuidor das características chave enunciadas, não possuindo qualquer tipo de controlo nas suas palavras, espalhando e instigando o ódio, e não conseguindo dissimular estas suas características, existe em nosso entender um afastamento entre aquilo que é o “manual de boas práticas de um príncipe” e a verdadeira conduta do Presidente Trump.

<sup>28</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 155.

## Os que Rodeiam os Príncipes

Desde que tomou posse em janeiro de 2017, um grande número de funcionários de topo da Casa Branca, ou foram demitidos ou renunciaram aos seus cargos. Para se ter ideia, ainda antes do fim do primeiro ano de mandato, ou seja, no período compreendido entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018, mais de um terço da equipa de Donald Trump deixou de exercer as funções. Ao fim do segundo ano de mandato, e segundo dados apurados pelo “*Instituto Brookings*”, a taxa de rotatividade era de 66%. Atualmente e segundo os dados mais recentes, apurados pelo referido instituto, a taxa de rotatividade na equipa principal, que contempla os membros do gabinete executivo do presidente, encontra-se nos 91%.<sup>29</sup>

Sendo a rotatividade no gabinete do Presidente algo normal, não é o facto de existir que surpreende, mas sim os elevados valores que apresenta, quando comparado com os valores de outros presidentes, sendo este o valor mais elevado de entre os últimos seis Presidentes e superando em 20% a Rotatividade de Barack Obama e em quase 30% a de George W. Bush.

O elevado número de demissões remete-nos a uma contrariedade com o pensamento de Maquiavel;

*“A primeira conjectura que se faz acerca da inteligência de um senhor é observar os homens que o rodeiam, se são capazes e fiéis, o príncipe pode sempre ser tido por avisado, porque soube reconhecer que eram capazes e mantê-los fiéis. Todavia quando assim não são não se pode fazer bom juízo do Príncipe, porque o primeiro erro que comete comete-o com tal escolha”*<sup>30</sup>

Desta forma, e estando Trump a demitir ou a forçar a saída dos seus mais próximos, está ou a assumir que errou nas suas escolhas, ou que foi incapaz de merecer a lealdade e confiança dos que lhe eram mais próximos.

*“(...) o Príncipe, para manter o bom comportamento do seu ministro, deve pensar nele, cobrindo-o de honrarias, enriquecendo-o, conquistado a sua gratidão, dando-lhe incumbências de responsabilidade, para ele perceber que não se pode manter sem a proteção do príncipe (...).”*<sup>31</sup>

<sup>29</sup> <https://www.brookings.edu/research/tracking-turnover-in-the-trump-administration/> Consulta a 12/01/2021.

<sup>30</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 176.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 177.

Outro dos traços marcantes da personalidade do presidente Trump, é a facilidade com que expõe os seus mais próximos, tendo feito diversos comentários depreciativos dos mesmos na rede social Twitter, chegando ao extremo de demitir alguns deles através desta rede social. Este tipo de conduta choca frontalmente com o plasmado no escrito do Séc. XVI:

*“Deve apenas evitar infligir ofensas graves a algum dos que estão ao seu serviço ou junto dele ou ao serviço do principado”*<sup>32</sup>

Em entrevista para o documentário “O Mundo segundo Donald Trump”<sup>33</sup> do canal francês “M6”, Anthony Scaramucci colaborador próximo de Trump e que ocupou o cargo de Diretor de Comunicação da Casa Branca, embora por um breve período avança que Trump procura que todos os seus colaboradores estejam de acordo com ele. Numa outra entrevista, desta vez ao canal “PBS”<sup>34</sup> este antigo colaborador do gabinete presidencial, afirma que devido à natureza egocêntrica de Trump, a maioria dos conselhos são ignorados, seguindo o que lhe parece mais conveniente e não permitindo que os seus colaboradores sejam valorizados pela qualidade do seu trabalho, existindo ainda uma tentativa constante de estar presente em todos os setores da administração, não existindo uma verdadeira capacidade de delegação nos elementos do gabinete.

*“(...) os príncipes devem confiar a outros as coisas que lhes pesem nos ombros e reservar para si as que são do agrado de todos.”*<sup>35</sup>

Tal postura, aliada a grande número de demissões, conduz, na opinião do antigo funcionário, a um bloqueio do trabalho que deveria ser desenvolvido. Pois os colaboradores ao tentarem manter os seus empregos, não contrariando Trump, não executam o trabalho que lhes deveria estar destinado.

Vejamos o que nos é dito no “manual de ação política dos príncipes”, acerca do seu ego e da sua relação com os que o rodeiam:

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>33</sup> Disponível online e legendado em português em: <https://www.rtp.pt/play/p7909/e512565/o-mundo-segundo-donald-trump>.

<sup>34</sup> Disponível online <https://www.youtube.com/watch?v=9mwoH1c-3Cg>

<sup>35</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 160.

*“Não há outra forma de te defenderes da adulação senão dar a entender às pessoas que não te afrontam por te dizerem a verdade, mas se todos puderem dizer-te a verdade, deixas de ser respeitado”<sup>36</sup>.*

*“Por isso um Príncipe prudente deve optar por uma terceira forma, escolhendo no seu estado homens sensatos e só a estes deve dar a liberdade de lhe dizerem a verdade, mas apenas acerca do que lhes perguntar (...) Quem assim não faz, ou se deixa perder pelos adultores ou, dada a diversidade dos pareceres, muda amiúde de opinião, o que o torna pouco estimado”<sup>37</sup>.*

Acrescenta ainda que o Príncipe deve ser,

*“(...) um ouvinte paciente das verdades que lhe são ditas; e, mais ainda, se perceber que alguém, por receio não lhas diz deve agastar-se”<sup>38</sup>.*

Maquiavel, no seu escrito alerta para os perigos dos adultores, pois raramente os Príncipes se defendem destes, o que deriva do facto dos homens se comprazerem consigo mesmos o que os conduz a uma ilusão. Podemos retirar do pensamento do florentino que o ego, e a ilusão com os próprios feitos é uma das causas de ruína dos Príncipes, erro esse que em nosso entender não foi evitado por Trump, tendo sido, a antes pelo contrário até incentivado.

## **Os Príncipes Desarmados Junto das Armas**

John Bolton, antigo conselheiro de Trump para a segurança nacional, em entrevista ao canal francês “M6”<sup>39</sup> revelou, que durante o período em que trabalhou na Casa Branca com o Presidente, este último tinha dificuldade em ler os dossiês, chegando ao ponto de nem ler o “*briefing*” diário preparado pelos seus colaboradores. É referido também, que o presidente tinha alguma dificuldade em reter a informação, o que lhe conferia uma fama de impreparação junto dos seus colaboradores mais próximos.

Nesse mesmo documentário Anthony Scaramucci, acrescenta que Trump tenta dar a entender que percebe muito mais dos assuntos do que de facto percebe.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>39</sup> Disponível online e legendado em português em: <https://www.rtp.pt/play/p7909/e512565/o-mundo-segundo-donald-trump>

Não podendo, com mais de 500 anos de distância fazer-se uma interpretação literal das palavras de Maquiavel, devemos tentar adequar as mesmas aos dias em que vivemos, já longe dos tempos onde um Príncipe deveria andar armado para sua própria proteção as armas de um Príncipe da atualidade são outras, começando desde logo pela sua capacidade de dominar os dossiês sobre os quais trabalha e que deve conhecer e estudar de forma a desempenhar as suas funções e ser reconhecido por essa mesma competência.

*“Não é razoável que um homem armado obedeça de bom grado a um homem desarmado, e que um homem desarmado esteja seguro no meio de servidores armados, porque havendo num o desprezo e noutro a suspeita não é possível agirem bem juntos”<sup>40</sup>.*

Numa outra entrevista, desta feita à “*PBS*”, Scaramucci refere que Trump se considera muito mais esperto que os seus generais e epidemiologistas, e de facto esta afirmação tem sido corroborada pelo Presidente Trump, com as diversas vezes que colocou em causa ou contrariou, no decorrer do surto Pandémico de Covid-19, as orientações deixadas por Anthony Fauci, presidente do instituto nacional de alergia e doenças infecciosas e médico. Fauci, é reconhecido na área da medicina, como sendo um dos maiores especialistas mundiais em doenças infecciosas, e grande defensor de medidas como o distanciamento social, que Trump demorou a acolher.

*“Um Príncipe deve também mostrar-se amante das virtudes, albergando homens virtuosos e honrando os que são exímios numa arte. Deve também encorajar os cidadãos para eles poderem exercer pacificamente os seus officios”<sup>41</sup>.*

Após por diversas vezes ter contrariado os especialistas e dizendo que Fauci fez um mau trabalho, o culminar destas contradições e afirmações sem qualquer carácter científico e que revelam uma total impreparação na matéria deu-se a 24 de abril de 2020, quando sugeriu uma injeção de líxívia ou exposição do corpo humano a raios U.V. de forma a tratar as situações de infeção. Nessa mesma conferência, sob o ar incrédulo da coordenadora da Casa Branca para a resposta ao surto pandémico de Covid-19, acrescentou ainda que não era médico, mas tinha muito bom instinto.

Trump demonstra uma grande impreparação nos temas mais relevantes, revelando um profundo desconhecimento dos dossiês e propondo soluções muitas vezes surreais, que lhe conferem um grande descrédito junto dos verda-

<sup>40</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 142.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 175.



deiros especialistas com quem trabalha. Mais uma vez, o Presidente Bilionário distancia-se do ensinamento de Nicolau Maquiavel.

## Dos Tempos de Guerra

O dia 25 de maio de 2020, ficou marcado pela trágica morte de George Floyd às mãos da polícia na cidade de Minneapolis, no estado do Minnesota, Floyd, afro-americano de 46 anos foi assassinado por elementos das forças policiais, que em resposta a uma acusação de ter pago com uma nota falsa de 20 dólares e sem oferecer qualquer tipo de resistência se viu manietado com recurso a um joelho sobre a garganta durante cerca de 9 minutos, que mesmo após diversas vezes ter dito desesperadamente que não conseguia respirar, acabou por conduzir à sua morte. O brutal assassinato de Floyd, reacendeu questões de igualdade racial e de uso da força excessivo por parte das forças de segurança junto de elementos da comunidade afro-americana. Tendo sido nos dias subseqüentes convocadas diversas manifestações em homenagem a George Floyd e contra o racismo.

Algumas destas manifestações pacíficas, realizadas um pouco por todo o país, acabaram com confrontos entre forças policiais e manifestantes. Tais manifestações levaram o Presidente Trump a banalizar os manifestantes como simples “*bandidos*” e ameaçar os mesmos com violência policial, tendo mesmo chegado a dizer que a resposta da polícia poderia ser feita com “*tiros*”.

Tais afirmações de banalização e ameaça, num país com tantas fraturas e feridas abertas no que respeita à discriminação racial, conduziu ao aumento dos protestos e a um alavancar de divisões, não apenas raciais, mas também sociais e ideológicas, tendo associado o protesto a movimentos de extrema esquerda com conseqüente resposta de fações de extrema direita.

Trump parece querer com as suas afirmações aproveitar-se de uma divisão antiga na sociedade americana, contribuindo ainda para a criação de divisões adicionais e polarização dos cidadãos americanos, muito à semelhança daquilo que tem vindo a fazer ao longo do seu percurso na política americana.

Essas divisões, assumem uma proporção ainda maior num contexto de pandemia como a que o mundo atravessa, sobretudo nos EUA, onde muito por culpa de uma postura de banalização da doença, por parte Trump, se fez sentir com especial impacto, com centenas de milhares de mortos e atravessando o país uma crise económica e social responsável milhões de empregos perdidos. Num país onde os setores mais vulneráveis da sociedade, do qual fazem parte, na sua maioria, as minorias étnicas e raciais, foram os mais afetados, aumentando ainda mais as clivagens sentidas.

Mas Trump não se quedou pelas palavras, e após alguns dias de protestos, decidiu fazer uma caminhada até à conhecida “Igreja dos presidentes” atravessando para isso um jardim adjacente à Casa Branca, que se encontrava ocupado por manifestantes tendo sido a dispersão feita com recurso à força e violência extremas, por parte das forças de segurança.

Na sequência desses protestos, e quando a segurança da Casa Branca se considerou em perigo, limitou-se a dizer que os manifestantes não chegaram sequer perto da cerca e que se a tivessem atravessado seriam recebidos pelos cães mais ferozes e pelas armas mais ameaçadoras, tudo isto através da Rede Social Twitter, onde pareceu também incentivar os seus partidários a concentrarem-se nas imediações da residência oficial do presidente.

Importa então perceber o que nos diz Maquiavel acerca das divisões promovidas pelos Príncipes.

Num primeiro momento Maquiavel relata algumas das situações onde promover a discórdia poderia ser benéfico ao Príncipe, concluindo depois que por regra tal não acontece, diz-nos o pensador acerca das mesmas:

*“Portanto, tal procedimento pressupõe fraqueza por parte do príncipe: porque, num principado forte, nunca se permitirão tais divisões, que só são úteis em tempos de Paz, pois permitem manobrar mais facilmente os súbditos; mas se há guerra, demonstram ser enganosos.”<sup>42</sup>*

Desta forma, poderíamos interrogar-nos se a conduta de instigar a violência e as divisões já pré-existentes, foi meritória segundo a doutrina a seguir pelos príncipes. Para responder a esta questão temos antes de lembrar que todos estes protestos ocorreram durante uma das maiores crises sanitárias de sempre, onde as instituições incapazes de dar respostas exigiram muito da colaboração dos seus cidadãos, podemos dizer, através de uma interpretação em sentido lato, que esta é uma verdadeira guerra, onde o combate ao surto, às mortes e à falta de meios, foram a luta diária de muitas pessoas, e onde, sem a colaboração de todos os esforços são infrutíferos.

Não nos restam dúvidas que a atuação de Trump não se poderá considerar conforme ao pensamento de Maquiavel, desde logo pelo facto do mesmo defender que em períodos conturbados como as guerras, um príncipe deve assumir uma postura ponderada e de conciliação dos conflitos, de forma a agregar todos os cidadãos em torno dos desígnios do principado, e foi essa postura pacificadora que Trump nunca foi capaz de adotar, antes pelo contrário.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 169.

Concluir apenas com mais uma citação de Maquiavel, que em nosso entender e neste ponto não necessita de mais explicações:

*“E, como cada cidade está dividida por ofícios e bairros, deve interessar-se por essas comunidades, reunir algumas vezes com elas, dar exemplo de humanidade e magnificência, mas mantendo sempre firme a majestade do seu cargo, que nunca lhe deve faltar, seja em que circunstância for.”*<sup>43</sup>

### Parte III

Não sendo “O Príncipe”, um manual infalível sobre a conduta de Príncipe, sobretudo nos dias que correm, onde as características morais, de honestidade e humanidade são verdadeiramente exigidas aos líderes políticos, não bastando, e sendo reprovável que as mesmas sejam apenas produto de uma dissimulação por parte de um indivíduo, tentaremos agora analisar, à luz do pensamento de Maquiavel, embora de forma muito breve, o porque do resultado eleitoral, a forma como decorreu e o período de transição, seguindo a mesma linha que até aqui nos orientou de comparar a ação política de Donald Trump e a doutrina que o pensador florentino recomenda aos príncipes.

#### Quando a Fortuna Muda

Através do até aqui exposto percebemos que Trump, não seguiu ao longo do seu mandato aquelas que seriam as orientações capazes de tornar um príncipe virtuoso, tendo-se apoiado na fortuna de ao longo da maioria do seu mandato não se ter deparado com grandes desafios, ou ameaças externas.

Apenas já no período final do mesmo, se deparou com uma situação verdadeiramente desafiante, momento em que a sua fortuna mudou, e não possuindo as virtudes ensinadas aos príncipes perdeu o controlo da situação e posteriormente do seu principado.

“(…) um Príncipe que se apoie totalmente na fortuna cai mal a fortuna muda.”<sup>44</sup>

Perante uma pandemia que se alastrou por todo o mundo de forma rápida e incontrolável, e mesmo perante os avisos quanto à sua seriedade, num primeiro

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 184.

momento, aquando dos primeiros casos de Sars Cov-2 nos EUA, Donald Trump, que o apelidou de “vírus Chines”, classificou-o também, como um embuste, acusando os democratas de tentarem politizar o mesmo, posteriormente a estratégia passou por simplesmente fazer um controlo apertado de fronteiras, exigindo quarentenas e fechando ligações aéreas com diversos países, tendo no final de fevereiro de 2020 recorrido à rede social “Twitter” para dizer que a propagação do vírus estava controlada, mesmo após o alerta de diversos especialistas que reiteraram a importância de tomar medidas e preparar os meios de combate<sup>45</sup>.

*“São estas as regras que um príncipe avisado deve observar, e em tempo de paz, nunca deve estar ocioso, antes deve fazer delas capital que lhe possa valer na adversidade, para poder resistir à fortuna quando ela mudar”<sup>46</sup>.*

A falta de preparação tornou-se visível aquando do aparecimento de um surto no Estado de Washington e para além de não existirem testes suficientes, das linhas de apoio não darem resposta também os departamentos de saúde não possuíam os dados estatísticos necessários ao rastreio e combate do surto.

No dia 6 de março, mais de dois meses após o aparecimento do primeiro caso na província de Wuhan, na China, uma investigação do jornal “*The Atlantic*”<sup>47</sup>, apurou que devido à falta de capacidade de testagem apenas haviam sido realizados 1895 testes à covid-19, quando à data já se verificava transmissão comunitária pelo menos há 8 dias.

Não nos querendo alongar acerca desta temática, importa apenas ressaltar que a resposta inicial a este surto pandémico foi tardia, o que acabou por comprometer o seu sucesso, conduzindo a um elevado número de mortos e infectados.

*“(...) aquele que, num principado, não reconhece os males logo que eles surgem, não é verdadeiramente sábio (...)”<sup>48</sup>*

Vejamos o que nos é dito por Maquiavel acerca das situações em que a fortuna muda.

<sup>45</sup> <https://time.com/5797636/trump-botched-coronavirus-response/> – Consultado a 14/01/2021.

<sup>46</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 144.

<sup>47</sup> <https://www.theatlantic.com/health/archive/2020/03/how-many-americans-have-been-tested-coronavirus/607597/> – consultado a 14/01/2021.

<sup>48</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 141.

“(…) sem exércitos próprios, nenhum principado está em segurança, e depende totalmente da fortuna, por não ter virtude que nas adversidades o defenda.”<sup>49</sup>

*“Quanto ao exercício do espírito, o príncipe deve ler os livros de história e analisar os feitos dos grandes homens, ver como eles se comportaram na guerra, examinar as causas das suas vitórias e derrotas, para poder evitar estas e imitar aquelas”*<sup>50</sup>

## O Ódio aos Príncipes

Um dos sentimentos mais vincados na cultura norte-americana é o respeito que a esmagadora maioria da população possui pelas instituições democráticas e pelo voto enquanto instrumento de participação na vida das mesmas. O voto não é apenas uma expressão da igualdade de todos, mas também, uma expressão da liberdade individual de cada um.

No dia 3 de novembro de 2020 a soma desses votos, bem como a soma de delegados no colégio eleitoral foi favorável ao candidato democrata Joe Biden.

Perante um cenário de derrota eleitoral, o presidente candidato deu entrada com processos judiciais tentando parar a contagem dos votos em Estados, como a Pensilvânia e Michigan, onde estando com vantagem, a mesma se encontrava a diminuir, sendo expectável uma inversão do resultado através dos votos por correspondência, a que os eleitores democratas recorreram em peso de forma a evitar os aglomerados e concentrações de pessoas nas mesas de voto no dia da eleição, em virtude do surto pandémico de Covid-19.

Paradoxalmente em estados onde se encontrava em desvantagem, como o Arizona, deu entrada com processos colocando em causa a forma como os votos foram contados exigindo a contagem de todos os votos.

Tal posicionamento, e apelo aos seus apoiantes conduziu a diversas manifestações, incompatíveis entre si, pois se no Arizona se gritou “Contem os Votos”, no Michigan a voz de ordem foi “Parem a contagem”.<sup>51</sup>

Ainda com milhões de votos por contar declarou-se vencedor das eleições, insistindo na narrativa que os democratas estavam “a roubar a eleição”. Teoria que, mesmo após a confirmação da vitória de Joe Biden continuou a defender, instigando os seus apoiantes a manifestarem-se, e continuando a receber contribuições para a sua campanha de forma a continuar a contestar os resultados e pedir recontagens em diversos estados.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>51</sup> <https://www.theguardian.com/us-news/video/2020/nov/05/stop-the-vote-count-the-vote-trump-supporters> – Consulta a 17/01/2021.

Na Geórgia, estado tradicionalmente republicano e onde os democratas não venciam desde 1992, Trump perdeu por 0,2% dos votos, sendo que as recountagens solicitadas vieram confirmar o resultado. Desta feita, o sistema eleitoral foi totalmente descredibilizado e posto em causa pelo candidato republicano, o que acaba por se tornar mais caricato por estarem em aberto 2 lugares no senado destinados a esse mesmo estado, desta feita, ao colocar em causa o sistema eleitoral, afastou os eleitores republicanos, da sua base de apoio dessa eleição.<sup>52</sup>

Mas a tentativa de vencer a Geórgia, não ficou por aqui. Uma gravação publicada pelo “*The Washington Post*”<sup>53</sup>, a 4 de janeiro de 21, mostra o ainda presidente em funções a pressionar o Secretário de Estado da Geórgia Brad Raffensperger, a anular o resultado eleitoral, alegando a existência de fraudes, e insistindo que venceu o estado. Perante a afirmação que os votos foram corretamente contados, Trump instou Raffensperger, a “encontrar 11 780 votos”, votos necessários para inverter o resultado.

E se todo este cenário é já revelador da incapacidade para lidar com a derrota eleitoral e do total desrespeito para com as instituições, no dia 6 de janeiro de 2021, dia em que o Senado confirmaria o resultado, tudo ganha outra proporção.

Após terem sido convocados por Trump a concentrarem-se em Washington para um comício intitulado “*Save América*”, e após uma série de discursos inflamados, os seus apoiantes foram incentivados a protestar junto do Capitólio onde decorria a sessão do senado que confirmaria os resultados eleitorais, após alguns momentos de protesto, as barreiras foram forçadas e um grande número de pessoas invadiu o edifício, obrigando a uma interrupção reunião do senado e à evacuação de diversos Senadores, Congressistas e do Vice-Presidente Mike Pence. Apenas após 3 horas, e já ao cair da noite as forças policiais conseguiram recuperar o controlo do edifício.

Todos estes eventos levaram várias figuras da sociedade norte americana, a pedir a remoção imediata de Trump do cargo de presidente, tendo o partido democrata iniciado um processo de *impeachment* por incitamento a uma rebelião contra o governo dos EUA onde perderam a vida 5 pessoas, que a ter sucesso impedirá Donald Trump de se voltar a candidatar à presidência.

<sup>52</sup> As referidas eleições ocorreram a 6 de janeiro de 2021, tendo o partido democrata vencido ambos os lugares, o que num estado governado pelo partido republicano se torna revelador.

<sup>53</sup> [https://www.washingtonpost.com/politics/trump-raffensperger-call-georgia-vote/2021/01/03/d45acb92-4dc4-11eb-bda4-615aaefd0555\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/politics/trump-raffensperger-call-georgia-vote/2021/01/03/d45acb92-4dc4-11eb-bda4-615aaefd0555_story.html) – Consulta a 17/01/2021.

Maquiavel descreve um conjunto de características que um príncipe deve reunir para não se tornar digno de desprezo<sup>54</sup>, naturalmente algumas delas que o eram à época já não o são atualmente, outras mantêm-se intemporais, um príncipe deveria então evitar ser leviano, pusilânime, inconstante e irresoluto e esforçar-se para que aos seus atos seja reconhecida grandeza, coragem, seriedade e força de caráter.

Para o pensador Florentino, um príncipe deve conseguir ser amado e temido, mas na impossibilidade de conseguir ambas as coisas, é muito mais seguro ser temido do que amado, mas o que um Príncipe deve evitar a todo o custo é ser odiado, e é justamente esse ódio que Trump não conseguiu evitar.

As atitudes de Trump, no decorrer do seu mandato, e sobretudo no período final do mesmo, pós derrota eleitoral, demonstrando um desrespeito pelas eleições, culminando com o incitamento à violência e rebelião. Tais atitudes fizeram com que se tornasse odiado e desprezado até por membros do seu partido, que se demarcaram das atitudes do presidente, tendo-se sucedido as demissões no executivo e no seu staff.

No dia 13 de janeiro de 2021, foi aprovado na Câmara dos Representantes o processo de Impeachment, com o voto favorável de 10 republicanos, seguindo assim para votação no Senado.

Maquiavel na sua obra reitera por diversas vezes que um príncipe deverá fazer tudo ao seu alcance para não ser nem odiado nem desprezado, apenas evitando o ódio e o desprezo se poderá manter no poder, Donald Trump, não conseguiu evitar nem uma coisa, nem a outra. Maquiavel neste ponto estava correto, e a fortuna de Trump, foi o seu afastamento do poder.

“Dado os homens amarem segundo a sua vontade e temerem segundo a vontade do príncipe, deve um príncipe sábio basear-se no que é seu e não no que é dos outros, e deve usar todo o seu engenho para não ser odiado (...)”<sup>55</sup>.

## Conclusão

Se num primeiro momento estivemos em crer que existia uma certa proximidade e traços comuns entre a obra quinhentista e a ação política do 45.º Presidente dos EUA, quer através do explorar dos medos dos americanos, dizendo e mostrando o que muitos queriam ver e ouvir, fazendo um apelo claro a sentimentos enraizados na cultura norte-americana, como o sonho ame-

<sup>54</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, 2014, op. cit., p. 157.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 153.

ricano *falando de si como um “Self-made man”*, e o esplendor nacional através do seu slogan *“Make america great again”*. Num segundo, percebemos um claro afastamento, pela forma como escolheu e tratou os seus colaboradores, colocando em causa o seu trabalho e demonstrando desconhecimento dos dossiês. Mas sobretudo, pela sua postura incapaz de demonstrar humanidade e piedade, características essas que somadas ao período final do seu mandato o tornaram odiado pela maioria da população até mesmo junto daqueles que anteriormente o apoiavam.

A palavra tem o valor que o homem lhe atribui, Donald Trump, parece não lhe atribuir muito, com uma longa série de contradições e mudanças de posição, tornou-se desprezível e pouco fiável.

Tendo-se mostrado disposto a tudo para chegar ao poder, nesse capítulo a sua Fortuna foi favorável, no entanto, durante o mandato, a falta de Virtú determinou o seu fim.

Embora Trump pareça acreditar numa vertente, já ultrapassada, de política sem moralidade e de manutenção do poder pelo poder, não o podemos considerar um príncipe na linha da obra prima de Maquiavel, desde logo porque um verdadeiro príncipe, usando a dissimulação mostrar-se-ia humano, misericordioso e revelador de grande caráter, de tal forma que nunca seria suspeito de o ser.



# POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS



## Critérios de Publicação n'º Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'º *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e recensões devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.









