

# O DIREITO

Ano 152.º (2020), IV

*Diretor*

JORGE MIRANDA

# O DIREITO

Ano 152.º (2020), IV

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

### DOCTRINA

DIOGO LEITE DE CAMPOS

*A sociedade comercial ética* . . . . . 691

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

*O Relatório Macron e a problemática restitutiva de bens culturais em tempos de Covid* . . . 695

JOANA COSTA LOPES

*A responsabilidade civil do locatário por violação de deveres no tráfego no ordenamento jurídico português* . . . . . 707

NUNO SAMPAYO RIBEIRO

*Compliance, gestão fiscal e planificação fiscal – Colaboração com a Autoridade Tributária* 759

LUIS GUSTAVO MIRANDA DE OLIVEIRA

*Internacionalização da sociedade e os deveres sociais, tributários e de compliance. E o caso Brasil* . . . . . 785

TIAGO HOLANDA MASCARENHAS

*Da usucapião por parte do arrendatário no Direito português* . . . . . 827

MARIA VITÓRIA GALVAN MOMO

*Cláusulas contratuais gerais abusivas no contrato de locação financeira: entre a autonomia privada e a justiça contratual* . . . . . 853

Índice do ano 152.º . . . . . 905

Política e ética editoriais . . . . . 911



# DOCTRINA



## *A sociedade comercial ética*

DIOGO LEITE DE CAMPOS\*

### **Pessoa (humana)**

Detenhamo-nos uns momentos na pessoa (humana): a pessoa está em pluralidade ética.

Eu reconheço o outro como igual a mim, outro que me cria um sentimento de cuidado, de amor. O outro é constitutivo do eu. Sou um ser com – os-outros e para-os-outros. Dou (sem cessar) e recebo para dar; quanto mais tenho mais dou.

O eu-tu é a única expressão significativa (Martin Buber) e múltiplos “eu-tu” transformam-se em “nós”. As relações humanas e, entre elas, as relações jurídicas são conjugadas em “nós”.

O não reconhecimento dos outros e de si-mesmo como pessoas(dignas) é a negação da própria humanidade.

O “eu-mesmo” é, para o “eu”, o “outro”,digno do mesmo respeito que qualquer outro.

Pessoa (humana) está em, repetimo-lo, pluralidade ética.

Ao reconhecer-se outro eu, cria-se uma exigência de cuidado pelo outro eu, e de cuidado simultâneo por si-mesmo.

A reciprocidade é um modelo natural (direito natural?) que envolve respeito e cuidado por todos e cada um. Cria-se, assim, a comunidade social. Viver é reconhecer e viver para. Só o eu-tu-nós tem significado em termos de liberdade-felicidade. A psicologia diz-nos que somos aqueles com quem nos rela-

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra (Jubilado) e da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado.

cionamos. Eu-mesmo/eu/o outro: entre o eu-mesmo e o outro encontra-se o eu que reconhece e estabelece a reciprocidade, o cuidado e o amor.

### **Pessoa jurídica (sociedade comercial)**

E a pessoa jurídica (ou coletiva)?

Como pessoa é essencialmente ética.

Vamos usar o mesmo percurso do que para a pessoa (humana).

O eu, situado entre o eu-mesmo e o outro, como centro de juízos e de decisões, é constituído pelos órgãos que tomam decisões, “maxime” os gerentes e os administradores executivos.

São esses órgãos executivos que se relacionam com o outro e com si - mesmo.

Olhando para dentro da sociedade, encontra-se o “si-mesmo” e também os meros bens.

O património da empresa é constituído pelos seus bens móveis e imóveis, nomeadamente as máquinas, os créditos, as matérias primas, etc.

O si-mesmo é constituído pelos acionistas/quotistas e pelos trabalhadores.

Os sócios da sociedade têm sido um objeto extremamente importante das análises sobre aquela.

Discutindo-se, nomeadamente, se o mais importante é o interesse dos sócios ou da sociedade.

Enquanto que os trabalhadores – na realidade partes integrantes, tal como os sócios, do “si-mesmo” da pessoa (coletiva) – são deixados um pouco de parte. Propendendo, por vezes, a sua análise, a considerá-los parte da “economia” da sociedade (simples unidades de produção ou instrumentos desta).

Tal como os sócios – mas em perspectiva diversa – os trabalhadores enquanto “si-mesmo” da sociedade, têm de ser respeitados como o outro, reconhecidos parte do “si-mesmo” e tratados como tal. E a sua relação com a sociedade (com si-mesma) deve ser vista como associação num projeto comum, e não meramente como uma subordinação a interesses e a decisões alheias.

O “outro” é todo aquele com quem a sociedade (o “eu” social) se relaciona: fornecedores, credores, devedores, compradores, terceiros em geral.

A sociedade reconhece estes outros como elementos constitutivos do seu ser, e tem consciência de que a sua razão de ser, a sua justificação, depende desses outros, máxime dos clientes, e cuida deles como de si própria. Sabendo que ela própria é mera parte de um tecido económico-social do qual depende e para a robustez do qual tem de contribuir.

Daqui programas de responsabilidade social que abrangem os outros, o tecido social em que se insere, e os próprios trabalhadores. Afirmando os mesmos valores para o outro e para o “si-mesma”.

A generalidade das sociedades, senão a totalidade, só sobreviverá a médio prazo se gerar lucros, e lucros atrativos. Mas isto não é um fim em si, ao qual tudo se deve subordinar. Os sócios criaram a sociedade para obter lucros. Mas a sua justificação está no emprego que criaram e nos bens ou serviços que proporcionam à sociedade. Será a existência da sociedade uma paixão inútil? Só assim pensa quem tiver dificuldade em reconhecer o outro. E quem, ademais, não se lembrar que a sociedade, como pessoa, é pluralidade ética.



## *O Relatório Macron e a problemática restitutiva de bens culturais em tempos de Covid*

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS\*

SUMÁRIO: 1. *Considerações gerais.* 2. *A problemática restitutiva.* 3. *O Relatório Mácron.* 4. *Impacto do Relatório Mácron.* 5. *Conclusões.*

### **1. Considerações gerais\*\***

Em primeiro lugar, quero agradecer o amável convite do Professor Humberto Cunha Filho, a quem saúdo, no sentido de participar no IX Encontro Internacional de Direitos Culturais. Tenho ideia de que participei no V e VI Encontros, ambos na UNIFOR, em Fortaleza. Volto agora, neste IX Encontro, ainda que à distância, subordinado à instigante temática intitulada “Direitos Culturais: Impactos da Pandemia”.

Em segundo lugar, cumprimentar os demais Colegas de Painel, neste formato de mesa redonda virtual, sob o tema genérico Memórias Colectivas, a quem saúdo. De modo muito especial, os Professores que tenho conhecido em eventos conexos com o Direito da Cultura. Seja em Fortaleza ou noutros lugares. Aliás, o diálogo científico mantido a propósito desta temática, vem solidificando uma verdadeira comunidade de partilha de saberes acerca de temas conexos com a Cultura que é, como se constata, cada vez mais ampla e plural.

\* Professor Associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* O texto corresponde à intervenção proferida no IX Encontro Internacional de Direitos Culturais, promovido pela Universidade de Fortaleza (Unifor), sob a coordenação do Professor Doutor Humberto Cunha Filho.

Tudo isso graças ao infatigável denodo do Professor Humberto, verdadeiro polo aglutinador destes eventos.

Por último, uma palavra para o tema indicado para reflexão e debate, nestes Encontros: o Relatório Macron e a Problemática Restitutiva dos Bens Culturais em Tempos de COVID. Na verdade, escolhi debruçar-me sobre o Relatório, recentemente elaborado pelo académico senegalês Felwine Sarr e pela historiadora francesa Bénédicte Savoy, mais conhecido por Relatório Macron. Tanto mais que, em Julho último, deu entrada, no Parlamento francês, uma iniciativa legislativa, propiciada por aquele Relatório. Por outro lado, a incontornável época de pandemia a todos desafia e confronta.

## 2. A problemática restitutiva

Atentando no preceituado nas Convenções da UNESCO e do UNIDROIT, admite-se que as respectivas prescrições normativas se aplicam a bens culturais ilicitamente apropriados, após a entrada em vigor daqueles instrumentos de Direito Internacional. Ainda que a questão da retroactividade tenha sido ponderada, nos respectivos trabalhos preparatórios e, por vezes, timidamente enunciada nos respectivos articulados. Com efeito, a Convenção UNIDROIT determina que as disposições do capítulo II, subordinado ao título restituição de bens culturais roubados, se aplicam a momento posterior à entrada em vigor da Convenção no Estado requerido<sup>2</sup>. No tocante à Convenção da UNESCO, apesar da regra consubstanciada na Convenção de Viena e no costume internacional favorável à irretroactividade, o assunto foi longamente apreciado, no âmbito da comissão de peritos, em sede de trabalhos preparatórios.

Porém, defronte da hipótese de incluírem um artigo no sentido de esclarecer que as determinações da Convenção não eram retroactivas, isso foi considerado supérfluo<sup>3</sup>. Mas após a insistência de alguns Estados, no sentido de inserir uma cláusula de expressa não-retroactividade, ela acabou por ser introduzida, para, mais tarde, em momento ulterior, ser suprimida, de modo definitivo<sup>4</sup>. Relativamente à Convenção UNIDROIT, apesar de o texto declarar aplicar-se a situações futuras de roubo ou de exportação ilícita<sup>5</sup>, não é menos verdade que o texto proclama não legitimar qualquer acto ilícito, ocorrido antes da sua entrada em vigor. Ou à qual ela não seja aplicável, por força dos números 1

<sup>2</sup> Cf. n.º 1 do artigo 10.º da Convenção UNIDROIT.

<sup>3</sup> Cf. Relatório da Comissão Especial, UNESCO 16C/17, Anexo II, 1969, pp. 6-7.

<sup>4</sup> Cf. Actas da 4.ª sessão de peritos, UNESCO doc. 48, 1970, pp. 238 e segs.

<sup>5</sup> Além do n.º 1, ainda o n.º 2 do artigo 10.º da Convenção UNIDROIT.

e 2 do artigo 10.º, nem limitar o direito de um Estado, ou de outra pessoa, a formular um pedido, fora do âmbito da Convenção, relativo à restituição ou ao retorno de um bem cultural, roubado ou ilicitamente exportado, antes da entrada em vigor da Convenção<sup>6</sup>.

Ademais, sem prejuízo de decisões relevantes, proferidas pelos tribunais<sup>7</sup>, interessa realçar que alguns Estados não legitimaram roubos e outras apropriações indevidas, ocorridas em períodos históricos pretéritos, ainda que suportados em legislação especial ou através de aquisições subseqüentes por parte de terceiros de boa fé. Aliás, a esse propósito, o Tribunal Constitucional alemão declarou, em 1968, que as prescrições legais correspondentes ao período nazi, designadamente as que haviam legitimado o confisco dos bens de inimigos do povo e do Estado<sup>8</sup>, deixavam de ter validade jurídica, em virtude de contradizerem valores e princípios jurídicos essenciais<sup>9</sup>. Por seu turno, o Parlamento britânico, no intuito de incentivar a restituição de objectos correspondentes ao período nazi, saqueados ou ilegalmente apropriados, aprovou, em 2009, a lei de restituição de bens culturais<sup>10</sup>. E, no tocante aos bens, na titularidade de organizações criminosas, sobressai a legislação italiana sobre o integral confisco de bens da Máfia e da Camorra<sup>11</sup>.

### 3. O Relatório Macron

Uma outra época histórica que propiciara vasta apropriação de bens culturais foi, sem dúvida alguma, o período colonial. Ora, se tal período tem merecido reflexão, desde há tempo<sup>12</sup>, ele ganhou relevo e acutilante actualidade com o Relatório Acerca da Restituição do Património Cultural Africano<sup>13</sup>, da

<sup>6</sup> Cf. o n.º 3 do artigo 10.º da Convenção UNIDROIT.

<sup>7</sup> Recordemos o pedido de restituição do quadro de Klimt, intitulado retrato de Adele Bloch-Bauer, também conhecido por Dama Dourada, decidido pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em 2004, após uma longa disputa entre Maria Altmann e a República da Áustria. Cf. <http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf>.

<sup>8</sup> Cf. *Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens* de 14 de Julho de 1933.

<sup>9</sup> Cf. Sentença do Tribunal Constitucional alemão, BverfG, de 14 de Fevereiro de 1968.

<sup>10</sup> Cf. *Holocaust Return of Cultural Objects Act* de 12 de Novembro de 2009.

<sup>11</sup> Acerca deste tópico, ALESSANDRA BUONASERA, *La Destinazione dei Beni Confiscati alla Mafia*, Caserta, 2020, pp. 26 e segs.

<sup>12</sup> Sobre isto, E. K. AGORSAH, *Restitution of Cultural Material to Africa*, *Africa Spectrum*, n.º 12, 1977, pp. 305 e segs.

<sup>13</sup> O título original é o seguinte: *Rapport sur la Restitution du Patrimoine Culturel Africain. Vers Une Nouvelle Éthique Relationelle*.

autoria do académico senegalês Felwine Sarr e da historiadora francesa Bénédicte Savoy. Este Relatório, apresentado em 23 de Novembro de 2018, sob o alto patrocínio do Presidente Emmanuel Macron que, sensivelmente, um ano antes, proferira um desassombrado discurso, em Ouagadougou, capital do Burkina-Faso, procura reflectir sobre a problemática restitutiva dos bens culturais africanos.

Na verdade, Macron, declarou, na Universidade Ouaga I, ser ambição da República Francesa promover o acesso aos bens culturais da Humanidade. Por conseguinte, no sentido de implementar tal directriz, destacou, enquanto prioridades da política cultural internacional, o reforço da protecção e a circulação dos bens culturais<sup>14</sup>. Explicitando, inclusivamente, que a circulação devia assumir diferentes modalidades, não afastando a hipótese de promover alterações nos inventários nacionais e subsequente restituição temporária ou definitiva de significativo património africano de âmbito cultural.

Após tais afirmações públicas e subsequente convite, dirigido a Felwine Sarr e a Bénédicte Savoy, acabou por ser publicitado um Relatório, da autoria daqueles intelectuais, motivando acesa controvérsia, tanto em França, como no estrangeiro. Antes do mais, porque está em causa uma restituição de bens. Logicamente, interessa atentar nos traços fundamentais do documento. Assim, após enfatizar as directrizes do discurso e o convite do Presidente Macron, o Relatório destaca a fixação de um prazo de cinco anos, no sentido de criar condições propícias à restituição temporária ou definitiva de bens culturais de origem africana, bem como a necessidade de promover uma nova ética relacional. Subsequentemente, após um enquadramento histórico, onde as captações patrimoniais são inseridas numa época marcada pela violência<sup>15</sup> e pela transferência de bens suportadas por directrizes coloniais, o Relatório admite que a República Francesa teria agido num contexto de concorrência internacional, no sentido de recolher um grande número de objectos destinados a enriquecer o acervo dos museus nacionais<sup>16</sup>.

A seguir, atribui especial ênfase à atitude da República do Zaire, quando solicitou, em 1960, o retorno das colecções integradas no Museu do Congo Belga (hoje Museu Tervuren). Destarte, o Relatório qualifica tal reivindicação como o ano zero de uma nova era<sup>17</sup>. Subsequentemente, destaca o pedido

<sup>14</sup> Discurso do Presidente da República Francesa, Emmanuel Macron, proferido na Universidade Ouaga I, em Ouagadougou, publicitado em 29 de Novembro de 2017. Cf. <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017>.

<sup>15</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 9 e segs.

<sup>16</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 11.

<sup>17</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 14.

da Nigéria, dirigido ao ICOM, em 1968, no intuito de solicitar, aos museus ocidentais, a devolução de um rol de peças do Reino do Benin, no sentido de integrarem a colecção do museu nacional de Lagos, bem como o discurso do Director-Geral da UNESCO, Amadou-Mahtar M'Bow, proferido em 1978, quando defendeu a restituição do património cultural, considerado insubstituível pela maioria dos países africanos<sup>18</sup>. O Relatório realça ainda o pedido, dirigido à República Francesa, por parte do Ministro dos Negócios Estrangeiros do Benim, em 26 de Agosto de 2016, sobre a restituição de estátuas e símbolos reais, ilicitamente apropriados pelo coronel francês Alfred Dodds, na sequência de pilhagem do palácio Abomey, ocorrida em 1892, e subsequente entrega ao museu etnográfico Trocadéro, situado em Paris<sup>19</sup>.

Quanto às aludidas restituições, o Relatório manifesta sérias e fundadas dúvidas acerca do alcance de uma mera *restituição temporária*. Não só a considera ambígua, como, inclusivamente, a qualifica como verdadeiro oxímoro<sup>20</sup>. Defendendo que a restituição não definitiva seria susceptível de gerar querelas interpretativas e tensões de diversa ordem, os relatores enfatizam a restituição perpétua e a correlativa transferência de titularidade<sup>21</sup>. Assentando, em conformidade, na ideia de que o vocábulo *restituir* significa re-instituir o proprietário legítimo, no uso e fruição, com inerente reconhecimento da propriedade do bem, o Relatório realça a necessidade de promover a reconstrução da memória e a ressocialização dos objectos com as actuais comunidades africanas<sup>22</sup>. Em suma, o retorno às comunidades de origem reactivaria a memória oculta e, assim, permitiria desempenhar funções de natureza integrativa e mediadora, no seio das sociedades africanas contemporâneas<sup>23</sup>.

Legitimando a protecção e a conservação dos objectos, o Relatório observa que a salvaguarda pode ser assegurada pelos museus africanos. Pois o actual *status quo* não seria ineficiente. Todavia, aceita que a restituição fique condicionada à realização de obras e de outros trabalhos inadiáveis ou tidos por indispensáveis<sup>24</sup>. Ademais, no sentido de sublinhar o relevo e a complexidade

<sup>18</sup> Em conformidade, o Director Geral da UNESCO afirmou que os povos vítimas da pilhagem colonial não teriam sido apenas desapossados de obras primas insubstituíveis, como também foram afastados de uma memória que os ajudaria a se conhecerem melhor e, de igual modo, os outros que os rodeiam. Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 15.

<sup>19</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 17.

<sup>20</sup> FELWINE SARR e BÉNÉDICTE SAVOY utilizam o termo oxímoro em sentido equivalente a contraditório ou paradoxal. Cf. *Rapport sur la Restitution* cit., p. 24.

<sup>21</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 24.

<sup>22</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 25 e segs.

<sup>23</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 32.

<sup>24</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 28-9.

do assunto, anuncia a existência de mais de oitenta mil objectos oriundos de África, ao sul do Saara, depositados nos acervos dos museus franceses<sup>25</sup>. Em conformidade, se alguns deles eram oriundos de doações particulares, muitos outros seriam provenientes de saques, missões de exploração, campanhas etno-gráficas ou de índole científica<sup>26</sup>. Havendo ainda a registar aquisições relevantes que ocorreram, desde os anos noventa, do século XX, direccionadas ao enriquecimento do acervo da colecção do Museu Branly-Chirac<sup>27</sup>.

Após uma análise eminentemente descritiva, o Relatório enuncia critérios atinentes a uma devolução massiva, bem como um cronograma propiciador da sua implementação. Preconiza, em conformidade, uma restituição célere dos objectos provenientes de actividades bélicas; do labor funcional de militares ou funcionários administrativos, durante o período colonial (1885-1960); do trabalho promovido por missões científicas anteriores a 1960 e em consequência de restauros ou de empréstimos que se tenham arrastado no tempo<sup>28</sup>. A par disso, admite pesquisas complementares, no tocante a objectos integrados no acervo dos museus franceses, após 1960. Ainda que aceite, mesmo que as circunstâncias aquisitivas não sejam evidentes, a restituição, se o interesse do país requerente for relevante. Por último, consente a permanência, nas colecções francesas, os bens culturais adquiridos, de modo legítimo e documentado, ou aqueles que tenham sido transaccionados no mercado de arte, em estrita observância das directrizes que decorrem do Direito Internacional, em particular, do preceituado na Convenção da UNESCO de 1970.

No tocante ao cronograma, indica uma primeira etapa (Novembro de 2018 a Novembro de 2019), estribada, entre outras, pelas seguintes iniciativas: restituição das peças mais simbólicas, reclamadas, há longo tempo, pelos Estados ou outras comunidades africanas<sup>29</sup>; adopção de medidas legislativas, no sentido de tornar as restituições irrevogáveis; transferência para o país de origem, após a conclusão de obras e outros trabalhos nas infra-estruturas de acolhimento<sup>30</sup>. Numa segunda fase (Primavera de 2019 a Novembro de 2022), destinada ao

<sup>25</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 38.

<sup>26</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 43 e segs.

<sup>27</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 51-2.

<sup>28</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 53.

<sup>29</sup> Acerca deste item, o Relatório destaca, entre outros, quanto ao Bénin, a estátua do rei Ghézo, as quatro portas do palácio real, bem como os tronos dos monarcas Glèlè e Ghézo. No que respeita ao Senegal, as peças correspondentes ao saque de Ségou, relativo ao tesouro d' El Hadj. No tocante ao Mali, os bens recolhidos pelas missões Laboutet (1932); Dakar-Djibouti (1931-1933); Sahara-Sudão (1935) e Níger-Lago Iro (1938-1939). Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 55 e segs.

<sup>30</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 54.

inventário, sugere a partilha numérica e uma intensiva concertação transcontinental<sup>31</sup>. Por fim, numa terceira etapa (desde Novembro de 2022), indica uma série de medidas destinadas a afastar a impressão de que a janela aberta, no discurso de Ouagadougou, se havia dissipado com rapidez. Podendo acolher, naturalmente, outros pedidos de restituição, para além do supra-mencionado prazo de cinco anos<sup>32</sup>.

O Relatório adverte que a restituição supõe a modificação do Código do Património e do Código Geral da Propriedade das Pessoas Públicas (CGPPP ou CG3P), com evidentes consequências no incontornável princípio da inalienabilidade das colecções públicas<sup>33</sup>. Nessa medida, sugere a introdução de um novo capítulo dirigido à restituição, fundado num prévio acordo bilateral de cooperação cultural com as antigas colónias, protectorados ou outros territórios administrados pela República Francesa<sup>34</sup>. Ademais, faz notar que as obras pilhadas, durante a ocupação nazi, nunca foram integradas nas colecções públicas, no intuito de acautelar uma posterior restituição aos seus legítimos proprietários<sup>35</sup>.

#### 4. Impacto do Relatório Macron

O Relatório foi acolhido com enorme cepticismo e incredulidade, nos meios culturais franceses. Na verdade, sem pretensão de exaustividade, mencionaremos algumas tomadas de posição que reputamos de paradigmáticas. Assim, desde logo, o depoimento da historiadora Héléne Leloup, a contestar os pressupostos do Relatório, considerando que uma restituição de bens deve supor uma aquisição comprovadamente fraudulenta<sup>36</sup>. Ora, Leloup acrescenta ter presenciado diversas aquisições de arte africana, desde os anos cinquenta do século XX, que ocorreram na Guiné, Costa do Marfim e Mali sem ter observado ou sequer tomado conhecimento de um qualquer saque ou de uma operação menos correcta ou ilícita<sup>37</sup>. Por seu turno, num outro enfoque, o jurista Yves-Bernard Debie, numa intervenção proferida, no âmbito de um Colóquio sobre o tema<sup>38</sup>, manifestou fundadas reservas acerca das directivas do Relatório,

<sup>31</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., pp. 57 e segs.

<sup>32</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 59.

<sup>33</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 61.

<sup>34</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution* cit., p. 67.

<sup>35</sup> Cf. FELWINE SARR, BÉNÉDICTE SAVOY, *Rapport sur la Restitution...op. cit.*, p. 63.

<sup>36</sup> Cf. Entrevista de Héléne Leloup, ao Jornal Le Point- Culture, em 19 de Novembro de 2018.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Colóquio intitulado: “Quel Avenir pour les Arts Anciens d’ Afrique, d’ Oceanie et d’ Ameriques?”, realizado em Paris, em Dezembro de 2018.

em face do direito vigente, designadamente no que dizia respeito à inalienabilidade de bens culturais pertencentes a museus públicos franceses<sup>39</sup>.

Stéphane Martin, director do Museu Quai Branly-Chirac, quando é ouvido na Comissão Parlamentar de Educação, em 19 de Fevereiro de 2020, confirma que os museus do Ocidente possuem inúmeros objectos africanos<sup>40</sup>. Concede ainda que o apresamento de bens, em consequência do direito de guerra, não deve ser imutável ou sequer alcandorado a direito natural<sup>41</sup>. Dito isto, acentua, com estranheza, o facto de o Relatório ter sido solicitado a duas pessoas, Sarr e Savoy, sem relação profissional com os bens museológicos<sup>42</sup>. Também considera extraordinário entender o museu enquanto invenção ocidental ou um lugar de crime. Com efeito, em sua opinião, o Relatório parece assentar no pressuposto de que os bens haviam sido adquiridos com violência, no intuito de lançar uma reprovação generalizada contra os bens culturais adquiridos antes de 1962.

Martin considera essencial promover a urgente formulação de princípios éticos e jurídicos que permitam identificar os objectos que devem integrar as colecções museológicas. Porque, como explica a propósito da estátua do deus Gou, reclamada pela República do Benin, a obra teria sido esculpida por um prisioneiro de um reino vizinho. A seguir, abandonada numa praia e apenas, em momento ulterior, foi recuperada por um capitão francês. Consequentemente, haveria tanto a esclarecer sobre a nacionalidade daquela estátua, como acerca da nacionalidade da Gioconda, exposta no Louvre. Martin recorda ainda que os museus não são os proprietários das colecções, mas o Estado. No tocante aos bens públicos, eles são sujeitos a estritos princípios de inalienabilidade e de impenhorabilidade<sup>43</sup>.

Defende ainda Martin a necessidade de olhar para o que tem sucedido, noutros países. Em conformidade, não só alude à resistência britânica em devolver os frisos do Parténon, como ao que aconteceu com as obras restituídas pelos belgas que, mais tarde, acabaram por ser revendidas, no mercado de arte. Realça ainda as nefastas consequências da entrada em vigor do preceituado no NAGPRA (*Native American Graves Protection and Repatriation Act*), com consequente destruição e desaparecimento subsequente de objectos funerários de inegável valor artístico e cultural. Por outro lado, se alude à carência de pessoal dos museus africanos, principalmente quanto à necessidade de formar os con-

<sup>39</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=llbo5KwiqY0>

<sup>40</sup> <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20200217/cult.html>

<sup>41</sup> Idem

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Idem.

servadores e de lhes propiciar carreiras decentes e apelativas, realça o sucesso do projecto do Louvre-Abu Dhabi, havendo que o replicar noutras paragens<sup>44</sup>.

Apesar destes reparos, Macron mostrou não ter desistido da orientação do discurso de Novembro de 2017, enfatizada, subsequentemente, pelo Relatório de Sarr e Savoy. Com efeito, fez aprovar, no Conselho de Ministros de 15 de Julho de 2020, um Projecto de Lei sobre a Restituição de Bens Culturais ao Benim e ao Senegal<sup>45</sup>. Nestes termos, aquele Projecto procura derogar o princípio da inalienabilidade dos bens públicos, permitindo a transferência e consequente autorização de saída para a República do Benim, de vinte e seis obras do tesouro de Abomey, resultantes da doação do general Alfred Dodds (1842-1922) e, para a República do Senegal, de um sabre e respectiva bainha, atribuído El Hadj Oumar Tall, resultante da doação efectuada pelo general Louis Archinard (1850-1932)<sup>46</sup>.

Compreensivelmente, as críticas não esmoreceram perante esta iniciativa presidencial e governamental. Aliás, logo no dia seguinte, Rykner sublinha a mistificação histórica em que se apoiam as directrizes do recente Projecto. Em conformidade, acerca das obras trazidas pelo coronel Dodds, recorda que os objectos foram salvos de um incêndio, provocado por Béhanzi, na sequência de uma batalha destinada à libertação de escravos, aprisionados pelo monarca escravagista do Dahomey<sup>47</sup>. Por conseguinte, entende ser estranha e injustificável qualquer restituição, uma vez que o Estado, no momento daquela factuabilidade, sequer existia<sup>48</sup>. Por outro lado, acerca da devolução do sabre, porque Hadj Oumar Tall teria sido jihaddista, sublinha que o Presidente Macron acaba por homenagear o modelo que os soldados franceses combatem, na actualidade<sup>49</sup>.

Aliás, exactamente sobre este assunto, Yves-Bernard Debie escreveu, alguns meses antes, que Oumar Tall fora o guia espiritual de uma das primeiras guerras-santas islâmicas que a África ocidental conheceu, no decurso do século XIX<sup>50</sup>. Pois Hadj Oumar Tall utilizara o terror como arma, massacrando

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2020-07-15/restitution-de-biens-culturels-au-benin-et-au-senegal-?utm\\_source=emailing&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=conseil\\_ministre\\_20200715](https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2020-07-15/restitution-de-biens-culturels-au-benin-et-au-senegal-?utm_source=emailing&utm_medium=email&utm_campaign=conseil_ministre_20200715)

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Cf. DIDIER RYKNER, Restitutions: Un Project de Loi Basé sur des Falsifications de l' Histoire, *La Tribune de l' Art*, Julho, 2020, pp. 1 e segs.

<sup>48</sup> Cf. DIDIER RYKNER, Restitutions cit., p. 2

<sup>49</sup> Cf. DIDIER RYKNER, "Restitutions cit., pp. 2-3.

<sup>50</sup> Cf. YVES-BERNARD DEBIE, La Restitution du Sabre d' El Hadj Oumar Tall: Un Périlleux Galop d' Essai au Mépris du Droit ed de l' Histoire, *La Tribune de l' Art*, Novembro, 2019, pp. 1 e segs.

homens, reduzindo à escravidão mulheres, utilizando, de modo reiterado, o roubo e o saque, sobretudo no que respeita a populações animistas<sup>51</sup>. Logicamente, Debie entende ser paradoxal que o Governo francês pretenda, num dia, restituir o símbolo da repressão jihaddista e, no dia seguinte, participar num fórum destinado a combater tais directrizes e a promover a paz e a segurança em África<sup>52</sup>.

Como seria de supor, a controvérsia gerada pelo Relatório Macron também chegou a Portugal, com o avultar de opiniões diversificadas no que respeita à restituição do património cultural africano. A título de exemplo, mencionamos a coluna *Contraste*, do jornal *O Expresso*, que opôs os pareceres de António Sousa Ribeiro, Professor da Universidade de Coimbra, e de Luís Raposo, Presidente do ICOM<sup>53</sup>. Em vista disso, Sousa Ribeiro sublinha que os diversos objectos e artefactos africanos, encontradas nos museus europeus, foram adquiridos no âmbito de uma relação violenta de índole colonial. Acrescenta que os museus devem demonstrar a proveniência legítima dos objectos que integram o respectivo acervo, devendo negociar a devolução dos restantes. Por seu turno, Luís Raposo recorda que a maioria dos países africanos nem ratificou as Convenções relativas à restituição de bens culturais, uma vez que as respectivas elites políticas preferiram ficar com as mãos livres para abastecer o mercado de arte internacional. Ademais, questiona o verdadeiro significado de restituição de bens, tanto no tocante ao modo de apropriação, como à afeição identitária dos objectos. Aliás, sobre este tópico, interroga-se sobre a validade da polémica germânica acerca da restituição, solicitada pela Namíbia de um padrão, erguido por Diogo Cão, em 1485. Desse modo, haveria que saber se será mais adequada a restituição para a Namíbia ou para o país de origem, no caso, Portugal?

Compreensivelmente, esta controvérsia tem feito o seu caminho, motivando reflexões de académicos, directores de museus e até de responsáveis políticos. Assim, quanto a estes últimos, devemos sublinhar as afirmações de Leopoldo Amado, Comissário para a Educação da CEDEAO (Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental), no sentido de admitir que o assunto se encontra mais avançado no espaço francófono ou angófono do que nos países lusófonos<sup>54</sup>. Bem como as propostas do LIVRE e do PAN sobre a devolução do património cultural das ex-colónias, prontamente contrariadas pelo líder do CHEGA, através de observações irónicas e alegadamente racistas.

<sup>51</sup> Cf. YVES-BERNARD DEBIE, *La Restitution* cit., pp. 4-5.

<sup>52</sup> Cf. YVES-BERNARD DEBIE, *La Restitution* cit., p. 5.

<sup>53</sup> Cf. Duelo, *Expresso*, 15 de Dezembro de 2018, p. 7.

<sup>54</sup> Cf. entrevista de Leopoldo Amado, agência noticiosa *LUSA*, em 12 de Novembro de 2019.

Numa outra perspectiva, comentando as propostas de devolução, Paulo Costa, director do museu de etnologia, defende a necessidade de dilucidar as obras retiradas com recurso a roubo, furto ou pilhagem, das peças trazidas no âmbito de aquisições lícitas e de investigações, de modo a ilustrar os hábitos e os modos de vida de outros países e de outras culturas<sup>55</sup>.

## 5. Conclusões

Se a comerciabilidade não é característica da realidade, não deixa de ser importante estudar a qualidade e o alcance das restrições ao comércio de bens culturais. E de entre estas, a par com a preferência cultural, a exportação ou a importação, a restituição é um aspecto central e muitíssimo actual da protecção de bens culturais móveis. Ora, sobre este aspecto, além de importantes estudos acerca das prescrições repositivas insertas nas Convenções da UNESCO e do UNIDROIT, na Directiva da UE, nos vectores da *Due Diligence*, o Relatório Macron e as consequências que daí emergem assumem inegável preponderância.

Além disso, em época de pandemia, sobressai, de modo incontornável, a importância dos objectos corpóreos, defronte da vulnerabilidade da vida humana. Assim, do conjunto daqueles objectos, avultam, inegavelmente, os bens culturais materiais. São eles que, para além de uma inegável durabilidade estrutural, transportam um testemunho autêntico e um indelével valor de civilização e de cultura. Testemunho daqueles, os humanos, que são, afinal, os actores do aproveitamento desta categoria de coisas corpóreas. Ao utilizarem e transformarem, de algum modo, tais coisas, porque elas irão perdurar, transportarão o nosso testemunho identitário. Tal qual cápsula do tempo. Será um veículo de informação intemporal e eterno, daquilo que se acredita ser contingente e efémero.

6 de Outubro de 2020

<sup>55</sup> Cf. entrevista de Paulo Costa, jornal *Diário de Notícias*, em 28 de Janeiro de 2020.



## *A responsabilidade civil do locatário por violação de deveres no tráfego no ordenamento jurídico português*

JOANA COSTA LOPES\*

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enquadramento da responsabilidade civil por violação dos deveres no tráfego: 2.1. Origem dos deveres no tráfego; 2.2. Breves considerações em torno da responsabilidade civil por deveres no tráfego; 2.3. Fundamentos de imputação e o conteúdo dos deveres no tráfego; 2.4. Critérios constitutivos dos deveres no tráfego. 3. As particularidades do contrato de locação e a posse do locatário: 3.1. Enquadramento do problema no regime do contrato de locação: 3.1.1. Natureza jurídica do direito do locatário: 3.1.1.1. Teorias obrigacionistas; 3.1.1.2. Teorias reais; 3.1.1.3. Teorias intermédias; 3.1.1.4. Posição adotada; 3.1.2. A posse/detenção do locatário. 4. Os deveres no tráfego na locação e a eventual responsabilidade civil do locatário pela sua violação: 4.1. A responsabilidade civil por um campo delimitado na locação; 4.2. Da abertura ou tolerância de tráfego como critério constitutivo de imputação. 5. Conclusões.*

**RESUMO:** o presente estudo tem como objetivo demonstrar que com o cumprimento da obrigação de entrega por parte do locador, o locatário adquire a posse da coisa locada, e com esta se transferem os deveres de cuidado sobre a coisa, respondendo o locatário apenas se violar estes deveres e se causar danos a terceiros.

\* Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Mestranda em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O texto que ora se publica corresponde, com algumas adaptações, ao Relatório de Direito Civil, elaborado no âmbito do Seminário de Direito Civil, lecionado pelo Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro e pela Senhora Professora Doutora Maria Raquel Rei, no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídicas.

Um agradecimento académico é devido ao Dr. Dinis Braz Teixeira.

O presente texto é dedicado aos meus alunos de Teoria Geral do Direito Civil I e II do ano letivo 2018/2019 e 2019/2020.

*O Direito* 152.º (2020), IV, 707-758

De outro modo, se o locatário agir em conformidade com os deveres de cuidado decorrentes do controlo material da coisa locada e agir com a máxima diligência, este não responderá civilmente pelos danos provocados pela coisa locada.

ABSTRACT: The purpose of this study is to demonstrate that with the lessor's compliance with the delivery obligation, the lessee acquires possession of the leased property, and with it the duties of care over the property are transferred, being the lessee only liable if he violates these duties and causes damage to third parties. Otherwise, if the lessee acts in accordance with the duties of care arising from the material control of the leased property and acts with the utmost diligence, the latter shall not be liable civilly for damages caused by the leased property.

## 1. Introdução

I. Geralmente, o reconhecimento pelo Direito da possibilidade de exclusivo aproveitamento de um bem é acompanhado por um conjunto de situações passivas inerentes àquela vantagem. Referimo-nos, em concreto, aos deveres de tráfego. Noutros termos, uma vez que o Direito reserva o aproveitamento de determinados bens a determinados sujeitos, dele excluindo os demais, há uma teia de situações passivas que se constitui na esfera do beneficiário desta afetação. Porém, como veremos adiante, não podemos arvorar esta figura na destinação, em exclusivo, pelo Direito de determinadas vantagens a certos sujeitos, porquanto estes deveres não acompanham, necessariamente, o título formal sobre a coisa. Efetivamente, estes podem se constituir ou transferir à revelia do direito real que regula o domínio da coisa, passando a vincular o locatário, ainda que o contrato seja nulo, ou o beneficiário da usucapião, independentemente da anterior propriedade que incidia sobre o bem. Com a celebração do contrato de locação, o locatário passa a ter o controlo fático da coisa locada, colocando-se o problema de saber como é que este pode ser civilmente responsável pela violação de deveres no tráfego, visto que tem a posse de uma coisa corpórea e, em determinados casos essa coisa, se não for devidamente fiscalizada e controlada, pode gerar danos na esfera jurídica de terceiros.

Como podemos desde já antever, este estudo convoca a análise de problemas complexos, nomeadamente no que concerne à responsabilidade civil do locatário quando há sobre a coisa locada uma fonte de perigo e, em simultâneo, uma abertura do tráfego, onde a circulação de terceiros é mais provável e onde a probabilidade de ocorrência de danos também o é, ou quando há a violação, por parte do locatário, de um dever geral de cuidado que acaba por gerar perigos sobre a coisa locada e que pode afetar terceiros.

*O Direito* 152.º (2020), IV, 707-758

II. A tese que se irá tentar demonstrar no presente artigo é a *de que com o cumprimento da obrigação de entrega por parte do locador, o locatário adquire a posse da coisa locada e com esta transferem-se deveres no tráfego, nomeadamente o dever de cuidado sobre esta*, no entanto o locatário apenas responderá civilmente se o violar. De outro modo, agindo em conformidade e verificando-se um facto lesivo à mesma, não responde, ainda que estivesse sujeito a um dever no tráfego, já que o cumpriu porquanto foi diligente. Para comprovar a tese proposta procuraremos determinar em que casos é que o locatário pode ser responsável perante terceiros pela violação de deveres no tráfego em relação à coisa locada.

Constituindo uma das primeiras dificuldades a polissemia do conceito de deveres no tráfego Antunes Varela, quanto tratou do tema (*infra* 1.1), utilizou o conceito de “*deveres de prevenção do perigo*”<sup>1</sup> para tratar o fenómeno dos deveres no tráfego, tendo sido criticado por Menezes Cordeiro por ser demasiado estreito, visto que os deveres no tráfego não se resumem só a prevenir perigos<sup>2</sup>, mas também surgem, como lembra Rui Ataíde, para conduzir um perigo (ex. paradigmático é o que consta do artigo 493.º/2 do Código Civil doravante “CC”)<sup>3</sup> ou para o suprimir.

Há, assim, dois tipos de deveres no tráfego: os de carácter preventivo ou supressivo, cujo o objetivo é cumprir com deveres de cuidado sobre uma coisa ou pessoa, de forma a evitar danos para terceiros, quando não haja um “perigo” inicial e apenas se constituindo se alguém violar um dever de cuidado<sup>4</sup>, e os que surgem para a condução de um perigo, sendo aqui o elemento “perigo” aferido a “*priori*”<sup>5</sup> uma vez que a sua fonte é perigosa, independentemente de qualquer comportamento<sup>6</sup>. Aproximam-se, contudo, pelo facto de, em ambos

<sup>1</sup> Cf. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 114 (1981), p. 78.

<sup>2</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 393 (nota 1375).

<sup>3</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288.

<sup>4</sup> Nestes casos o perigo, apesar de não provir de uma fonte perigosa, provém de uma cautela desadequada em relação ao objeto, como sucede com o incumprimento ou mau cumprimento dos deveres de construção e conservação de edifícios ou outras obras ou a falta ou deficiente vigilância de coisas móveis ou imóveis. Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 636.

<sup>5</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-nov.-2016 (Relator FONSECA RAMOS), Processo n.º 820/07.5TBMCN.P1.S1, disponível em dgsi.pt. Nestes casos, diz-nos RUI ATAÍDE, que o escopo deste tipo de deveres é gestoriano, mantendo o perigo dentro de patamares razoáveis de segurança, pois não há como preveni-lo ou eliminá-lo. Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, 2019, p. 637.

<sup>6</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 637.

os tipos, o perigo ser o pressuposto comum: no primeiro porque se destina a evitá-lo ou a suprimi-lo, e no segundo porque se destina a conduzi-lo<sup>7</sup>.

III. Assim, a questão que se irá tentar responder neste estudo, é se o locatário, cumprida a obrigação de entrega da coisa locada por parte do locador, fica incumbido de um dever de prevenção dos perigos da coisa locada, ou seja, se fica adstrito a deveres no tráfego em relação à coisa cujo o domínio de facto lhe pertence<sup>8</sup>.

Para responder a esta questão, é essencial percorrer primeiro o regime jurídico do contrato de locação: as suas características, a natureza jurídica do direito do locatário, os direitos e os deveres das partes, nomeadamente, interessa-nos aprofundar a obrigação de *entrega* da coisa locada a cargo do locador (cf. alínea *a*) do artigo 1031.º do CC) uma vez que o cumprimento desta obrigação implica a transferência para o locatário, de uma posse de âmbito reduzido, correspondente ao seu próprio direito e de uma detenção ampla em termos de propriedade<sup>9</sup>. Conforme veremos, o regime da posse na locação é fundamental visto que o locatário fica com o controlo fáctico da coisa locada, abdicando o locador desse mesmo controlo. Através desta análise prévia procuraremos identificar os casos em que o locatário assume estes deveres em relação à propriedade do locador e perceber em que casos é que os danos sofridos por terceiros ao contrato de locação se podem imputar individualmente ao locatário, ou em simultâneo ao locatário e ao locador numa lógica de concurso de responsabilidade.

## 2. Enquadramento da responsabilidade civil por violação dos deveres no tráfego

### 2.1. *Origem dos deveres no tráfego*

I. O nosso primeiro obstáculo é saber onde os fundar. Efetivamente, partindo de um entendimento mais apriorístico, poderíamos explicar os deveres

<sup>7</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 635.

<sup>8</sup> CARNEIRO DA FRADA dá precisamente o exemplo do contrato de locação para fundamentar (originariamente) a responsabilidade civil do locatário por violação de deveres no tráfego (conjugando, e iremos aprofundar *infra* com os deveres acessórios de proteção), referindo que o locatário é responsável se não comunicar ao locador que a coisa corria determinados perigos. Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 172.

<sup>9</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 493. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 731.

no tráfego como uma situação passiva inerente ao reconhecimento pelo ordenamento jurídico do domínio exclusivo sobre um bem: uma vez que o Direito me destina o aproveitamento corpóreo de determinado bem e me reconhece como única pessoa legitimada para o fazer, com exclusão dos demais, estaria obrigada a zelar pela sua não produção de danos para terceiros. Assim, caso adquirisse um imóvel deteriorado e parte da varanda caísse sobre um automóvel ou um transeunte, porque o aproveitamento do bem me estava destinado e eu era a única pessoa que dele poderia extrair algum proveito, caber-me-ia a mim assumir o risco inerente.

Contudo, de acordo com esta construção, o surgimento dos deveres de tráfego na esfera do adquirente estaria sempre dependente da validade formal e substancial do título aquisitivo. Assim, no mesmo exemplo, se alguém comprasse um imóvel por escrito particular e nele habitasse durante dez anos, o mesmo dano não deveria ser ressarcido por esse sujeito, mas pela sua contraparte negocial da década anterior, porquanto o negócio era nulo, não produzindo efeitos. Assim, não havendo o reconhecimento do aproveitamento exclusivo do bem, não se constituía esta situação passiva inerente na esfera do primeiro contraente, o que demonstra a falência da construção. Há, assim, que deslocar o centro de gravidade do problema da *propriedade* para a *posse*. Com efeito, a incidência dos deveres no tráfego não depende tanto de quem detém formalmente o título do domínio sobre a coisa, mas sim de quem exerce o domínio sobre a coisa, como iremos demonstrar ao longo do presente texto.

II. No Direito Civil<sup>10</sup>, a responsabilidade civil por violação dos deveres no tráfego foi introduzida pela via judicial alemã, nos inícios do séc. XX, através de duas decisões proferidas pelo *Reichsgericht* (RG)<sup>11</sup>: a primeira em 1902 (RG de 30-out.- 1902), onde o proprietário de uma árvore podre que caiu num

<sup>10</sup> A doutrina nos deveres no tráfego tem a sua origem contemporânea no Direito Penal, no artigo § 367/12 do StGB, segundo o qual é punido quem que, “em estradas, caminhos ou praças públicas, em pátios, em casas e, em geral, em locais onde circulem pessoas, deixe poços, caves, fossas, aberturas ou escarpas de tal modo escondidas ou descuidadas que possa, daí, haver perigo para outrem”. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 832. Sobre a evolução histórico-dogmática da responsabilidade civil e dos deveres no tráfego, Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 63-241.

<sup>11</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 833, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 394. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 572. *Vide* também RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 13.

caminho público, causando danos num edifício do autor<sup>12</sup>, foi julgado responsável pelos danos causados com fundamento numa omissão ilícita, abrangida pelo § 823,1 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (doravante BGB), que corresponde ao nosso artigo 483.º do CC<sup>13</sup>; e a segunda em 1903 (RG de 23-fev.-1903)<sup>14</sup>, que absolveu um município da responsabilidade pelos danos sofridos por um transeunte com uma queda nas escadas públicas, uma vez que estas não haviam sido convenientemente limpas de neve e de gelo, pelo que o município não podia ser responsabilizado por essa falha, visto que o dever de limpar o gelo, criado pelo próprio município sobre análise, somente incumbia aos proprietários de terrenos confinantes com a rua<sup>15</sup>.

Estas decisões têm em comum o facto de se centrarem na determinação das condutas necessárias para prevenir perigos, quando é possível impedir a sua criação de raiz<sup>16</sup> e de tratarem de situações que fazem incorrer o lesante em responsabilidade por omissão pelos danos provocados a terceiros, alargando-se o âmbito de aplicação do § 823 do BGB, visto que o preceito era demasiado restrito ao exigir a intervenção ativa do lesante num dos direitos ou bens jurídicos protegidos do lesado<sup>17</sup>.

III. Entre os casos de criação de uma fonte de riscos aparece desde cedo a abertura de um tráfego em caminhos, prédios ou edifícios, como critério de imputação de responsabilidade<sup>18</sup>. Foi a este propósito que nasceram os primeiros deveres no tráfego, então denominados “*deveres de segurança do tráfego*”, aqui ideia inicial era tornar a utilização segura, através a aplanção de irregularida-

<sup>12</sup> Com base no artigo § 836.º do BGB. Este artigo corresponde, no ordenamento jurídico português ao disposto no artigo 492.º do Código Civil (danos causados por edifícios ou outras obras). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 572.

Foi exatamente em 1902 que o *Reichsgericht* se afastou do arquétipo da irrelevância jurídica da omissão para efeitos da responsabilidade delitual existente no BGB, na decisão RG 30-out.-1902, RGZ 52 (1903), Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Universidade de Direito da Faculdade de Lisboa, 2007, p. 487. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 13-14.

<sup>13</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 13.

<sup>14</sup> RG 23-fev.-1903, RGZ 54 (1903) *apud* Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 572. (1903), Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 14 (nota 2).

<sup>15</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, 2019, p. 14 (nota 2).

<sup>16</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, 2019, p. 15.

<sup>17</sup> Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Universidade de Direito da Faculdade de Lisboa, 2007, p. 487.

<sup>18</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, p. 309.

des, construção de escadas com corrimões, tapar buracos, numa estrada, num prédio ou num edifício onde alguém tenha procedido à abertura ou tolerância do seu tráfego a terceiros. Vê-se que o ponto de apoio para o desenvolvimento desta orientação reside inicialmente numa só ação: um agir positivo, gerador de perigos para bens jurídicos protegidos. Nota-se ainda que os delitos cometidos através da omissão da imposta segurança no tráfego só estão mais próximos dos de comissão por ação do que outros delitos de omissão pura, na medida em que estes não pressupõem a criação de um perigo provocado por um ato positivo<sup>19</sup>, no entanto esta posição foi sendo reformulada até que se consagrou a possibilidade da violação um dever no tráfego poder resultar não só do facto de alguém dar origem a uma fonte de perigos mas também, segundo a fórmula usual, de mandar ou deixar perdurar uma situação de perigo, assim como a diferença entre a violação de um dever de agir resultante de uma anterior ação geradora de perigos e o dever de omitir o comportamento perigoso é muitas vezes evanescente, não admira, que e segundo Sinde Monteiro, sob a construção de delitos de omissão, se tenham criado deveres de segurança cujo objeto é agir positivo e não uma omissão<sup>20</sup>.

IV. Entre nós, a reflexão sobre os deveres no tráfego surgiu pela primeira vez nos trabalhos preparatórios do Código Civil de Vaz Serra<sup>21</sup>, mais tarde desenvolvida com a anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, por Antunes Varela. De acordo com Antunes Varela, o Tribunal partia da ideia de que sobre cada um de nós recai o *dever geral de não expor os outros a mais riscos ou perigos de dano do que aqueles que são, em princípio, inevitáveis*<sup>22</sup>. Este dever geral começou por ser invocado pelos tribunais alemães para responsabilizar todos aqueles que, por virtude da sua inatividade, davam origem a que outrem sofresse danos físicos ou patrimoniais, tendo mais tarde se reconhecido que um dever de agir, como o protagonizado pelo dever geral de prevenção de um perigo, não podia ser generalizado a todas as situações de perigo observáveis por um terceiro para não exceder os limites impostos pela liberdade individual. Atentemos no exemplo de Antunes Varela: “*pessoa que*

<sup>19</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, p. 309.

<sup>20</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, p. 309.

<sup>21</sup> Cfr. VAZ SERRA, *Obrigação de indemnizar (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização)*. *Direito da Abstenção e de Remoção*, in Separata do BMJ n.º 83-84, 1959, p. 108-122.

<sup>22</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 114 (1981), p. 78.

*vendo o ébrio atravessar a rua, se apercebe do risco iminente de ele ser atropelado, sendo que poderá impedi-lo se quiser, mas não tem o dever jurídico de fazê-lo*<sup>23</sup>.

V. Afinal de contas, em que casos é que podemos falar de um “dever geral de prevenção um perigo”? De acordo com Antunes Varela, há dois casos típicos: os casos em que o dever geral de prevenção de perigo surge de uma obrigação legal ou contratual de assistência ou vigilância (casos que cabem na previsão do artigo 486.º do CC) e os casos em que o perigo do dano não resulta de uma circunstância fortuita ou de força maior, mas de um facto especial praticado ou mantido por determinada pessoa. A título de exemplo, o Autor lembra que “*se alguém, no caminho particular que conduz à casa da sua quinta, tiver construído uma pequena ponte por onde as pessoas transitam, terá de utilizar na construção do tabuleiro – e manter, depois da construção – pranchas firmes que impeçam a derrocada da obra, sob pena de responder pelos danos que terceiros venham a sofrer*”<sup>24</sup>.

VI. Em relação aos casos em que haja um dever legal ou obrigacional de assistência ou de vigilância, o Direito Português prevê a responsabilidade pelos danos provenientes da omissão no artigo 486.º do CC. Quanto ao segundo tipo de casos, não existe nenhum preceito legal direto que os resolva, mas há um conjunto de artigos (492.º, 493.º, 502.º, 1347.º, 1348.º, 1349.º, 1350.º (...) do CC) que podem ser considerados “*simples afloramentos dum princípio geral de recorte mais amplo, semelhante ao que tem sido aceite na jurisprudência e doutrina germânicas*”<sup>25</sup>, mandatando o princípio geral que a pessoa que cria ou mantém uma situação especial de perigo tem o dever jurídico de agir, toma as providências necessárias para prevenir os danos com ela relacionados<sup>26</sup>.

VII. Foi desta primeira construção que a doutrina retirou os três aspetos fundamentais que marcaram o tratamento subsequente dos deveres no tráfico no ordenamento jurídico português, neste sentido a doutrina subsequente

<sup>23</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 114 (1981), p. 78.

<sup>24</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 114 (1981), p. 78.

<sup>25</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 114 (1981), p. 41

<sup>26</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 114 (1981), p. 79. Sobre a anotação por ANTUNES VARELA vide também MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 832-833, e Cfr. NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil*, in *Separata do Livro Estudos em Homenagem a FRANCISCO JOSÉ VELOZO*, Braga, 2002, p. 521.

focou-se no i) facto da apresentação por Antunes Varela se ter concentrado no campo restrito das omissões<sup>27</sup>, ii) na conceção de deveres no tráfego assentar numa legitimidade sistemática destes deveres, porquanto a existência de uma cláusula geral que concerne ao exercício de atividades perigosas (cf. artigo 493.º/2 do CC) revela que a sua matriz contemporânea reside na *condução dos perigos* e não na sua *prevenção*, como resulta do alargamento das atividades perigosas, e por fim focou-se iii) na recondução do tratamento dos deveres no tráfego a um “princípio jurídico geral”, sem se firmar a sua conexão com o disposto no artigo 483.º do CC<sup>28</sup>.

VIII. A análise da anotação ao Acórdão do STJ de Antunes Varela e estes aspetos vinculados por Rui Ataíde são essenciais para o tratamento dogmático dos deveres no tráfego, uma vez que a jurisprudência subsequente adotou, sem mais, a aludida construção, remetendo a violação dos deveres no tráfego para a responsabilidade por omissões (principalmente), à luz do artigo 486.º do CC, ou para o “princípio geral de prevenção de um perigo”<sup>29</sup>, sem se fazer menção à responsabilidade civil aquiliana que consta no artigo 483.º do CC. A consequência deste tratamento doutrinário é em grande medida a prevalência de uma conceção fragmentária dos deveres no tráfego, uma vez que estes não são aproveitados como instrumento teórico geral de imputação aquiliana<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Exceto um parágrafo em que o autor dá um exemplo de violações mediatas, alguém que no caminho particular que conduz à casa da sua quinta, constrói uma pequena ponte por onde as pessoas transitam, terá de utilizar na construção do tabuleiro e depois na sua manutenção, pranchas firmes que impeçam a derrocada da obra, sob pena responder pelos danos que terceiros sofram: enunciando que neste caso se trata de uma infração de deveres no tráfego pela prática de ações inadequadas. Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 114 (1981), p. 41, Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 264.

<sup>28</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 264.

<sup>29</sup> A título de exemplo veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-nov.-1994 (Relator CESAR MARQUES), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13-jan.-2004 (Relator JORGE ARCANJO), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 09-nov.-2005 (Relator MONTEIRO CASIMIRO), Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-mar.-2007 (Relator PEREIRA DA SILVA), o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14-nov.-2017 (relator JORGE ARCANJO), disponíveis em dgsi.pt. Todos os acórdãos citados aludem ao *princípio geral do dever de prevenção do perigo*, sem o interligar com o artigo 483.º do CC, citando o tratamento dogmático dos deveres no tráfego de ANTUNES VARELA. Para uma análise crítica jurisprudencial quanto ao tratamento do tema, vide RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 264-265.

<sup>30</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 732.

## 2.2. Breves considerações em torno da responsabilidade civil por deveres no tráfego

I. A responsabilidade civil surge como a “situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um ato ilícito, é obrigado a indemnizar o lesado dos prejuízos que causou”<sup>31</sup>. Para se aplicar o instituto da responsabilidade civil aquiliana<sup>32</sup>, requer-se a prática de um facto humano ilícito e culposo, que tenha causado danos na esfera jurídica de alguém, e que exista um nexo de causalidade entre o facto humano e o dano<sup>33</sup>. Nos termos do artigo 483.º do CC,

<sup>31</sup> Cfr PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1995, p. 36.

<sup>32</sup> O termo “aquiliana” tem origem na *lex aquilia* que foi, um plebiscito, rogado por Aquilius, tributo da plebe, (entre 287-286 a.C ou entre 289 a 286 a.C). A *lex aquilia* compreende três artigos, o primeiro refere que se “alguém, com injúria matar um escravo ou animal doméstico quadrúpede, deve pagar, ao dono, o valor máximo que eles atingiram, esse ano, no mercado”, o artigo segundo dispõe que “o *adstipulador* que, enganado o *stipulador*, aceitasse o dinheiro deste, deveria pagar-lhe outro tanto”, e o terceiro mencionava que se “alguém, com injúria, provocar a um escravo, a uma escrava ou a um quadrúpede alheios, outro dano que não o da morte, deve pagar, ao dono, o preço que a coisa em questão atingiria, nos trinta dias subsequentes”. MENEZES CORDEIRO diz-nos que Aquílio viu o seu nome para sempre ligado ao tipo de responsabilidade extra-obrigacional, visto que dois dos artigos (1.º e 3.º) da *lex aquilia* ainda transparecem no artigo 483.º/1. Do CC, daí que se adote a nomenclatura de responsabilidade civil aquiliana. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 296-297. Vide também, a este propósito, MAX KASER, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Ed., (trad. Samuel Rodrigues/Ferdinand Hammerle), 1992, p. 286-287, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação – Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Volume I, Principia, 2013, p. 146-159, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, II (Direito das Obrigações), 5.ª Edição, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2017, p. 132-136, e GUIDO ALPA, *Trattato di Diritto Civile*, IV, La Responsabilità Civile, Giuffrè Editore, 1999, p. 26-29.

<sup>33</sup> O que não é o caso, a título de exemplo, do proprietário que não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa, nem outros bens, uma vez que, se aqui não há dano, segundo o que acima se expôs, então não há nenhum problema de responsabilidade. Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações em geral*, Vol. I, 9.ª Edição, Almedina: Coimbra, 1996, p. 619. Quanto aos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana, o seu tratamento adota a pentapartição entre facto, ilicitude, culpa, dano e causalidade. O facto (ação ou omissão) designa o ato ou facto humano que subjaz a qualquer imputação delitual, a ilicitude consiste na violação de direitos subjetivos (primeira modalidade de ilicitude) e de normas de proteção (segunda modalidade de ilicitude) por um lado e por outro ela postula que não existam causas de justificação (como a legítima defesa, ação direta, e estado de necessidade). No que concerne à ilicitude costuma-se questionar se é em relação à conduta ou ao resultado, e quanto a este ponto, diz-nos MENEZES CORDEIRO que o resultado é determinante para o próprio conhecimento da conduta, e que em termos ontológicos não é possível separar o resultado da conduta, constituindo uma unidade. Quanto à culpa, ela abarca um juízo de censurabilidade sobre o facto praticado e pode dividir-se em dolo ou negligência (mera culpa), e estes formam a culpa em sentido amplo. O dano é a supressão ou diminuição de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo Direito, e por fim, o nexo da causalidade entre o facto e o dano, onde adotamos a posição de MENEZES CORDEIRO, que defende que a causalidade enquanto pressuposto da

fala-se de indemnizar porque se procura tornar o lesado *indemne* dos prejuízos ou danos, reconstituindo a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento causador destes.

II. A responsabilidade civil que nos propomos a analisar no presente texto, diz respeito à responsabilidade por violação de deveres no tráfego, que pode resultar do domínio, mas principalmente da abertura de uma fonte de perigo pelo locatário, que tem o controlo da coisa locada, cuja violação pode criar a obrigação de indemnizar o lesado (cf. artigo 562.º do Código Civil), nomeadamente pela omissão das medidas necessárias a evitar a ocorrência de danos na esfera deste<sup>34</sup>.

Os deveres no tráfego implicam assim a necessidade de evitar uma situação de perigo ou de atuar sobre uma fonte de perigo por forma a impedir a lesão de posições jurídicas alheias<sup>35</sup>. Dogmaticamente, diz-nos Carneiro da Frada, inspirado por Dieter Medicus<sup>36</sup>, que estes preenchem a dupla função de seu fundamento, estabelecendo os termos da responsabilidade por omissões, e de limitação, por ofensas apenas *mediatamente* causadas aos bens delitualmente protegidos<sup>37</sup>. Contudo, como vimos já, no ordenamento jurídico português não existe uma consagração legal geral que trate especificamente da violação destes

responsabilidade civil se desenvolve em quatro tempos: i) *conditio sine qua non*, ii) adequada, em termos de normalidade social ou iii) provocada pelo agente, para obter o seu fim, iv) consoante com os valores tutelados pela norma violada. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 435-550. Sobre as várias teorias sobre a causalidade, vide VAZ SERRA, *Obrigação de indemnizar (Colocação, Fontes, Dano, Nexo Causal, Extensão, Espécies de Indemnização)*. *Direito da Abstenção e de Remoção*, in Separata do BMJ n.º 83-84, 1959, p. 21-66, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação – Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Volume I, Principia, 2013, p. 77-142, RUI SOARES PEREIRA, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual – Fundamento e Limites do juízo de Condicionalidade*, Almedina, 2017, p. 261-479, RICCARDO RICCÓ, *Responsabilita' Civile, Diritto da Paolo Cendon*, Volume primo, Principi Generali e situazioni protette, UTET, 2017, p. 296-304.

<sup>34</sup> Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Universidade de Direito da Faculdade de Lisboa, 2007, p. 488

<sup>35</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 237.

<sup>36</sup> Cfr. DIETER MEDICUS, *Tratado de Las Relaciones Obrigatorias*, Vol.I, (ed. Ángel Martínez Sarrión), Bosch, 1995, p. 730.

<sup>37</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, p. 164, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 237. Cfr. NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil*, in Separata do Livro Estudos em Homenagem a FRANCISCO JOSÉ VELOZO, Braga, 2002, p. 522.

deveres no tráfego, ainda que a doutrina maioritária os reconduza à modalidade da responsabilidade civil aquiliana (cf. artigo 483.º do CC)<sup>38</sup>.

III. Esta opção pela natureza aquiliana dos deveres no tráfego<sup>39</sup> encontra-se na seguinte ordem de razões: i) quanto ao seu fundamento, os deveres no tráfego são puramente defensivos, surgindo quando alguém cria ou controla uma fonte de perigo, cabendo-lhe as medidas necessárias para prevenir ou evitar determinados danos<sup>40</sup>, ii) quanto ao escopo, têm como objetivo evitar danos, iii) quanto ao destinatário, estes não pressupõem sujeitos predeterminados, e iv) o conteúdo dos deveres no tráfego também não é predeterminado, mas sim

<sup>38</sup> Efetivamente, vale a pena lembrar que na anotação de ANTUNES VARELA ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980 não havia referência ao disposto no artigo 483.º do CC relativamente à violação dos deveres no tráfego, conclusão criticada por RUI ATAÍDE, uma vez que esta veio a influenciar o tratamento da violação destes deveres pela jurisprudência portuguesa, sem passar pelo crivo da responsabilidade civil aquiliana e dos seus pressupostos, nos termos do artigo 483.º do CC. Cfr. ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-mar.-1980, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 114 (1981), p. 79; RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 264.

<sup>39</sup> A responsabilidade civil aquiliana contrapõe-se à responsabilidade obrigacional. A responsabilidade obrigacional, tratada nos artigos 798.º e ss do CC e intervém perante a inobservância, pelo devedor, de uma obrigação, enquanto que a aquiliana intervém em face da violação ilícita e culposa de um direito ou de um interesse tutelado, nos termos do artigo 483.º do CC. Cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1995, p. 37-40, Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, 2017, p. 388. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações – Apontamentos*, AAFDL, 2014, p. 103-104. Expressamente no que diz respeito à natureza dos deveres no tráfego, veja-se que a maioria da doutrina defende a sua natureza delitual. Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 318-319, Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 237. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 589. MENEZES CORDEIRO defende atualmente que os deveres no tráfego têm natureza aquiliana, e não obrigacional, no entanto, nem sempre foi esta a sua posição, tendo defendido a natureza jurídica obrigacional dos deveres no tráfego, visto que se estaria perante a violação de deveres específicos (obrigações) e não genéricos (dever geral de respeito), com esta classificação aplicar-se-ia o disposto no artigo 799.º do CC presumindo-se a culpa do obrigado. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 835. No entanto, e apesar de ter aderido à natureza aquiliana dos deveres no tráfego posteriormente, a posição deste autor não deixa de fazer uma ressalva significativa, no que concerne à presunção de “culpa”, uma vez que constitui um toque “contratual”, que poderia justificar uma terceira via. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 589.

<sup>40</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 573.

multifacetado porque depende sempre do caso concreto e de fundamentação<sup>41</sup> (*infra* 1.3.), ao invés dos deveres obrigacionais<sup>42</sup>.

Numa outra aproximação da responsabilidade aquiliana, é ao intérprete-aplicador que cabe identificar a posição do lesante e do lesado e de formular a justificação de que outrem suporte o dano da sua violação<sup>43</sup>, ao contrário do que ocorre na responsabilidade obrigacional onde a posição jurídica a tutelar é dada previamente ao intérprete-aplicador encarregado de pronunciar o juízo de

<sup>41</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 397.

<sup>42</sup> É exatamente esta a diferença que se estabelece entre a responsabilidade civil delitual e a obrigacional uma vez que a responsabilidade delitual surge como consequência da violação de direitos absolutos, que aparecem desligados de uma qualquer relação inter-subjetiva previamente existente entre lesante e lesado, a responsabilidade obrigacional por sua vez, pressupõe a existência de uma relação inter-subjetiva como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 4.ª Edição, 2017, p. 276. *Vide* também CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 123 e ss. Também PEDRO MÚRIAS apresenta três critérios, que podem ser combinados entre si, para distinguir a responsabilidade civil delitual ou aquilina da responsabilidade contratual: i) o do carácter negocial ou não da fonte do dever em causa, ii) o da relatividade ou absolutidade do direito violado e o iii) da pré-existência de uma relação entre o lesado e o lesante. Depois de enunciar os critérios, o autor citado faz uma análise crítica destes, acabando por referir que é mais atraente a referência à fonte do dever, uma vez que os diferentes valores ou princípios na base do dever violado repercutem-se no regime dessa violação, e que se pode admitir também um tratamento diferente no que toca à distinção das responsabilidades conforme os potenciais lesante e lesado estão à partida determinados. Cfr. PEDRO MÚRIAS, *A Responsabilidade por Actos de Auxiliares e o Entendimento Dualista da Responsabilidade Civil*, Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano. XXXVII, n.º1, 1996, Lex, p. 174-175. Na responsabilidade civil extracontratual ao invés da responsabilidade civil contratual, a obrigação de indemnizar nasce em regra da violação de uma disposição legal ou de um direito absoluto que é inteiramente distinto dela. No entanto, apesar da distinção conceitual entre as duas modalidades de responsabilidade civil (extracontratual e contratual) diz-nos ANTUNES VARELA que elas não constituem, *compartimentos estanques*, ao invés admite a possibilidade de estas funcionarem como verdadeiros *vasos comunicantes*. O exemplo que autor dá para ilustrar a *comunicabilidade* (itálico nosso) entre a responsabilidade civil extracontratual e a contratual é o do acidente de viação em que o responsável é o motorista de um transporte de passageiros, que por via do acidente causa danos estes, e aqui responde por via de um ilícito contratual em relação aos passageiros, e ao atropelar transeuntes o motorista responde por um ilícito extracontratual em relação a estes últimos. Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações em geral*, Vol. I, 9.ª Edição, Almedina: Coimbra, 1996, p. 539-540. A propósito da distinção entre a responsabilidade civil obrigacional/contratual e a extracontratual/aquiliana e o concurso que pode surgir entre as duas modalidades da responsabilidade civil *vide* MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1996, p. 485-492, e em especial em relação ao concurso entre responsabilidades *vide* MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação/Estudo sobre a Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões*, Almedina: Coimbra, 1988, p. 136-159.

<sup>43</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 125.

responsabilidade, estando igualmente definida à partida a identidade do potencial lesante<sup>44</sup>.

Firmando-se, assim, a natureza aquiliana dos deveres de tráfego, a que modalidade devem os deveres de tráfego ser reconduzidos?<sup>45</sup> (cf. n.º 1 do artigo 483.º do CC) i) se à violação de um direito de outrem (primeira alternativa do n.º 1 do artigo 483.º do CC), ii) se à violação de uma norma de proteção (segunda alternativa que consta do n.º 1 do artigo 483.º do CC)<sup>46</sup>, ou se se pode reconduzir a outra cláusula geral de ilicitude, como o abuso de direito (artigo 334.º do CC)<sup>47</sup>.

Carneiro da Frada refere que a violação nos deveres no tráfego se enquadram na modalidade de ilicitude que consta da primeira parte, do n.º 1 do artigo 483.º do CC<sup>48</sup>, no entanto, como falta um conteúdo legal predeterminado aos deveres no tráfego, sendo estes ordens judiciais de conduta, podemos defender, com Rui Ataíde, que estas ordens são criadas para defender os bens jurídicos protegidos pelas duas modalidades de ilicitude que constam do artigo 483.º do CC, que correspondem, como vimos *supra*, à violação de direitos subjetivos e disposições legais destinadas à proteção de bens alheios<sup>49</sup>.

No que concerne às normas de proteção, podemos ver que estas normas regem, por exemplo, as condições de limpeza do piso das superfícies comerciais, e impõem assim a segurança do piso sem incorrer em minúcias de regulação sobre o modo como esse estado de segurança deve ser atingido, são precisamente os deveres no tráfego que vêm cumprir essa função, definindo, por exemplo, o tempo de intervalo entre as operações de limpeza, bem como o produto adequado a esse fim, por isso é que Rui Ataíde defende que os deveres no tráfego têm cariz judicial, uma vez que só se pode fixar a conduta concretamente devida, no momento da aplicação da norma legal, e só nesse momento se pode definir o exato dever no tráfego que deve ser cumprido<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 125.

<sup>45</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2004, p. 237, (nota 196).

<sup>46</sup> Posição protagonizada, como vimos, na doutrina alemã, por VON BAR. *Apud* CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 164 (nota 338), e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, p. 150.

<sup>47</sup> Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade: A Precaução como fundamento da imputação delitual?*, Almedina, 2006, p. 370.

<sup>48</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 164, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004, p. 237, (nota 196).

<sup>49</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 738.

<sup>50</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 738-739. Veja-se

### 2.3. Fundamentos de imputação e o conteúdo dos deveres no tráfego

I. Os deveres no tráfego têm natureza aquiliana e decorrem da *falta de cuidado* exigível na direção de uma determinada esfera de domínio (deveres de tráfego preventivos)<sup>51</sup> ou quando alguém controle uma fonte de perigo, cabendo-lhes então, as medidas necessárias para controlar e conduzir essa fonte de perigo<sup>52</sup> (deveres cujo objetivo é conduzir o perigo). Neste sentido “a obrigação de indemnizar pode fundar-se no incumprimento de deveres destinados a prevenir determinados perigos”<sup>53</sup>, ou seja, “no incumprimento de deveres do tráfego, os quais surgem quando alguém crie ou controle uma fonte de perigo”, cabendo ao sujeito que controla a fonte de perigo “tomar as medidas adequadas a prevenir ou evitar danos”.

II. Quanto ao conceito de perigo, adotamos uma conceção objetiva/normativa de perigo, cujas características são i) a possibilidade (ou a probabilidade) de produção de um determinado evento, por um lado, e por outro ii) o caráter danoso de tal evento<sup>54</sup>. Procedendo a uma análise negativa deste conceito,

a título de exemplo o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE), disponível em dgsi.pt, onde trata de um caso em que se manteve-se em aberto, e sem proteção, um poço, situado num terreno da propriedade do réu, numa zona rural em que era praticado o regime de caça livre, e em que a intensidade da vegetação que o recobria tirava a sua visibilidade, acabando por cair dentro dele um caçador, tendo falecido afogado. No que concerne às normas de proteção, no caso estava em vigor uma norma administrativa que impunha a obrigatoriedade do resguardo ou cobertura eficaz de poços (artigo 42.º, n.º 1 do DL n.º 310/2002 de 18 de dezembro) , e esta determina a ilicitude, em função da finalidade da tutela da ofensa de direitos particulares alheios das pessoas não sofrerem quedas desastrosas dentro deles, sendo que o afogamento do caçador verificado dentro do mesmo, se situa no âmbito dos interesses privados que a mesma visa proteger, assim por força desta norma, incumbia ao proprietário e ao arrendatário no caso, tomarem as medidas necessárias para evitar estes eventos lesivos, suprimindo ou conduzindo esse perigo à sua inofensividade, ou menor inofensividade. Este caso serve para exemplificar que não obstante existir uma norma de proteção que impõe uma determinada conduta (cumprimento de deveres no tráfego), só no caso concreto é que os deveres no tráfego que visam prevenir, suprimir ou conduzir um perigo é que podem ser concretizados.

<sup>51</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 35.

<sup>52</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 395.

<sup>53</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12-mar.-2020 (Relator FERNANDO FERNANDES FREITAS), Processo n.º 3526/16.0T8VCT.G1, disponível em dgsi.pt.

<sup>54</sup> Cfr. RUI CARLOS PEREIRA, *O Dolo de Perigo – Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjetiva nos Crimes de Perigo Concreto*, Lex, Lisboa, 1995, p. 20. FARIA E COSTA adota a posição seguida por alguma jurisprudência alemã, defendendo que haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção, este resultado é possível se se recorrer a um juízo de experiência que possa afirmar que há perigo sempre que, a situação em causa

diz-nos Rui Carlos Pereira, que não se pode falar de uma situação de perigo nos casos em que a verificação do evento danoso seja certa ou, pelo contrário, impossível<sup>55</sup>. Afastando a conceção subjetiva de perigo (concretizada na “consciência do perigo” ou pelo “temor provocado pela situação perigosa”), este deve ser entendido como algo real, objetivamente existente, e não, simplesmente, como “consciência de perigo” e quanto ao seu conteúdo o perigo tem um caráter relacional com o dano, uma vez que o perigo é sempre uma *possibilidade* ou *probabilidade* de dano<sup>56</sup>.

III. Para fechar este ponto, será por último importante pronunciarmo-nos em relação ao conceito jurídico de “cuidado”. Este conceito, quando interligado com a matéria dos deveres no tráfego diz respeito ao “cuidado externo”, entendido como o comportamento apropriado a evitar lesões jurídicas e exprime-se através dos deveres de conduta aplicáveis às circunstâncias de cada caso, cuja violação gera a ilicitude do comportamento, servindo assim a defesa dos bens jurídicos cristalizados nos chamados interesses de integridade<sup>57</sup>, porém, a este conceito contrapõe-se o “cuidado interno” que consiste na concentração

comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear. Cfr. JOSÉ FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal – Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas*, Coimbra Editora, 1992, p. 596-600. Também assim RUI ATAÍDE, que defende que o perigo consiste na “existência de um perigo, entendido como estado de coisas em que, segundo as leis da experiência, a produção de um resultado lesivo se apresenta mais provável que a sua não ocorrência” Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário, Volume II* (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 742. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, por seu turno, pronuncia-se sobre a distinção entre perigo e risco, referindo que o perigo corresponde a uma probabilidade elevada de um dano objetivo se verificar, como abordámos supra, e o risco corresponde, por sua vez, a uma probabilidade, mensurável, de uma ação desencadear um dano virtual, é segundo a autora, um perigo potencial. Cfr. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão do Risco*, Doutoramento em Direito, Ciências Jurídicas (Especialidade Direito Penal), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 49.

<sup>55</sup> Também não existe uma situação de perigo, quando a probabilidade em causa, respeitar a um evento não danoso. Cfr. RUI CARLOS PEREIRA, *O Dolo de Perigo – Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjetiva nos Crimes de Perigo Concreto*, Lex, Lisboa, 1995, p. 20.

<sup>56</sup> Cfr. RUI CARLOS PEREIRA, *O Dolo de Perigo – Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjetiva nos Crimes de Perigo Concreto*, Lex, Lisboa, 1995, p. 22.

<sup>57</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, O Cuidado entre a Ilicitude e a Culpa, in. *Responsabilidade Civil – Cinquenta anos em Portugal, Quinze anos no Brasil*, Volume II, (coord. Mafalda Miranda Barbosa/Francisco Muniz), Ed. Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 250. Também assim se pronunciam HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND referindo que quando se identifica um perigo surge o dever de desenvolver um comportamento externo adequado, a fim de evitar a ocorrência de um resultado típico, concretizando este comportamento o cuidado externo. Este dever de cuidado externo deriva da regra geral de que todos têm de se comportar de forma a evitar danos na

intelectual e na tensão psicológica dirigidas ao conhecimento das circunstâncias materiais, de modo a formar-se uma percepção correta dos factos que oriente o comportamento do agente<sup>58</sup>. Nestes sentido, Rui Ataíde, refere que o cuidado é o atributo comportamental exigido a todos quantos participam no trato social, e o *dever geral de cuidado* é o conceito abrangente dos deveres no tráfego, uma vez que estes se concretizam em deveres de conduta ativa ou omissiva destinados a prevenir, remover ou a conduzir perigos que podem concretizar-se em eventos lesivos<sup>59</sup>.

IV. Os fundamentos de imputação destes deveres surgem nas seguintes causas: i) quando há a criação do perigo por parte do lesante, este último tem o dever de tomar as medidas adequadas para evitá-lo<sup>60</sup>, e/ou controlá-lo<sup>61</sup> ii) a responsabilidade pelo espaço<sup>62</sup> ou por um campo<sup>63</sup>, que diz respeito aos casos em que alguém que controle um espaço, ou um campo, deve prevenir os perigos que lá ocorram ou possam ocorrer, nomeadamente assume os deveres

esfera jurídica de outrem. Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Editorial Comares, 5.ª Ed., (trad. MIGUEL CARDENETE), Granada, 2002, p. 624-625.

<sup>58</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 732.

<sup>59</sup> Esta orientação levada a cabo por RUI ATAÍDE trata-se de uma orientação que desvenda a essência da ação humana como *relatio* (relação), pelo que o desvalor de cuidado, enquanto não evitação, possível, de resultados proibidos, representa, justamente, segundo o autor, a negação da abertura relacional que constitui a matriz da vida em comunidade. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 36.

<sup>60</sup> O autor dá como exemplo, deste caso, a situação em que uma pessoa deixa as armas ao alcance de crianças, incorrendo sobre esta pessoa o dever de as acomodar de modo a torná-las inacessíveis, uma vez que foi esta que criou um perigo que se pode concretizar num dano na esfera jurídica das crianças. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 395.

<sup>61</sup> Este autor enquadra neste fundamento de imputação dos deveres no tráfego, as seguintes situações: i) o exercício de atividades perigosas, e ii) a vigilância de incapazes naturais, Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 463 e ss. Quanto às atividades perigosas, o seu regime consta do artigo 493.º/2 do CC. Quanto às pessoas inimputáveis diz-nos, MENEZES CORDEIRO, que estas são duplamente perigosas uma vez que podem ter condutas irracionais e imprevisíveis e não respondem (elas próprias) pelos danos causados a terceiros (cf. artigo 491.º do CC). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 588.

<sup>62</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396.

<sup>63</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 279. Este autor divide a análise da responsabilidade por um campo entre a posse de edifícios ou outras obras, a vigilância de coisas e a abertura ou tolerância de tráfego. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 287 e ss.

no tráfego quem tem a vantagem do lugar sobre controlo<sup>64</sup>, iii) a abertura ao tráfego, aqui quem tenha um local aberto ao tráfego deve garantir a sua segurança<sup>65</sup>, e a iv) a assunção de uma tarefa<sup>66</sup>, de que é exemplo a responsabilidade de um arquiteto ou um construtor pelos danos causados a terceiros decorrentes de vícios da obra<sup>67</sup>.

É verdade que algumas destas causas de imputação, podem advir de obrigações legais ou negociais – como a obrigação de vigilância do artigo 491.º do CC, a obrigação de conservação de um edifício, do artigo 492.º/n.º2 do CC ou os deveres de vigilância de coisas ou animais, do artigo 493.º do CC –, mas o que está em causa não é a proteção das partes nas relações existentes, mas sim a de terceiros<sup>68-69</sup>.

V. Quanto ao conteúdo dos deveres no tráfego, vimos que estes não são predeterminados e que se podem dividir entre deveres no tráfego preventivos ou supressivos (onde não existe uma fonte de perigo *a priori*) e deveres no tráfego que tratam de acautelar a condução de um perigo já existente<sup>70</sup>, sendo que ainda se podem concretizar mais dentro da tripartição apresentada destes deveres (preventivos, supressivos ou de condução de uma fonte de perigo já pré-existente), através da divisão que Sinde Monteiro, que apresenta, quanto ao conteúdo dos deveres no tráfego, dois tipos: i) aqueles deveres que visam possibilitar ao potencial ameaçado um lidar autoresponsável com o perigo (deveres

<sup>64</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396. Iremos aprofundar com maior detalhe no Capítulo II a propósito da celebração do contrato de locação, e do controlo fático da coisa locada por parte do locatário.

<sup>65</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396.

<sup>66</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 573 e ss.

<sup>67</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396.

<sup>68</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, 2017, p. 588.

<sup>69</sup> Este é também o entendimento da jurisprudência, quando esta refere que “(...)aos deveres de tráfego que constam dos art.os 491.º, 492.º e 493.º do C.C., subjaz a ideia de incentivar a que no momento próprio sejam tomadas as devidas precauções, e a de fazer correr, pelos beneficiários do perigo, o risco dos danos, radicando no instituto da responsabilidade civil extracontratual a obrigação de reparar os danos causados a terceiros decorrentes do incumprimento dos referidos deveres. A obrigação de indemnização fica, assim, dependente do preenchimento dos pressupostos referidos no art.º 483.º do C.C.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30-abri.-2020 (Relator FERNANDO FERNANDES FREITAS), Processo n.º 1441/16.7T8BRG.G1, disponível em dgsi.pt.

<sup>70</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288.

indiretos) e ii) os deveres que permitem atuar sobre o foco de perigo (deveres diretos)<sup>71</sup>.

VI. No que concerne ao primeiro tipo de deveres (os indiretos), integram-se os deveres destinados a possibilitar ao ameaçado enfrentar o perigo, como os deveres de aviso<sup>72</sup>, de proibição de acesso a um local de perigo<sup>73</sup> e de instrução<sup>74</sup>. No que respeita aos deveres de aviso em sentido amplo (que podem integrar os de instrução e os de proibição), estes consistem na comunicação da existência de um determinado perigo de modo eficaz (com tabuletas, letreiros, cartazes ou outros sinais reconhecíveis)<sup>75</sup>, ou quando tal não seja possível, a

<sup>71</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 321. Porém só em concreto é que se consegue identificar a sua natureza preventiva, supressiva ou condução de uma fonte de perigo já existente.

<sup>72</sup> Segundo SINDE MONTEIRO os deveres de aviso podem dividir-se entre em deveres de aviso e instrução, encontrando-se estes últimos no âmbito da responsabilidade pelo produtor, especialmente na forma de esclarecimento sobre o uso da coisa. Segundo o autor, “o aviso deve produzir um estado correspondente ao grau de segurança de um afastamento do perigo material, portanto uma situação em que não sejam necessárias outras medidas,” sendo que o principal é avisar “para perigos fora do normal, não cognoscíveis sem mais para o interessado, quando essa indicação é apropriada para afastar um homem prudente pertencente ao círculos das potenciais vítimas do foco de perigo, adaptando-se a ele com segurança.” Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 321.

<sup>73</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396. Veja-se que as proibições não deixam de implicar avisos, mas distinguem-se por imporem puras proscricções de acesso, ao contrário dos avisos em sentido estrito que, informando sobre a existência e a índolo do perigo, podem permitir que se lide com ele. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 708. Sobre os deveres de aviso e proibição de acesso a um local de perigo *vide* o que nos diz a jurisprudência “Os deveres de tráfego (para lá de uma estrada “prevenção do perigo”) materializam-se, à cabeça, em deveres de aviso e/ou de interdição de acesso a locais de perigo.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-fev.-2018 (Relator VIEIRA E CUNHA), disponível em dgsi.pt

<sup>74</sup> Diz-nos o autor que a enumeração dos exemplos é retirada da obra de VON BAR, que procede a uma larga ilustração jurisprudencial. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 834.

<sup>75</sup> Note-se que para além de um aviso eficaz (através do meio que se utiliza), também é necessário que o aviso seja conforme ao perigo em concreto, assim o aviso tem de dizer respeito à situação de perigo em concreto que se encontra sobre uma determinada coisa ou local. Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 322-323. Veja-se a título de exemplo o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-out.-2014 (Relator LOPES DO REGO) disponível em dgsi.pt, onde trata de um caso em que um menor caiu devido à perigosidade das margens do rio, referindo que sobre a Ré (Entidade que explorava turisticamente o parte natural onde estava afeto o rio) “recaia um dever de advertência clara aos utentes dos perigos para a integridade física, decorrentes de uma inconsiderada aproximação ao irregular leito do rio: e

remoção do perigo em termos materiais ou jurídicos considera-se efetuada se este comunica (avisando) o porquê de não lhe ser juridicamente ou materialmente possível a remoção deste mesmo perigo<sup>76</sup>.

No que concerne aos deveres diretos, podemos apontar os deveres de atuação sobre o foco de perigo, como os de controlo do perigo: no caso da ruína da construção, os deveres de escolha criteriosa de pessoas que lidem com o perigo e de vigilância<sup>77</sup>, no caso de uma empresa, ou entidade, onde existam perigos, deveres de formação profissional<sup>78</sup> (deveres de organização)<sup>79</sup>, deveres de cuidado e de assistência reportados a pessoas<sup>80</sup>, entre outros deveres que possam surgir.

#### 2.4. Critérios constitutivos dos deveres no tráfego

I. Cabe-nos agora procurar estabelecer alguns critérios constitutivos dos deveres no tráfego. Neste sentido poder-se-ão apontar os seguintes: i) a criação ou manutenção do perigo, ii) seguido do poder de controlo do perigo (domínio do perigo), e iii) as utilidades propiciadas pela fonte de perigo<sup>81</sup>.

tal dever de aviso, para ser eficaz, teria naturalmente de ser formalizado de forma clara e impressiva, sendo precisamente por isso que se considera insuficiente a mera advertência de que era proibido dar banho”. O Acórdão citado refere ainda um ponto interessante, é que o aviso de “proibido tomar banho”, pode ser lido pelos utentes não propriamente como advertência dos perigos para a sua integridade física que poderiam decorrer da aproximação do leito do rio, mas antes como uma proibição ditada por motivos ecológicos, apontando para a condição da água inadequada. Sobre este Acórdão *vide* também RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in Código Civil – Livro do Cinquentenário, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 740.

<sup>76</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, p. 323.

<sup>77</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 834.

<sup>78</sup> Por exemplo: um técnico que deve manter os seus conhecimentos atualizados para prevenção do perigo e da pessoa que, não podendo controlar o perigo, deve prevenir entidades competentes, Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, 2001, p. 834. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 396. Na nossa opinião, e dando exemplos ilustrativos, estes deveres no tráfego têm maior intensidade quando estão em causa entidades ou empresas que tratam de materiais perigosos para a saúde das comunidades, como as Centrais Nucleares (lembre-se do trágico acidente nuclear que ocorreu em 1986 em Chernobil), ou Centrais Petrolíferas, onde a constante formação dos trabalhadores destas entidades para prevenir os acidentes é fulcral para impedir que os perigos inerentes a estes materiais (pela sua natureza) não afetem terceiros.

<sup>79</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 713.

<sup>80</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 397.

<sup>81</sup> Existem inúmeros critérios, no entanto, devido à dimensão do presente texto não nos é possível analisar à exaustão todos os critérios apontados pela doutrina, ficando-nos pelos principais. Para

II. Quanto ao critério da criação ou manutenção de um perigo, este tem de estar associado a uma fonte sob controlo humano, e assim sendo o perigo que fundamenta a formação de um dever, tanto pode ter sido criado pelo próprio agente (tendo violado um dever de cuidado ou ingerência), como provir de uma fonte preexistente que esteja sob o seu controlo<sup>82</sup>.

III. Passando à análise do critério do domínio do perigo, podemos dizer que a pessoa que cria ou mantém fontes de perigo ou os conduz, só responde pelos os danos causados, se esse estado de coisas for acompanhado de um poder de controlo cujo conteúdo lhe permita escolher e levar a cabo as medidas necessárias para a segurança do tráfego<sup>83</sup>. A complexidade deste critério surge quando existe uma sobreposição de direitos sobre a mesma coisa, o que acontece na locação, como iremos ver *infra*, uma vez que se constituem várias esferas de domínio a cargo de diferentes sujeitos que, delimitando-se mutuamente, obrigam a averiguar a conexão entre o defeito ou anomalia de que proveio o dano e o conteúdo dos poderes de controlo, para efeitos de se determinar a pessoa a que competia cumprir o dever no tráfego<sup>84</sup>.

IV. Estes critérios da criação/manutenção ou do domínio do perigo constituem pressupostos basilares no que concerne à criação/fundamentação de

uma lista e análise exaustiva dos demais critérios constitutivos dos deveres no tráfego (a proteção da confiança, a autoproteção dos lesados, o significado das permissões legais, autorizações administrativas e regras técnicas, e o seguro de riscos) *vide* RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 632-681.

<sup>82</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Os Deveres no Tráfego*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 742. Em suma, existem situações de perigo que provêm de uma fonte não perigosa mas que não foi objeto de cautela adequada, sendo a finalidade preventiva que anima os deveres no tráfego nestes casos, e existem outras situações em que a fonte é perigosa por si mesma, independentemente de qualquer comportamento, e sobre a pessoa não recaem deveres de prevenção do perigo, mas sim deveres de cuidados de condução desse mesmo perigo. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 637.

<sup>83</sup> O conceito de domínio utilizado corresponde ao de “direção efetiva” a que recorre o artigo 503.º do CC. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 643.

<sup>84</sup> Possuidor para os efeitos do artigo 492.º/1 do CC é a pessoa a quem cabe o controlo efetivo do edifício ou outra construção, vigilante do incapaz natural, nos termos do artigo 491.º do CC, é a pessoa que encontra uma criança na rua e que se perdeu sem culpa dos pais, enquanto não a confiar à guarda das autoridades dos progenitores, pois só ela está em condições de facto de prevenir as eventuais consequências danosas de atos que a criança pratique enquanto estiver sob os seus cuidados, assim como exerce uma atividade perigosa nos termos do artigo 432.º/2 do CC, a pessoa que, mesmo contra a vontade do legítimo titular, se apodera e conduz um camião que transporta materiais inflamáveis. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 644.

deveres no tráfego, sendo que o critério das utilidades propiciadas pela fonte surge como um critério de ponderação quando o julgador possa ter dúvidas, uma vez que o dever no tráfego não depende do aproveitamento das vantagens que possam ser proporcionadas pela fonte de perigo. Neste sentido, refere Rui Ataíde que este critério tem como função demonstrar que as exigências de prevenção do perigo, ou da sua condução, são acrescidas sempre que se auferam proveitos comerciais nas atividades exercidas, ou no campo delimitado que se está explorar<sup>85</sup>.

### 3. As particularidades do contrato de locação e a posse do locatário

#### 3.1. Enquadramento do problema no regime do contrato de locação

I. Conforme resulta do anteriormente exposto, a violação de deveres no tráfego pode integrar a 1.<sup>a</sup> alternativa e a 2.<sup>a</sup> alternativa do disposto no artigo 483.º do CC, uma vez que estes deveres são tidos como deveres delituais gerais cuja conduta que é levada a cabo pelo lesante não resulta de um *ataque imediato* a bens jurídicos tutelados (como o direito de propriedade e a integridade pessoal), mas sim uma conduta que *mediatamente* produziu um determinado dano nestes mesmos bens, uma vez que não se observou um dever de cuidado que o teria evitado<sup>86</sup>. Porém, como lembra Carneiro da Frada, no campo das omissões (artigo 486.º do CC) e das ofensas *mediatas* a direitos de outrem, a ilicitude não é indiciada automaticamente pela produção adequada de uma lesão no direito de outrem, necessita primeiro de ser positivamente determinada pela ponderação de diversos fatores, o que implica a elaboração judicial de normas de conduta cujo desrespeito seja havido, em princípio, como ilícito<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Apesar de não ser um critério com o mesmo peso do da criação ou manutenção de perigo e do domínio do perigo, este pode ser importante para resolver casos de fronteira. Veja-se o caso que se discutiu no ordenamento jurídico alemão, que consistia em saber se um comerciante tal como o morador residencial tinham o dever de polvilhar a neve com sal para evitar a formação de gelo, considerou-se que o comerciante também estava encabeçado com este dever uma vez que obtinha vantagens económicas com a exploração da fonte instalada naquele espaço de tráfego. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 645-646.

<sup>86</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 307. Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 163. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 31.

<sup>87</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 165.

II. Efetivamente, como vimos *supra*, não existe nenhuma norma que imponha com caráter de generalidade uma conduta que evite a alguém a ocorrência de um prejuízo (dever de agir), assim os deveres de agir têm de ser devidamente fundamentados, e esse fundamento pode surgir nos contratos – principalmente aqueles que não se esgotam numa instantânea função de transação de bens (como o contrato de compra e venda), mas implicam uma intensa atitude de cooperação e solidariedade entre as partes (como os contratos de execução duradoura)<sup>88-89</sup>: aquele que exerce legitimamente o domínio de facto sobre uma coisa (móvel ou imóvel) há-de adotar as providências necessárias para evitar, conduzir ou suprimir os perigos que dela resultam<sup>90</sup>. Esta é uma primeira pista para fundar os deveres no tráfego no contrato de locação, uma vez que cumprida a obrigação de entrega por parte do locador, o locatário adquire o domínio e o controlo sobre a coisa locada.

<sup>88</sup> Sobre a evolução histórica e dognática geral das obrigações instantâneas e duradouras *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 559 e ss.

<sup>89</sup> No caso da locação irá interessar explorar se há uma transferência, com o contrato de locação, de determinados deveres no tráfego, uma vez que o objeto do presente estudo é saber quando é que o locatário (lesante) é responsável civilmente pela violação de deveres no tráfego, provocadas pela falta de cuidado ou negligência sobre a coisa locada, a terceiros.

<sup>90</sup> Este autor dá como exemplo, o campo dos danos subsequentes ocasionados por defeitos do objeto da prestação, assim reconhece-se atualmente que existe responsabilidade do vendedor fundada num dever geral no tráfego, quando este coloca no mercado coisas ou produtos cuja deficiência seja uma fonte de perigos. Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, p. 166. Também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, a propósito da análise do artigo 486.º do CC e refere que o contrato pode ser mais do que um elemento de delimitação da eficácia subjetiva da responsabilidade delitual, ele pode considerar-se como um fator constitutivo dessa mesma responsabilidade. Esta afirmação, diz-nos o autor, também se infere de determinadas premissas legais, uma vez que todas as omissões de deveres contratuais referidas como fundamento da responsabilidade delitual do devedor perante um terceiro mantêm a inversão do ónus da prova da negligência característica da responsabilidade obrigacional (cf. 799.º do CC), é o que acontece na omissão do dever de vigilância de pessoas (cf. artigo 491.º do CC), ou de animais (cf. artigo 493.º do CC), e na omissão do dever de conservação de edifícios (cf. n.º 2 do artigo 492.º do CC). Assim a oneração da posição do lesante (devedor) com a presunção da sua negligência quando o dever de atuar é contratualmente imposto pressupõe que a proteção reflexa de terceiros é inerente ao contrato celebrado entre devedor-lesante e o credor. Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação/Estudo sobre a Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões*, Almedina: Coimbra, 1988, p. 323-325. Neste sentido, e abordando da temática da transferência dos deveres no tráfego por via contratual *vide* RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 948.

III. A locação é um contrato que consiste na concessão temporária e remunerada de uma coisa corpórea<sup>91</sup> (cf. artigo 1022.º do CC), no qual o locador dá a coisa em locação ao locatário (cf. alínea *a*) do artigo 1031.º do CC)<sup>92</sup>, que por sua vez fica adstrito a uma retribuição (cf. alínea *a*) do artigo 1038.º do CC)<sup>93</sup>. No contrato de locação, cumprida a obrigação de entrega nos termos da alínea *a*) do artigo 1031.º do CC por parte do locador, o locatário adquire o controlo material da coisa locada e, para além do controlo, fica vinculado a um dever de manutenção ou conservação sobre a coisa locada, que o artigo 1038.º do CC não refere concretamente, mas que decorre das obrigações de não fazer uma

<sup>91</sup> No que toca ao conceito de coisas corpóreas elas são corpóreas se forem suscetíveis de serem captadas pelos sentidos. Em contraposição às coisas corpóreas existem as coisas incorpóreas que não se revelam aos sentidos, uma vez que são exteriores ao homem e existem tendo realidade objetiva, mas só são apreendidas pelo intelecto humano. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 125. Apesar de omitida no campo das classificações “oficiais” de coisas, o Código Civil português pressupõe a presente classificação no artigo 1302.º do CC “*Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste Código*”. As coisas corpóreas são assim delimitáveis e domináveis, enquanto realidades exteriores perceptíveis pelos sentidos, as coisas corpóreas sofrem a atuação humana direta, no sentido mais imediato de situação física, o ser humano pode controlá-las, com ou sem base jurídica, para além do mais as coisas corpóreas são suscetíveis de posse, e a posse traz um exercício físico sobre uma coisa perceptível pelos sentidos. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, Coisas, 3.ª Edição, Almedina, 2016, p. 156-157. Sobre o objeto do contrato de locação *vide* também ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Anotação ao artigo 1022.º do Código Civil*, in *Código Civil Anotado* (Coord. Ana Prata), Vol. I, Almedina, 2017, p. 1249. Pelo exposto podemos concluir que o regime que consta do artigo 1302.º do CC só é aplicável às coisas corpóreas e inaplicável às coisas incorpóreas. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra Editora, 1993, p. 38-39.

<sup>92</sup> A par de outras características, o contrato de locação é puramente consensual, não tendo carácter *quoad constitutionem*, uma vez que a entrega da coisa que consta da alínea *a*) do artigo 1031.º do CC não ser elemento integrante do contrato. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1986, p. 365. A obrigação de entrega da coisa pelo locador ao locatário é um acto de cumprimento do contrato, uma vez que a entrega não faz parte do conceito de locação, correspondendo, antes, ao cumprimento de uma das prestações do contrato. Cfr. PEREIRA COELHO, *Arrendamento. Direito substantivo e processual*, Coimbra, 1988, p. 16. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte Especial), Contratos*, 2.ª Edição, Almedina, 2000, p. 187. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 9.ª Edição, 2014, p. 281. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, (coord. António Menezes Cordeiro), anotação ao artigo 1031.º do Código Civil, Almedina, 2014, p. 44.

<sup>93</sup> Se não se convencionou a retribuição, o contrato não é de locação, mas sim de comodato. Cfr. PEREIRA COELHO, *Arrendamento. Direito substantivo e processual*, Coimbra, 1988, p. 13. O pagamento da renda ou aluguer é a mais elementar obrigação do locatário, constituindo a sua falta causa de resolução do contrato nos termos do artigo do artigo 1048.º do CC. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 586. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, Almedina, 8.ª Edição, 2017, p. 10.

utilização imprudente constante da alínea *d*) do artigo 1038.º do CC e de avisar o locador de vícios da coisa por parte de terceiros, prevista na alínea *h*)<sup>94</sup>.

IV. O contrato de locação tem ainda uma natureza *intuitu personae*, uma vez que a identidade do locatário nunca é indiferente ao locador, fazendo com que o vínculo locativo seja acompanhado por uma relação de confiança, esta que é comum a todas as relações contratuais duradouras<sup>95</sup> e também é um contrato sinalagmático<sup>96</sup>, uma vez que ambos os contraentes ficam sujeitos a obrigações recíprocas e interdependentes entre si: o locador tem de proporcionar o gozo da coisa (cf. alínea *b*) do artigo 1031.º do CC) e o locatário tem como correspondente a obrigação de pagar a renda ou aluguer (cf. alínea *a*) do artigo 1038.º do CC)<sup>97</sup>. Sobre a obrigação de assegurar o gozo da coisa, em particular, esta

<sup>94</sup> Cfr. JORGE PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª Ed. Revista e Atualizada, 2001, p. 57.

<sup>95</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 763.

<sup>96</sup> Sinalagmáticos são todos os negócios com vinculações reciprocamente dependentes, correspondam ou não a obrigações. Cfr. MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, *Sobre o conceito e a extensão do sinalagma*, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I, Almedina, 2008, p. 414. Quanto ao regime um contrato é sinalagmático quando o seu incumprimento faz chamar à colação as seguintes regras e princípios: o primeiro é a exceção de não cumprimento que consta do artigo 428.º do CC, e que segundo MENEZES LEITÃO, encontra-se afluída no artigo 1040.º do CC ao admitir que se o locatário sofrer privação ou diminuição do gozo da coisa locada efetue uma redução da renda proporcional ao tempo da privação ou diminuição ou à extensão deste. Outro instituto é a resolução por incumprimento, regulada no n.º 2 do artigo 801.º do CC e que tem aplicação em matéria de arrendamento urbano nos termos do artigo 1083.º do CC. Por fim aplica-se ao arrendamento urbano o instituto da caducidade do contrato por impossibilidade não culposa de uma das prestações nos termos do artigo 795.º do CC, de que constitui exemplo a caducidade do contrato por perda da coisa locada, pela expropriação por utilidade pública, e pela cessação dos serviços que determinaram a entrega da coisa locada, nos termos das alíneas *e*), *f*) e *g*) do artigo 1051.º do CC. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, Almedina, 8.ª Edição, 2017, p. 49-50.

No que diz respeito ao conceito de sinalagma, adotamos a posição de MARIA DE LURDES PEREIRA e de PEDRO MÚRIAS: um sinalagma é uma estipulação (ou determinação) com três elementos, i) cada parte vincula-se perante a outra parte, ficando esta com um “direito” à concretização da atribuição, ii) cada uma das partes vincula-se “se” e só “se” a outra vinculação se concretizar, iii) cada uma das vinculações é estabelecida “para que” a outra vinculação se concretize (a vinculação tem essa finalidade). Cfr. MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, *Sobre o conceito e a extensão do sinalagma*, in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I, Almedina, 2008, p. 414.

<sup>97</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, Almedina, 8.ª Edição, 2017, p. 49. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 9.ª Edição, 2014, p. 284. Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte Especial), Contratos*, 2.ª Edição, Almedina, 2000, p. 168. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Regime da Locação Civil e Contrato de Arrendamento Urbano*, Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume III, Direito do Arrendamento Urbano, Almedina, p. 14.

pode ser entendida de duas perspetivas: por um lado a obrigação do locador se abster de atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa (artigo 1037.º do CC)<sup>98</sup> e por outro a obrigação de fazer as reparações que sejam necessárias e pagas as despesas imprescindíveis à boa conservação da coisa, nos termos do artigo 1036.º do CC<sup>99</sup>.

Menezes Cordeiro, por seu turno, diz-nos que o disposto no artigo 1031.º, alínea *b*) do CC teve o propósito de conservar a locação no âmbito das relações obrigacionais, concretizando a definição do artigo 1022.º do CC, mas que, em virtude da natureza das realidades envolvidas, o gozo da coisa concretiza-se através da atividade de um sujeito sobre o próprio objeto<sup>100</sup>. Assim, segundo o Autor, “*assegurar o gozo*” só pode ter o sentido de abarcar as obrigações secundárias instrumentais que, para além da entrega, o locador deva assumir, para o bom funcionamento do contrato<sup>101</sup>. Esta obrigação de assegurar o gozo da coisa locada concretiza-se, em primeira linha, através do dever de abstenção do gozo por parte do locador, no entanto este último, sendo o proprietário não se alheia em definitivo da coisa, uma vez que pode acompanhá-la<sup>102</sup>.

Ora é exatamente a propósito da obrigação adstrita ao locador de assegurar o gozo da coisa, que decorre a divergência na doutrina no que concerne à natureza jurídica do direito do locatário (*infra* 3.1.1), pelo que é essencial, antes de avançarmos para o cerne do problema do presente estudo, a pronuncia e a tomada de posição acerca desta divergência. Assim a questão que se levanta é a de saber que tipo de direito é que o locatário adquire com o cumprimento da obrigação de assegurar o gozo da coisa locada, se um direito a uma prestação, e aí estamos perante um direito pessoal ou antes um direito sobre coisa, logo um direito real.

### 3.1.1. Natureza jurídica do direito do locatário

O problema jurídico que se coloca com o cumprimento da obrigação de assegurar o gozo da coisa locada por parte do locador, é o de saber que tipo de direito surge na esfera jurídica do locatário: se um direito sobre a coisa locada,

<sup>98</sup> Também assim PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1986, p. 380.

<sup>99</sup> Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte Especial)*, *Contratos*, 2.ª Edição, Almedina, 2000, p. 190. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 9.ª Edição, 2014, p. 289.

<sup>100</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 733.

<sup>101</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 733.

<sup>102</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 734.

de natureza real, se um direito a uma prestação por parte do locador, de natureza obrigacional<sup>103</sup>.

### 3.1.1.1. Teorias obrigacionistas

As teorias obrigacionistas sustentam a natureza creditícia do direito do locatário, divergindo dentro destas, quanto ao modo da sua construção<sup>104</sup>:

- a) A doutrina da *prestação positiva* entende que o locatário tem o gozo da coisa como produto de uma prestação positiva do locador (a prestação de fazer gozar<sup>105</sup>), em que o locador estaria por força da lei investido numa obrigação contínua, de prestar o gozo da coisa locada<sup>106</sup>. Esta tese é criticada por Menezes Cordeiro<sup>107</sup> e Andrade Mesquita<sup>108</sup> pela falta de base legal, pela artificialidade do argumento da existência, da parte do locador, de um *comportamento positivo contínuo*, quando na verdade o que há é um afastamento e alheamento do locador relativamente à coisa locada<sup>109</sup> e pelo facto de não ser possível conceber a mediação do locador nesta dita prestação, uma vez que o gozo advém da atividade do sujeito sobre uma coisa corpórea, de modo a desta recolher as vantagens que ela possa proporcionar<sup>110</sup>.
- b) A doutrina da *prestação negativa*, em que o locatário seria o titular de um mero direito de crédito porque apenas beneficiava da adstrição do locador a deixar gozar ou de suportar o gozo<sup>111</sup>. Conforme aponta Menezes Cordeiro, esta tese enfrenta duas dificuldades: a primeira diz respeito ao próprio fenómeno do gozo, uma vez que um simples *non facere* não é

<sup>103</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 694. MENEZES LEITÃO introduz o problema clássico em torno da natureza jurídica do locatário na classificação do contrato de locação como contrato obrigacional (e não como real *quoad effectum*). Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 10.ª Edição, 2015, p. 278-280.

<sup>104</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 695.

<sup>105</sup> Sobre a origem desta tese a propósito do artigo 1709.º do Código de Napoleão, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 694, e JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 86.

<sup>106</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 701.

<sup>107</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 695.

<sup>108</sup> Cf. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 88.

<sup>109</sup> Cf. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 88.

<sup>110</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 696.

<sup>111</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 701. Cf. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 95.

contrapartida simétrica da atividade potenciada ao locatário, e a segunda refere-se ao facto de com a adoção da *teoria da prestação negativa* não se conseguir distinguir a posição do locador de qualquer terceiro, uma vez que todos estão obrigados ao respeito pela posição do locatário (do beneficiário)<sup>112</sup>.

- c) Ainda dentro das teses obrigacionistas/personalistas, existe ainda, quem critique e se afaste da tese da prestação positiva e adote, contudo, a tese obrigacionista/personalista do direito do locatário como Januário Costa Gomes<sup>113</sup>.
- d) Dentro das teses obrigacionistas, surge uma tese que ultrapassa estas críticas à teoria da prestação positiva, defendendo uma interpretação conjunta das diversas obrigações adstritas ao locador, que concretizam a obrigação de *assegurar o gozo* enquanto durar a locação, nos termos da alínea b) do artigo 1032.º do CC, que inclui o dever de se abster da prática de atos diminutivos ou impeditivos desse gozo nos termos do artigo 1037.º do CC, o dever de efetuar reparações na coisa (artigo 1036.º do CC), responsabilizando-o contratualmente se não o fizer nos termos da alínea a) do artigo 1034.º do CC, e o dever da entrega da coisa locada nos termos da alínea a) do artigo 1031.º do CC, defendida por Galvão Telles<sup>114</sup>, José Alberto Vieira<sup>115</sup> e Pinto Furtado<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 697. Cfr. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 99. Diz-nos este último autor que a crítica verdadeiramente decisiva apontada à tese da prestação negativa diz respeito à própria estrutura das relações creditórias, uma vez que o cumprimento de uma simples obrigação negativa não basta para satisfazer o interesse do titular de um direito pessoal de gozo.

<sup>113</sup> Apesar deste autor referir que o “direito do arrendatário, embora se apresente em veste de direito de crédito não deixa de estar matizado com vincadas notas de realidade, que poderão evoluir no sentido da atribuição do qualificativo de real. Neste sentido se poderá dizer que o direito creditício do arrendatário é um direito potencialmente real” Cfr. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Constituição da Relação de Arrendamento Urbano – Sua projeção na pendência e extinção da relação contratual*, Almedina Coimbra, 1980, p. 125.

<sup>114</sup> Cfr. GALVÃO TELLES, *Arrendamento*, Pro Domo, Lisboa, 1945, p. 306.

<sup>115</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 615

<sup>116</sup> Cfr. JORGE PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª Ed. Revista e Atualizada, 2001, p. 57.

### 3.1.1.2. Teorias reais

I. Para as teorias reais, a natureza jurídica do direito do locatário é de direito real, a acrescentar aos clássicos direitos reais de gozo<sup>117</sup>. A teoria real é defendida por autores como Paulo Cunha<sup>118</sup>, Dias Marques<sup>119</sup>, e Oliveira Ascensão<sup>120</sup>,

<sup>117</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 701.

<sup>118</sup> Este autor toma posição, em especial em relação ao direito do arrendatário, na vigência do Código de Seabra. Cf. PAULO CUNHA, *Curso de Direito Civil/Direito Reais*, por Maria Fernanda Santos e João Castro Mendes (1949–1959), p. 227–253. Sobre os seus argumentos *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 701–702.

<sup>119</sup> A propósito do direito do arrendatário, este autor defende a sua natureza real uma vez que este direito subsiste às diversas vicissitudes provocadas pelo direito do senhorio, retirando deste facto o elemento da seqüela, típico dos direitos reais. Cf. DIAS MARQUES, *Prescrição Aquisitiva*, Lisboa: Escolas Profissionais Salesianas, Volume I, 1960, p. 218–219.

<sup>120</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de bens doados em garantia – natureza jurídica da locação*, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, Lisboa, setembro 1985, p. 384 e ss. Em especial no que concerne ao arrendatário, *vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.<sup>a</sup> Edição Revista e Ampliada, Coimbra Editora, 1993, p. 536–538. No mesmo sentido já foi MENEZES CORDEIRO, que entendia que o direito do locatário era um direito real de gozo. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza do Direito do Locatário*, *Separata da ROA*, 1980, p. 138 e ss. Atualmente já não é esta a posição do autor, adotando hoje a teoria do direito pessoal de gozo, uma vez que não é racional a distinção que se trava entre direitos reais e direitos de crédito: é antes histórico-cultural, visto que ela não deriva da estrutura dos direitos nem do seu regime, trata-se tão só duma clivagem histórico-cultural derivada de, no Direito romano, certos direitos se defenderem através de *actiones in rem*, enquanto outros davam azo a *actiones in personam*, Assim no Direito Romano ao locatário não era reconhecido o direito de recorrer à *actio in rem* em caso de esbulho da coisa. A *rei vindicatio* ou a *publiciana* eram-lhe negadas, porquanto o seu direito não incidia sobre a coisa, assim para o locatário estava disponível, ao invés, a *actio in personam*, a ação destinada a assegurar o cumprimento obrigacional pelo devedor. Ora, se a distinção fosse racional, diz-nos o autor que os direitos de gozo seriam direitos reais, uma vez que permitem, com tutela jurídica *erga omnes* o aproveitamento de coisas corpóreas. Cf. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2000, p. 72. *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, (coord. António Menezes Cordeiro), anotação ao artigo 1022.º do Código Civil, Almedina, 2014, p. 27. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 712. No entanto, e apesar do autor ter mudado a sua posição pelas razões expostas anteriormente, continua a defender que os direitos pessoais de gozo serão sempre estruturalmente reais, mantendo assim alguma racionalidade no tratamento da natureza do direito do locatário, uma vez que só não se admite a solução da natureza real, por provir de situações jurídicas defendidas no Direito Romano como *actiones in personam*, vedando assim o reconhecimento do direito do locatário como real. O autor refere ainda que há consequências a nível do regime, pela adoção da tese obrigacionista, entre as quais o bloqueio de aplicação de certos institutos reais, como seja a usucapião, viável nos termos do artigo 1287.º do CC, entre outros. A posição antiga de MENEZES CORDEIRO remontava a linha doutrinária de PAULO CUNHA, e os argumentos que o autor apresentou para fundamentar a natureza real do direito do locatário nunca foi contraditada, nomeadamente o argumento que consta do artigo 1037.º do CC. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, (coord. António Menezes Cordeiro), anotação ao

partindo da seguinte ordem de ideias: i) a existência de sequela característica dos direitos reais, confirmada através do princípio *emptio non tollit locatum* (cf. artigo 1057.º do CC), ii) a possibilidade que tem o locatário de, nos termos do n.º 2 do artigo 1037.º do CC poder usar, mesmo contra o locador dos meios de defesa possessórios, e iii) o direito de preferência afeto ao locatário<sup>121</sup>.

### 3.1.1.3. Teorias intermédias

I. Existe ainda uma posição intermédia no que diz respeito aos direitos pessoais de gozo, defendida por Manuel Henrique Mesquita<sup>122</sup> e Nuno Pinto de Oliveira<sup>123</sup>, que defendem que os direitos pessoais de gozo são direitos de regime dualista ou misto, cabendo ao aplicador do direito a pronúncia sobre a adequação ao caso concreto das regras relativas aos direitos de crédito ou aos

artigo 1022.º do Código Civil, Almedina, 2014, p. 27. MENEZES CORDEIRO apresenta ainda duas razões complementares para justificar a sua mudança de posição no que concerne à natureza jurídica do direito do locatário: uma pragmática e outra dogmática, a pragmática consiste no facto do autor se ter apercebido que a defesa da natureza pessoal do direito do locatário estava a assumir uma feição clubista, nas palavras do autor: uma jurisprudência clássica contra uma doutrina imaginativa, e com esta posição eram tomadas decisões injustas como os locatários que durante décadas, por terem contratos formalmente inválidos, sendo titulares de direitos pessoais, não lhes aplicaria o regime da usucapião. No que concerne à razão dogmática diz-nos o autor que o aprofundamento da doutrina relativa aos direitos pessoais de gozo, permite aplicar, ao direito do locatário, e a direito semelhantes, no essencial, o regime dos direitos reais, concluindo que “mais vale ceder a uma qualificação tradicional, ainda que não rigorosa, para salvar a justiça e a adequação”. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 711-713.

<sup>121</sup> JANUÁRIO COSTA GOMES, apresenta estes fundamentos e ultrapassa-os, referindo que qualquer das situações jurídicas elecandas podem ser explicadas através de orientações personalistas do direito do arrendatário., Cf. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Constituição da Relação de Arrendamento Urbano – Sua projeção na pendência e extinção da relação contratual*, Almedina Coimbra, 1980, p. 122-124.

<sup>122</sup> Cf. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, 1990, p. 184.

<sup>123</sup> Para este autor, os direitos pessoais de gozo designam-se por direitos de estrutura complexa, com um núcleo central e uma zona periférica. O núcleo central corresponde ao direito de uso/fruição de uma coisa, a zona periférica aos deveres de prestar relacionados com a constituição e/ou o exercício daquele direito de uso ou fruição, assim sendo, o locatário pode exigir do locador comportamentos positivos, como a entrega da coisa locada nos termos da alínea a) do artigo 1031.º do CC, e comportamentos negativos, como a omissão de atos que impeçam ou prejudiquem o gozo da coisa pelo locatário nos termos do artigo 1037.º do CC. A este propósito e sobre a distinção que este autor faz entre direito pessoal de gozo em sentido estrito e em sentido amplo *vide* NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 58-59.

*O Direito* 152.º (2020), IV, 707-758

direitos reais, atendendo “aos interesses em jogo, apreciados à luz das soluções ditadas pelo legislador para os problemas de que diretamente se ocupa”<sup>124</sup>.

II. Com o devido respeito pelos autores que adotam a tese intermédia/mista, não a podemos sufragar, uma vez que a configuração do direito pessoal de gozo como um direito misto, entre os direitos de crédito e os direitos reais, implica uma ligação de características contraditórias entre si<sup>125</sup>. Como aponta Menezes Leitão<sup>126</sup> se o direito recai imediatamente sobre uma coisa corpórea, e não necessita da colaboração do devedor para ser exercido, então não é possível falar-se de uma *estrutura relativa*<sup>127</sup>. Antes pelo contrário, se o direito pessoal de gozo é estruturalmente relativo, então tem de assentar numa prestação do devedor e não diretamente na própria coisa<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> HENRIQUE MESQUITA refere mesmo que “o intérprete deve ter sempre presente que o direito do locatário é tratado, para certos efeitos, como direito de soberania e, para outros, como direito meramente creditório, assente numa relação intersubjetiva que liga permanentemente o locador e o locatário”, com base neste facto (estatuto dualista do direito do locatário), diz-nos o autor que o modo de resolução de problemas interpretativos, em relação ao direito do locatário, passa por recorrer aos princípios que disciplinam os direitos reais nuns casos, e noutros, aos princípios que regem as obrigações, consoante os interesses em jogo. Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, 1990, p. 184. Sufragando este entendimento também, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 59. Uma das consequências práticas desta tese é a seguinte: é que para estes autores, sendo o direito do locatário disciplinado em termos que permitem qualificá-lo como direito de soberania sobre uma coisa, o regime da usucapião é lhe aplicável, vide os argumentos apontados em Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, 1990, p. 184-185.

<sup>125</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 103.

<sup>126</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 103.

<sup>127</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 104.

<sup>128</sup> Por uma questão de rigor científico não podemos deixar de precisar o que significa a “estrutura” do direito crédito em contraposição com a “estrutura” direito absoluto. Para o efeito, diz-nos MENEZES CORDEIRO que no que concerne à estrutura, “os créditos seriam relativos por pressuporem uma relação jurídica, os reais seriam absolutos, por consignarem, para o seu titular, uma posição isolada (*ab+soluta*)”. Assim a contraposição entre direitos absolutos e relativos é estrutural: nos direitos absolutos o seu titular encontra-se habilitado a agir perante um bem: coisa corpórea (direito real) ou um bem de personalidade (direito de personalidade), assim tratam-se de direitos desligados de uma relação jurídica, ao invés dos direitos de crédito que se integram em obrigações, ou seja relações jurídicas. No entanto o autor questiona, e ao longo do presente texto fomos apontando o seu traço de pensamento, a relatividade estrutural como característica básica das obrigações, uma vez que há exceções. Cfr. MENEZES CORDEIRO *Tratado de Direito Civil*, Volume VI, Direito das Obrigações, 2.ª Edição, Almedina, 2012, p. 370 e ss.

## 3.1.1.4. Posição adotada

Pelo exposto *supra*, podemos concluir que a tomada de posição só poderá ser entre a teses reais e as teses obrigacionistas, correspondendo o direito do locatário a um direito pessoal de gozo. Efetivamente, recorrendo ao elemento sistemático externo, não podemos deixar de notar que está sistematicamente integrado no capítulo dos contratos em especial<sup>129</sup>, a sua aquisição deriva da celebração do contrato de locação<sup>130</sup>, o seu objeto não é a coisa corpórea mas sim a obrigação do senhorio de lhe assegurar o gozo da coisa<sup>131 132</sup>, a sua tradição jurídica, herança do sistema romano-germânico que se manteve até aos dias de hoje, mantendo intacto o esquema romano da relação obrigacional fundada no contrato de locação, e não numa posição jurídica inerente à coisa

<sup>129</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 104.

<sup>130</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 615 e Cfr. JORGE PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª Ed. Revista e Atualizada, Almedina, 2001, p. 56.

<sup>131</sup> Adotando a teoria clássica de obrigação defendida por ANTUNES VARELA: “a obrigação é, na sua principal direção, o direito a um comportamento pessoal do devedor”, assim o direito do credor tem por objeto imediato ou direto a atividade do obrigado e não a própria coisa em si considerada, trata-se de um direito à prestação e não um direito sobre o objeto da prestação. Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações em geral*, Vol. I, 9.ª Edição, Almedina: Coimbra, 1996, p. 159. Defendendo também que o uso e fruição por parte do locatário “gozo da coisa” é que integram o objeto do contrato de locação e não a própria coisa em si, Cfr. JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Tratado da Locação*, Volume I, Coimbra Editora, 1946, p. 151, Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 615. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 104 e ss. Contra esta posição, MENEZES CORDEIRO *Tratado de Direito Civil*, Volume VI, Direito das Obrigações, 2.ª Edição, Almedina, 2012, p. 327, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 712, este autor defende que o direito pessoal de gozo se constrói como uma relação obrigacional complexa sem prestação principal, esta é substituída pelo direito de aproveitamento de uma coisa corpórea. Este autor conclui assim que a situação locatícia pode-se considerar mista. Também contra, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, defendendo que pertence ao locatário um direito de gozo que ele exerce diretamente sobre a coisa, sem necessidade da cooperação ativa e permanente do locador, concluindo pela inexistência de uma obrigação positiva, permanente ou contínua a cargo do senhorio. Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ônus Reais*, Almedina, 1990, p. 134

<sup>132</sup> Ou seja, nem adotamos a teoria da *prestação positiva* criticada, e com razão por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 694 e ss, e Cfr. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 85 e ss, nem teoria da prestação negativa, aquilo que adotamos é a teoria obrigacionista, na linha de GALVÃO TELLES e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, uma vez que a obrigação de proporcionar o gozo da coisa, concretiza-se como vimos, através de uma interpretação sistemática das diversas obrigações adstritas ao locador, com a celebração do contrato de locação.

(res)<sup>133</sup> e a impossibilidade de reivindicação do bem pelo locatário, confirmando a diferença de oponibilidade e dos meios de defesa do direito real e do direito de crédito<sup>134</sup>.

### 3.1.2. *A posse/detenção do locatário*

I. A análise da posse do locatário é essencial para a investigação que nos propomos a realizar, uma vez que a tese que se visa demonstrar é a de que com o cumprimento da obrigação da entrega por parte do locador, o locatário adquire a posse da coisa locada e consequentemente fica vinculado a deveres no tráfego sobre esta coisa, mormente deveres de cuidado sobre esta, ou se coisa apresentar determinadas características perigosas, fica adstrito a deveres de condução e prevenção do perigo. Neste sentido é necessário entender, em termos aprofundados, o que é a posse.

II. A posse é um dos temas clássicos do direito civil. Composta pelo *animus* e o *corpus*, foi particularmente influenciada pelo debate entre Savigny (1779–1861), defensor da teoria subjetivista da posse, e Jhering (1818–1892) defensor da teoria objetivista<sup>135</sup>. A oposição fundamental entre os sistemas de Savigny e Jhering reside no *animus*: enquanto o primeiro recorre ao *animus* (como a vontade do possuidor), o segundo prescinde dele e assim se distinguem as teorias<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> *Vide supra* (2.1.1.2) a propósito da mudança de posição de MENEZES CORDEIRO e Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 72. MENEZES CORDEIRO *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Contratos em Especial, Almedina, 2018, p. 712. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 615. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 105.

<sup>134</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 14.ª Edição, 2017, p. 106, Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 615.

<sup>135</sup> *Apud*, Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 30. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 463, PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, 2017, p. 124. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito Reais*, Almedina, 6.ª Ed, 2017, p. 103.

<sup>136</sup> Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1993, p. 85. Com detalhe em relação às duas teorias, *vide* MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 23 e ss. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 319 e ss.

Para a teoria objetivista de Jhering, sempre que houvesse relação de facto com a coisa haveria posse (*corpus*), não relevando o *animus* ou vontade como elemento autónomo da posse, ele integra o próprio *corpus* possessório, salvo norma jurídica que qualifique a situação como mera detenção<sup>137</sup>. Em sentido divergente, Savigny defendia que a posse se desdobrava em dois elementos: i) o elemento físico da relação material entre o sujeito e uma coisa, detenção ou *corpus*<sup>138</sup>, e ii) o *animus possidendi* que corresponde à intenção de atuar como proprietário (*animus domini*)<sup>139-140</sup>.

III. A doutrina e jurisprudência portuguesa acolheu esta discussão, tomando, maioritariamente, o lado subjetivista apoiando-se a maioria da doutrina e da

<sup>137</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 25, 30. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 465. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 1993, p. 85. O pensamento objetivista da posse entende que o *corpus* e o *animus* se relacionam como a palavra e o pensamento, uma vez que na palavra incorpora-se o pensamento até então puramente interno, e no *corpus* incorpora-se a vontade até aí interna. Assim o *corpus* é um facto da vontade no sentido em que exprime a intenção de controlo de uma coisa, não havendo *corpus* quando alguém não tem consciência de que se tem uma coisa em seu poder. JHERING dá como exemplo de ausência de *corpus* a pessoa a quem, durante o sono, alguém colocava uma coisa na mão. Cfr. RUI ATAÍDE, *Sobre a Distinção entre Posse e Detenção*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Vol. I/II, jan.-jun – 2015, p. 90-91.

<sup>138</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 464.

<sup>139</sup> Assim o detentor que se limita a exercer um direito de propriedade alheio, não possui o correspondente *animus possidendi*, possuindo antes o *animus* correspondente a deter a coisa em nome alheio, que se denomina *animus detinendi*. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito Reais*, Almedina, 6.ª Ed, 2017, p. 104. Dentro da teoria subjetivista formaram-se diferentes conceções de *animus*, assim para SAVIGNY tratar-se-ia de *animus domini*, ou seja, a intenção de exercer em nome próprio o direito de propriedade. Porém, ao lado da posse em termos de propriedade, existe a posse por referência a outros direitos reais, e assim esta restrição de SAVIGNY ao *animus domini* tornava-se insustentável, pelo que o subjetivismo posterior generalizou o conceito, sustentado o *animus possidendi*, que se consubstancia na intenção do sujeito exercer o direito real, como sendo seu titular. Cfr. RUI ATAÍDE, *Sobre a Distinção entre Posse e Detenção*, AAFDL, 2015, p. 18-19. Note-se que, embora divergindo quanto ao conteúdo do *animus*: *domini*, *possidendi*, ou *sibi habendi* (intenção de exercer sobre as coisas um poder no próprio interesse, veja-se o caso da locação), as correntes subjetivistas acordam por unanimidade no que concerne à autonomização do elemento intencional da posse, ou seja a intenção, ou a vontade do possuidor são sempre um elemento imprescindível para se poder falar de posse. *Vide* também a este propósito, RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Principia, 2013, p. 324 e ss.

<sup>140</sup> As duas teorias exprimem uma visão muito diferente da posse, enquanto a subjetivista deixa a decisão sobre a posse com o possuidor, na perscrutação da sua vontade relativamente à situação, numa estranha renúncia à ordenação jurídica pelo Direito, a teoria objetivista atribui à lei o critério de aferição de uma situação como posse ou detenção, Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 464-465.

jurisprudência<sup>141</sup> na teoria subjetivista<sup>142</sup>. Neste sentido, a doutrina defende que é a teoria subjetivista da posse que está consagrada no ordenamento jurídico português, apoiando-se na alínea *a*) do artigo 1253.º do CC, que faz uma referência direta à “*intenção*”<sup>143</sup>, tornando o elemento da vontade um dos elementos da posse.

Porém, a teoria objetivista veio a ganhar palco no ordenamento jurídico português<sup>144</sup>, devido à seguintes ordens de razões:

<sup>141</sup> A título de exemplo *vide* na jurisprudência recente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-out.-2008 (Relator MOREIRA ALVES), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-mar.-2014 (Relator FERNANDO BENTO), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-jun.-2016 (Relator ORLANDO AFONSO), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-set.-2016 (Relator TÁVORA VICTOR), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-fev.-2017 (Relator JOSÉ RAINHO), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-out.-2018 (Relatora MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-fev.-2019 (Relator PEDRO DE LIMA GONÇALVES), Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-abr.-2019 (Relator ILÍDIO SACARRÃO MARTINS), Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17-nov.-2016 (Relator BERNARDO DOMINGOS), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-set.-2018 (Relator CARLOS MARINHO), disponíveis em dgsi.pt.

<sup>142</sup> CUNHA GONÇALVES durante a vigência do Código de Seabra, e a propósito do seu artigo 474.º (Da Posse), defendeu que a posse pode ser definida como “o poder de facto exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que *se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele*, embora este direito não exista, nem tenha de ser demonstrado”, e desta definição extrai dois elementos: um elemento material designado por *corpus*, e outro intencional chamado *animus*. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Da propriedade e da posse*, Lisboa, 1952, p. 183-185. Defendem também PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA que apesar do artigo 1251.º do CC não se referir ao elemento subjetivo (*animus*), ele deriva do disposto no artigo 1253.º do CC. Assim sendo o legislador português não aceitou a conceção objetiva da posse: para que haja posse é preciso alguma coisa mais do que o simples poder de facto é preciso que haja por parte do detentor a intenção (*animus*) de exercer, como seu titular, um direito real sobre a coisa, e não um mero poder de facto sobre ela. Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume III, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1984, p. 5, Cfr. DIAS MARQUES, *Prescrição Aquisitiva*, Lisboa: Escolas Profissionais Salesianas, Volume I, 1960, p. 31, Cfr. MOTA PINTO, *Direito Reais, compil. Álvaro Moreira, Carlos Fraga, Coimbra : Almedina*, 1972, p. 189-190, Cfr. MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1967, p. 68-72, Cfr. PAULA COSTA E SILVA, *Posse ou Posses*, Coimbra Editora, 2004, p. 33, Cfr. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 157, Cfr. RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique: Teoria Geral dos Direitos Reais: Posse*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 500-502, e Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Principia, 2013, p. 326-327. Para uma lista exaustiva da doutrina portuguesa que defende a teoria subjetivista da posse, *vide* MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 34 e ss. Cfr. PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, 2017, p. 121-122.

<sup>143</sup> Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume III, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1984, p. 5.

<sup>144</sup> Numa primeira fase, Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais: Sumários*, AAFDL, 1998, p. 385. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra Editora, 1993,

- i) A dificuldade na própria definição de *animus*, nomeadamente no que concerne à sua fundamentação, se na vontade psicológica<sup>145</sup>, se na vontade declarada ou se numa vontade que se retira por via interpretativa: se se procura fundamentar o *animus* do possuidor no seu título (testamento, compra e venda ou doação, por exemplo), estas posições são objetivistas e não subjetivistas, uma vez que a vontade não se deduz da pessoa do possuidor mas de um facto jurídico exterior à sua pessoa<sup>146</sup>,

p. 86. Este último autor começou por defender a teoria subjetivista da posse, porém inverteu a sua posição na obra citada, referindo que as concepções subjetivistas são ficcionais, uma vez que se baseiam na referência a uma vontade, mas acabam por se bastar na generalidade dos casos com um elemento objetivo, não dando nenhuma relevância à vontade real do sujeito, Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 4.ª Ed., Lisboa, *Quid Iuris?*, 2003, p. 274-275, Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito Reais*, Almedina, 6.ª Ed, 2017, p. 109, Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 432. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 469-476, e Cfr. PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, 2017, p. 124.

Note-se, contudo, que MENEZES CORDEIRO veio a rever a sua posição no que concerne à teoria objetivista, defendendo atualmente que o sistema português da posse é um sistema misto, ou sobreposto devido à dificuldade em ultrapassar o disposto na alínea *a*) do artigo 1253.º do CC. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 64. PEDRO ALBUQUERQUE, porém, considera ser a posição de MENEZES CORDEIRO ainda de reconduzir às orientações objetivistas. Cfr. PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, 2017, p. 123 (nota 372). Assim o autor apresenta o problema da seguinte forma: o Código Civil português foi o único a referir de modo expreso a “intenção”, a propósito da distinção entre posse e detenção na alínea *a*) do artigo 1253.º do CC, o autor defende que não há conhecimentos científicos suficientes para lidar com a locução de “intenção” prevista nessa alínea, que pela lógica “savignyana”, a falta desta “intenção” deveria caracterizar todos os casos como detenção, porém, existem no mesmo artigo, as alíneas *b*) e *c*) que consignam, em termos objetivos, duas situações que qualificam como sendo de detenção: a dos atos de mera tolerância, e da posse em nome de outrem. Como a lei não consagra uma solução coerente, visto que o legislador na alínea *a*) tomou uma posição subjetivista, e nas restantes alíneas e disposições do Código Civil uma posição objetivista, o autor propõe assim uma solução doutrinária sobreposta, ou mista, subscrevendo a teoria da causa, ressaltando assim a alínea *a*) do artigo 1253.º do CC, e a incoerência instalada pelo legislador no artigo 1253.º do CC.

<sup>145</sup> Esta fundamentação não procede visto que é impossível, nas palavras de JOSÉ ALBERTO VIEIRA, perscrutar a consciência do possuidor. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 469.

<sup>146</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 54. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 469. É a posição assumida, a título de exemplo, de RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique: Teoria Geral dos Direitos Reais: Posse*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 500-502, uma vez que este autor dá o exemplo dos tipos de contrato que se celebram, para se alcançar o conteúdo do *animus*, ou seja, o conteúdo do *animus* é preenchido através de elementos puramente objetivos.

- ii) O facto do artigo 1251.º do CC apresentar uma noção de posse sem nenhuma menção à intenção ou vontade do possuidor (*animus*): de acordo com o artigo, a posse é o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício de um direito real, o que é corroborado nos artigos subsequentes, quando a posse surge como um “*poder de facto*”, nomeadamente no artigo 1252.º do CC “*presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto*” e na alínea *a*) do artigo 1253.º do CC “*os que exercem o poder de facto (...)*”, o que aponta numa coincidência do artigo 1251.º do CC com o *corpus possessório*<sup>147</sup>;
- iii) Também pelo facto de não existir, tampouco, alusão ao *animus* nos regimes dos factos constitutivos da posse: na alínea *a*) do artigo 1263.º do CC (apossamento) e no artigo 1265.º (inversão do título da posse)<sup>148</sup>, e;
- iv) Apesar de poder haver “*poder de facto*”, ou seja, *corpus possessório*, no artigo 1253.º CC há uma descaracterização da posse para mera detenção, num claro seguimento da teoria objetivista proposta por Jhering<sup>149</sup>.

Efetivamente, obstáculos colocados pela tese objetivista nunca foram ultrapassados, inviabilizando a escola savigniana da posse, pelo que aderimos à posição objetivista, de acordo com a qual são elementos da posse: i) *corpus possessório*, e ii) exteriorização de um direito<sup>150</sup>, contanto que não haja nenhuma norma jurídica que descaracterize a situação para mera detenção (cf. artigo 1253.º do CC)<sup>151</sup>.

IV. O *corpus possessório* tem uma expressão física e representa a possibilidade real de agir materialmente sobre a coisa: o domínio físico sobre a

<sup>147</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 56. Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 471. Cf. PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial*, Volume I, Tomo I, Almedina, 2017, p. 125.

A este propósito, é curioso o facto das teorias subjetivistas da posse, no ordenamento jurídico português, apoiarem-se na letra da lei para sustentarem a sua posição, ignorando a noção que consta no artigo 1251.º do CC, e socorrem-se de elementos puramente objetivos e normativos para preencherem o elemento subjetivo da posse, o “*animus*”.

<sup>148</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 471.

<sup>149</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 472.

<sup>150</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A posse do arrendatário no Código Civil de 1966*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR) 2019, p. 123.

<sup>151</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 432. Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Almedina, 2016, p. 476.

coisa, ainda que esta seja partilhada com compossuidores, numa situação de comosse, ou outros possuidores, no caso de concurso de várias posses sobre a coisa<sup>152</sup>, como sucede na locação.

Relativamente à exteriorização do direito, este acaba por ser a razão substantiva pela qual ao controlo material de uma coisa estão associados efeitos jurídicos e um conteúdo de proteção, incluindo ações próprias que não cabem no regime de nenhum outro direito real de gozo. A exigência da exteriorização do direito como elemento da posse decorre de duas disposições legais, do artigo 1251.º do CC e do artigo 1253.º do CC, uma vez que nos termos do artigo 1253.º do CC, quem não exterioriza um direito sobre a coisa é sempre detentor e a atuação sobre a coisa por conta de outrem gera apenas detenção, não a posse, apesar da coisa se encontrar materialmente com o detentor<sup>153</sup>, e o artigo 1251.º do CC diz-nos que a posse se manifesta quando alguém age sobre a coisa nos termos da propriedade ou de outro direito (real ou pessoal de gozo), e daqui surge a sua exteriorização<sup>154</sup>.

V. É evidente que a expressão real do *corpus* possessório variará conforme a coisa a que se reporte, não se estabelecendo o mesmo tipo de domínio de uma caneta e de um imóvel. Conforme vimos a celebração do contrato de locação faz desencadear determinados efeitos jurídicos, como uma prestação de *dare*, ou de entrega da coisa<sup>155</sup>, que se consubstancia numa conduta que visa a colocar alguém no controlo material de uma coisa corpórea<sup>156</sup>, nos termos da alínea *a*) do artigo 1031.º do CC. A prestação de *dare* traduz-se, empiricamente, pela passagem material de uma coisa da esfera do devedor, para a do credor<sup>157</sup>, que é o que acontece na locação quando o locador cumpre a obrigação de entrega da coisa locada, uma vez que o locatário fica investido no controlo material da

<sup>152</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 465.

<sup>153</sup> Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 483.

<sup>154</sup> Segundo JOSÉ ALBERTO VIEIRA é da exteriorização do direito que surge a proteção jurídica para a posse, uma vez que o Direito concebe a sua tutela provisória. Esta exteriorização é tutelada em grande medida pelo disposto no artigo 1268.º do CC: onde se presume a titularidade da posse. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 484.

<sup>155</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 494.

<sup>156</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 494.

<sup>157</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, Almedina, 2012, p. 494.

mesma, ou seja, adquire o *corpus possessório*<sup>158</sup>, o primeiro elemento constitutivo da posse.

VI. O direito do locatário é um direito pessoal de gozo, cujo *corpus possessório* nada ou pouco difere em relação ao que cabe ao usufrutuário ou ao usuário, titulares de direitos reais de gozo<sup>159</sup>, envolvendo a prática dos mesmos atos ou parecidos. Porém, ao controlo material da coisa (*corpus*) junta-se, como vimos *supra*, o segundo elemento constitutivo da posse: a exteriorização de um direito, assim o locatário atua sobre a coisa locada por referência ao seu direito, que emerge, como vimos, do contrato de locação<sup>160</sup>, e esta exteriorização dá-se em relação ao seu direito pessoal de gozo.

VII. No que diz respeito à descaracterização normativa da situação do locatário, só a alínea c) do artigo 1253.º do CC pode ser invocada relativamente à posse do senhorio (proprietário), tornando o locatário detentor no que diz respeito à posse do locador, exercida nos termos da propriedade, mas possuidor no que se refere ao seu direito pessoal de gozo<sup>161</sup>, visto que há i) *corpus possessório*, ii) exteriorização do direito (direito pessoal de gozo), e iii) não há uma descaracterização normativa desta situação para mera detenção, o que é confirmado pelo n.º 2 do artigo 1037.º do CC com a atribuição ao locatário das ações possessórias, uma vez que o legislador reconhece a posse, conferindo-lhe a tutela correspondente<sup>162</sup>.

#### **4. Os deveres no tráfego na locação e a eventual responsabilidade civil do locatário pela sua violação**

I. Nos capítulos precedentes apresentámos o contrato de locação, com os seus traços particulares, e os deveres no tráfego. Cabe-nos agora analisar os

<sup>158</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 617.

<sup>159</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 617.

<sup>160</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 617.

<sup>161</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 617. Também assim Cf. MENEZES CORDEIRO, *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 3.ª Edição, Almedina, 2000, p. 71, Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito Reais*, Almedina, 6.ª Ed, 2017, p. 116.

<sup>162</sup> Cf. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A Posse, Estudo sobre o seu Objeto e Extensão: Perspetiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, 2018, p. 617.

deveres no tráfego na locação. Sendo a situação dos deveres no tráfego na locação inerentemente complexa em virtude da pluralidade de sujeitos e de posições jurídicas envolvidas, para o efeito iremos focar-nos na análise da responsabilidade civil por um campo na locação e na abertura ou tolerância de tráfego como critério constitutivo de imputação, procurando saber se este último critério pode gerar uma situação de responsabilidade civil de forma autónoma ou não.

#### 4.1. *A responsabilidade civil por um campo delimitado na locação*

I. É fundamental analisar a responsabilidade por um campo na medida em que esta abrange, tendencialmente, todas aquelas situações em que alguém detém o controlo efetivo de um certo domínio, ou campo<sup>163</sup>, ou seja, a responsabilidade pelas condições do próprio âmbito de domínio e o poder de determinação são posições jurídicas correlatas, significando o poder de determinação que o titular tem por um lado, condições para dominar um perigo que eventualmente surja, e por outro, que pode em regra retirar vantagens dessa fonte perigo<sup>164</sup>, o que acontece como vimos *supra*, com o locatário em relação à coisa locada, quando o locador cumpre a obrigação de entrega (cf. alínea *a*) do artigo 1031.º do CC), uma vez que fica detentor em relação do direito de propriedade e possuidor em relação ao seu direito pessoal de gozo<sup>165</sup>.

Conforme tivemos oportunidade de ver no Capítulo I, a responsabilidade por um campo é um dos fundamentos de imputação de deveres de tráfego, dividindo-se em três grandes grupos: i) posse de edifícios ou outras obras, ii) vigilância de coisas e iii) a abertura ou tolerância no tráfego<sup>166</sup> (artigo 492.º do

<sup>163</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 287.

<sup>164</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288.

<sup>165</sup> Lembre-se do que foi analisado no Capítulo II em relação à posse do locatário: o locatário não é investido de posse da coisa por força da eficácia própria do contrato de locação, mas da verificação de qualquer um dos factos constitutivos ou translativos da posse (artigo 1263.º do CC), e em regra pela entrega da coisa locada pelo locador, assim a posse resulta de um facto aquisitivo próprio que o investe no controlo material da coisa (*corpus*). Investido no controlo material da coisa (*corpus*), o locatário passa a exteriorizar sobre ela um direito próprio: o direito de locatário, o que faz dele, como vimos, um possuidor em nome próprio e detém a coisa por conta do locador. Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *A posse do arrendatário no Código Civil de 1966*, in *Código Civil – Livro do Cinquentenário*, Volume II (em memória do Prof. Doutor EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR), Almedina, 2019, p. 123.

<sup>166</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 287-427.

CC e artigo 493.º/1 do CC, na parte em que se refere aos danos causados por coisas, com o dever das vigiar).

II. Note-se, contudo, que o controlo de coisas (móveis ou imóveis) não constitui de *per se* um fator de perigo, razão pela qual existe a separação do disposto no artigo 492.º do CC e 493.º do CC, do disposto no artigo 493.º/2 do CC (regime das atividades perigosas)<sup>167</sup>, uma vez que os primeiros preceitos tratam da inobservância culposa de deveres de cuidado – com a construção e/ou conservação de edifícios, ou com as coisas que estão sobre vigilância<sup>168</sup> – e o segundo preceito trata do exercício de atividades, que pela sua natureza ou pelos meios utilizados, apresentam uma perigosidade intrínseca, sendo esta aferida *a priori* e não em função dos resultados danosos que cause<sup>169</sup>. Assim, em relação às situações que constam do artigo 492.º e 493.º do CC, podemos referir, com Rui Ataíde, que os deveres no tráfego tendem a ter um carácter preventivo<sup>170</sup>, uma vez que é da falta de cuidado que pode surgir a situação de perigo, ao contrário do que acontece no n.º 2 do artigo 493.º do CC (aqui a atividade é perigosa por si mesma), ou numa situação de “ingerência”<sup>171</sup>, visto

<sup>167</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 289. Sobre o regime das atividades perigosas no ordenamento jurídico italiano (artigo 2050.º do Codice Civile) *vide* GUIDO ALPA, *Trattato di Diritto Civile*, IV, La Responsabilità Civile, Giuffrè Editore, 1999, p. 683-691, ZIVIZ PATRIZIA, art. 2050.º, *Commentario al Codice Civile*, Diretto da Paolo Cendon, UTET, 1991, p. 2086-2104.

<sup>168</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288-289.

<sup>169</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-nov.-2016 (Relator FONSECA RAMOS), Processo n.º 820/07.5TBMCN.P1.S1, disponível em [dgsi.pt](http://dgsi.pt)

<sup>170</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288, 636-637. *Vide supra*, a nossa Introdução, alínea b).

<sup>171</sup> Uma situação de ingerência, consiste num dever de obstar à verificação do resultado por força de uma ação anterior perigosa, e a questão que se coloca neste caso, é saber quais os requisitos que deve assumir o facto anterior perigoso para que ele possa desencadear a responsabilidade do agente a título de comissão por omissão. Diz-nos FIGUEIREDO DIAS que o facto prévio consistirá, em regra, numa ação, mas pode também analisar-se numa omissão violadora de um dever, dando o exemplo de uma pessoa que é atingida e ferida pela queda de um telhado em mau estado, que o proprietário deveria ter mandado compor, pode ter este de responder pela verificação do resultado típico. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed, Coimbra Editora, 2007, p. 945 Sobre se se deve exigir ou não o carácter de ilicitude da conduta antecedente, a maioria da doutrina penal afirma que sim. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª Ed, Coimbra Editora, 2007, p. 945-946. Na doutrina civil também PEDRO NUNES CARVALHO defende que a ação antecedente, ou seja, a ação perigosa tem de ser anti-jurídica, uma vez que só faz sentido falar em ingerência como fonte do dever de agir, se a situação de perigo foi ilícita e culposamente criada pelo sujeito visto que se o dever jurídico de remover a situação criada se trata de um situação de responsabilidade civil

que neste caso do que se trata não é de prevenir um perigo, mas sim de o conduzir<sup>172</sup>.

III. No que diz respeito à inobservância dos deveres de cuidado, desta podem surgir situações de perigo, e aplicando esta lógica ao caso da locação, diríamos que não basta, para haver uma situação de perigo, o cumprimento da obrigação de entrega por parte locador nos termos da al. a) do artigo 1031.º do CC), este que por sua vez permite o controlo fáctico por parte do locatário sobre a coisa locada. Assim para podermos falar de uma situação de perigo que possa ser causada pela conservação ou detenção da coisa locada, o locatário terá de violar um dever geral de cuidado, e é desta violação que podem surgir perigos para terceiros, e se tal acontecesse, diríamos que em princípio a responsabilidade civil aquiliana pelos danos causados a terceiros, recaía sobre o locatário e não sobre o locador, uma vez que é sobre o primeiro que recaem, os deveres de prevenção ou supressão do perigo que é gerado pela sua falta de cuidado.

IV. No entanto, a responsabilidade por um campo na locação afigura-se particularmente complexa, uma vez que nesta existe uma pluralidade de situações jurídicas sobre a mesma coisa locada<sup>173</sup>: o direito de propriedade do locador e o direito pessoal de gozo do locatário. Efetivamente, com a celebração do contrato de locação surge uma sobreposição de posses, em que o locatário exerce uma posse em nome alheio quanto ao direito de propriedade, do qual é mero detentor nos termos da alínea c) do artigo 1253.º do CC, mantendo-se a posse no proprietário; mas passa a possuidor em nome próprio do seu direito pessoal de gozo, sendo uma situação de concurso de direitos sobre uma coisa, neste caso, sobre um edifício.

Quer isto dizer que a responsabilidade por violação de deveres no tráfico pode ser imputada a vários sujeitos, desde que se encontrem preenchidos os pressupostos das respetivas causas de imputação relativamente a todos eles,

independentemente da ilicitude e culpa, nos casos excecionalmente especificados na lei, não parece ao autor coerente admitir que se constitua a obrigação de remover o perigo pela imputação objetiva (independentemente de culpa) de um facto ao sujeito). Cfr. PEDRO NUNES CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil – Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*, Volume II, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, 1989, p. 333-335. Contra RUI ATAÍDE que afirma que no Direito Civil esta orientação não pode colher. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 484.

<sup>172</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288, 636-637. *Vide supra*, a nossa Introdução, alínea b).

<sup>173</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288.

em função do conteúdo e extensão do seu efetivo poder de controlo sobre a coisa<sup>174</sup>.

V. Porém, como vimos *supra*, ao locatário compete manter e conservar a coisa no estado em que a recebeu, uma vez que quando a recebe, através do cumprimento da obrigação de entrega por do locador, adquire um dever de manutenção e conservação sobre a coisa, nos termos das alíneas *d*) e *h*) do artigo 1038.º do CC<sup>175</sup> e do artigo 1043.º do CC, por via do qual o locatário está não apenas obrigado a entregar a coisa locada no estado em que a recebeu, mas também a reparar as deteriorações que não se possam imputar à prudente utilização do locado, razão pela qual a sua violação – além do incumprimento face ao locador – ainda o poderá responsabilizar, por via do artigo 493.º do CC, perante terceiros lesados<sup>176</sup>, de que é exemplo o caso da abertura de um poço num terreno arrendado, que pode corresponder a uma deterioração do mesmo pelo locatário, desde que este não restitua o arrendando no estado em que o recebeu nos termos do artigo 1043.º do CC<sup>177</sup>, e desta abertura do poço (sem proteção) tenha resultado danos na esfera jurídica de terceiros.

No entanto, apenas em termos indiretos se pode concluir pela responsabilidade do locatário pela deterioração da coisa devido a um uso imprudente, uma vez que correm por conta do locador, não só o desgaste inerente à sua prudente

<sup>174</sup> Ora esta situação não é um desvio ao critério do domínio da fonte de perigo, só significa que podem coexistir competências concorrentes de diversos sujeitos – no caso da locação, entre o locador e o locatário – desde que compartilhem, ainda que a títulos diferentes, o controlo de uma certa fonte de perigo. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 288.

<sup>175</sup> Cfr. JORGE PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª Ed. Revista e Atualizada, Almedina, 2001, p. 57. MENEZES CORDEIRO refere ainda que a obrigação de utilização prudente da coisa locada que consta da alínea *d*) do artigo 1038.º do CC e a obrigação de avisar imediatamente o locador de vícios ou pretensões de terceiros, são impostas pela boa-fé, uma vez que elas implicam a observância, por parte do locatário, dos deveres de cuidado e de diligência que o caso concreto imponha, e no caso não está só a proteção do locado em causa, mas também a proteção de terceiros, que podem ser prejudicados pelo uso imprudente da coisa por parte do locatário, ou pela falta de aviso do locatário ao locador de vícios da coisa. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, (coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2014, p. 66

<sup>176</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 321. Também já era assim o regime legal da locação antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966, uma vez que o arrendatário tinha como obrigação restituir o prédio arrendando no fim do arrendamento sem deteriorações, salvo as que fossem inerentes ao seu uso ordinário. Cfr. JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Tratado da Locação*, Volume III, Coimbra Editora, 1947, p. 76.

<sup>177</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE), disponível em dgsi.pt. Apesar de neste Acórdão não se ter responsabilizado o arrendatário pela morte do do caçador, no entanto foi este que construiu os poços no terreno.

utilização<sup>178</sup>, como as deteriorações normais provocadas pelo decurso do tempo e as causadas por uso não autorizado de terceiro, facto de força maior ou caso fortuito<sup>179</sup>, a que acresce o dever de levar a cabo as reparações necessárias no que concerne à coisa locada, que igualmente incide sobre o locador (alínea *b*) do artigo 1031.º do CC e artigo 1036.º do CC)<sup>180</sup>.

VI. Fica claro que o aludido dever de manutenção e conservação da coisa locada do locatário (cf. alíneas *d*) e *h*) do artigo 1038.º do CC, artigo 1043.º do CC) vê a sua responsabilidade recortada pela do locador, o que se compreende em virtude de o locatário ter o controlo material da coisa, pelo que apenas ele a pode proteger e usar de modo adequado<sup>181</sup>, razão pela qual responde pelos danos que a sua irregular utilização cause na esfera jurídica de terceiros, esta responsabilização decorre do princípio da responsabilidade por um campo, que consta do artigo 492.º do CC e 493.º do CC, uma vez que se reúnem, neste caso, na pessoa do locatário os dois critérios principais de imputação que fundam este segmento de responsabilidade: i) o domínio de um âmbito delimitado, ii) acompanhado das vantagens correspondentes, facultados pelo gozo da coisa locada<sup>182</sup>.

VII. Em suma quanto a este ponto, podemos defender que ainda que a posse se transmita com o cumprimento da obrigação de entrega, tal não implica necessariamente o surgimento de uma situação de perigo. Para podermos falar de uma situação de perigo que possa ser causada pela conservação ou detenção da coisa locada, o locatário terá de violar um dever geral de cuidado, de cuja

<sup>178</sup> Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II (artigos 762.º a 1250.º), 3.ª Edição, 1986, p.403. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 783. Também na jurisprudência *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30-jun.-2005 (Relator FERNANDO BAPTISTA), disponível em dgsi.pt

<sup>179</sup> Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II (artigos 762.º a 1250.º), 3.ª Edição, 1986, p.4034. Aliás, o princípio regra é o de que o risco inerente ao direito de propriedade corre, por conta do locador e não do locatário, eventuais deteriorações do locado, provocadas pela utilização prudente do imóvel, geradoras de realização de obras, por parte do locador, também são da responsabilidade deste e não do locatário, não obstante a coisa locada ter ficado à sua guarda. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE, disponível em dgsi.pt.

<sup>180</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 320, Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte Especial), Contratos*, 2.ª Edição, Almedina, 2000, p. 190. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 9.ª Edição, 2014, p. 289.

<sup>181</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI, Almedina, 2018, p. 783.

<sup>182</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 321.

violação possam surgir perigos para terceiros. Nesta senda, se surgissem danos para terceiros, sobre quem é que recairia a responsabilidade?

A resposta a esta pergunta tem sido dada através do critério da efetiva competência para influenciar ou conduzir uma fonte de perigo<sup>183</sup>: quem detém o real controlo de facto da esfera de organização ou domínio que esteja concretamente em causa, uma vez que, e como se disse supra, quem detém essa direção pode tomar as necessárias medidas de segurança<sup>184</sup>.

#### **4.2. Da abertura ou tolerância de tráfego como critério constitutivo de imputação**

I. O conceito de abertura no tráfego que iremos tratar no presente estudo diz respeito a duas modalidades: a primeira consiste na tolerância continuada sob forma tácita – apreciada sob perspectiva externa do destinatário – de utilização pública de um caminho particular, ou terreno particular (artigos 492.º, e 493.º do CC) e a segunda que diz respeito à abertura ao tráfego a um determinado espaço, onde anteriormente não seria possível circular por pessoas e bens, e a sua expressão normativa, em caso de violação de deveres no tráfego, constará da cláusula geral de responsabilidade prevista no artigo 483.º do CC.

No nosso contexto, isto significa que as pessoas com poderes de controlo sobre uma coisa têm o dever de assegurarem tanto quanto possível, o seu estado inofensivo<sup>185</sup>, ou seja, estão sujeitas a deveres de condução de um determinado perigo.

II. Ora, quando a propriedade tem uma abertura ao tráfego tolerada, não estando a mesma vedada, a jurisprudência tem entendido haver um dever dos respetivos titulares avisarem sobre a presença de um foco de perigo (existência de uma vala no terreno, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-jun.-2009, Relator Fonseca Ramos<sup>186</sup> ou a existência de poços não cober-

<sup>183</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 322.

<sup>184</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 947.

<sup>185</sup> Cf. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 426.

<sup>186</sup> Aconteceu a queda de um veículo, uma vez que o réus, donos de uma propriedade particular, aberta à circulação pública, onde existe um caminho, que se apresentava cortado, em toda a sua largura, por uma vala (3 metros de largura e 1,5 de altura), não assinalaram/sinalizaram ou taparam a mesma, situação essa que se mantinha inalterada há muitos anos e onde no passado haviam ocorridos outros acidentes. Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-jun.-2009, Relator FONSECA RAMOS, disponível em dgsi.pt. Sobre este Acórdão diz-nos RUI ATAÍDE que o facto de há 20 anos ali ter havido um portão, que não existia à data do acidente, a ocorrência naquele local de vários acidentes continuando a não existir qualquer sinalização e a habitual utilização do caminho sem a proibição

tos, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-jun.-2015, Relator Helder Roque)<sup>187</sup>.

Contudo, nestes casos não se aplicaria o disposto no artigo 492.º do CC, uma vez que não estava em causa quaisquer danos provocados pela derrocada de edifícios (ou outras obras) mal construídos ou conservados, mas sim de anomalias do terreno (no caso em concreto da vala que não estava sinalizada) e ineficaz sinalização ou supressão de fontes de perigo.

Trata-se, em ambos os casos, de uma coisa imóvel sujeita à vigilância de quem tem o poder sobre a coisa, que é a quem compete acautelar lesões a terceiros facilitadas pela tolerância do tráfego<sup>188</sup> (cf. artigo 493.º do CC). Nestes termos, o locatário tem, tal como o proprietário, o dever de vigiar a coisa, enquanto se mantiver ligado à mesma pela relação contratual estabelecida com o titular do bem<sup>189</sup>, presumindo-se a culpa de quem tem a obrigação de vigiar a coisa suscetível de provocar danos, ou seja, de quem possui a coisa por si ou em nome de outrem, desde que possa exercer sobre ela um controlo físico, com o encargo de a vigiar, de forma a providenciar que o dano seja evitado,

dos donos, permitia concluir pela sua indiferença perante uma situação de potencial risco, estar-se-ia perante, segundo este autor, uma omissão do dever de cuidado idóneo à prevenção do risco a que obviariam se pelo menos sinalizassem de modo efetivo a existência da vala. Assim os proprietários tinham a obrigação de acautelar esse risco por não ignorarem que o caminho, pese embora privado, era utilizado publicamente, e pelo menos no troço onde ocorreu o acidente, constituía uma fonte de perigo para pessoas e bens pela existência de uma vala aberta no solo não sinalizada. Quanto ao fundamento de imputação do STJ invocou o artigo 492.º do CC, no entanto mal, uma vez que não estaria em causa qualquer danosidade provocada pro derrocada de edifícios mal construídos ou conservados, mas as condições do terreno, deste modo a sede normativa adequada seria a do artigo 493.º/1 do CC, e se assim não se entendesse ter-se-ia de aplicar a primeira parte do n.º 1 do artigo 483.º do CC com o artigo 486.º do CC. Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 423-426.

<sup>187</sup> No caso em apreço manteve-se aberto, e sem proteção, um poço, situado num terreno da propriedade do réu, numa zona rural em que era praticado o regime de caça livre, e em que a intensidade da vegetação que o recobria tirava a sua visibilidade, acabando por cair dentro dele um caçador, tendo falecido afogado. Note-se, contudo, que neste caso os deveres no tráfego que estavam em causa eram os deveres supressivos ou de condução de um determinado perigo, uma vez que se tratava de poços abertos sem qualquer proteção, numa zona rural em que era praticado o regime de caça livre. O proprietário, e na nossa opinião também o locatário (que no caso não responsabilizado), tinham o dever jurídico de tomar todas as precauções necessárias para que ninguém nele se precipitasse. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE), disponível em dgsi.pt.

<sup>188</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 426.

<sup>189</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE), disponível em dgsi.pt.

tomando para isso, as medidas adequadas<sup>190</sup> (que se consubstanciam em deveres no tráfego).

III. Normalmente os casos de abertura no tráfego não constituem um critério autónomo de imputação delitual, sendo antes um critério dependente do critério da responsabilidade por um campo, visto que não se respondeu por se abrir ou consentir a circulação de pessoas, mas pela segurança do âmbito do que se controla e em cujo espaço se permitiu esse tráfego<sup>191</sup>, relembre-se que o que estava em causa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-jun.-2009 (Relator Fonseca Ramos), era uma fonte de perigo num terreno privado (uma vala) onde em simultâneo havia a tolerância no tráfego ao público através de um caminho, e no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-jun.-2015 (Relator Helder Roque) existia um terreno privado que continha poços que não estavam cobertos e onde em simultâneo era tolerado o tráfego no terreno a caçadores, e em ambos os casos os danos a terceiros não aconteceram por se ter aberto o tráfego, mas pela falta de cuidado e de segurança das fontes de perigo situadas nos terrenos.

No entanto, como não podia deixar de ser, o critério da abertura ou tolerância no tráfego intensifica o cumprimento de deveres no tráfego de carácter supressivo, de condução de um determinado perigo e dos deveres indiretos que Sinde Monteiro apontou, como os avisos e as proibições<sup>192</sup>, o que vem em linha com a noção de perigo objetivo/normativo da qual partimos, que consiste, lembre-se, na possibilidade (ou a probabilidade) de produção de um determinado evento lesivo<sup>193</sup>.

Assim, em abstrato, quando existe a abertura do tráfego tolerada a pessoas e bens num determinado espaço delimitado que está sob o domínio de alguém

<sup>190</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de de 09-jun.-2015, Relator HELDER ROQUE), disponível em dgsi.pt.

<sup>191</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 427. Relembre-se que o que estava em causa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-jun.-2009 (Relator FONSECA RAMOS), era uma fonte de perigo num terreno privado (uma vala) onde em simultâneo havia a tolerância no tráfego ao público através de um caminho, e no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-jun.-2015 (Relator HELDER ROQUE) existia um terreno privado que continha poços que não estavam cobertos e onde em simultâneo era tolerado o tráfego no terreno a caçadores, e em ambos os casos os danos a terceiros não aconteceram por se ter aberto o tráfego, mas pela falta de cuidado e de segurança das fontes de perigo situadas nos terrenos.

<sup>192</sup> Cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina: Coimbra, 1989, p. 321.

<sup>193</sup> Cfr. RUI CARLOS PEREIRA, *O Dolo de Perigo – Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjetiva nos Crimes de Perigo Concreto*, Lex, Lisboa, 1995, p. 20.

– por exemplo um locatário, que tem o controlo fático da coisa locada – e existem fontes de perigo que têm de ser suprimidas ou conduzidas e não o são, então a probabilidade da produção de um determinado evento lesivo a terceiros é superior e, conseqüentemente, intensifica-se o perigo e a obrigação de o prevenir, suprimir ou conduzir, por forma a que o evento lesivo não ocorra<sup>194</sup>.

Porém, este segmento de responsabilidade mantém o seu espaço próprio de intervenção, constituindo um critério autónomo de imputação de responsabilidade separado da responsabilidade por um campo nos casos em que a abertura no tráfego faz desencadear a adoção de novas e específicas providências de segurança, que não seriam necessárias sem essa abertura<sup>195</sup>: cria-se e deixa-se perdurar uma nova fonte de perigo sob domínio do titular e cuja exploração lhe reserva, por via de regra, vantagens patrimoniais<sup>196</sup>. Pense-se, por exemplo, num contrato de arrendamento sobre um espaço anteriormente vedado com o intuito de abarcar os mais variados eventos culturais, desportivos ou científicos.

Este caso não se encontraria abrangido pelos artigos 492.º do CC e 493.º do CC, uma vez que subjacente aos deveres no tráfego que constam destes preceitos não existe a ideia de se responder por fontes de perigo dinâmicas que podem surgir do tráfego social geral num determinado campo delimitado, mas antes sobre fontes de perigo estáticas. Ademais, estes artigos foram concebidos para responsabilizar os vigilantes pelo controlo descuidado dos fatores de perigo internos às próprias fontes, ao contrário do que acontece quando estamos perante a abertura no tráfego que constitui um critério autónomo de imputação.

Assim, conforme a lição de Rui Ataíde, na primeira hipótese o eixo de imputação situa-se nos perigos que podem surgir das fontes para o tráfego, enquanto que na segunda os perigos do próprio tráfego são gerados de forma dinâmica pelos seus fluxos correntes<sup>197</sup>, autonomizando-se assim da mera responsabilidade por um campo e encontrando a sua expressão normativa dos artigos 483.º e 486.º do CC.

<sup>194</sup> Esta afirmação terá impacto não só ao nível da ilicitude, mas também ao nível da culpa, uma vez que se houver um ato omissivo que produz um resultado danoso na esfera jurídica de outrem, o juízo de censura nestes casos em que há uma maior intensidade do perigo, faz com que o juízo de censura da omissão seja mais exigente também. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-jun.-2009, Relator FONSECA RAMOS, disponível em dgsi.pt.

<sup>195</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 428. Este autor dá como exemplos de autonomia do segmento da abertura e tolerância no tráfego os casos das superfícies comerciais, da exploração de piscinas, instalações hospitalares ou organizações de provas desportivas.

<sup>196</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 428

<sup>197</sup> Cfr. RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Almedina, 2019, p. 428.

Aqui chegados, cumpre concluir que existem situações em que este critério não é autónomo relativamente à responsabilidade por um campo, e neste caso, podem ser afetos ao locatário e ao locador em simultâneo – tendo em conta que este tem o controlo fático da coisa locada (*corpus*) e é possuidor em nome próprio em relação ao seu direito pessoal de gozo (*exteorização do direito*) e detentor em relação ao direito de propriedade do locador – determinados deveres no tráfego mais intensos, destinados a suprimir e a conduzir um determinado perigo, se sobre a coisa locada existir uma fonte de perigo e em simultâneo uma tolerância no tráfego a terceiros, uma vez que, como vimos, a probabilidade de produção de um evento lesivo é mais intensa neste segmento de imputação. Note-se contudo que em abstrato, na nossa opinião, e a propósito deste segmento de imputação, devem ser igualmente onerados com os deveres no tráfego de condução de um perigo, e dos deveres indiretos de sinalizar as fontes de perigo, o locador – uma vez que sendo proprietário não abdica do seu controlo e pode sempre examinar a coisa locada (nos termos da alínea *b*) do artigo 1038.º do CC) – e o locatário, uma vez que é este que tem o controlo fático da coisa e que consegue conduzir os perigos com proximidade.

Por fim, quanto aos casos em que a abertura no tráfego a um determinado espaço faz desencadear a adoção de novas e específicas providências de segurança, que não seriam necessárias sem essa abertura, a oneração com deveres no tráfego sobre fontes dinâmicas que provêm de fluxos correntes de pessoas e bens, no caso da celebração de um contrato de arrendamento de espaço destinado a abarcar eventos desportivos, culturais ou recreativos, deve ser feita ao próprio arrendatário, uma vez que para além de ser este que controla a coisa locada, é que controla os fluxos dinâmicos que decorrem da abertura ao tráfego de um determinado espaço, e como vimos em caso de danos a terceiros não se aplicará o disposto no artigo 493.º do CC, por não se tratarem de perigos internos à fonte, assim aplicar-se-á o disposto no artigo 483.º do CC se o arrendatário não adotar as medidas necessárias a prevenir um determinado perigo que decorre de fontes dinâmicas e não estáticas, basta pensar nos cuidados que têm de existir, no caso de eventos recreativos, com o fluxo de pessoas num determinado espaço.

## 5. Conclusões

I. Concluímos que os deveres no tráfego tinham natureza aquiliana e que podiam integrar as duas cláusulas da ilicitude previstas no n.º 1 do artigo 483.º do CC, também referimos que os deveres no tráfego se dividem em dois tipos de deveres: os que exigem um cuidado na direção de uma determinada esfera

de domínio, sendo que estes se caracterizam por terem um cariz preventivo, uma vez que têm como objetivo evitar danos na esfera de terceiros e os que têm como objetivo conduzir um perigo que já existe, sendo que estes deveres vinculam quem controle um espaço que contenha fontes de perigo.

Tendo em conta a divisão entre estes dois tipos de deveres, a tese que se tentou demonstrar com o texto foi a de que o locatário ficaria adstrito a deveres no tráfego a partir do momento em que é possuidor em nome alheio da coisa locada. A transferência dos deveres no tráfego do locador para o locatário ocorre com o cumprimento da obrigação da entrega da coisa locada, sendo que é a partir desse momento que o locatário, porque tem o controlo efetivo da coisa, fica adstrito ao cumprimento de determinados deveres, entre os quais fica adstrito, desde logo, a deveres de prevenção do tráfego (deveres de cuidado em relação à coisa locada). Porém, a transferência dos deveres no tráfego depende das características da coisa locada, neste sentido, se sobre a coisa locada existirem fontes de perigo, para além do grau de diligência do locador e do locatário ser mais elevada, transferem-se, a par dos deveres de cuidado, deveres de condução de um determinado perigo.

II. A tese que se propôs comprovar, necessitou da análise de alguns pontos prévios, entre os quais a natureza jurídica do direito do locatário e a tomada de posição em relação à sua posse. Nestes termos, tendo percorrido as múltiplas construções dogmáticas que procuraram responder a estas duas questões, sufragámos aquela que defende que o direito do locatário é um direito pessoal de gozo e não um direito real, uma vez que: i) a locação se integra sistematicamente no capítulo dos contratos em especial no Código Civil, ii) o objeto do contrato de locação é a obrigação do locador lhe assegurar o gozo da coisa, e não a coisa corpórea em si, e porque iii) existe a impossibilidade de reivindicação do bem pelo locatário, confirmando a diferença de oponibilidade e dos meios de defesa do direito real e do direito de crédito. No que diz respeito à posse, aderimos à posição objetivista, de acordo com a qual são elementos da posse: o i) *corpus possessório*, e a ii) exteriorização de um direito, contanto que não haja nenhuma norma jurídica que descaracterize a situação para mera detenção (cf. artigo 1253.º do CC), este ponto é essencial, uma vez que o *corpus possessório* tem uma expressão física e representa a possibilidade real de agir materialmente sobre a coisa: o domínio físico sobre a coisa, ainda que a posse do locatário seja partilhada com a posse do locador, numa situação de concursos de posses, e é neste sentido que é crucial o elemento da exteriorização do direito, para se identificar que tipo de posse é que está adstrita a quem tem o controlo fáctico sobre a coisa.

III. Por fim procedemos à análise dos dois fundamentos de imputação de deveres no tráfego que são particularmente importantes para a análise da responsabilidade civil do locatário pela violação destes deveres: a responsabilidade por um campo na locação e a abertura do tráfego sobre a coisa locada. No que diz respeito à responsabilidade por um campo na locação é essencial ter-se em atenção que o facto da posse se transmitir com o cumprimento da obrigação de entrega, tal não implica necessariamente o surgimento de uma situação de perigo. Para podermos falar de uma situação de perigo que possa ser causada pela conservação ou detenção da coisa locada, o locatário terá de violar um dever geral de cuidado, e os perigos têm de surgir desta violação, e apesar do concurso de posses entre o locatário e o locador, quem responde é quem detém o real controlo de facto da esfera de organização ou domínio que esteja concretamente em causa, uma vez que, como se defendeu quem detém essa direção é pode tomar as necessárias medidas de segurança.

A violação deste dever de cuidado pode surgir da violação do dever de manutenção e conservação sobre a coisa locada, nos termos das alíneas *d*) e *h*) do artigo 1038.º do CC e do artigo 1043.º do CC, uma vez que se o locatário danifica a coisa locada, e entrega a coisa nesse estado ao locador, e se dessa danificação ocorrerem danos para terceiros, quem irá responder é o locatário e não o locador.

No que diz respeito ao fundamento da abertura e tolerância no tráfego, cumpre concluir que existem situações em que este critério não é autónomo relativamente à responsabilidade por um campo, e neste caso, podem ser afetos ao locatário e ao locador em simultâneo— tendo em conta que este tem o controlo fáctico da coisa locada (*corpus*) e é possuidor em nome próprio em relação ao seu direito pessoal de gozo (*exteorização do direito*) e detentor em relação ao direito de propriedade do locador — determinados deveres no tráfego mais intensos, destinados a suprimir e a conduzir um determinado perigo, se sobre a coisa locada existir uma fonte de perigo.

Sobre este devem ser igualmente onerados, com os deveres no tráfego de condução de um perigo, e com deveres indiretos de sinalizar as fontes de perigo, o locador — uma vez que sendo proprietário não abdica do seu controlo e pode sempre examinar a coisa locada (nos termos da alínea *b*) do artigo 1038.º do CC) — e o locatário, uma vez que é este que tem o controlo fáctico da coisa e que consegue conduzir os perigos com proximidade.

Por fim, quanto aos casos em que a abertura no tráfego a um determinado espaço faz desencadear a adoção de novas e específicas providências de segurança, que não seriam necessárias sem essa abertura, a oneração com deveres no tráfego sobre fontes dinâmicas que provêm de fluxos correntes de pessoas e bens, no caso da celebração de um contrato de arrendamento de espaço

destinado a abarcar eventos desportivos, culturais ou recreativos, deve ser feita ao próprio locatário, uma vez que para além de ser este que controla a coisa locada, é este que controla os fluxos dinâmicos que decorrem da abertura ao tráfego de um determinado espaço, e como vimos em caso de danos a terceiros não se aplicará o disposto no artigo 493.º do CC por não se tratarem de perigos internos à fonte, aplicar-se-á antes o disposto no artigo 483.º do CC se o locatário não adotar as medidas necessárias a prevenir um determinado perigo que decorre de fontes dinâmicas e não estáticas, basta pensar nos cuidados que têm de existir, no caso de eventos recreativos, com o fluxo de pessoas num determinado espaço.

# Compliance, gestão fiscal e planificação fiscal – Colaboração com a Autoridade Tributária

NUNO SAMPAYO RIBEIRO\*

*“Esta técnica de tentar vencer dificuldades, ignorando-as, negando evidências, saltando por cima, chegará alguma vez a resultados satisfatórios? É difícil admiti-lo. E, apesar de ela ameaçar, à custa do seu enganoso utilitarismo, generalizar-se, continua a parecer-me que não há ação válida sem teoria, nem teoria que conte sem partir da análise implacável da realidade concreta. É uma velha verdade só chegarmos depressa por caminhos longos”.*

MÁRIO DIONÍSIO, “A Paleta e o Mundo” (Vol. I, p. 21)

SUMÁRIO: *Introdução. I – Primeira vertente: A – Tributação como fonte de risco legal e reputacional; B – Refundação do sistema económico-financeiro-fiscal. II – Segunda vertente: A – Consequências para os stakeholders, e quem são eles? III – Terceira vertente: A – Não é proibido, posso fazer?; B – Guidelines on responsible business conduct. IV – Quarta vertente: A – Compliance e a criação de valor; B – Prevenção do conflito. Conclusão: A – Gestão fiscal: apanhada na curva ou à frente da curva?; B – Made in Portugal, but taxed in Portugal?*

## Introdução\*\*

1. O tema “*Compliance, Gestão Fiscal e Planificação Fiscal – Colaboração com a Autoridade Tributária*” que me foi confiado pelo Professor Diogo Leite de Cam-

\* Advogado, Especialista em Direito Fiscal (O.A.). Professor Convidado do IFB – Instituto de Formação Bancária.

\*\* Neste texto desenvolveu-se a intervenção efectuada no Colóquio sobre *Compliance* Empresarial,

pos, autoexplica o essencial do quadro decisório de escolhas e conflitos que se oferece ao governo societário, e que cumpre à gestão empresarial<sup>1</sup> arbitrar no que diz respeito ao cumprimento dos deveres fiscais. Este quadro decisório pode ser sintetizado em dois eixos fundamentais. O primeiro é o que respeita à liberdade contratual, e centra o decisor perante a escolha sobre como articular a maximização das possibilidades da liberdade contratual, com a minimização do perigo de reprovação legal ou social da estratégia de planificação fiscal escolhida. O segundo é o que respeita à cultura relacional a entretecer com o contraparte natural da relação de imposto, as autoridades tributárias, e centra o decisor perante a escolha entre uma lógica adversarial ou uma lógica de cooperação<sup>2</sup>.

2. Faço notar que as respostas para as questões que especificuei estão intimamente relacionadas com o contexto social e com o enquadramento institucional que, como está perante todos, é de transição e mudança sociológica, tecnológica e político – jurídica. No sentido em que, se é verdade que aqui e agora, já não estamos no ambiente cultural e jurídico de ontem, também é verdade que ainda não chegámos ao ambiente de amanhã, que ao chegar confirmará que agora estamos a viver uma viragem civilizacional. Devido a isto, e atendendo à relevância para a finalidade a que me propus, destaco algumas constantes de evolução na realidade dos nossos dias ou no progresso social, posto que a meu ver oferecem pontos de referências estáveis num horizonte temporal de médio-longo prazo sobre o cenário de escolha que se entreabre ao decisor.

Uma constante diz respeito à alteração cultural relativa à responsabilidade financeira em geral, e sobre os deveres fiscais, em particular. Outra constante é a que respeita à refundação do sistema económico–financeiro–fiscal de cooperação internacional e europeia com o objetivo de trazer para o séc. XXI o equipamento do Estado-nação, dotando-o de meios capazes de darem resposta à dinâmica da economia global e da transformação digital. Uma terceira cons-

promovida pelo Fórum de Administradores e Gestores de Empresas, em parceria com a Universidade Autónoma de Lisboa em 14.10.2017, com a informação disponível até ao dia 15.04.2018. A intervenção foi baseada no trabalho apresentado no *Workshop* “Risco Legal e Reputacional: desafio estratégico e de *compliance*”, IFB – Instituto de Formação Bancária, em 22.11.2018, e no Seminário “Taxation as a source of legal and reputational risk: a strategic and compliance challenge”, no âmbito do *Seminário de Professores*, Universidad Autonoma de Madrid, em 26.03.2015.

<sup>1</sup> Tenha-se presente o elenco de incidência pessoal especificado no artigo 24.º da Lei Geral Tributária sobre a responsabilidade dos membros de corpos sociais e responsáveis técnicos.

<sup>2</sup> A este propósito, relembre-se o enquadramento estabelecido no artigo 48.º do Código do Procedimento Tributário sobre a cooperação da administração tributária e do contribuinte.

tante consiste na afirmação de uma tendência de protecionismo, em especial entre os membros do G20, e de uma deriva de rearmamento sinalizando que a segurança nacional se tornou o epicentro da agenda política dos países mais influentes. Uma quarta constante refere-se às novas realidades e avanços tecnológicos, em particular um processo social de estar em relação baseado na sociedade digital (*E-lifestyle*), na qual a introdução de novas tecnologias alterou o quotidiano ao permitir inovações, de que são exemplos a *blockchain*, os mercados em linha, as redes sociais, a inteligência artificial os megadados, etc. Assim criando uma clivagem entre o digital e o físico, e propulsionando um ambiente comunicacional baseado no ciberespaço, que desencadeou um efeito da maior importância: a afirmação da reputação como *new commodity*.

3. Perante este panorama e no sentido de tomar posição sobre o quadro decisório de escolhas e conflitos que se oferece ao governo societário sobre a gestão fiscal e o planeamento fiscal, examinarei quatro vertentes que se me afiguram essenciais para uma decisão estratégica informada sobre *compliance*. Na primeira vertente, pretendo fazer sobressair um dado fundamental que venho introduzindo e que consiste na emergência da tributação com fonte de risco legal e reputacional. Na segunda vertente, averiguarei quais são as consequências deste dado novo para os *stakeholders* e quem estes são. Na terceira vertente, procurarei examinar como pode ser dada resposta a essas consequências e por quem. Procederei na quarta vertente a um relance sobre o que considero serem os principais desafios que se colocam à gestão empresarial. Irei concluir com a apresentação do que considero ser uma estratégia fiscal prudente e responsável, numa perspetiva de economia reputacional, *rectius* gestão reputacional e que defino como sendo aquela que prioriza a longevidade institucional através do reforço da qualidade da empresa (marca), como intermediário de confiança.

## I – Primeira vertente

### A – Tributação como fonte de risco legal e reputacional

4. Entrando na análise da primeira vertente que mencionei, saliento que o processo de transformação cultural e institucional desencadeado pelos penosos acontecimentos de 2007 e 2008 originou um novo contexto socioeconómico no qual emergiu uma nova cidadania económico-financeira centrada na sustentabilidade financeira, cuja aspiração de fundo é a recuperação da confiança. Uma consequência disto é a valorização crescente da interligação entre liderança, responsabilidade e integridade i.e., a importância de os deci-

sores atuem de modo responsável, ou seja, com respeito pelos outros, em geral, e pelas boas práticas, em especial, com relevância crescente da responsabilidade social em matéria tributária. Duas consequências fundamentais desta dinâmica social, e que importa deixar claro, são que a reputação se afirmou na dinâmica social, como o mais importante bem de uma pessoa, organização ou país, e de uma instituição bancária, em particular. E que a reputação está exposta a um escrutínio à escala global de 24/7, viabilizado pela revolução tecnológica e pelas redes sociais/comunidades *online*, cujo fôlego se capta no neologismo “googlar”. O qual é, antes de mais, o resultado de um ambiente comunicacional baseado no ciberespaço a que já se fez referência, e da preponderância da avaliação *peer to peer* (P2P) na definição da identidade e da licença social dos participantes.

Hoje, vivemos já na era da economia reputacional, na qual a percepção de confiança prevalecente na comunidade sobre facto, pessoa ou situação é o atributo fundamental da vantagem comparativa<sup>3</sup>. Porém, esta nova realidade é por agora desconhecida da maioria da sociedade, muito porque ainda não terá despertado para esta realidade e, em especial, para a emergência do risco legal e reputacional ou das suas fontes, nelas se incluindo a tributação. Inegavelmente uma das consequências desta transformação é a de que o impacto da tributação na reputação *rectius*, percepção de confiança sobre uma pessoa (singular ou entidade) se alterou profundamente, podendo agora valorizar ou destruir a licença social respetiva. Na génese desta situação está também a emergência de uma nova mentalidade relativa ao comportamento fiscal cuja violação é agora sentida como uma ofensa grave contra a sociedade como um todo, e contra o dever de solidariedade de participar nos custos de financiamento, que recai sobre cada um dos seus membros, na medida da sua capacidade contributiva, ou devido à conexão com o lugar onde o valor económico é gerado. Ademais, a sociedade impõe crescentemente este padrão de comportamento através de uma força de coerção social que se manifesta no plano das relações e atitudes interpessoais, através de ações de reprovação das práticas fiscais consideradas inaceitáveis, e que conduziu, por exemplo, a *Starbucks* ao pagamento voluntário de impostos na tentativa de apaziguar a irritação dos consumidores<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre este assunto ver o nosso trabalho “Economia Reputacional: Prioridades e Desafios” *in* *inforBANCA*, n.º 111, nov.’17-fev’18, pp.10-15.

<sup>4</sup> Cfr.: “Starbucks to pay £20m in tax over next two years after customer revolt” (<https://www.theguardian.com/business/2012/dec/06/starbucks-to-pay-10m-corporation-tax>)

## B – Refundação do sistema económico-financeiro-fiscal

5. Em paralelo, está em curso a refundação do sistema económica-financeiro-fiscal de cooperação internacional e europeia com o objetivo de trazer para o sec. XXI o equipamento do Estado-nação no sentido de o adequar aos novos desafios e realidades. Esta mobilização surgiu sinalizada nos discursos oficiais pela expressão *new cooperative tax environment* e o seu *leitmotif* é *everyone must pay their fair share of tax in the right place at the right -time*. Uma prioridade central é a agenda dita de *fair taxation* que visa nomeadamente a criação de meios de implementação do *pay your fair share*, em especial que as empresas sejam tributadas no local onde são gerados os seus lucros, e neutralizados os desvios artificiais de lucros posto que afetam gravemente as receitas tributárias, em particular as dos países em desenvolvimento. Destaco que a agenda que mencionei já desencadeou o fim do segredo bancário e fiduciário para efeitos fiscais, e está a ser concretizada com ênfase na transparência, *disclosure* e certeza fiscal, numa lógica de vasos comunicantes com as iniciativas destinadas a promover a estabilidade e a integridade dos mercados, em especial a luta contra os fluxos financeiros ilícitos, e a promoção de outros objetivos, entre eles, o financiamento sustentável ou a criação de condições de crescimento nos países em desenvolvimento, especialmente em África.

Outra prioridade é a articulação com as iniciativas centradas na segurança nacional, em resposta aos atentados em solo europeu e ao crescendo de ciberrataques graves. Assiste-se mesmo à afirmação nos Estados de uma deriva de rearmamento, com prioridade das superpotências ao desenvolvimento de supercomputadores, sinalizando que a segurança nacional se tornou o epicentro da agenda política dos países mais influentes, inclusive através de práticas protecionistas. Isto é uma evolução de contexto da maior relevância devido a que a vida das nações ensina que, quando isto acontece, a eficiência económica-financeira é tendencialmente secundarizada<sup>5</sup>. Acresce que se colocou a comunidade empresarial no centro da luta contra os fluxos financeiros ilícitos, o que tem grande impacto no sector empresarial, em especial no financeiro, e desafia a repensar o valor de gestão de *compliance*, pelas razões que adiante se mencionam<sup>6</sup>.

6. Destaco que não existe uma definição uniforme para distinguir entre cooperação fiscal internacional e cooperação fiscal europeia. Para efeito deste trabalho, cooperação fiscal europeia distingue-se da cooperação fiscal inter-

<sup>5</sup> “OE 2018: vamos mas é almoçar?” in *Jornal Público on line* 25.10.2017.

<sup>6</sup> Ver adiante a Quarta vertente.

nacional por ser mais restrita, no sentido em que é vinculada aos fins gerais dos tratados que instituem a U.E. Destaco também que as cooperações fiscais internacional e europeia são um *living process* no sentido que estão em evolução, e compreendem uma interação abrangente de domínios, de entre os quais seleciono dada a relevância para o que me propus examinar, os seguintes:

I – Aceitação universal dos princípios de transparência e *disclosure*, que estruturaram uma nova geração de meios de assistência mútua entre autoridades tributárias, baseados no fim da oponibilidade do sigilo bancário e fiduciário para efeitos fiscais e na troca automática de informações financeiras;

II – Modelação de um novo compromisso internacional com o objetivo de alinhar a tributação com a atividade económica real de que são exemplos a iniciativa *BEPS – Base Erosion Profit Shifting*, visando em especial a luta contra a planificação fiscal agressiva (ação 12), e a iniciativa *Inclusive Framework on BEPS*;

III – Articulação entre os objetivos fiscais e os objetivos de integridade e de estabilidade numa lógica de vasos comunicantes, de que é exemplo a luta contra os fluxos financeiros ilícitos, em especial o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e a corrupção, centrada no fim do anonimato e na identificação do beneficiário legal e económico;

IV – Priorização da proteção dos recursos dos países em desenvolvimento, em especial de África, e à promoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU (*UN Sustainable Development Goals*), e do crescimento económico inclusivo sobre a coordenação do Banco Mundial, FMI, OCDE, ONU de que é exemplo a *Platform for Collaboration on Tax*;

V – Aplicação de sanções às jurisdições ditas “não – cooperantes” ou aos regimes fiscais prejudiciais (*harmful tax practices*);

VI – Renovada aplicação das regras de auxílio de Estado da U.E., de que são exemplo as decisões da Comissão Europeia sobre os casos<sup>7</sup> Luxemburgo/Fiat, Irlanda /Starbucks, e Irlanda/Apple, e do escrutínio parlamentar aos fluxos financeiros ilícitos, de que são exemplo os Comitês TAXE II e II e PANA;

<sup>7</sup> Cfr. “Lux Leaks. Auxílios de Estado à Fiat e Starbucks são ilegais”, Expresso Online, 21.10.2015 (artigo de Ana Sofia Santos, <http://expresso.sapo.pt/economia/2015-10-21-Lux-Leaks.-Auxilios-de-Estado-a-Fiat-e-Starbucks-sao-ilegais-> )

VII – Reforço da dinâmica de *effective interagency co-operation*, de que é exemplo a iniciativa *The Oslo Dialogue*, que visa uma articulação, mais eficaz, entre as autoridades fiscais, financeiras e outras autoridades, na luta contra as atividades ilícitas, incluindo nos domínios assinalados nas alíneas anteriores. Assim como no rastreio, congelamento e a recuperação de bens de origem criminosa, designadamente facilitando o confisco, com o objetivo de proteger a economia legal contra a infiltração de redes criminosas;

VIII – Afirmação da ação inspetiva e ação judiciária centrada num enquadramento de base internacional e não apenas num enquadramento de base territorial;

IX – *Raise awareness*, mobilização de apoio político, transformando as recomendações internacionais em resultados tangíveis, designadamente removendo no plano nacional barreiras políticas, legais e operacionais à cooperação internacional. Promovendo a proficiência técnica (*capacity building project*), e catálogos de instrumentos internacionais, boas-práticas, tipologias e técnicas na deteção de uso indevido de veículos empresariais ou fluxos financeiros ilícitos.

X – Ênfase na função da tributação na promoção dos Direitos do Homem, na luta contra a pobreza e na igualdade de género;

XI – Protecção da confidencialidade dos dados pessoais.

7. Uma consequência central que resulta de tudo o que mencionei é a afirmação de um novo ambiente de cooperação internacional e europeia, baseado numa nova geração de meios antievasão fiscal e de novas questões tributárias que são, antes de mais, expressão do novo ambiente cultural e tecnológico a que fiz menção. Nasceram novas soluções legislativas, administrativas, e judiciais, incluindo um renovado interesse da comunidade internacional num acervo de *soft law*, baseado em *guidelines on responsible business conduct*. Neste último domínio, cabe sublinhar, atendendo à especial relevância para a comunidade empresarial, a prioridade atribuída à aplicação de princípios de *corporate governance* ao cumprimento das obrigações tributárias. Trata-se de uma tendência a que venho atribuindo importância decisiva posto que visa impulsionar uma cultura organizacional centrada na autoimposição de limites à liberdade contratual, em especial no que respeita à planificação fiscal que é tema que desenvolverei adiante. Por agora, pretendo que sejam ponderadas as alterações tecnológicas, em particular a transformação digital, em especial nos domínios da fiscalização tributária ou do dinheiro digital.

No primeiro domínio, saliento o surgimento de uma nova geração de meios de fiscalização baseados no aprofundamento dos canais e instrumentos de troca de informação e outros meios de assistência mútua, tais como os controlos simultâneos, inspeções e auditorias que se prevalecem dos supercomputadores, da *blockchain*, *drones* ou da análise e tratamento da informação em tempo real. Tudo isto com a finalidade de lutar contra a fraude e a evasão fiscal, em especial beneficiar dos mecanismos de luta baseados na inteligência artificial e *data mining*, nos *e-ID's* e no registo *online* de entidades. No segundo domínio, afirma-se um ambiente operativo *cashless* no qual os pagamentos e transações são efetuados através da utilização de meios digitais, o que por natureza aumenta a *traceability* dos fluxos para efeitos tributários e de luta contra fluxos financeiros ilícitos. Devido a tudo isto, as autoridades dispõem agora de meios de fiscalização que serão ainda mais potentes num futuro próximo, e que viabilizam por exemplo “ver” através da cadeia de veículos e “pipelines” dos fluxos de comércio, informação e investimento (*piercing the corporate veil* e *look through*), e, assim, identificar factos ou situações tributáveis. Isto entreabre aos grupos empresariais que criam valor em Portugal, em conexão estratégias de interposição de veículos em jurisdições de nula ou baixa tributação, destinados a efetuar operações financeiras intragrupo (*v.g.* gestão de tesouraria ou financiamento), ou de detenção e exploração de intangíveis (*v.g.* marcas e patentes), o desafio de comprovar a legitimidade da poupança fiscal, em particular a inerente à eliminação, redução ou diferimento das retenção na fonte resultantes dessas operações intragrupo.

8. No sentido de melhor clarificar o que mencionei, destaco que esta nova geração de normas anti-evasão fiscal vem sendo orientada pela implementação da tributação do Estado da residência, ou seja, a eficácia na cobrança de receita, e afirma duas tendências. Uma é a que respeita ao aprofundamento da imposição de limites à liberdade contratual, de que são exemplos a diretiva europeia relativa à elisão fiscal ou a proposta referente aos deveres dos promotores de esquemas de planeamento fiscal. A outra tendência é a que respeita à interação da norma fiscal com objetivos regulatórios ou comportamentais, em especial os de estabilidade, integridade e sustentabilidade dos sistemas económico-financeiro a que já aludi. Destaco que o rastreio da cooperação institucional sobre a coordenação do G20 evidencia uma novidade fundamental que se traduz no que venho designando por lógica de vasos comunicantes<sup>8</sup> entre o domínio fiscal e outros domínios, e que se traduz num feixe regulatório cujo impacto pode ser identificado com mais nitidez distinguindo entre questões fiscais canónicas

<sup>8</sup> Cfr. “Desafios da Transparência: Como Resolver” in InforBANCA, 90, Out/Dez 2011, pp. 28-29.

e novas questões fiscais. Por questões fiscais canónicas designo as iniciativas que respeitam aos problemas da repartição, quantificação, protecção dos direitos tributários e sua aplicação (*enforcement*). Por novas questões fiscais designo as iniciativas que visam explorar a conexão entre tributação e objetivos comportamentais ou regulatórios prioritários da comunidade internacional ou da integração europeia, selecionando, dada a relevância para esta comunicação, os seguintes:

- 1) Intervenção do sistema fiscal no combate aos fluxos financeiros ilícitos e à protecção dos interesses/recursos dos países, em especial dos países em desenvolvimento;
- 2) Ação coordenada através de medidas defensivas contra as “jurisdições não-cooperantes”, ou práticas fiscais prejudiciais (*harmful tax practices*), incluindo a pressão reputacional inerente aos *peer review process* e aos *overall ratings do Global Forum*, da FATF ou da UE;
- 3) Aplicação de princípios de *corporate governance* ao cumprimento dos deveres fiscais (*compliance*);
- 4) Promoção na U.E., de um quadro de concorrência leal tecnologicamente neutro, isto é entre o mercado único digital e o mercado único físico na U.E.

O objetivo é o de instituir medidas complementares e coerentes entre si que reforcem a capacidade de defesa da economia legítima e da segurança nacional, posto que, como está perante todos, a fraude fiscal, o planeamento fiscal agressivo, o branqueamento de capitais e a corrupção minam as instituições políticas, promovem a pobreza, a desigualdade e a injustiça social, seja porque a ocultação da capacidade contributiva ofende a distribuição do esforço fiscal, seja porque de par com a corrupção e o branqueamento lesam a economia de mercado baseada na iniciativa privada. Isto porque ao distorcerem a sã concorrência, prejudicam o desenvolvimento económico inclusivo e justo, em especial dos países em desenvolvimento. Acresce a isto o problema do financiamento do terrorismo, que abala os fundamentos da ordem pública baseada nos direitos humanos, na democracia representativa e no império da lei, e o aprofundamento da integração internacional e europeia.

Destaco entre as matérias que designei por novas questões tributárias, a utilização da pressão reputacional efetuada pelo G20/UE, porque a considero portadora da chave de leitura da estratégia atual visando inferiorizar a perceção de confiança sobre as jurisdições ou práticas fiscais consideradas inaceitáveis à luz dos padrões que pretendem difundir. Esta pressão reputacional parece ser a antecâmara da calendarização da aplicação de medidas defensivas. E a sua eficácia vem beneficiando da articulação espontânea com a pressão reputacio-

nal desencadeada no plano relacional, por exemplo pelas escandalosas revelações efetuadas pelo *ICIJ – International Consortium of Investigative Journalists*<sup>9</sup> e de outros media. É facto que tudo isto visa os Estados, a comunidade empresarial, em especial as situações envolvendo empresas tecnológicas ou dos serviços financeiros, os *high networth individuals* (“superricos”), incluindo celebridades, de que são exemplos as situações envolvendo desportistas e estilistas; e os promotores/intermediários fiscais. Na essência esta pressão reputacional explora o mal-estar provocado pela revelação pública de diversos factos financeiros e fiscais, sentidos como escandalosos à luz dos valores morais prevaletentes, e consiste numa coerção social que visa inferiorizar o capital reputacional do visado.

Sublinho em reforço do que se mencionou que a ação das organizações internacionais, dá sinais de ter entrado numa fase de aplicação de sanções às jurisdições que não cumprem os padrões internacionais de que é exemplo lista das jurisdições não-cooperantes publicada pela UE em 5.12.2017. E cuja eficácia se demonstra na pronta reação das autoridades de Macau no sentido de serem removidos da lista, ou nos procedimentos adotados por empresas/celebridades em reação à divulgação da situação fiscal tida por imprópria, no intuito de apaziguar a fúria dos consumidores/fãs. Trata-se de ação defensiva que no plano da UE se articula com outros meios, incluindo o reforço dos requisitos antielisão fiscal na legislação europeia aplicável às operações de financiamento e de investimento visando por exemplo limitar a atividade do Banco Europeu de Investimento.

9. Tudo aquilo a que aludi confirma que é urgente ponderar este novo contexto, em especial o impacto dos novos mecanismos de atuação institucional, incluindo os de coerção legal viabilizados pela cooperação internacional e europeia, em articulação com a pressão reputacional viabilizada pelo ambiente comunicacional baseado no ciberespaço, e que afirmou uma modalidade de coerção social, que se exprime através de sentimento de reprovação ou até de repugnância. Esta coerção social, como já se sublinhou, opera no plano relacional, isto é através das atitudes e emoções interpessoais e pode afetar severamente a reputação do visado, desencadeando uma *capitis deminutio*, traduzida na perda ou deterioração da reputação, e no limite retirar-lhe a licença social. Existem a este propósito exemplos desta coerção social, exercida através de protestos na rua e *tax fear communication*. Esta modalidade de coerção é crescentemente viabilizada por um ambiente comunicacional digital, baseado numa dinâmica *peer to peer* (P2P), e no efeito viral nas redes sociais, tanta vezes resultando num

<sup>9</sup> Ver [www.icij.org](http://www.icij.org)

ambiente de autêntica barbárie que encontra num alegado *tax wrong doing*, pretexto para oxigenar populismo e discursos de ódio. Algo que também parece ser favorecido por um contexto social com uma dinâmica de “*the backlash against the rich went global*” parafraseando a excelente síntese do jornalista do *Financial Times*, Gideon Rachman. Importa também ter presente que todas estas situações envolvem igualmente o perigo de serem instrumentalizadas em campanhas negras visando países, marcas ou celebridades. Faço notar que tudo isto suscita importantes questões do ponto de vista jurídico, designadamente as referentes ao exercício do direito de defesa, e de salvaguarda dos direitos de personalidade dos envolvidos. O que convida a averiguar as consequências da emergência da tributação com fonte de risco legal e reputacional para os *stakeholders* e apurar quem são eles.

## II – Segunda vertente

### A – Consequências para os stakeholders, e quem são eles?

10. Uma das novidades mais significativas da emergência do imposto como fonte de risco legal e reputacional é a de reforçar a função do imposto. Isto é porque veio introduzir consequências da maior importância ao nível da sua função enquanto instrumento de governo, posto que veio dar nova vida à sua função de meio apto a influenciar os comportamentos (económicos) humanos a bem da humanidade, do interesse público, em especial da promoção da justiça social, em revigoração da sua função de meio de obtenção de receita. A meu ver, estamos a assistir a uma viragem na história da humanidade, importando compreender que isto implica um desafio de grande fôlego para os decisores públicos e privados, e para os prestadores de serviços fiscais, que consiste na necessidade de repensar os critérios de decisão de eficiência *vs.* equidade fiscal, e a ponderar o risco reputacional de modo abrangente, incluindo o(s) contra-partes, os investidores, os analistas, os media e a opinião pública. Resulta disto uma outra consequência fundamental na perspectiva da gestão empresarial, que é o alargamento da noção de *stakeholders*, no sentido de incluir a ponderação da perceção da sociedade no seu conjunto no tocante ao cumprimento dos deveres fiscais. Em substituição de uma noção de *stakeholders* com âmbito mais restrito, tendencialmente circunscrito ao ecossistema: autoridades/clientes/acionistas/gestão/investidores/colaboradores/fornecedores. E que já não reflete a realidade dos nossos dias na qual agenda *fair taxation* ou a luta contra a planificação fiscal agressiva estão no topo da agenda internacional, suscitam interesse editorial de primeira grandeza, em contexto de ambiente comunicacional *on*

*line*, em particular de redes sociais. Perante tudo o que mencionei, é necessário apurar como pode ser dada resposta a estas consequências e por quem, assunti que examinarei em seguida, na terceira vertente, numa perspetiva de economia reputacional, norteada pela procura de boas-práticas.

### III – Terceira vertente

#### A – *Não é proibido, posso fazer?*

11. A meu ver a pergunta: “*Não é proibido, posso fazer?*” constitui a melhor via para surpreender os novos desafios que a realidade dos nossos dias coloca à gestão empresarial. E no sentido de dar uma resposta consistente a estes novos desafios, torna-se necessário que o decisor repense os critérios de exercício da liberdade contratual. Fundamento esta necessidade no reconhecimento da evolução da realidade social e institucional a que já aludi, designadamente, na emergência de uma nova cultura/mentalidade social sobre o cumprimento dos deveres fiscais, de novas formas de cooperação entre autoridades, de uma nova geração de normas antievasão fiscal e dos avanços tecnológicos que as viabilizam; das novas questões tributárias que especifiquei, do potencial de coerção social inerente ao ambiente comunicacional *P2P* – em especial das redes sociais. Isto é tanto mais necessário levando em conta que, na OCDE, sob a orientação do G20, e na U.E., se afirmou um amplo consenso sobre a promoção da *fair taxation*, em especial da necessidade do combate à erosão da base tributária provocada por técnicas de planeamento fiscal que originam situações de tributação ou de não-tributação, que não foram intencionadas pelo legislador do país afetado. Existe a este propósito um conjunto amplo de iniciativas que não é viável mencionar nesta oportunidade, nelas sobressaindo a iniciativa BEPS a que já se fez referência, e que na U.E., se afirmou o objetivo de articular a política fiscal com a união monetária e não apenas com o funcionamento do mercado único. Opto assim por destacar, dada a relevância para a presente análise, que a *Multilateral BEPS Convention* entra em vigor em 1.07.2018, que a U.E., aprovou o *country by country reporting*, a diretiva anti-elisão fiscal, que entra em vigor em janeiro de 2019<sup>10</sup> (ano a partir do qual pretende igualmente sujeitar os promotores de esquemas de planificação fiscal a prestarem informação às autoridades sobre potenciais esquemas agressivos), e definiu novos requisitos

<sup>10</sup> Algumas medidas ficam sujeitas a data posterior.

antielisão fiscal na legislação europeia aplicável às operações de financiamento e de investimento.

A meu ver, a mensagem de fundo desta mudança cultural e de enquadramento institucional é que a tributação se constitui agora como um *global strategic matter* para países, empresas e individualidades. Devido a isto, a procura da vantagem competitiva interpela diretamente a liberdade dos países e dos atores económicos, em especial a dos bancos e das empresas cotadas em bolsa, e convida-os a afastarem-se de uma cultura de *laissez-faire fiscal* para se centrarem numa cultura de *virtú* fiscal. Impondo crescentemente, a necessidade de repensarem a ideia porventura ainda predominante na planificação fiscal, de acordo com a qual *minimizar o imposto maximiza o valor acionista*. Impõe igualmente a compreensão da íntima ligação existente entre a competitividade da economia, incluindo fiscal, e a transparência fiscal, posto que esta última é instrumental à sua concorrência, à justa repartição do esforço fiscal, e à evitação ou repressão de outras anomalias sociais cujo efeito é o de perturbar a ordem socioeconómico ou a segurança nacional. Com base na ponderação do que mencionei impõe-se reconhecer que decidir neste complexo universo, coloca aos decisores públicos e privados e aos prestadores de serviços fiscais o desafio de apurarem um *fine-tuning* entre risco e responsabilidade. Parecendo-me igualmente necessário reconhecer que neste *fine-tuning* não será infrequente faltar *terra firma*.

12. Sublinho que todas estas novas realidades implicam desafios com um grau de novidade significativo, que por vezes podem colocar o decisor perante dificuldades jurídicas tremendas, mesmo quando procura abrigo na sobreposição da letra com o espírito da lei. Tome-se como hipótese um caso dilemático de (des)aprovação de uma prática de eficiência financeira ou fiscal legal, por ser percecionada socialmente como injusta à luz dos valores prevalecentes na comunidade, isto é “*legal but not fair*”. São, aliás, já muitos e conhecidos os exemplos ocorridos que confirmam o surgimento de “*furações*” mediáticos, mais ou menos súbitos, com efeito devastador na reputação do(s) visados(s). Não sendo viável nesta oportunidade proceder exaustivamente, opto por fazer notar que do ponto de vista legal importa ter presente que muitas vezes se caminha em terreno impreciso, bastando para o demonstrar mencionar que não existe uma definição consensual das noções de justiça ou de responsabilidade, ou dos conceitos de “razões económicas válidas”, “meios artificiosos”, “montagens artificiais”, “idêntico fim económico” para citar apenas alguns exemplos<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> O corpo do artigo 7º, “Troca espontânea de informações”, do Decreto-lei n.º 61/2013, de 10 de maio, como republicado pelo art.º 16 da Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto, parece dar um exemplo de uma densificação jurídica portadora de elevado grau de indeterminação e de insegurança jurídica.

Outro ponto de imprecisão respeita ao “*how much is fair?*”. Objetivamente a interação empresarial entre países exacerba esta imprecisão, posto que por natureza a definição do esforço fiscal dimana da soberania fiscal de cada país. Isto convida a ponderar determinadas situações de planificação fiscal como portadoras de elevado potencial de perigo em termos de perceção pública, em geral, e mediática, em especial. Dois exemplos auxiliam na demonstração do que apon-tei. Um é o que respeita à situação em que operação decorre em jurisdições de nula ou baixa tributação ou com deficiências na cooperação fiscal internacional ou europeia, em especial em matéria de transparência ou branqueamento de capitais/financiamento do terrorismo. Outro exemplo é o referente a uma situação em que o esforço fiscal é nulo ou reduzido por referência ao lugar onde o valor económico é gerado ou à capacidade contributiva do visado. Este exemplo pode surgir na variante de a situação de nula ou baixa tributação ser associada à incapacidade de países em desenvolvimento fiscalizarem as operações realizadas na sua jurisdição. Nestas situações, é real o perigo da eclosão de uma perceção de injustiça/impunidade ou de estar a ser explorada a pobreza desses países.

13. O potencial conflito na hierarquização das prioridades de decisão, como já mencionei, resume-se, em boa parte, em articular risco e responsabilidade, num equilíbrio no qual o sopesar da perceção social/opinião pública deverá desempenhar, a meu ver, um papel preponderante. Como está perante todos, este é um tempo singular, que é também o tempo de afirmação de um novo ambiente à escala global, em especial de cooperação dos Estados em matérias tributárias e do significado social do imposto, em que, como evidenciei o imposto se afirma como fonte de risco legal e reputacional e elemento char-neira da responsabilidade social, inclusive na defesa da integridade do processo económico e da segurança nacional. Disto é exemplo recente a iniciativa do Governo da Finlândia de promover junto do respetivo Parlamento a denúncia da Convenção bilateral com Portugal porque a considera “inconsistente com a noção de justiça em matéria de tributação das pensões”<sup>12</sup>.

É também de considerar que nesta área se defrontam interesses comerciais poderosos e, muito em especial, que os problemas associados a falhas nos domínios da transparência envolvem no atual ambiente social um potencial risco

Nesta medida não será atentatório do bom funcionamento do instrumento de cooperação que visa instituir e que é merecedor de elogio?

<sup>12</sup> Cfr. “Finlândia ameaça romper acordo fiscal com Portugal” in *Jornal Público online*, 12.04.2018 (artigo de Pedro Crisóstomo e Sérgio Aníbal), <https://www.publico.pt/2018/04/13/economia/noticia/finlandia-ameaca-romper-acordo-fiscal-com-portugal-1810219>

de instrumentalização numa campanha de destabilização comercial com efeito imprevisível na confiança dos investidores. Acresce que a defesa de interesses soberanos ou comerciais, nem sempre procede com obediência aos princípios da verdade ou da eficiência, especialmente em fases de escalada de guerras comerciais entre blocos geo-políticos. Devido a tudo isto é crítico evitar o conflito fiscal e criar valor para os *stakeholders* baseado no reforço na confiança e boa vontade na comunidade através de uma perceção de responsabilidade social em matéria tributária, a qual possa funcionar como escudo em caso de uma ocorrência indesejada. O que porventura explica porque é que começaram a difundir-se nos *stakeholders* mais sofisticados estratégias de gestão, controlo e comunicação do risco legal e reputacional colocado pela tributação centrada no eixo da ação que a *Realpolitik* e o eleitoralismo consideram óbvio há muito tempo: que a tributação é demasiado importante para ser deixada ao cuidado da comunidade fiscal, entendida no sentido tradicional.

## B – Guidelines on responsible business conduct

14. A aplicação de princípios de *corporate governance* ao cumprimento das obrigações tributárias é um resultado concreto da evolução institucional que se mencionou. Esta orientação, como também já se evidenciou, é uma prioridade da comunidade internacional e constitui a meu ver um ponto de referência estável para apoiar a governação societária na gestão dos novos desafios e exigências colocados pela emergência da tributação como fonte de risco legal e reputacional. Neste domínio existe um importante acervo que não viável aprofundar nesta oportunidade. Opto, assim, por evidenciar o essencial das recomendações constantes em *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*<sup>13</sup> sobre tributação e que é como segue:

“1. It is important that enterprises contribute to the public finances of host countries by making timely payment of their tax liabilities. In particular, enterprises should *comply with both the letter and spirit of the tax laws and regulations of the countries in which they operate*. Complying with the spirit of the law means discerning and following the intention of the legislature. *It does not require an enterprise to make payment in excess of the amount legally required pursuant to such an interpretation*. Tax compliance includes such measures as *providing to the relevant authorities timely information that is relevant or required by law* for purposes of the correct determination

<sup>13</sup> Cf. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, versão de 2011. Acessível em: <http://www.oecd.org/corporate/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>

of taxes to be assessed in connection with their operations and conforming transfer pricing practices to the arm's length principle. (*ênfase minha*)

2. Enterprises should treat *tax governance and tax compliance as important elements of their oversight and broader risk management systems*. In particular, corporate boards should adopt *tax risk management strategies* to ensure that the financial, regulatory and *reputational risks associated with taxation are fully identified and evaluated.*" (*ênfase minha*)

Paulatinamente, esta recomendação vai fazendo o seu caminho e obtendo aceitação no quotidiano dos investidores e empresas percecionadas como integrando o primeiro nível de exigência civilizacional E deste modo exercendo influência na modelação de novas condições de mercado, também devido à aguerrida ação dos designados "ethical investors" ou da ação de *ONG webased* dedicadas a revelar o que consideram serem práticas fiscais injustas. A meu ver, esta trajetória de governo societário é tão correta e necessária quanto é irreversível, sendo que a médio-prazo os incumbentes, que não os pratiquem sinalizam aos *stakeholders* a incompreensão da mudança social, institucional e de mercado e oferecem aos historiadores a oportunidade de medir a sua real relevância na longevidade institucional respetiva. No intuito de ilustrar o que mencionei examino em seguida as soluções adotadas por duas entidades de referência. Uma do sector financeiro (*Norges Bank Investment Management*), outra do sector industrial (*Néstlê*).

#### *NORGES BANK Investment Management*

Este investidor institucional detém investimentos em mais de 9000 empresas dispersas por 77 países, e é norteado por um cultura de investimento que "*aims to make the most of the fund's two distinguishing characteristics, its long-term approach and its considerable size, to generate strong returns and safeguard wealth for future generations.*"<sup>14</sup> A política fiscal está definida no documento "Tax and Transparency Expectations Towards Companies"<sup>15</sup> recomendando-se a sua leitura. Como pode ser verificado a orientação estratégica de fundo consiste na articulação com a cooperação internacional como segue:

"In line with the G20/OECD Principles of Corporate Governance we expect company boards to take into account the interests of *all relevant stakeholders*. Our expectations on tax and transparency rest on three main principles. The *first* is that

<sup>14</sup> Cf. <https://www.nbim.no/en/investments/>

<sup>15</sup> Acessível em <https://www.nbim.no/contentassets/48b3ea4218e44caab5f2a1f56992f67e/expectations-document---tax-and-transparency---norges-bank-investment-management.pdf>

taxes should be paid where economic value is generated. The *second* is that company tax arrangements are a board responsibility. The *third* is that public country-by-country reporting is a core element of transparent corporate tax disclosure”.  
(ênfase minha)

Outro aspeto é o que respeita à identificação de um elenco de situações com elevado risco reputacional, sendo especificamente previsto que:

“multinationals enterprises should be *ready publicly to explain the business case for locating subsidiaries in “closed” jurisdictions, significantly low-tax environments, or countries where no local employees is disproportionately low compared to the economic value generation attributed to that part of the business*” (ênfase minha).

assim demonstrando a oportunidade e a relevância do enquadramento que se propôs no sentido de identificar o risco reputacional inerente a situações de planeamento fiscal, em especial as suscetíveis de serem percecionadas como (des)localizações unicamente por razões fiscais.

#### NESTLÉ<sup>16</sup>

A política fiscal societária de acordo com a informação divulgada no sítio oficial cuja navegação se recomenda, perfilou a tendência que mencionei ao especificar que:

“[T]axation has been identified by our stakeholders as a material issue for Nestlé. We view the tax we pay as part of both compliance (business ethics) and Creating Shared Value in the countries where we operate. We believe it is good practice to disclose information about our tax management principles and key tax indicators and contributions.”

Neste sentido:

“[O]ver the last years, we have developed 10 Principles of Tax Management and five Foundations of our long-term Group Tax Strategy. They are based on the recognition that Tax is an integral element of our overall corporate social responsibility, as well as on the fundamental objective of tax compliance and of legitimate and responsible planning. Those Principles and Foundations (pdf, 192Kb) are in

<sup>16</sup> Cf. em <https://www.nestle.com/csv/what-is-csv/ethical-business/fair-tax>

line with the Nestlé *Corporate Business Principles* and are cascaded down to, and monitored across, our Tax Organization, both at Group and market levels.”

15. A trajetória de governo societário a que aludi constitui um avanço civilizacional que importa dar a conhecer e difundir, inclusive na comunidade nacional, e milita no sentido da criação na estrutura organizacional da função de *Chief Reputational Officer*.<sup>17</sup> Encarada desta forma, a atual fase de transição constitui uma oportunidade para empreender uma evolução nos modelos de negócio e proposta de valor, de modo a viabilizar a adequação dos critérios de gestão fiscal, em especial dos critérios de decisão em matéria de planeamento fiscal, aos novos desafios colocados pela economia reputacional, em especial os inerentes ao novo ambiente de cooperação fiscal internacional e europeia, e ao novo ambiente comunicacional baseado no ciberespaço, em especial a dinâmica *Peer 2 Peer* ou *Many 2 Many*, com propulsão nas redes sociais ou nas comunidades *on line*. Não hesito em afirmar que esta orientação estratégica se tornará numa vantagem competitiva, na medida em que uma parte significativa do mercado ainda não despertou para esta vertente ou optou por resistir por ceticismo ou outras razões. Por estas razões, está vulnerável, posto que a prática confirma que em muitos dos casos não pondera os novos riscos legais e reputacionais, ou ainda não oferece soluções consistentes com o novo ambiente, em especial com a nova geração de normas antievasão fiscal ou as novas questões tributárias. Reafirmo que não é possível ter uma intervenção lúcida na gestão fiscal, em especial na planificação fiscal sem ter em conta o que mencionei. Uma opção é não agir, ficando exposto a perigos e riscos de diversa natureza, entre eles o de ficar à mercê da concorrência mais esclarecida. A outra opção é agir, no sentido de transformar a mudança em curso em resultados positivos. O êxito desta última opção dependerá da rapidez com que a evolução for reconhecida, e agilizada numa resposta operacional, acompanhada por uma monitorização adequada, posto que o momento atual é de transição, embora com contornos finais já bem delineados.

#### IV – Quarta vertente

##### A – *Compliance* e a criação de valor

<sup>17</sup> A consagração desta solução depende da natureza, da dimensão e da complexidade da actividade prosseguida. Ao tempo em se escreve, esta solução ainda não logrou acolhimento nas empresas do PSI-20.

16. Todos os desenvolvimentos que referi têm mais importância para a segurança nacional e para os interesses económico-financeiros de Portugal ou da comunidade, inclusive empresarial, do que se pensa. Na prática, tudo isto traduz novas condições de mercado, em particular de risco regulatório, financeiro e reputacional, que julgo serem representativas do novo padrão que rege a sociedade dos nossos dias. Perante este contexto, sou da opinião de que o principal desafio consiste em reconhecer a relevância da atividade dita de *compliance* para a criação de valor para os *stakeholders*, inclusive de gestão, e para o reforço da reputação corporativa. Mais uma vez, destaco a importância de ser ponderada a articulação da agenda da transparência fiscal com a da luta contra os fluxos financeiros ilícitos, em especial a luta contra a corrupção, o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

Nestes dois últimos domínios, Portugal obteve classificação máxima, na mais recente avaliação efetuada pela FATF – *Financial Action Task Force*.<sup>18</sup> Isto porque o quadro legal e institucional passou a dar melhor cumprimento aos padrões internacionais. É também de evidenciar que em 2017 entrou em vigor em Portugal o que venho designando por pacote legislativo “Anti-Testa de Ferro”, que pretendeu facilitar a identificação das pessoas singulares que detêm o controlo de entidades ou a troca de informações relativas a decisões fiscais prévias transfronteiriças. Isto confirma que entrámos já numa nova fase, posto que todas estas alterações, e outras que já se perfilam, introduzem mudanças significativas na ordem estabelecida, em especial na avaliação do risco fiscal, da supervisão, fiscalização e da aplicação judicial. Como se evidenciou, as autoridades tributárias dispõem agora de novos meios de apuramento dos factos relativos à situação fiscal de um contribuinte ou à cobrança do imposto devido, que até há pouco tempo seriam política, tecnicamente e tecnologicamente inviáveis. Basta para o demonstrar mencionar a troca internacional automática de informações ou a inoponibilidade do segredo bancário e fiduciário para efeitos fiscais. Estes meios irão continuar a ampliar-se orientados por uma lógica de vasos comunicantes com os meios de promoção da estabilidade, integridade e sustentabilidade dos mercados financeiros além de outros domínios, assim viabilizando novas condições de aplicação da legislação fiscal<sup>19</sup>, em especial os tratados de dupla tributação ou da legislação antievasão fiscal, designadamente das cláusulas gerais antiabuso, do estabelecimento estável, dos preços de transferência, de neutraliza-

<sup>18</sup> O relatório pode ser consultado aqui em <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-portugal-2017.html>

<sup>19</sup> Exemplica o que aponte as diretivas sobre cooperação administrativa (ditas de DCA2, DCA3 e DCA4), as diretivas anti elisão fiscal (ditas de DAEF1 e DAEF2) e diretivas anti-branqueamento de capitais (ditas de DABC4 e DABC5).

ção de montagens híbridas, de dedução de juros, e do melhoramento do acesso à informação através do reforço da transparência da propriedade de pessoas coletivas e de outras entidades. Em paralelo, a definição de crime fiscal grave não será coincidente em todas as jurisdições, pelo que é crucial conhecer antecipadamente as diferenças vigentes nos mercados de operação, a fim de prevenir situações indesejáveis. É, pois, de prever que os próximos anos irão traduzir uma forte pressão das organizações internacionais (G20/OCDE/UE/FATF, et al.), dos países mais influentes na afirmação da agenda *fair taxation*, bem como dos supervisores, da autoridade tributária e da agenda dos *mass media* no sentido de verificar a implementação dos novos quadros legais que referi e outros mais, muito por causa das ramificações com a segurança nacional.

17. Neste contexto, o risco associado à fiscalização nunca foi tão elevado, muito devido ao risco reputacional decorrente da pressão mediática desencadeada pela afirmação nas relações/redes sociais de uma dinâmica de reprovação moral de irregularidades financeiras, em especial as que respeitam ao não-pagamento do imposto devido ou aos fluxos financeiros ilícitos. Ou seja, a sujeição a sanções legais severas, incluindo de natureza criminal, pode desencadear explosões reputacionais. Não podendo mesmo excluir-se o perigo de instrumentalização numa campanha de destabilização comercial, com efeitos imprevisíveis na licença social da marca ou no fluxo continuado de clientes e investidores, ou na continuidade dos postos de trabalho. Existem a este respeito exemplos na realidade nacional que reforçam a premência da temática do imposto como fonte de risco reputacional e que sinalizam ser real a mudança de comportamentos também entre nós. Basta referir a reação mediática e nas redes sociais: à operação que uma prestigiada SGPS comunicou à CMVM em 2012; às inclemências comportamentais de instituições de crédito com efeito sistémico entretanto perecidas; ao contencioso tributário suscitado por empresas sobre a contribuição extraordinária sobre o sector energético; à exposição da percentagem de IRC efetivamente pago, por empresas do PSI-20; aos casos envolvendo operações de empresas licenciadas no âmbito de um programa de auxílio de estado com finalidade regional (Zona Franca da Madeira), à intenção do Governo da Finlândia de denunciar a convenção bilateral, devido à interação do regime aplicável às pensões com o regime dos residentes não-habituais; ou aos processos em curso de investigação ou julgamento envolvendo atividades de pessoas politicamente expostas<sup>20</sup>. Perante tudo isto, parece-me ser crucial que no órgão de administração de topo existe uma compreensão adequada da

<sup>20</sup> Não é verdade que o rastreio cronológico de várias destas notícias confirma, em certos casos, o impacto negativo no valor da cotação na bolsa de valores, inclusive de forma irreversível?

realidade dos nossos dias, em especial da dinâmica da mudança em curso, bem como de uma visão integrada sobre as ramificações das operações, de forma a existir um reconhecimento precoce das situações potencialmente lesivas. Para isto é fundamental que se invista na monitorização dos desenvolvimentos institucionais e de mercado relevantes, em especial das suas origens, ramificações, encadeamento e finalidades. É igualmente essencial ter presente que, por agora, a mudança em curso ainda só se vislumbra ao nível dos contornos gerais, e que a novidade de algumas das soluções técnicas não deixa identificar com inteira precisão, as ramificações e riscos de todos eles, com evidente prejuízo da segurança jurídica. E nesta medida rasga um horizonte que desafia à identificação dos principais desafios que se colocam à gestão empresarial.

### B – *Prevenção do conflito*

18. Na ponderação de tudo o que se mencionou, advoga-se que deve ser favorecida uma estratégia fiscal prudente, responsável e proativa baseada na interligação necessária entre decisor público e o decisor privado. Neste sentido, deverá ser atribuída prioridade máxima à prevenção do conflito e à construção de confiança e boa vontade nos *stakeholders*, em especial com a(s) Autoridade(s) Tributária(s) e Aduaneira(s). Isto é algo que desafia a uma evolução de mentalidades e das práticas no plano dos Estados e das autoridades, da comunidade empresarial e das profissões ligadas aos serviços fiscais, em especial à prática do direito fiscal. Atendendo à impossibilidade de analisar aprofundadamente a situação, saliento o que considero ser prioritário na realidade nacional na perspetiva do tema desta intervenção.

Uma prioridade consiste no reconhecimento da existência de um problema na relação entre a autoridade tributária e o contribuinte, em especial o sector empresarial, que vem sendo caracterizada por uma desconfiança grave. Portugal é hoje um dos países da zona euro com mais processos de cobrança coerciva de impostos. Tendo Dulce Neto, Vice-presidente do Supremo Tribunal Administrativo, segundo o Diário de Notícias, de 8.09.2016, destacado que “a Administração Fiscal está cega de mais na tentativa de arrecadar receita, deixando empresas e famílias exauridas” e que “é uma ilusão falar em garantias do contribuinte”. Outra prioridade respeita à necessidade de ser revista a oportunidade da prática da Autoridade Tributária e Aduaneira de proceder no sentido de mudar a lei fiscal quando perde causa em tribunal. Parece até existir uma resignação da comunidade sobre estas situações que se especificaram e que se consideram serem atentatórias do bem comum e das finalidades que legitimam o imposto. Razões devido às quais deverá ser atribuída prioridade ao reequí-

librio dos direitos dos contribuintes e ao aprofundamento de mecanismos de *working closely*<sup>21</sup> com a finalidade de evitar riscos e conflitos no plano nacional ou internacional. Igualmente, deverá ser dada prioridade à pedagogia no sentido de construir uma percepção social que permita distinguir com nitidez entre irregularidades fiscais graves de outras irregularidades fiscais.

No plano da comunidade empresarial impõe-se priorizar a necessidade de serem repensados os critérios de planeamento fiscal nos termos mencionados anteriormente com a finalidade de proteger e reforçar o *soft power* e *company branding*. Isto será tanto mais efetivo quanto consistir numa reavaliação na perspetiva do risco reputacional, sob responsabilidade do órgão da administração, posto que a experiência ensina que o risco empresarial permanece excessivamente centrado no risco financeiro, e o risco reputacional continua incompreendido ou secundarizado. Igualmente, deverá ser reconhecida a relevância da atividade dita de *compliance* fiscal para a criação de valor para os *stakeholders*, inclusive de gestão, e de ser priorizada a sua sofisticação para fazer face à pressão regulatória, de supervisão e do ambiente comunicacional, em especial atenuar a clivagem entre o digital e o físico. Através do aumento da capacidade de controlo interno, em especial das competências de *due dilligence* e *risk intelligence* e da modelação de “*risk-based approach*” com a finalidade de maximizar a eficiência de meios e a racionalização de custos, posto que as diferentes atividades e os perfis de operações, ou contrapartes, comportam diferentes níveis de risco, inclusive quanto à sua natureza ou localização geográfica.

19. A realidade dos nossos dias desafia igualmente as profissões, em particular as ligadas à prática do direito fiscal, a reafirmarem a importância fundamental de ser reconhecido que o Direito é um valor civilizacional e não um produto ou uma mercadoria. E a repensarem o *modus operandi*, no sentido de atribuir importância fundamental ao cumprimento dos ditos deveres preventivos, em reconhecimento de que perdeu época a conceção que encarou este deveres como algo de exterior à função, porventura reflexo de uma cultura “eu não sou polícia”. Isto é porque estes deveres estão ao serviço da protecção da sociedade com a finalidade de impedir a instrumentalização do sector empresarial e das profissões sujeitas a códigos deontológicos, por fluxos financeiros ilícitos, em especial os relativos à evasão e à fraude fiscal, ao branqueamento de capitais e à corrupção. Fenómenos que, como é sabido, estão na origem de

<sup>21</sup> Reafirma-se a orientação proposta em trabalhos anteriores, em especial “Síntese das Propostas Fiscais de Enquadramento Favorável à Internacionalização de Empresas Portuguesas” in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano III 07 10, pp.141-170, “PME: como subir na cadeia de valor?” in Revista NE Negócios&Empresas, n.º 4, Agosto 2017, pp. 48-49.

trágicas destruições de valor ocorridas no sector empresarial nacional e que são susceptíveis de colocar em causa a segurança e a independência nacional. Disto é exemplo uma estratégia de planificação fiscal agressiva, cujo risco de poder vir a enfrentar uma acusação por alegada violação do tipo legal de fraude fiscal e de branqueamento de capitais é agora bem real. E como está perante todos o exercício de direito de defesa pelo visado, ou o gozo da presunção de inocência, no ambiente comunicacional do ciberespaço, parece ser uma quimera, em especial quando envolve marcas, personalidades ou celebridades de primeira grandeza.

## Conclusão

### A – Gestão fiscal: apanhada na curva ou à frente da curva?

20. Perante o que ficou exposto, pensa-se ter-se demonstrado a importância de ser compreendida a era da economia reputacional, em especial a emergência da tributação como fonte de risco reputacional, e o futuro a que previsivelmente dará origem. Para assim se divisarem estratégias de reforço das condições de criação de valor e de minimização do risco legal e reputacional associado à governação fiscal, em particular da planificação fiscal. Neste sentido, afigura-se ser essencial reconhecer a relevância da atividade dita de *compliance* para a criação de valor para os *stakeholders*, inclusive de gestão e do reforço da reputação corporativa. Devido a isto, o *compliance* fiscal deverá ser integrado no quadro global da governação societária, *rectius matrix* de risco da empresa, com vista ao alinhamento do risco reputacional com o risco estratégico, sobre a direta orientação do *Chief Reputational Officer*. E promovido o reforço das competências referentes à produção e à análise de informação (*risk intelligence*), com o objetivo duplo de contribuir para o crescimento da empresa e de reforçar a cultura de colaboração e confiança recíproca com a sociedade no seu conjunto, em particular a Autoridade Tributária e Aduaneira. Na hierarquização das prioridades deverá ser atribuída prioridade máxima ao reforço da longevidade da licença social da entidade como intermediário de confiança. E, neste sentido, priorizada a prevenção do conflito fiscal de acordo com a máxima *os problemas não se resolvem, evitam-se*, reconhecendo em especial que o mantra de gestão *minimizar o imposto significa maximizar o valor acionista* perdeu licença social e já não reflete a realidade dos nossos dias.

Deste modo, ambicionando estar à frente da curva, para não se ser apanhado na curva do perigo resultante de um contexto operacional em que a sanção legal era muitas vez letra morta devido a que a lei era imprecisa ou ampla. Ou mesmo à incapacidade de produção de prova pela Autoridade Tri-

butária e Aduaneira, para um contexto operacional em que o tipo legal é mais exato e rigoroso e servido por meios de fiscalização e de prova baseados na cooperação nacional, internacional e europeia, ou na aplicação de novos meios legais e tecnológicos (ex. *data mining*, *blockchain*), visando em especial identificar e combater operações unicamente por razões fiscais, em especial as efetuadas com interposição de veículos/operações em jurisdições de nula ou baixa tributação. Deverá também ser reconhecido o perigo potencial que representa a coerção social, desencadeada por revelações de situações financeiras/fiscais sentidas como escandalosas na comunidade, posto que podem originar uma explosão reputacional. Isto, a ocorrer encontra nas redes sociais e comunidades *online* uma oxigenação ilimitada, onde aparência, indício, suspeição, condenação ou absolvição cabem no mesmo saco, sem contraditório, direito de defesa ou direito ao esquecimento do visado. O que tantas vezes tem como resultado a redução a cinzas do direito de defesa ou dos direitos de personalidade do visado. Outros domínios que merecem reconhecimento são a cligavem entre o mundo digital e o físico, ou a escalada de guerra comercial entre blocos geopolíticos, exarceba os perigos mencionados.

21. Assim, e no sentido de, tanto quanto possível, encontrar uma solução razoável no arbítrio das escolhas e conflitos que especifiquei, penso que deve ser testada a capacidade de ser comprovada a legitimidade da poupança fiscal, em particular a inerente à eliminação, à redução ou ao diferimento das retenções na fonte resultantes de operações intragrupo. Especialmente nos casos em que o planeamento fiscal se refere aos grupos empresariais que criam valor em Portugal, em conexão com estratégias de interposição de veículos em jurisdições de nula ou baixa tributação destinados a efetuarem operações financeiras intragrupo (*v.g.* gestão de tesouraria ou financiamento), ou à detenção e exploração de intangíveis (*v.g.* marcas e patentes). Neste sentido o exercício de *due dilligence* e de *risk intelligence* que se propôs em anteriores oportunidades parece continuar atual, e consiste no apuramento do seguinte: a) o quadro fiscal português aplicável à situação é competitivo e transparente, em face do aplicável aos concorrentes, com boa reputação à luz das exigências do *new cooperative tax environment*?; b) (não) dispondo desse quadro, a minimização legal do imposto a pagar inerente à (des)localização, organização e ao financiamento das operações, maximiza o valor para o cliente, para os quadros e para o acionista?; c) no caso em que maximiza, tem aceitação perante os valores prevalecentes na comunidade em que se integra?; d) e merecendo aceitação, qual o grau de certeza e previsibilidade subjacente aos direitos e às obrigações de natureza fiscal, ou com relevância fiscal, nele criados?; e) num caso de contencioso tributário, qual é a sensibilidade e a preparação da(s) autoridade(s) tributária(s), dos *sta-*

*keholders* e dos *mass media* para discernir as ramificações dos (potenciais) danos reputacionais na empresa ou na personalidade/gestor diretamente envolvido, e, indiretamente, no bem comum da jurisdição, região ou setor em que se integra?

### **B – *Made in Portugal, but taxed in Portugal?***

22. Afigura-se-me pacífico que a planificação fiscal legítima seja parte integrante da criação de valor e do dever de boa governação empresarial, na qual também se inclui o dever de defender a reputação empresarial. Num aventura de decisão em que a gestão da liberdade contratual, confronta o decisor com o cenário: “não é proibido, posso fazer?”, advogo que a reputação deve prevalecer sobre o lucro, em testemunho de uma cultura de responsabilidade social e da afirmação de uma nova cidadania económico-financeira, inclusive empresarial. Manifestando assim o alinhamento da empresa com o impulso de evolução e progresso social que afirmou, entretanto, o fim do *laissez faire* fiscal nos termos expostos, como ontem afirmou o direito à auto-determinação dos povos ou o abolicionismo. Manifestando igualmente o compromisso da gestão empresarial com a natureza histórica-política do imposto. Isto é, a de ser uma conquista civilizacional ao serviço da liberdade, da propriedade e da solidariedade, auto-imposto anualmente, pelos representantes do povo democraticamente por si eleitos, em ordem à viabilização da organização social da qual depende um quotidiano regido pelos valores, regras e interesses da cultura portuguesa (ou do país de exercício da atividade).

23. É urgente reconhecer que o risco legal e reputacional inerente à planificação fiscal nunca foi tão elevado. E no sentido de facilitar o reconhecimento destes riscos, venho formulando a pergunta: *Made in Portugal, but taxed in Portugal?* Tudo isto desafia a uma evolução de mentalidades e das práticas no plano do Estado e das autoridades, da comunidade empresarial e das profissões ligadas aos serviços fiscais, em especial à prática do direito fiscal. Tornando crucial a adoção de estratégias de planificação fiscal responsável, prudente e proativa que ambiciona estar à frente na curva, para não ser apanhada na curva do perigo de severas sanções legais ou de uma explosão reputacional com efeitos imprevisíveis na cotação em bolsa, na produtividade, na rentabilidade, inclusive no fluxo continuado de clientes e investidores, e portanto nas remunerações variáveis da gestão, e que no limite pode retirar a licença social à empresa/equipa dirigente. Acresce que o potencial de criação de valor para os *stakeholders* desta estratégia fiscal pode e deve ser aproveitado integralmente para reforçar a reputação atra-

vés da articulação com uma estratégia de comunicação destinada a amplificar junto da comunidade/*stakeholders* que a empresa ao pagar os impostos portugueses aplicáveis na medida da capacidade contributiva ou onde o valor económico é gerado, visa retribuir o apoio (popular) ao *made in Portugal*, e contribuir para o imperativo da viabilização da independência e segurança nacional, da integridade das instituições políticas, do reforço da coesão e justiça social, e para o desígnio de entreabrir um futuro em que se aspira a ir mais além, a partir de Portugal.

Lisboa, 15.04.2018

# *Internacionalização da sociedade e os deveres sociais, tributários e de compliance. E o caso Brasil*

LUIS GUSTAVO MIRANDA DE OLIVEIRA\*

Do Latim “colloquiu”, significa conversar com outro, exige linguagem coloquial, cotidiana, comum.

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A internacionalização da sociedade: 2.1. O papel dos organismos internacionais para definição de deveres sociais, tributários e de compliance; 2.2. O papel da atuação nacional para definição de deveres sociais, tributários e de compliance; 2.3. Resultado dos esforços internos. Efeitos na esfera internacional. 3. Debates e reflexões sobre deveres sociais, tributários e de compliance. 4. O caso Brasil. 5. Considerações finais. Referências.*

## **1. Introdução**

Foi um imenso prazer receber o convite do Professor Diogo Leite Campos para participar do Colóquio sobre Compliance Empresarial, realizado pela

\* Sócio do Rolim Viotti & Leite Campos Advogados. Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Administração de Empresas pela FEAD. Pós Graduado em Direito da Economia e de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador e Professor do Curso de Pós Graduação em Governança, Riscos, Compliance e Controles do CEDIN – Centro de Estudos em Direito e Negócios. Professor convidado em Governança Corporativa e Compliance do IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Professor convidado em Compliance Corporativo no curso de Pós Graduação em Compliance da PUC/MG. Diretor do IBDEE – Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial. Coordenou o livro Compliance e Integridade: Aspectos Práticos e Teóricos pela Editora DPlacido, 2017, lançado durante o Compliance Empresarial.

*O Direito 152.º (2020), IV, 785-826*

Universidade Autônoma de Lisboa e o FAE – Fórum de Administradores e Gestores de Empresas de Portugal. Coube a mim falar sobre a Internacionalização da Sociedade e os deveres sociais, tributários e de compliance, e abordar o caso Brasil.

O enredo começou a ser produzido meses antes, quando do lançamento do livro “Compliance e Integridade: Aspectos Práticos e Teóricos” (Oliveira, 2017), sob minha coordenação, honrosamente prefaciado pelo Professor Diogo, que já lecionava:

“O compliance não é na sua essência, uma imposição às empresas. Decorre da posição das empresas no mundo, como bons cidadãos eficientes e éticos situados no Estado-de-Direito. A empresa não pode ser um mero instrumento de obtenção de lucros, integrando-se antes na prossecução do direito da pessoa de terceira geração, a prossecução do desenvolvimento econômico e social. Olha para os outros, reconhece os seus direitos e prossegue também os fins do Estado-de-Direito que é o Estado-da-Justiça.

Mas também ter de ser eficiente para promover o desenvolvimento econômico e social. Não pode ser asfixiada por demasiadas exigências que poriam em causa a sua viabilidade e os outros fins sociais prosseguidos.

É este equilíbrio, difícil, que se procura. Promovendo-se a colaboração ativa de Clientes e de Trabalhadores da empresa, adensando deste modo o Estado-de-Direito-dos-Cidadãos.”<sup>1</sup>

Das palavras do Professor Diogo, convém realçar alguns elementos: compliance não é imposição, mas opção. Opção que é feita todos os dias pelas pessoas, os bons cidadãos que precisam ser eficientes, eficazes e, ao mesmo tempo, éticos. O convite para participar desta publicação, veio apoiado em mais uma reflexão apresentada pelo Professor Diogo no próprio convite: “*parece que há uma humanização ética da empresa a prosseguir*”.

As palavras iniciais já indicam a tônica desenvolvida durante o Colóquio. O compliance foi abordado como algo que vai além da pura conformidade à lei; deve partir do homem de bem para construção do próprio “Estado de Direito dos Cidadãos”. E o homem de bem seria aquele que toma, na lição de Max Weber<sup>2</sup>, a ética da convicção, aquela baseada em valores, como ponto central para tomada de decisões.

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. Compliance e Integridade. Aspectos Práticos e Teóricos. Belo Horizonte: D’Placido, 2017.

<sup>2</sup> WEBER, M. A política como vocação. In: \_\_\_\_\_. Ciência e política: duas vocações. São Paulo:

Procurando tratar de tais contornos, a participação no Colóquio reduzida abaixo sob a forma de um artigo foi estruturada da seguinte forma. Ultrapassada a introdução presente neste tópico, o segundo capítulo discute a internacionalização da sociedade quando são abordados os efeitos e a influência da globalização sobre o mercado, a concorrência e o papel de organismos para mediação e tutela de interesses coletivos e supranacionais. Discute também a legislação norte americana anticorrupção (Foreign Corrupt Practice Act – FCPA), legislação interna que projeta efeitos para a esfera internacional, configurando importante incentivo para o desenvolvimento de um novo cenário internacional. O terceiro capítulo parte da tutela dos interesses coletivos e supranacionais para indicar a presença de deveres sociais, tributários e de compliance aplicáveis às sociedades. Em seguida, apresenta o caso Brasil. No quarto capítulo, é apresentada uma síntese dos debates, reflexões que se partiram do colóquio e as considerações finais.

## **2. A internacionalização da sociedade**

O tema proposto para o presente painel oferece diversas reflexões e foi tratado a partir de recortes que se julgaram apropriados para atender aos objetivos propostos. Para começar, será abordada a internacionalização da sociedade, primeiro ponto de nossa atenção.

Atualmente, noções como a de nação e país recebem uma releitura. Sabe-se que entre os povos dos países latinos existem semelhanças culturais, como também existem semelhanças entre os povos dos países de origem germânica, árabe, asiática ou africana. Claro, existem semelhanças, mas também diferenças. Agora, observando internamente os povos de origem latina, germânica, asiática, árabe ou africana, em si, talvez existam mais semelhanças que diferenças. E tais semelhanças tendem a aumentar com a progressiva aproximação provocada com o desenvolvimento da sociedade. Atualmente, as pessoas se movimentam entre continentes e se comunicam com grande facilidade, proporcionando uma crescente miscigenação cultural e social.

Para falar de internacionalização da sociedade, é necessário comentar sobre a globalização, fenômeno que abrange múltiplas definições e possibilita diversas abordagens. Trata-se de um processo de escala mundial, transversal ao conjunto de Estados-Nação que compõem o mundo. Há crescente interligação e

Martin Claret, 2002; e WEBER, M. A política como vocação. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Book Builders, 2017.

interdependência entre Estados e organizações que compõem o mundo tanto na esfera das relações econômicas, quanto sociais e políticas. Acontecimentos, decisões e atividades que ocorrem em determinada região têm significado e geram efeitos em diferentes partes do globo.

Com a progressiva globalização, as relações entre pessoas, organizações e Estados, seja de natureza econômica, política, social ou cultural, desvinculam-se da noção e dos limites de espaço. Menciona-se progressiva porque as origens da globalização são incertas. No século XIX já se falava que o processo de modernização implicava uma crescente integração do mundo. E há quem fale que a globalização teve início com as grandes navegações, ainda no século XV.

O momento atual não deixa dúvida quanto ao elevado nível de internacionalização da sociedade. A velocidade, acessibilidade e facilidade das comunicações e das novas tecnologias, aproximam e, de certa forma, podem influenciar um nivelamento – sugerir ou mesmo ditar padrões – a pessoas que estão em diferentes partes do planeta. A globalização dos mercados gera mudanças sociais, políticas e humanas. Incorporam-se novos hábitos, demandas, produtos, saberes e novas estruturas de poder. Ao mesmo tempo, percebe-se o fenômeno da mundialização da economia, resultado da busca pela abertura de mercados e da eficiência gerada pela modernização do tráfego financeiro.

O mercado é o espaço onde são realizadas as trocas de bens e serviços. Tais trocas ocorrem independentemente da existência de regulamentação. Os usos e os costumes consolidados pelas práticas de mercado são fontes de Direito que definem critérios para solução de divergências e gerando ganhos de eficiência. Se os mecanismos de troca são facilitados, as relações econômicas passam a ser realizadas de forma mais intensa.

No âmbito nacional, o Estado pode atuar e efetivamente interferir de diferentes formas e intensidades no mercado, em determinadas áreas ou setores. Há dificuldade de se reconhecer quando, como e em qual medida a interferência do Estado beneficia ou não o mercado.

Com o passar dos anos, os limites territoriais para realização da atividade econômica foram se ampliando em razão do desenvolvimento tecnológico. O mercado interligado em escala global muitas vezes já é visto como um único mercado. Há facilidade de acesso e aquisição de produtos em todo o mundo, seja pessoalmente, seja virtualmente, pela internet.

Com o crescente desenvolvimento das relações econômicas (internacionais), os agentes passaram a explorar a atividade econômica fora dos limites territoriais tradicionais. Daí, intensificaram-se as demandas pela regulação da atividade econômica em perspectiva internacional e as propostas para criação de organismos internacionais. Especialmente depois da Segunda Guerra Mundial,

houve ainda a constatação que o desenvolvimento econômico mais equilibrado diminui a chance de conflitos de toda ordem<sup>3</sup>.

A atuação do mercado gera a disputa dos agentes econômicos por adquirentes de seus produtos e serviços. Tal disputa faz com que os agentes econômicos busquem novas estratégias de competição para alcançar novos mercados e para não perder os mercados por eles já atendidos. Para obter ganhos de mercado (ou evitar perdas), os agentes econômicos podem se valer de estratégias para ganho de eficiência (v.g. diferenciação, aumento de qualidade, redução de custos, emprego de novas tecnologias, facilidade de logística), mas também podem adotar práticas desleais ou de abuso do seu poder econômico.

As práticas desleais e abusivas são externalidades que criam privilégios, vantagens competitivas injustas, tornando a estratégia empresarial inócua e o jogo competitivo perverso para aqueles que atuam de forma ética. Acabam afetando fatores essenciais para o equilíbrio do mercado. Entre concorrentes, as estratégias tradicionais de diferenciação em razão do melhor produto ou serviço, a melhor conjugação entre qualidade e preço, acaba sendo sobrepujada por outras lógicas. No lugar do ganho de mercado pelo mérito do agente, passa a fazer parte do sistema o ganho de mercado pela empresa que atua com deslealdade e de forma abusiva.

A defesa do mercado e a defesa da concorrência são objetos de tutela legal no âmbito interno nos Estados nacionais e também nas relações internacionais, considerando a perspectiva da internacionalização dos mercados. A proteção da

<sup>3</sup> Em 1944, delegados de 45 países reuniram-se em Bretton Woods para analisar as causas econômicas da Guerra Mundial, que ainda estava acirrada naquele momento, e como poderiam conseguir a paz. Eles concordaram em criar o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a instituição original do que se tornou o Grupo Banco Mundial. Como ressaltaram os delegados, “Os programas de reconstrução e desenvolvimento acelerarão o progresso econômico em toda parte, contribuirão para a estabilidade política e promoverão a paz.” O BIRD aprovou seu primeiro empréstimo para a França em 1947, para ajudar na reconstrução daquele país”. (BANCO MUNDIAL. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de Conflito, Segurança e Desenvolvimento. Visão Geral. Washington DC: Banco Mundial, 2011.)

Ao analisar a natureza, as causas e as consequências do conceito violento da atualidade, bem como os sucessos e fracassos das respostas a ele, este Relatório do Desenvolvimento Mundial tem por objetivo intensificar a discussão acerca do que pode ser feito para ajudar as sociedades que lutam para evitar ou enfrentar a violência e o conceito. Parte do tema que o Relatório aborda está fora do mandato tradicional de desenvolvimento do Banco Mundial, um reflexo do crescente consenso sobre políticas internacionais de que tanto o tratamento do conceito violento quanto a promoção do desenvolvimento econômico exige um entendimento mais profundo da estreita relação que existe entre política, segurança e desenvolvimento. Ao estudar essa área, o Banco Mundial não pretende extrapolar o seu campo de atuação definido no seu Convênio Consultivo, mas sim aumentar a eficácia das intervenções de desenvolvimento em locais ameaçados ou afetados pela violência em larga escala.

concorrência deve servir de incentivo para o desenvolvimento de uma indústria eficiente e competitiva.

O surgimento de organizações internacionais compostas por Estados, dotadas de personalidade jurídica própria e instituídas por meio de tratados ou convenções internacionais, teve por objetivos tratar de interesses comuns por meio da cooperação entre os seus membros e administrar as formas de relacionamento internacional entre Estados e demais agentes econômicos. Como se verá abaixo, entre as pautas de discussão, estão temas como o da inegável interdependência entre os países, a defesa da concorrência leal, a necessidade da redução de conflitos, o combate às causas das desigualdades e da pobreza. E foi nesse contexto que alguns Estados atentaram para os efeitos que a corrupção gera no mercado, demandando tutela legal no âmbito interno e a prospecção de efeitos externos de natureza supranacional. Trata-se de um movimento que parte de uma perspectiva nacional e que alcança a perspectiva internacional. Tais pontos serão abordados com maior vagar nos tópicos seguintes.

### **2.1. *O papel dos organismos internacionais para definição de deveres sociais, tributários e de compliance***

As principais organizações internacionais da atualidade tiveram o seu surgimento na segunda metade do século XX, sendo observado um momento de consolidação e fortalecimento com o fim da Guerra Fria e a reafirmação da globalização. São organizações que se destacam no âmbito geopolítico, econômico e social, e que se tornaram relevantes no cenário mundial com a ampliação da integração entre países, apoiando a elaboração e regulação de normas e acordos internacionais. Entre tais organizações, podem ser citadas a ONU, OMC, OCDE, Banco Mundial, FMI, OIT.

No geral, as organizações internacionais são reguladas por meio de convenções internacionais. Importa, para a presente análise, destacar como algumas organizações internacionais têm se posicionado em relação aos deveres sociais, tributários e de compliance, bem como os seus efeitos no âmbito geopolítico, econômico e social.

#### **• ONU – Organização das Nações Unidas**

A Organização das Nações Unidas (ONU) é considerada o mais importante organismo internacional atualmente existente, importante por reunir praticamente todas as nações do mundo. Ela surgiu em 1945, ao final da Segunda

Guerra Mundial (1939-1945), em substituição à antiga Liga das Nações e objetiva promover a paz e a segurança mundial.

O objetivo da ONU é criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem promover o relacionamento, a cooperação internacional, a resolução de conflitos e a paz entre as nações. Pode ser visto como um centro que busca a harmonia entre as nações para consecução de objetivos comuns. Busca a segurança internacional, mas também o desenvolvimento econômico, o respeito aos direitos humanos, o progresso social, sendo ambiente para discussão de normas internacionais.

É mantida pela contribuição financeira de todos os seus Estados membros, sendo essa contribuição dependente da riqueza e do desenvolvimento de cada país. Atualmente, a ONU conta com a participação de 193 países membros.

Como exemplo da atuação da ONU em apoio à definição de deveres de cunho social, tributário e de compliance, cita-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 que reconhece a corrupção como um mal que mina o Estado de Direito e a Democracia, que leva a violações de direitos humanos, distorce os mercados, afeta a qualidade de vida, facilita a atuação de organizações criminosas, o terrorismo e outras ameaças à segurança. A corrupção é prática identificada em todos os países, grandes ou pequenos, ricos ou pobres, independentemente do nível de desenvolvimento político, econômico. Contudo, nos países mais pobres (subdesenvolvidos ou em desenvolvimento) a corrupção causa maiores impactos negativos.

Para a ONU, a corrupção prejudica os pobres de forma desproporcional ao desviar recursos destinados a desenvolvimento, prejudicando a capacidade de um governo de fornecer serviços básicos, alimentando a desigualdade, a injustiça, e desencorajando a ajuda e o investimento estrangeiros. Ganha força a discussão de que a corrupção deve ser reconhecida como crime contra a humanidade, tendo em vista os efeitos que provoca. A corrupção é um elemento-chave no baixo desempenho econômico e um grande obstáculo ao alívio da pobreza e ao desenvolvimento:

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS. United Nations Convention Against Corruption. New York, 2004.

- **OEA – Organização dos Estados Americanos**

Fundada em 1948, conta atualmente com a participação de 35 Estados independentes do continente americano e faz parte da Organização das Nações Unidas. Tem como objetivos principais a integração econômica, a segurança (combate ao terrorismo, tráfico de drogas e armas), combate a corrupção e o fortalecimento da democracia no continente.

Sua sede fica em Washington DC (Estados Unidos) e tem como documento de referência a Carta da Organização dos Estados Americanos que entrou em vigor em 1951 e foi diversas vezes emendada. Na Carta da OEA, os representantes dos países membros (inclusive o Brasil), reunidos na cidade de Bogotá (Colômbia), comprometeram-se em buscar soluções pacíficas para as questões sociais, econômicas e culturais do continente.

Em 1996, foi aprovada a “Convenção Interamericana contra a Corrupção” da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Caracas, promulgada no Brasil pelo Decreto 4.410 de 2002. A Convenção é considerada o primeiro tratado internacional anticorrupção, instrumento que visa desenvolver os mecanismos necessários para prevenir, detectar e punir a corrupção, bem como promover ações que assegurem a cooperação entre os países signatários.

- **Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE)**

Fundada no início da década de 60, a Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) é formada por 35 países. Tem como missão contribuir para o crescimento sustentável da economia mundial, o aumento do nível de emprego, a melhoria na qualidade de vida dos Estados-Membros, a manutenção da estabilidade financeira, a promoção do crescimento de países não membros e a expansão do comércio mundial em bases não discriminatórias e por meio de regras estabelecidas de forma multilateral.

Em 1997, foi concluída a Convenção dos Estados Membros da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n.º 3.678, de 2000. A Convenção determina que, em todos os Estados signatários, passe a ser delito criminal o oferecimento, a promessa ou a doação de vantagem pecuniária ou de outra natureza indevida a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, no intuito de que, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções oficiais, esse funcionário realize ou dificulte transações ou obtenha outras vantagens ilícitas na condução

de negócios internacionais. A Convenção prevê, ainda, o estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro e a necessidade de sanções não-penais dissuasivas nos casos em que ordenamento jurídico do país não admitir a sanção penal das pessoas jurídicas.

Buscando maior efetividade aos termos da Convenção, deve-se mencionar que, independentemente da cidadania, qualquer pessoa que esteja cometendo atos de suborno de funcionário público estrangeiro no território de um Estado signatário da Convenção da OCDE está sujeita as suas proibições antissuborno.

Fonseca<sup>5</sup> apresenta um rico quadro de desenvolvimento histórico do compliance em matéria concorrencial e ilustra a atuação da OCDE. Em 1998, a OCDE publicou o “*Recommendation of the Council on Improving Ethical Conduct in the Public Officials in International Business Transactions*”, recomendação para que fossem adotadas condutas éticas no serviço público e que incluiu princípios para a efetivação da ética. Entre os considerandos, consta que “a conduta ética no serviço público contribui para a qualidade da governança democrática e para o progresso econômico e social com o aumento da transparência e do desempenho das instituições públicas”. Em 2010, a OCDE adotou o chamado “*Good Practice Guidance*” como parte da Recommendation de 1998, demonstrando que as práticas saudáveis de comércio têm seu fundamento na ética<sup>6</sup>.

Em 2011, a OCDE editou a “*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*” com a finalidade de recomendar aos países participantes que evitem pagamentos de facilitação e encorajar as empresas a proibir ou desestimular o uso de pagamentos de facilitação, por meio de controles internos, adoção de programas de integridade e ética, reconhecendo que tais pagamentos geralmente são ilegais nos países em que são feitos. Ainda em 2011, a OCDE realizou uma mesa redonda que deixou clara a importância de se desenvolver uma cultura de conformidade com a lei ancorada no embasamento ético. Embora as sanções impostas pelas autoridades sejam relevantes, o respeito aos princípios éticos aumenta a eficácia do combate<sup>7</sup>. Em 2016, a OCDE publicou o “*Committing of Effective Whistleblower Protection*” estabelecendo como fundamento para proteção daqueles que se dis-

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. Compliance e Integridade. Aspectos Práticos e Teóricos. Belo Horizonte: D’Placido, 2017.

<sup>6</sup> “Este Guia de Boas Práticas tem por destinatários as empresas para estabelecer e assegurar a efetividade de controles internos, da ética e de programas de conformidade ou de medidas para impedir e detectar a corrupção de funcionários públicos em suas operações internacionais”

<sup>7</sup> Conforme Fonseca (2017): “Entre os fatores que favorecem a conformidade figuram as sanções financeiras, a interdição de exercer a função de administrador, as sanções penais, o temor de lesão na reputação da empresa ou na reputação de pessoas envolvidas, o sentimento moral e uma forte cultura de conformidade no seio da empresa...”. “... A concorrência deveria, pois, fazer parte integrante de

ponham a denunciar infrações, a necessidade de aumentar a transparência e promover a integridade no âmbito empresarial.

Em matéria tributária, devem ser destacadas algumas iniciativas da OCDE como a do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Action*) e a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária assinada originalmente em 1988 e depois alterada em 2010. O BEPS contempla recomendações visando a divulgação de planejamentos tributários potencialmente abusivos, a obrigação de multinacionais fornecerem informações detalhadas sobre as operações que detêm em outros países. A Convenção (promulgada pelo Brasil pelo Decreto 8.842 de 2016), por sua vez, prevê a troca de informações bancárias e fiscais entre as administrações tributárias dos 96 países signatários. Tais iniciativas vão no sentido que devem ser estabelecidos deveres instrumentais para promover transparência fiscal.

- **Banco Mundial – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento**

O Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento) tem por finalidade o financiamento de longo prazo de projetos dos Estados-Membros do FMI (Fundo Monetário Internacional)<sup>8</sup>. Sua atuação é subsidiária e complementar à iniciativa privada. Deve promover e estimular quando a iniciativa privada se revela incapaz ou insuficiente para atender as necessidades financeiras de determinados projetos. Grande parte dos programas de investimento do Banco Mundial se concentra em obras de infraestrutura que possuem retorno lento, mas efetivo.

O Banco Mundial identifica a corrupção como um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento dos países e à redução da pobreza.

“Every dollar that a corrupt official or a corrupt business person puts in their pocket is a dollar stolen from a pregnant woman who needs health care; or from a girl or a boy who deserves an education; or from communities that need water, roads, and schools. Every dollar is critical if we are to reach our goals to end extreme poverty by 2030 and to boost shared prosperity” (WORD BANK, 2013)

um programa geral que englobe todos os aspectos que devem ser levados em conta em matéria de conformidade e de ética.”

<sup>8</sup> O FMI é um organismo criado em 1945 e tem como objetivos principais a manutenção da estabilidade financeira e monetária no mundo, o aumento do nível de emprego e a diminuição da pobreza, contando com a participação de 188 nações.

Reduzir a corrupção é o cerne inclusive dos objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (*Sustainable Development Goals*). Estima-se que a corrupção custa mais de US\$ 2 trilhões por ano, o que corresponderia à 2% a 5% do PIB global<sup>9</sup>. Tal valor tem efeito multiplicador por gerar maiores impactos negativos sobre os pobres e por prejudicar o crescimento econômico.

A corrupção é especialmente dura para os mais pobres, porque são castigados mais severamente pelos ciclos econômicos, são mais dependentes dos serviços públicos e estão menos preparados para pagar os custos incrementais das propinas e fraudes. De acordo com o Banco Mundial, quando é perdido por meio de fluxos financeiros ilícitos, muitas vezes os recursos financeiros oriundos da corrupção passam a ser utilizados para financiar o tráfico de drogas, armas e humanos.

O Banco Mundial reconhece que a atividade econômica é prejudicada pela corrupção. A corrupção funciona como um forte desincentivo ao investimento estrangeiro. Países capazes de controlar a corrupção são capazes de usar seus recursos humanos e financeiros de forma mais eficiente, atrair mais investimentos estrangeiros e domésticos e crescer mais rapidamente.

Ainda de acordo com o Banco Mundial, os esforços bem-sucedidos de combate à corrupção são muitas vezes liderados por uma “coalizão de interesses” que envolve políticos, funcionários do governo, do setor privado e por cidadãos, comunidades e organizações da sociedade civil. Cada vez mais, abordar a corrupção exige uma atuação coordenada dos governos, empresas e pessoas. O uso da tecnologia é fundamental para capturar, analisar e compartilhar informações para prevenir, detectar e sancionar comportamentos corruptos.

Há uma visão geral de que grande parte da corrupção no mundo acontece com a participação de instituições dos países ricos. Ao final, existem empresas no setor privado que pagam suborno, instituições financeiras que aceitam dinheiro lavado e profissionais, tais como advogados e contadores, que facilitam a realização de transações corruptas. Alguns dados do Banco Mundial demonstram que o dinheiro passa de países pobres para países ricos, prejudicando o desenvolvimento. Requer esforço coletivo em nível nacional e internacional. Ao final, corrupção é um problema global que requer soluções globais.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/12/dia-internacional-contra-a-corrupcao-unidos-contra-a-corrupcao-lets-stand-unitedagainstcorruption.html>. Acesso em: 08 dez. 2020.

### • OMC – Organização Mundial do Comércio

Fundada em 1994, conta com a participação de mais de 160 países membros<sup>10</sup>. Atua na regulamentação do comércio mundial e na fiscalização, além de gerenciar acordos comerciais. Com o crescimento de transações comerciais em nível mundial e do intenso processo de globalização de capitais, mercadorias e produção, surge a necessidade da criação de organismos internacionais e órgãos financeiros que regulem as atividades econômicas e comerciais existentes no mundo, definindo regras para o comércio multilateral e plurilateral entre os países.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi um dos mais importantes resultados da última rodada do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT sigla do inglês), que foi realizada no Uruguai entre 1986 e 1994. Por meio do Acordo de Marrakech, em 1994, foi criada como organização permanente, com personalidade jurídica própria e que conservava a maioria dos princípios e estrutura do GATT. Difere-se do GATT por não ter caráter provisório, nem base institucional e possuir administração limitada a uma secretaria, além de ser constituída de membros.

Conforme exposto em sua carta constitutiva, os objetivos primordiais da OMC são a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, a expansão da produção e do comércio de bens e serviços, a proteção do meio ambiente, o uso ótimo dos recursos naturais em níveis sustentáveis e a necessidade de realizar esforços positivos para assegurar uma participação mais efetiva dos países em desenvolvimento no comércio internacional.

No âmbito da OMC, vale o destaque para o Acordo sobre Compras Governamentais (Public Procurement Agreement – GPA) de 1994, que tem como objetivo promover a não discriminação e o acesso a mercados entre os signatários, buscando mais concorrência e ganhos de eficiência econômica nas compras públicas.

### • Transparência Internacional

A Transparência Internacional (TI) foi instituída na forma de uma organização não governamental sem fins lucrativos que propõe como visão um mundo no qual governos, empresas, a sociedade civil e a vida das pessoas sejam

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>. Acesso em: 08 dez. 2020. (O LINK ESTÁ INDISPONÍVEL)

livres de corrupção. Fundada em 1993, a TI possui escritórios em mais de 100 países e sede em Berlim. Atua em conjunto com governos, empresas e cidadãos no combate contra a corrupção, o abuso de poder e as negociações secretas. A TI reconhece que ainda há muito a ser feito no combate à corrupção, mas que também muito foi feito, tais como as convenções internacionais contra a corrupção, as condenações de líderes corruptos por crimes, as apreensões de riquezas adquiridas ilicitamente, a responsabilização de empresas tanto no país em que realizam a corrupção, quanto no exterior.

Para a TI, a corrupção afeta as sociedades de diferentes maneiras. Custa às pessoas a liberdade, a saúde ou o dinheiro e, nos piores casos, custa vidas. O custo da corrupção seria dividido em quatro categorias principais: política, econômica, social e ambiental.

- a) Na categoria política, a corrupção é obstáculo importante para a democracia e o Estado de Direito. Num sistema democrático, as órgãos públicos e instituições perdem legitimidade quando são mal utilizados para obter vantagens privadas. A TI destaca que é desafiador desenvolver liderança política responsável em um contexto corrupto.
- b) Na categoria econômica, a corrupção esgota a riqueza nacional. Os políticos corrompidos investem recursos públicos escassos em projetos que direcionem tais recursos a interesses pessoais em vez de beneficiar as comunidades. Priorizam projetos de infraestrutura de elevado custo e deixam de lado projetos de infraestrutura de menor porte e mais urgentes, como escolas, hospitais e estradas. A corrupção também dificulta o desenvolvimento de estruturas justas de mercado e distorce a concorrência, o que, por sua vez, prejudica o investimento.
- c) Na categoria social, a corrupção corrói a própria sociedade, minando a confiança das pessoas no sistema político, nas suas instituições e na sua liderança. No lugar de uma sociedade consciente e participativa, surge um público desconfiado, apático, que passa a ser mais um ponto que facilita a o ambiente de corrupção.
- d) Na categoria ambiental, a legislação e o meio-ambiente são deixados de lado. Recursos naturais são explorados com descuido e sistemas ecológicos inteiros são devastados.

A TI sustenta três princípios orientadores: construir parcerias, prosseguir passo a passo e não adotar uma política de confronto. A experiência compartilhada pela TI é que a corrupção só pode ser controlada se os representantes do governo, das empresas e da sociedade civil trabalharem juntos para desenvolver padrões e procedimentos que todos eles apoiem. Não há como descartar a

corrupção em uma grande varredura. Em vez disso, deve-se realizar um processo de luta contínua, passo a passo, projeto por projeto. A abordagem sem confronto é necessária para obter maior apoio das partes relevantes em torno da mesa de negociação.

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é uma das ferramentas reconhecidas na avaliação da percepção da corrupção no mundo. Existe desde 1996 e em 2017 realizou a pesquisa abrangendo 180 países e territórios.

## **2.2. O papel da atuação nacional para definição de deveres sociais, tributários e de compliance**

Para tratar sobre o papel da atuação do Estado nacional para definição e desenvolvimento de deveres sociais, tributários e de compliance, optamos por recorrer à chamada FCPA (*Foreign Corrupt Practice Act*), iniciativa que levou à edição de norma nos Estados Unidos da América que, embora nacional, projetou efeitos e estimulou iniciativas em nível internacional.

Na década de 1970 foi editada nos Estados Unidos da América a chamada *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), norma que pretendeu tornar as práticas comerciais das empresas norte-americanas mais éticas, combatendo o suborno como diferencial competitivo, e estabeleceu a geração de efeitos às práticas internacionais. O FCPA estabelece a proibição da prática de atos de corrupção que atinjam ou beneficiem membros da administração pública de outros países. Foi o primeiro estatuto legal a criminalizar a conduta de subornar ou corromper agentes públicos estrangeiros, mas que também prevê a imposição de sanções monetárias elevadas àqueles que participam com atos de corrupção. Com a aplicação da FCPA, surgiu uma nova externalidade: as empresas norte-americanas passaram a ficar em desvantagem para concorrer em nível internacional<sup>11</sup>. Com o término da guerra fria, a diplomacia norte-americana buscou a aprovação de acordos internacionais<sup>12</sup>.

O contexto que levou à edição do FPCA na década de 70 envolveu a percepção de que havia certa tolerância em relação à corrupção de agentes públicos estrangeiros, pressão da opinião pública e dos meios de comunicação e a ocorrência de episódios envolvendo grandes empresas norte-americanas. No cerne, mais do que uma questão ética, houve o consenso de que a corrupção

<sup>11</sup> PETRELLUZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>12</sup> *Ibid.*

desvirtua a concorrência e viola as leis do mercado, gerando efeitos sobre fundamentos básicos do regime capitalista.

À época, a exposição de motivos do ato, expedido pelo Senado Norte-Americano, afirmava que:

“Corporate bribery is bad business. In our free market system it is basic that the sale of products should take place on the basis of price, quality, and service. Corporate bribery is fundamentally destructive of this basic tenet. Corporate bribery of foreign officials takes place primarily to assist corporations in gaining business. Thus foreign corporate bribery affects the very stability of overseas business. Foreign corporate bribes also affect our domestic competitive climate when domestic firms engage in such practices as a substitute for healthy competition for foreign business”<sup>13</sup>

Ao exigir que empresas norte-americanas atuassem sem corromper autoridades estrangeiras, constatou-se que haveria perda de competitividade em relação às empresas de outros países que, além de não coibir a corrupção de autoridades estrangeiras, permitiam que tais valores fossem utilizados para reduzir o montante a ser pago em tributos<sup>14</sup>.

Para buscar a manutenção da competitividade no mercado internacional, iniciou-se um movimento crescente para pressionar a comunidade internacional a coibir a corrupção. E um dos principais fóruns de discussão foi justamente a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, o que impulsionou a Convenção dessa organização sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros concluída em 1997.

A atuação dos órgãos norte-americanos responsáveis pela aplicação do FCPA tem sido severa, em especial a partir de 2004, acarretando a aplicação de penalidades elevadas. Porém, os efeitos vão além: esse tipo de investigação provoca um efeito altamente negativo na imagem e reputação destas empresas, que se veem às voltas com a obrigação de lidar com um escândalo de proporções mundiais decorrentes da prática de condutas ilícitas, o que pode ser devastador para seus negócios, manchando sua reputação indelevelmente.

<sup>13</sup> MILLER, Geoffrey P. *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*. New York: Wolters Kluwer, 2017. Disponível em: <https://whitecollarattorney.net/fcpa/famous-cases/>. Acesso em: 07 dez. 2020.

<sup>14</sup> PETRELLUZI, op. cit.

### 2.3. **Resultado dos esforços internos. Efeitos na esfera internacional**

A partir da década de 1990, também em decorrência do fim da guerra fria, houve um aumento na atenção da comunidade internacional quanto ao impacto adverso da corrupção nos negócios internacionais, tendo sido organizados inúmeros grupos de estudo, de diversos organismos internacionais, no intuito de apresentar propostas que auxiliassem a diminuir a prática desse ilícito. Em consequência desses esforços, resultaram, como as mais importantes, quatro convenções internacionais:

- a) “Convenção Interamericana contra a Corrupção” da Organização dos Estados Americanos (OEA), Caracas, 1996, promulgada no Brasil pelo Decreto 4.410 de 2002;
- b) “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmada em 1997, e baseada em grande parte no FCPA norte-americano, promulgada no Brasil pelo Decreto 3.678 de 2000;
- c) “Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Européias ou dos Estados Membros da União Européia”, aprovada pelo Conselho da União Européia em 1997, além da Ação Comum de 22 de dezembro de 1998, relativa à corrupção no setor privado;
- d) “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção”, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2005, promulgada pelo Decreto 5.687 de 2006.

Parece ter surgido um consenso que fortalece o combate à corrupção, mas que se estende a outras frentes relacionadas com os deveres sociais, tributários e de compliance.

Em busca de uma atuação mais ética e em defesa do mercado que surgiram outras iniciativas de regulação de temas internacionais também relacionados com os deveres sociais, tributários e de compliance, tais como:

- a) Convenção da Sociedade de Nações (sucédida pela Nações Unidas) sobre a Escravatura de 1926;
- b) Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Apátridas de 1960;
- c) Convenção das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979;
- d) Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989;

- e) Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, Viena de 1988, promulgada pelo Brasil pelo Decreto 154 de 1991;
- f) Convenção Interamericana da OEA sobre Assistência Mútua em Matéria Penal de 1992;
- g) Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC) de 1992, promulgada pelo Brasil pelo Decreto 2.652 de 1998;
- h) Convenção Interamericana da OEA sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994;
- i) Convenção da OEA para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo configurados em Delitos contra Pessoas e a extorsão conexa quando tiverem transcendência Internacional de 1997;
- j) Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006.

### **3. Deveres sociais, tributários e de compliance**

Diante desse contexto apresentado, surge então uma indagação central proposta para debate durante o colóquio e agora reduzida na presente análise: no que consiste os deveres sociais, tributários e de compliance?

Atualmente, a atividade empresarial está sendo repensada. Questiona-se se ela pode ser desenvolvida com o objetivo exclusivo de obter lucro (ainda mais a qualquer custo) ou se deve se pautar ou ser conciliada com o bem-estar da comunidade, sem que isso conduza a um solidarismo desmesurado que desestimula o próprio mercado. Entre os dois extremos, pode haver um espaço a ser construído que não tenha um cunho puramente individualista, nem um cunho solidarista afeto à ideologia socializante. E parece que alguns homens, mulheres e organizações já atuam ocupando esse espaço com iniciativas próprias.

Assim como as pessoas, as organizações não devem se restringir a observar o próprio direito e devem também buscar conciliar a atuação para o bem comum, tanto com a abstenção da prática de atos que possam lesar o outro e a coletividade, quanto com a concretização de ações que visem apoiar o desenvolvimento social. “*Exercer uma função social significa atingir um objetivo útil, não apenas para os sujeitos diretamente envolvidos, mas também para a sociedade*”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> FERREIRA, Vera Nunes Tasca. A Função Social da Empresa e a Responsabilidade do Acionista Controlador em Reparar o Dano Ambiental. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

O cerne, no entanto, é saber qual é o objetivo útil que atenda razoavelmente tanto para os sujeitos diretamente envolvidos quanto para a sociedade? De fato, parece-nos que a função social das empresas ganha relevância ao compatibilizar o desenvolvimento empresarial com o bem-estar social, distanciando-se do modelo individualista que esteve presente durante o período do Estado Liberal, mas sem chegar ao modelo de Estado Social que onera as contas públicas e desestimula o próprio mercado. E aqui vale nova reflexão: as empresas voluntariamente podem, devem ou promovem efetivamente o bem-estar social?

A discussão envolvendo o enfraquecimento de princípios típicos do liberalismo e o reconhecimento de deveres de cunho social e coletivo, remete à percepção da necessidade de desenvolvimento do próprio Estado de Democrático de Direito. O pensamento autocentrado e individualista passa a ser redirecionado para se pensar no coletivo, no bem-estar e nos interesses da sociedade, porém as condições de mercado devem ser preservadas. É necessário dialogar, mediar e compatibilizar sem chegar a um dos dois extremos (o liberal ou o social). Pode-se perquirir então quais os incentivos adequados para compatibilizar tais extremos no âmbito das organizações, especialmente das empresas. A solução talvez possa ser deduzida a partir das experiências ocorridas que levaram ao combate do trabalho escravo, infantil, tráfico de pessoas e entorpecentes e mais recentemente o combate à corrupção.

Partindo para outra perspectiva, a análise da função social das empresas remete à clássica discussão dos fundamentos contratualista e institucionalista que abordam a razão de ser das sociedades. No contratualismo, o interesse social coincide com o interesse do grupo atual de sócios. Tal teoria é inspirada na doutrina e jurisprudência italiana. No sistema italiano clássico, nega-se que o interesse social seja superior ao interesse dos sócios. Ele coincide com o interesse dos sócios sendo afastado das influências de externalidades.

No contratualismo moderno, tal concepção foi adaptada à realidade do mercado de capitais. O interesse social passa a ser visto como a maximização do valor de venda das ações, perspectiva inclusive dominante na prática societária norte-americana. No ponto de vista prático<sup>16</sup>, o efeito óbvio é o estímulo à busca desenfreada do aumento do valor de venda das ações por todos os agentes do mercado:

“Essa preocupação exclusiva, criadora de realidade unifocal de difícil controle por instrumentos jurídicos, é responsável, hoje, pela forte tendência à interpretação permissiva de regras contábeis, à mudança de regras contábeis ou até mesmo a

<sup>16</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

maquiagem de balanços, fenômenos endêmicos e conhecidos na realidade societária americana, da qual o caso Enron e os escândalos com empresas de auditoria são apenas pequena parte, até agora visível”<sup>17</sup>.

Portanto, já se viu que o pensamento puramente liberal parece condenado, pois demanda intervenções do Estado para regular as práticas de mercado<sup>18</sup>.

A teoria institucionalista publicista teve maior desenvolvimento na Alemanha ainda no primeiro pós-guerra. W. Rathenau, por exemplo, identificava em cada sociedade um instrumento para o renascimento econômico. E cada sociedade não era redutível ao interesse dos sócios. Tal teoria era dirigida a indicar o interesse público (e não meramente privado) da empresa. O órgão de administração, nesse caso, era visto como órgão neutro, apto à defesa dos interesses da empresarial, reduzindo-se a relevância da assembleia. Tal teoria entrou em declínio ainda na década 1950, criticada pela certa independência da administração em relação aos acionistas, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma teoria institucionalista reconhecida como integracionista ou organizativa.

No período entre 1937 a 1965, ganhou força na Alemanha do segundo pós-guerra a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas, como alternativa de reduzir a centralização do poder nos acionistas e de reconhecer na disciplina das sociedades por ações as diversas categorias de interesses dos trabalhadores, dos sócios e da coletividade. No fundo, estava presente o interesse na preservação da empresa e que iria além do interesse dos sócios.

Em uma visão mais contemporânea, quando os interesses externos à sociedade são incompatíveis com os internos, não sendo possível resolver o problema através da solução organizativa ou da regra de conflito, os interesses internos à sociedade podem ser incentivados por meio de instrumentos jurídicos organizativos externos à sociedade<sup>19</sup>. É o caso da aplicação do direito antitruste em plena sintonia com o direito societário.

A chamada teoria organizativa, quando bem aplicada, não busca um retorno ao individualismo dos contratualistas, nem nos parece ser um passo para o solidarismo. Parece-nos se tratar de um passo avante que ocupa um espaço de tensão entre interesses diversos, porém sem ruptura. Deve-se buscar o interesse do coletivo sem prejudicar o mercado. Possibilita-se a proteção dos interesses e a solução interna de conflitos, que podem ser bem atingidos por regras orga-

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Nos EUA, por exemplo, a opção do legislador foi regular a conduta das empresas e coibir ações que violariam o próprio mercado, como ocorre com os atos de corrupção, regulada pela FCPA, e com a atuação mais ética e responsável de administradores, regulados pela SOX.

<sup>19</sup> SALOMÃO FILHO, op. cit.

nizativas internas, e a externalização daquelas que não podem, acompanhadas de uma correta mediação regulatória do conflito (como ocorre no direito ambiental, no direito antitruste – em que não costuma ser suficiente pensar em soluções internas).

O que se percebe é que há o reconhecimento de interesses com uma visão ampliada. O interesse individual não deve prevalecer sobre o interesse coletivo. E o interesse coletivo não deve prejudicar o mercado, sob pena de proporcionar condições também injustas. Vale dizer, prejudicando o mercado, em última análise, pode-se prejudicar o indivíduo. A medida da regulação estatal pode não ser suficiente, especialmente nos setores que demandam maior nível técnico e agilidade da regulação. Há espaço para autorregulação, mas fundamentalmente, há necessidade de se pensar nos deveres que cada um, seja ele, o homem, a mulher, a empresa, mas também nos deveres enquanto concorrente, trabalhador ou consumidor que possuem deveres que precisam ser atendidos. No lugar de se pensar como direitos, pensar como deveres sociais de cada um, agora reposicionados.

★ ★ ★

Também de forma contemporânea, a análise econômica do direito ganha relevância, enquanto metodologia de estudo. Sob a perspectiva da análise econômica do direito pode-se considerar que existem interesses coletivos dignos de tutela. Sabe-se que os mercados são imperfeitos. Mas também deve-se considerar a noção de que a melhora coletiva ocorre quando a melhora de uma pessoa não corresponda necessariamente à perda proporcional de outra<sup>20</sup>. E essa análise teórica deve ser ponderada com a avaliação de custos e benefícios de ganhos e perdas para gerar clareza na análise. Afinal, apenas em um plano teórico é que pode considerar que haverá uma relação de causa e efeito necessária e proporcional<sup>21</sup>. Na prática, tais fatores tendem a ser mais complexos, para não se dizer nebulosos.

Como exemplo, pode-se comentar o mercado de financiamento habitacional<sup>22</sup>. Se os mutuários passam a ajuizar ações sob o pretexto de que são parte

<sup>20</sup> Análise de Pareto.

<sup>21</sup> Aqui sob a influência da análise de Kaldor-Ricks que admite ponderações entre o custo-benefício de ganhos e perdas em determinadas trocas. (TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.)

<sup>22</sup> Analisado por TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil. Ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

hipossuficiente e devem pagar menores taxas de juros e o Judiciário autoriza a intervenção no Contrato, como consequência, as instituições financeiras deverão considerar o risco de revisão contratual e incorporar tal custo nas taxas de juros. Então, tende a ocorrer a socialização do risco, afetando o custo para toda coletividade.

Lógica semelhante está presente no mercado de seguros de saúde. Se os usuários do seguro passam a pleitear coberturas não autorizadas pela legislação (vale dizer, não consideradas na composição de custos e nos estudos atuariais para definição de coberturas e preço), sob o fundamento de que há o direito fundamental de natureza constitucional à busca de tratamento prescrito pelo médico, o direito fundamental à saúde integral, e o judiciário defere.

Em um segundo momento, as seguradoras deverão incluir na composição de custos e nos estudos atuariais tal ampliação de cobertura ou, o que é pior, a incerteza do que seria os limites de cobertura. Por consequência, tende a ocorrer aumento de preços afetando a coletividade de usuários. E aqui, não se discute o mérito da decisão, nem o incremento de custos. Sob a perspectiva liberal, tal opção não seria admitida. Sob a perspectiva social, tal decisão seria legítima. Mas a análise não deve ficar apenas entre os dois extremos. Há necessidade de se ponderar custos e benefícios. A oneração do seguro saúde pode excluir do acesso as pessoas com condição financeira mais frágil? Ao final, alguém pagará a conta:

“O limbo entre os dois critérios acaba gerando subjetividade no estabelecimento de preços, ações judiciais e desequilíbrios, ora pelo lado das operadoras, ora pelo dos usuários.

A análise acaba sendo puramente matemática. Se para a composição do preço não se levou em consideração determinada cobertura que passa a ser pleiteada e fornecida aos usuários, pode-se ter por certo que chegará o momento que essa conta será paga, seja pela massa de usuários dos planos, que será obrigada a arcar com o aumento do custo com a cobertura extra, seja pelas operadoras, que ficarão sujeitas a ter dificuldades financeiras com o passar do tempo.

Como dito, ao final alguém certamente pagará a conta desta imprecisão”<sup>23</sup>.

A análise econômica do direito oferece novos elementos que contribuem para explicar a função social em um ambiente de mercado, permitindo ava-

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. Assistência Integral à Saúde: ônus público, privado ou particular? Afinal, quem paga a conta? In: UNIMED BH. Judicialização da Saúde Suplementar. Belo Horizonte: Unimed, 2008. Disponível em: [https://www.ibedess.org.br/imagens/biblioteca/61\\_Livro.pdf](https://www.ibedess.org.br/imagens/biblioteca/61_Livro.pdf). Acesso em: 07 dez. 2020.

liar as externalidades causadas (sejam elas positivas ou negativas), orientando o intérprete da norma para o caminho que gere menos prejuízo à própria coletividade<sup>24</sup>. A função social e o bem comum no Direito Privado devem ser ponderados com a análise da eficiência e dos efeitos coletivos potencialmente causados.

Avançando para análise dos interesses e deveres, o interesse da empresa não pode ser mais identificado ao interesse dos sócios (como na teoria contratualista) nem à autopreservação (teoria institucionalista), mas relacionado à criação de uma organização capaz de se estruturar de forma mais eficiente e que se reduza as externalidades causadas ao coletivo. Todo recurso disponível é limitado, escasso, o que demanda a realização de escolhas. À medida que se elevam os custos (de transação), menor é a chance de as partes contratarem.

Porém, o custo da incerteza e da indefinição é perverso. No lugar de se discutir os interesses envolvidos, deve-se discutir quais são os deveres sociais, tributários e de compliance que toda organização deve respeitar. A certeza, clareza e a previsibilidade geram segurança, tendem a favorecer a eficiência, reduzindo então custos de transação, proporcionando ganhos coletivos.

★ ★ ★

A partir do mapeamento dos interesses envolvidos, pode-se mediar a definição dos deveres que serão tutelados. O dever é o vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio e cujo descumprimento compreende um ilícito, importando a aplicação de sanção jurídica<sup>25</sup>. O cumprimento de uma prestação por um devedor importa no atendimento do interesse alheio do credor. O descumprimento da prestação, por sua vez, deve gerar uma sanção.

Como principal mediadora dos interesses envolvidos, a legislação (de forma explícita ou implícita) estabelece limites para atuação das empresas que as levam a observar interesses alheios e cujo descumprimento ocasiona ilícito.

Para além dos dispositivos legais, pode-se compreender que existem valores e princípios de natureza ética que orientam a decisão dos agentes e a atuação das organizações, como o da probidade, honestidade, boa-fé e a busca do bem comum. Seria inadmissível pensar que a legislação permita uma atuação desonesta, de má-fé ou que produza o mal. Probidade, honestidade, boa-fé e busca do bem comum, eis os contornos do que seria a integridade que deve pautar

<sup>24</sup> TIMM, *op. cit.*, p. 78.

<sup>25</sup> O dever é imposto em razão da tutela de interesses alheios aos dos sujeitos por eles alcançados.

a ação das empresas e dos seus agentes. Em outras palavras, parece-nos que a integridade seria a base do dever de compliance.

Observa-se que as organizações atendem a diferentes níveis de compliance, definidos a partir da determinação (ou não) de seus acionistas e administradores. Tais níveis podem ser ordenados em círculos concêntricos a partir do conjunto das condutas admitidas ou não pelas organizações. Em um nível mais restrito, existem as organizações zelosas na prevenção e combate de condutas tipificadas como crime, mas que toleram o cometimento de infrações de menor escala, não classificadas como crime. Em um segundo nível, existem aquelas organizações que se ocupam com a atuação de acordo com a legislação como um todo, independentemente da sanção imposta pela legislação. Um terceiro nível seria composto por empresas que, além de se ocuparem com a atuação de acordo com a legislação, atentam-se com os aspectos que podem causar potencial perda para sua reputação ou imagem. E há aquelas organizações que se atentam para a legislação, reputação e imagem, mas que se observam os limites traçados por valores e princípios maiores, assim entendidos como limites traçados pela ética empresarial.

As decisões empresariais, no entanto, podem ser pautadas por diferentes exercícios de ponderação e análise consciente para tomada de decisão, com fundamento em uma ética subjacente, conforme a clássica lição de Weber.

A ética empresarial designa o comportamento da empresa caracterizado não apenas por agir de acordo com os princípios morais<sup>26</sup> prevaletentes, mas, indo além, por agir em prol do bem-estar da coletividade no âmbito da qual essa atividade empresarial se insere<sup>27</sup>. Citando Joaquim Manhães Moreira, seria o comportamento da empresa quando age em conformidade com os princípios morais e as regras do bom proceder aceitas pela coletividade.

Para o Professor Diogo Leite Campos:

“A ética na atividade empresarial é este olhar desperto para o outro, sem o qual o eu não se humaniza; a atividade dirigida para o outro.

A atividade empresarial é eticamente fundada e orientada, quando se cria emprego, se proporciona habitação, alimentação, vestuário e educação, detendo os bens como quem os administra.

<sup>26</sup> Aqui caberia uma reflexão entre as definições de moral e ética, mas ficaria propriamente fora dos limites e do recorte proposto para o presente artigo.

<sup>27</sup> DE LUCCA, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Para os cristãos a ética empresarial é justiça e obras de misericórdia. Para muitos outros será a lei natural que diz que ninguém pode ser feliz/rico no meio de infelizes/pobres”<sup>28</sup>.

De Lucca esboça a existência de duas correntes históricas profundas e questiona qual delas deverá prevalecer neste século XXI: será aquela que se funda no poderio bélico, na dominação tecnológica e na progressiva concentração do poder econômico; ou, ao revés, será a que ainda tenta se escorar na dignidade transcendente da pessoa humana? Fazendo a escolha pela segunda opção, nota-se a necessidade de se pensar na reconstrução ética.

Quando menciona a existência de duas correntes históricas profundas e a necessidade de se pensar uma reconstrução ética, De Lucca reconhece a existência de um dilema ético que permeia as organizações, em especial aquelas que pretendem atuar em conformidade com a ética empresarial. A corrente histórica fundada no poderio bélico, na dominação tecnológica e na progressiva concentração do poder econômico, encontra afinidade com as noções de ética da responsabilidade e racionalidade com relação a fins, desenvolvidas por Max Weber. Por sua vez, a corrente histórica que tenta se escorar na dignidade transcendente da pessoa, encontra afinidade com as noções de ética da convicção e a racionalidade com relação a meios também desenvolvidas por Max Weber.

Percebe-se então que existem tensões e dilemas que permeiam a tomada de decisão nas empresas, enquanto exercício de ponderação racional que pode privilegiar os fins ou os meios. A partir de tal constatação, percebe-se a necessidade de uma reconstrução ética<sup>29</sup> que passa pela gradual conciliação de racionalidades aparentemente antagônicas e indica como única saída a hierarquização entre dualidades de forma a promover de sentido a ação empresarial que opta pela adoção da ética empresarial.

Quando se fala de ética empresarial, pressupõe-se a adoção de valores ou princípios maiores, como a dignidade da pessoa, o olhar desperto ao outro e a justiça, com a consciência que irão gerar externalidades. A adoção da ética empresarial, não necessariamente afasta a possibilidade da busca por resultados. E na linha desta reconstrução ética é que pode ser invocada a integridade como algo que dita o limite a ser seguido entre a ponderação racional entre meios e fins. Nesse sentido, as organizações podem maximizar os resultados tendo como limite a integridade. A tomada de decisão de acionistas e administra-

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Sustentada por De Lucca (2009), Ramos (1983), por Srour (2000), inspirados em Weber (2002; 2017).

dores deve ser balizada pela adoção da integridade como limite. A hipótese que se pretende apresentar é que, ao violar a integridade, rompe-se a própria ética empresarial, devendo gerar a responsabilização de administradores e/ou acionistas. Parafrazeando Weber, o administrador, o acionista ou a organização autêntica seria aquela que busca objetivos – não a qualquer custo – mas atendendo aos limites éticos.

Convém ainda observar que, ao se admitir atuação empresarial sem integridade, altera-se a ordem de fatores no mercado. O que se vê ao final, muitas vezes, é a violação da função social da propriedade, da livre concorrência, o desrespeito ao acionista, ao consumidor, ao trabalhador, a ameaça à livre iniciativa, ao meio ambiente, ao bem-estar, ou a lesão do interesse público ou da administração pública. A falta de integridade ameaça a própria ordem e a segurança nas relações privadas. Sem integridade, fica ameaçada a construção de uma sociedade justa e solidária. Integridade seria, portanto, o núcleo dos deveres de compliance.

#### **4. O caso Brasil**

Passamos a debater o caso Brasil e os deveres de natureza social, tributária e de compliance. No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 deu origem a uma nova concepção de Estado – o Estado Democrático de Direito – que tem fundamentos na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e em valores sociais como o do trabalho. Foi um marco relevante de transição depois de um longo período de regime militar.

A Constituição de 1988 propôs uma releitura de princípios e normas até então vigentes, releitura que continua em curso. Por si, a dignidade da pessoa humana é um dos valores fundamentais no qual outros diversos estão abrangidos. A Constituição de 1988 também trata da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios como da propriedade privada, função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da defesa do meio ambiente.

No Brasil, de uma Constituição proposta inicialmente como programática, atualmente se discute a necessidade de torná-la cada vez mais efetiva. E com o curso do tempo, notam-se mudanças advindas de pressões internas e de pressões externas, no plano internacional, que têm influenciado na edição de atos normativos específicos, ora incorporando instituto de natureza social, ora

incorporando institutos de natureza ética, em busca de um alinhamento com a proposta de um Estado Democrático de Direito.

Sem o pretexto de ser exaustivo, citam-se abaixo algumas normas editadas a partir da Constituição de 1988:

- a) Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8.078 de 1990;
- b) Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal 8069 de 1990;
- c) Lei de Combate aos Crimes Tributários – Lei 8.137 de 1990;
- d) Lei de Combate aos Crimes contra a Ordem Econômica – Lei 8.176 de 1991;
- e) Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal 8.429 de 1992;
- f) Lei de Combate aos Crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores – Lei Federal 9.613 de 1998;
- g) Lei que altera o Código Penal brasileiro estabelecendo novos crimes de natureza tributária – Lei Federal 9.983 de 2000;
- h) Novo Código Civil brasileiro – Lei Federal 10.406 de 2002;
- i) Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741 de 2003;
- j) Lei que estabelece o novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica – Lei 12.529 de 2011;
- k) Novo Código Florestal – Lei Federal 12.651 de 2012;
- l) Alterações para tornar mais eficiente a Lei de Combate aos Crimes de Lavagem, Ocultação de bens, direitos e valores Lei Federal 12.683 de 2012;
- m) Estatuto da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção – Lei Federal 12.846 de 2013;
- n) Lei de Combate às Organizações Criminosas – Lei Federal 12.850 de 2013;
- o) Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Federal 13.146 de 2015;
- p) Lei Antiterrorismo – Lei Federal 13.260 de 2016;
- q) Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e das Sociedades de Economia Mista – Lei Federal 13.303 de 2016.

Tem-se, desta forma, um extenso arcabouço legislativo. Aos poucos, a produção legislativa brasileira vem procurando incorporar sentidos mais éticos e sociais que podem proporcionar ganhos coletivos alinhados à Constituição de 1988. Se tais normas estão sendo ou não efetivas, trata-se de uma segunda discussão que será tratada mais à frente.

Entre as normas acima, cita-se, como exemplo, a lei que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos

contra a administração pública, nacional ou estrangeira, também chamada de “lei da empresa limpa” ou “lei anticorrupção”, editada em 2013. A corrupção já era tratada como crime pelo Código Penal brasileiro. A nova lei, no entanto, foi além ao estabelecer a possibilidade de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas. Seria uma repercussão na pessoa jurídica de atos ilícitos cometidos por pessoas físicas no Brasil ou no exterior. Abrange a responsabilização solidária entre empresas controladoras, controladas, coligadas e consorciadas. Vai além ao estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica que se beneficia de atos ilícitos cometidos em seu nome por terceiros, tais como por representantes, despachantes, contadores, advogados, mandatários e consultores. A responsabilidade da pessoa jurídica tem natureza objetiva, dispensando a apuração de dolo ou culpa. Difere-se da responsabilização da pessoa física que é subjetiva, demandando, portanto, a imputação de dolo ou culpa.

Apesar de editada em 2013, não é propriamente a Lei Anticorrupção que está no cerne da discussão da já conhecida Operação Lava Jato. A Operação Lava Jato, iniciada em 2014, é sem dúvida, a maior iniciativa de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro do Brasil, tendo apontado irregularidades cometidas na maior empresa estatal brasileira, envolvendo empreiteiras, funcionários da estatal, operadores financeiros, offshore e agentes políticos.

No Brasil, após a Constituição de 1988, desenvolveu-se nas ciências penais a crescente tipificação de delitos econômicos, podendo-se identificar delitos contra a administração pública, contra o sistema financeiro, contra a lavagem ou branqueamento de capitais, contra o mercado e capitais, contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, contra a economia popular, contra o enriquecimento ilícito, contra as relações de consumo, contra a concorrência, contra as relações de trabalho, contra o meio ambiente. No entanto, há quem sustente, inclusive, que a Operação Lava-Jato está influenciando a visão de estudiosos ao evidenciar a necessidade de responsabilização individual de administradores e controladores, para além da responsabilidade da pessoa jurídica.

O sistema brasileiro, no entanto, também recebe críticas quanto à baixa eficiência, eficácia e quanto à atuação do Judiciário. Discute-se que existem amplos espaços para desenvolvimento, especialmente se considerado o tempo de tramitação processual até a execução das penalidades, a ocorrência de prescrição em razão da demora processual causada pelos próprios defensores, a possibilidade (ou vedação) de execução provisória da pena a partir da 2.<sup>a</sup> instância recursal. Discute-se se o ordenamento jurídico oferece um tratamento desigual e promove impunidade seletiva para os criminosos econômicos por terem mais recursos disponíveis para promover defesas mais robustas perante um Judiciário que, por vezes, parece influenciado por agentes políticos. De fato, é um espaço público que precisa ser melhor observado. Retomando ao cerne, discute-se se

o sistema brasileiro é eficiente, eficaz, e o que pode ser feito para desenvolvê-lo em favor das pessoas de bem.

A Lei Anticorrupção e a Operação Lava Jato serviram de incentivo para que cidadãos brasileiros tomassem mais consciência do seu papel dentro de um sistema democrático e da relevância e se refletir sobre a ética das relações. As pessoas estão cada vez mais discutindo a noção de integridade. Nas empresas, por sua vez, é crescente o desenvolvimento de iniciativas que abrangem a prevenção contra corrupção, desvios, sonegação de tributos e práticas anticoncorrenciais.

E há um contexto internacional que incentiva as reflexões e mudanças. Como visto, o Brasil é signatário de diversas convenções internacionais, assumindo compromissos que incluem o desenvolvimento de marcos regulatórios e a avaliação da efetividade dos institutos. Os organismos internacionais desempenham um papel importante no monitoramento e análise de como estão sendo implementadas as práticas.

Em relatório apresentado pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) em 2015, o Brasil foi apontado como possuidor de um sólido quadro legislativo para combater o suborno de estrangeiros, mas o seu cumprimento deveria ser reforçado. O Brasil deveria expandir a abrangência da luta contra a corrupção interna e, em particular, empenhar-se em investigar e processar rapidamente os indivíduos e empresas por subornos supostamente pagos a países estrangeiros, inclusive os signatários da Convenção Anti-Suborno da OCDE. Recomendou-se também que o Brasil continuasse a tomar algumas medidas para corrigir as deficiências que ainda existem em seu arcabouço legislativo, inclusive no que diz respeito à proteção dos denunciantes e ao estatuto de prescrição de crimes.

Sob a perspectiva da Transparência Internacional, em 2014, o Brasil esteve na 69.º colocação do Índice de Percepção da Corrupção (IPC) e vem sofrendo uma queda nos últimos anos. Em 2016, estava na 79.ª colocação e em 2017 caiu para 96.ª colocação no ranking mundial. Também em 2017, a Transparência Internacional identificou o Brasil (e também Portugal) entre os países onde pessoas comuns se sentem mais envolvidas e conscientes de que podem fazer diferença na luta contra a corrupção.

Tais informações parecem indicar que a queda no IPC vem acompanhada de uma visão cada vez mais crítica da população em relação à corrupção e de consciência do papel das pessoas comuns na realização de mudanças. Parece que há um movimento que busca mais segurança pública, saúde, educação e infraestrutura, mas também maior eficiência no uso de recursos públicos e desenvolvimento do mercado. O Estado não é mais capaz de custear o próprio desenvolvimento. Atualmente, discute-se o papel do mercado, do Estado e do

Judiciário para fomentar – ou não – o desenvolvimento econômico, político e social brasileiro.

Há também um papel relevante das empresas estrangeiras que operam ou pretendem operar no Brasil e que cada vez mais exigem um ambiente de negócios mais íntegro. É crescente o momento de empresas em busca de desenvolvimento da cadeia de stakeholders. Por sua vez, para atuar no estrangeiro, as empresas brasileiras precisam também demonstrar integridade.

Finalmente, não pode passar despercebido que o implemento de avanços tecnológicos, facilitando a troca de informações, proporciona verdadeira revolução dos meios de comunicação, contribuindo para o fortalecimento da democracia brasileira. Paralelo às notícias definidas pelos editoriais dos canais de rádio e televisão, existem os cidadãos brasileiros definindo de forma crítica pautas relevantes de mudança visando a redução dos níveis de corrupção, o aumento da eficiência da administração pública e um papel mais eficaz do Judiciário.

Historicamente, a corrupção e os crimes econômicos não chegavam a ser punidos no Brasil. Foi necessário buscar à criminalização das condutas individuais e reduzir o senso de impunidade, para servir de estímulo para mudança de conduta. Não é o tamanho da pena que propriamente serve de desestímulo para as condutas delituosas, mas a sensação de que não há impunidade ou que ela está cada vez mais difícil no Brasil. O Brasil vem assistindo recentemente inúmeras demonstrações de que não há propriamente um senso de impunidade que privilegia quem tem poder político e econômico. Talvez por conta disso, atualmente, administradores antes coniventes ou omissos com condutas ilegais ou antiéticas estão mais atentos para os riscos existentes e para adoção de medidas de combate e prevenção.

## 5. Debates e reflexões

Guastiani<sup>30</sup> leciona que a teoria geral do direito é uma atividade tipicamente filosófica. E na filosofia não existe uma tese verdadeira ou falsa. Toda nova tese é discutível, no duplo sentido, de que pode ser discutida e de que merece ser discutida. Entretanto, toda tese faz com que a pesquisa progrida. Conforme Karl Popper, a pesquisa não tem fim. Nessa mesma linha, o presente artigo naturalmente poderá ser desdobrado no futuro em novos debates, estudos e pesquisas.

<sup>30</sup> Guastiani apud AVILA, 2014.

Articulando a análise constante neste painel com as contribuições dos ilustres painelistas que me precederam, o primeiro ponto de reflexão foi justamente a partir das palavras do Professor Diogo Leite Campos. Compliance seria opção ou imposição? Se for opção, advém da posição das empresas no mundo e dos bons cidadãos, situados no Estado de Direito. Se for imposição, advém da existência de normas de natureza fundamental que impõem condutas éticas. Seja qual for a resposta, parte de uma escolha que é feita todos os dias pelas pessoas, os bons cidadãos que precisam ser eficientes, eficazes e, ao mesmo tempo, éticos.

A empresa não deve ser apenas uma organização que visa lucros e deve apoiar a defesa de direitos da pessoa de terceira geração<sup>31</sup> e o desenvolvimento econômico e social. A empresa ética tem o olhar desperto para o outro, reconhece os direitos do outro, o Estado-de-Direito, o Estado-da-Justiça, o Estado-de-Direito-dos-Cidadãos. Busca resultados, mas respeita os valores, é eficiente e não fica asfixiada por exigências meramente burocráticas.

O desafio das empresas éticas, portanto, é maior. Buscam resultados, mas não são resultados a todo custo. São resultados alinhados com determinados valores. Sem dúvida, buscam um equilíbrio que é difícil entre meios e fins, entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade, sob a perspectiva de Weber. Fazem a opção de atuar com integridade.

A visão do Professor Leite Campos nos fez remeter à lição de Canotilho: o Estado de Direito impõe limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e segurança públicas. Os direitos fundamentais liberais – liberdade e propriedade – decorrem do respeito à liberdade individual e da limitação do poder político.

O Estado de Direito seria aquele em que se reconhece como características básicas a submissão do império à lei, a divisão de poderes e a garantia dos direitos individuais. Alguns o reconhecem como Estado liberal de Direito quando sustenta a autonomia individual, a autodeterminação da pessoa, indo contra um estado de polícia que tudo regula.

Por sua vez, o Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, resguardando a participação efetiva do povo na coisa pública. Busca desenvolvimento para realizar o princípio democrático como garantia geral

<sup>31</sup> Os direitos da terceira geração ou de terceira dimensão, foram desenvolvidos no século XX. Seriam os Direitos da Fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, etc. Essa geração de direitos é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois não se destinavam somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

dos direitos fundamentais da pessoa. O Estado Democrático busca alcançar a legitimidade e legitimação do poder político.

Na concepção de Canotilho, Estado Democrático de Direito seria aquele que equilibra a razão pública de um governo sob o “império do direito”, mas também sob o “mando de mulheres e homens”. Por sua vez, o Estado Social de Direito parte da transformação do Estado de Direito, em que o social é realçado para corrigir os efeitos do individualismo clássico liberal por meio do reconhecimento de direitos sociais e da realização de objetivos de justiça social. Procura compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo (enquanto forma de produção) e o bem-estar social geral, servindo de base para o que alguns denominam de neocapitalismo.

Canotilho sustenta o Estado de Direito só o é se for Estado de justiça social. O Estado de Justiça tem de encarar a exclusão social como déficit que o corrói. “*A marginalização social cria marginalidades no direito*”:

“Fazer justiça através de tribunais e mediante um procedimento justo poderá traduzir-se num «faça-se justiça» aplicando a lei dura. E a lei dura pode, ela própria, transportar conteúdos injustos. Aqui vem revelar-se outra ineliminável dimensão do Estado de direito enquanto Estado de justiça. As «duras leis» não podem aniquilar a dignidade da pessoa humana, não podem eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, não podem disfarçar medidas discriminatórias contra cidadãos ou grupos de cidadãos. Fazer justiça aqui é desaplicar as leis injustas violadoras de direitos e princípios jurídicos fundamentais. Os juízes podem e devem ter acesso directo a estes princípios e a estes direitos, hoje em dia consagrados na maior parte das constituições e nos tratados internacionais.”

“O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar princípios e valores materiais que permitam aferir do carácter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos.”

Durante e depois do Colóquio, tivemos a oportunidade de aprofundar os estudos com o Professor Nuno Sampaio Ribeiro que desenvolveu o tema da economia reputacional. As relações entre pessoas estão cada vez mais influenciadas pela percepção de confiança que prevalece na comunidade sobre uma pessoa (singular ou coletiva). A percepção da confiança, portanto, passou a ser um fator fundamental de vantagem comparativa. Isso faz com que a própria gestão das organizações deixe de priorizar apenas o lucro, passando a compor também a sua agenda a gestão da reputação e da marca, conforme sustenta Ribeiro.

Percebe-se que a reputação e a imagem das empresas compõem um poderoso ativo que pode induzir condutas positivas ou negativas dos consumidores. Foi citado o caso de uma empresa internacional que atua na área de alimentos que passou a ser questionada pelos clientes por não recolher tributos no país onde presta serviços. O movimento fez com que a empresa mudasse de entendimento e passasse a recolher tributos no país onde ela presta serviços diante da ameaça de boicote de clientes. Tal mudança de atitude foi lastreada não por uma questão legal, mas por questões até mesmo éticas.

O Professor Rui Pinto Duarte, ao falar da responsabilidade dos administradores, expôs a visão sob a perspectiva do contratualismo e do institucionalismo. O contratualismo, representado pela visão norte-americana, de inspiração liberal, e o institucionalismo, de inspiração alemã, com origem na década de 30, quando se observaram a existência de interesses externos à sociedade, como as preocupações sociais e ambientais. Duarte expôs uma visão prática que o faz não acreditar na independência do administrador, diante da constatação de que ele sempre está ligado a um grupo de interesse que influencia em suas ações.

O Professor João Costa discutiu a perspectiva do direito penal e questionou se o compliance pode gerar a invasão de garantias fundamentais. Como exemplo, em nome do compliance, pode-se romper o sigilo fiscal? Qual seria o limite do direito de a pessoa ficar sozinha (com ela própria)?

Durante os debates, viu-se que os limites dos direitos individuais estão sendo repensados. Em nome da defesa do direito individual, não se pode ameaçar o direito e a proteção de uma coletividade de pessoas. E em função disso, viabilizam-se diversas ações contra o terrorismo e o narcotráfico. Nos EUA, por exemplo, os direitos individuais são pressionados por conta do direito à defesa nacional contra o terrorismo e o narcotráfico.

Em muitos lugares, observam-se advogados criminalistas sustentando que estão sendo violados direitos fundamentais e liberdades individuais. Para tutelar direitos coletivos, a forma encontrada foi delimitar melhor certos direitos individuais que estavam sendo sustentados para encobrir a ocorrência de ilícitos que podem gerar graves danos à sociedade, como ocorre no caso de terrorismo, tráfico de drogas e também no caso de corrupção. A reflexão então seria até quando a liberdade individual pode ser usada para esconder um ato ilícito? Mas é necessário oferecer o contraponto: qual seria a consequência quando o sistema viola o direito individual indevidamente? Há relevância de se manter essa tensão para buscar equilíbrio de forças e evitar abusos.

Deve-se reconhecer que a internacionalização dos mercados impõe certas mudanças e a releitura de direitos sociais, tributários e de compliance, havendo um papel relevante desempenhado a partir de iniciativas individuais (v.g. com a edição de atos normativos, a opção de empresas de atuar de forma íntegra e

a opção de fornecedores e consumidores de contratar com empresas íntegras), como também coletivas (v.g. estabelecimento de convenções internacionais e o papel desempenhado pelos organismos internacionais).

Ao mesmo tempo em que se percebe o enfraquecimento dos Estados e das nações, levantam-se bandeiras nacionalistas contrários aos movimentos de imigração. Veja na Europa, especificamente na Espanha. Uma das discussões relevantes nos dias que precederam ao Colóquio decorreu da declaração de independência do Estado Catalão. Pouco antes, as discussões estavam tomadas pelo Brexit, assim chamada a saída do Reino Unido da União Europeia. O momento atual não parece ser mais de fortalecimento das nacionalidades e surgimento de novos países, mas de união em uma Europa integrada e de reflexão sobre as causas da imigração em massa, muitas vezes causada por guerras e regimes não democráticos.

Por sua vez, existem empresas ou grupos empresariais com mais poderes do que países inteiros. As empresas podem ser mais eficientes e podem substituir até mesmo o que alguns pregam ser as funções primárias do Estado. Os limites de um Estado nacional não são suficientes para reunir uma identidade cultural. O que há nos diversos países é uma miscigenação (cultural, social, etc) crescente.

Em situações de grande concentração de poder, a tendência de abuso desse poder (e, portanto, de descumprimento de regras de comportamento) é algo até esperado. Tal constatação é reconhecida pela teoria econômica atual. Daí porque há necessidade de se fortalecer a democracia no âmbito nacional, mas também as convenções e os organismos internacionais para compor um sistema mais amplo de freios e contrapesos. A racionalidade de atuação dos agentes econômicos pode levar – ou pelo menos facilitar – naturalmente ao abuso. Daí porque se justificou a introdução no direito antitruste de regras estruturais para conter o poder no mercado<sup>32</sup>. Quando o direito, baseado em normas de conduta, não é capaz de disciplinar suficientemente essas relações, a organização passa a ser conduzida a partir de relações de dominação. A hierarquia substitui o direito<sup>33</sup>.

Voltando às noções de mercado, deve-se considerar a necessidade de adesão ampla dos Estados, governos, empresas, acionistas, administradores, academia, enfim, da sociedade, para conformação de um movimento cada vez maior em favor da integridade das relações, uma vez que a adoção parcial ou voluntária dos deveres sociais, tributários e de compliance provoca desequilíbrio no mercado, deixando as organizações com atuação ética em desvantagem com-

<sup>32</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>33</sup> *Ibid.*

petitiva, se comparadas com as organizações que atuam de forma não ética. A internacionalização da sociedade gera tensões pela universalização de deveres sociais, tributários e de compliance. O dever de compliance remete a um dever de integridade, à necessidade de se observar parâmetros não apenas legais, mas também de caráter ético. E o Brasil, com seus altos e baixos, está inserido nesse processo histórico que pode conduzir à progressiva concentração do poder econômico, à dominação, à desigualdade e garantia de manutenção pelo poderio bélico; ou, ao revés, pode conduzir à crescente dignidade transcendente da pessoa, à justiça social, a partir de um mercado equilibrado. Há, de fato, necessidade de cada vez mais abrir espaços para discussões como essa de modo a pensar e repensar na reconstrução ética.

## 6. Considerações finais

O mercado interligado em escala global já é visto como um único mercado. Pelo menos desde a segunda grande guerra, constatou-se que o desenvolvimento econômico mais equilibrado diminui a chance de conflitos de toda ordem. As práticas desleais e abusivas são externalidades que criam privilégios, vantagens competitivas injustas, tornando a estratégia empresarial inócua e a competição perversa para aqueles que atuam de forma ética.

Sendo o mercado imperfeito, há necessidade de se regular e autorregular a atividade econômica em perspectiva não apenas nacional, mas internacional. No plano internacional, pode ser destacada a atuação de organismos internacionais como a ONU, OEA, OCDE, Banco Mundial, que têm atuado em medidas de integração entre seus países membros, apoiado na elaboração de normas e acordos internacionais que, entre outros, contribuem com o estabelecimento de deveres universais de natureza social, tributária e de compliance. No plano nacional, deve ser destacada a iniciativa de países que têm buscado criar condições efetivas para o atendimento de tais deveres.

Como exemplo, citou-se os diversos acordos internacionais de combate à corrupção assinados a partir da década de 90. Atualmente, existe um consenso de que a corrupção é um mal que mina o Estado de Direito e a Democracia, gerando violação de direitos humanos, afetando mercados, facilitando a atuação de organizações criminosas. E nos países mais pobres, os seus efeitos são ainda mais graves. A partir daí diversos países estão atuando com diferentes estratégias de combate à corrupção.

Para se chegar a tal resultado, observa-se a iniciativa dos Estados Unidos com a edição do FCPA ainda na década de 70 com objetivo de reprimir atos de corrupção praticados não apenas dentro do território dos Estados Unidos,

como também no estrangeiro. Como indutor de mudanças, a lei norte-americana gerou um desequilíbrio de forças no mercado e a mobilização de diferentes grupos interessados fez com que se levasse a discussão ao plano internacional culminando na assinatura de convenções internacionais. No centro da discussão, está um tema de natureza ética e legal que se desenvolveu a partir dos efeitos causados no mercado.

Assim, parece correta a afirmativa do Banco Mundial de que os esforços de combate à corrupção estão sendo bem-sucedidos porque liderados por uma coalização de interesses que envolve políticos, empresas, funcionários do governo, cidadãos, instituições financeiras, comunidades e organizações da sociedade civil.

Para além dos organismos internacionais que contam com a participação direta dos países membros, existem iniciativas independentes, como a que levou à instituição da Transparência Internacional. A TI sustenta que é necessário construir parcerias, prosseguir passo a passo e não adotar uma política de confronto. A corrupção só poderia ser controlada se todos – estado, empresas e sociedade civil – trabalhassem juntos.

Por sua vez, esta coalizão de esforços que já gera resultados no combate à corrupção pode (e está) sendo ampliada para outras frentes de forma a levar conteúdo para outros deveres de natureza social, tributários e de compliance. Citam-se, por exemplo, convenções internacionais e legislações nacionais contra o trabalho escravo, tráfico de pessoas, atos de terrorismo, a discriminação da mulher, o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, e em defesa dos apátridas, das crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, do clima, da sustentabilidade ambiental no planeta, da maior transparência e da justiça tributária.

Mapeados os diversos interesses envolvidos, nem sempre eles serão coincidentes, gerando divergências. Há necessidade de se estabelecer quais passam a ser tutelados e de que forma. Para responder esse questionamento, é necessário refletir sobre o paradigma de Estado que se pretende pautar a aplicação da legislação. Sendo de um Estado liberal, o modelo aplicado será o individualista. Sendo de um Estado Social, o modelo será o solidarista e talvez socializante. Entre os dois, há o Estado Democrático de Direito que pode ser configurado com diferentes caracteres, a depender de um viés mais liberal ou mais social.

O Estado pode ser chamado para corrigir falhas de mercado e para defesa de interesses coletivos quando a iniciativa privada não atua de forma suficiente, como já ocorre com a regulação de questões concorrenciais e ambientais.

Há também a escolha voluntária daquelas empresas que optam por assumir deveres que tem caráter ético e se apropriam de um posicionamento diferenciado no mercado que afeta positivamente a sua relação com acionistas, con-

sumidores, fornecedores e o próprio Estado. Clientes e fornecedores podem também optar por assumir deveres que tem caráter ético, só contratando com empresas que compartilham dos seus princípios éticos, prática já observada em algumas empresas. Para tanto, há necessidade de exercício de escolha que depende da consciência, dos valores e da decisão de acionistas, clientes, administradores e fornecedores.

Essa realidade ganha relevo ao se fazer breve análise econômica do direito. Se os consumidores deixam de adquirir produtos de determinado fornecedor porque foi penalizado por práticas ilegais ou porque adotou práticas antiéticas, há um incentivo para que as empresas se preocupem com a sua reputação, atuem de forma ética e um grande desincentivo para atuar em desconformidade.

Por sua vez, a aplicação de cláusulas gerais para defesa do interesse social socializa os custos à coletividade, o que, em si, pode não ser um problema. O problema reside quando o custo é socializado, mas os benefícios não são. É o que ocorreria no caso de se admitir coberturas de seguro de saúde não previstas na legislação para um cliente com fundamento em cláusulas gerais (por exemplo, direito à saúde integral). Respeita-se o indivíduo beneficiado, mas se onera da coletividade, podendo gerar exclusões daqueles mais vulneráveis socialmente que não conseguem arcar com o incremento de custos do seguro saúde.

Indo para outra constatação esta é a básica diferença entre dois países que possuem carga tributária elevada, quando o primeiro reverte as receitas em benefícios para a sociedade; enquanto o segundo é ineficiente e desperdiça recursos públicos. O dever de natureza tributária do contribuinte é pagar o tributo, mas o dever talvez ainda mais relevante do Estado é administrar de forma eficiente e eficaz as receitas.

Quando se fala de ética empresarial, pressupõe-se a adoção de valores ou princípios maiores, como a dignidade da pessoa, o olhar desperto ao outro e a justiça, com a consciência que irão gerar externalidades, mas sem querer dizer de solidarismo ou clientelismo. A adoção da ética empresarial, não necessariamente afasta a possibilidade da busca por resultados.

Pensando em uma reconstrução ética é que pode ser invocada a integridade como algo que dita o limite a ser seguido entre a ponderação racional entre meios e fins. Nesse sentido, as organizações podem maximizar os resultados tendo como limite a integridade. A tomada de decisão de acionistas e administradores deve ser balizada pela adoção da integridade como limite. A hipótese que se pretende apresentar é que, ao violar a integridade, rompe-se a própria ética empresarial, podendo (ou devendo) gerar a responsabilização de administradores e/ou acionistas. O administrador, o acionista ou a organização autêntica que deve ser reconhecida e valorizada é aquela que busca atingir os seus objetivos atendendo aos limites éticos.

Ao se admitir atuação empresarial sem integridade, altera-se a ordem de fatores no mercado. O que se vê ao final, muitas vezes, é a violação da função social da propriedade, da livre concorrência, o desrespeito ao acionista, ao consumidor, ao trabalhador, a ameaça à livre iniciativa, ao meio ambiente, ao bem-estar, ou a lesão do interesse público ou da administração pública. A falta de integridade ameaça a própria ordem e a segurança nas relações privadas. Sem integridade, fica ameaçada a construção de uma sociedade justa e solidária. Integridade seria, portanto, o núcleo dos deveres de compliance.

Em sintonia com o Professor Diogo Leite Campos, compliance não é imposição, decorre da posição das empresas no mundo, como bons cidadãos eficientes, eficazes e éticos situados no Estado de Direito. A empresa deve ser eficiente para promover o desenvolvimento econômico e social. As exigências em demasia, aliada à incerteza de quais são efetivamente os seus deveres e à insegurança quanto ao que será decidido pelo Judiciário, ameaçam a viabilidade da empresa e elevam custos de transação que são posteriormente socializados.

A humanização ética da empresa surge quando ela tem o olhar desperto para o outro. Isso não significa aplicar o solidarismo ou o clientelismo, típicos da visão social. Mas também não significa aplicar a racionalidade de que os fins justificam os meios, da lógica da ação em benefício próprio, típica da atuação extrema liberalista. Há necessidade de equilíbrio.

E como bem disse o Professor Diogo, “é este equilíbrio, difícil, que se procura”. O adensamento do Estado Democrático de Direito avança com a colaboração ativa das empresas, mas também dos cidadãos, dos trabalhadores, fornecedores, do cliente, do Estado e do Judiciário. Talvez o caminho não seja a busca pelo reconhecimento de direitos, mas a busca pelo reconhecimento e exercício dos deveres afetos a cada pessoa que participa do mercado.

Para quem pergunta sobre o caso do Brasil, a notícia deve ser de esperança. Muito já se fez, muito está sendo feito, mas há ainda muito por se fazer. A jornada de mil passos já começou e há muito passaram os primeiros passos.

## Referências

- ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de. Ética e desempenho social das organizações: um modelo teórico de análise dos fatores culturais e contextuais. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 11, n. 3, p. 105-125, set. 2007. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-6552007000300006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552007000300006&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 07 dez. 2020.
- APPENDINO, Fábio; OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de; MARUCH, André. Aquisição de controle em companhias com capital pulverizado ou com controle minoritário:

- uma análise da legislação e de casos. In: BOTTREL, Sérgio (Coord.). *Direito Societário: Análise Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANDRADE, A.; ROSSETTI, J. P. *Governança Corporativa - fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2004.
- ARNDT, Jorge Renato Lacerda; OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda. *A Racionalidade e a Ética da Ação Administrativa na Gestão de Organizações do Terceiro Setor*. In: PIMENTA, Solange Maria; SARAIVA, Luiz Alex Silva; CORRÊA, Maria Laetitia. *Terceiro Setor: dilemas e polêmicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de Conflito, Segurança e Desenvolvimento. Visão Geral*. Washington DC: Banco Mundial, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank. Corruption and Economic Development*. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Corruption is “Public Enemy Number One” in Developing Countries, says World Bank Group President Kim*. 19 dez. 2013. Disponível em: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Combating Corruption*. 17 set. 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- BEGALI, Valdivo José; CRISPIM, Sérgio F. Crispim. *Concorrência desleal, corrupção e adaptação estratégica*. *Revista de Empreendedorismo, Negócios e Inovação*, n. 2, v. 1, p. 18 - 28, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufabc.edu.br/index.php/reni/article/view/195>. Acesso em 07 dez. 2020.
- BETTI, Francisco de Assis. *A Lei n. 8.429/92: dos crimes de corrupção e suas consequências*. *Revista CEJ*, v. 4, n. 10, jan./abr. 2000. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/253/523>. Acesso em 07 dez. 2020.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *O Caso Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- BULGARELLI, Waldírio. *Sociedades, empresas e estabelecimentos*. São Paulo: Atlas, 1980.
- \_\_\_\_\_. *A Teoria jurídica da empresa: análise da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Manual das Sociedades Anônimas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2000.
- CAMPOS, Diogo Leite. *As relações de Associação. O Direito sem direitos*. Lisboa: Almedina, 2011.

- \_\_\_\_. Temps, personne et agrégat social dans la théorie de la relation juridique. Liber Amicorum para Camille Spinosi. Paris: Editions Techniques, 2013.
- CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay. The Many Faces of Corruption. Tracking Vulnerabilities at the Sector Level. Washington, D.C.: The World Bank, 2007. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6848/399850REPLACEMENT101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.
- \_\_\_\_. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- COELHO, Nuno M. M. S.; Heringer, Helimara Moreira Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: Uma breve Análise da Lei que deu origem ao Combate Internacional da Corrupção. Revista Jurídica, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 164-187, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view-File/2004/1285>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3 ed. rev. atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_. A reforma da empresa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 22, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.
- \_\_\_\_. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1986.
- \_\_\_\_. Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRETELLA NETO, José. Teoria Geral das Organizações Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2007
- DE LUCCA, Newton. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- EIZIRIK, Nelson et al. Mercado de Capitais: regime Jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- \_\_\_\_. Direito societário: estudos e pareceres. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FALCETTA, Giovanni. Corrupção prejudica a livre concorrência. Conjur, 2 set. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-set-02/direito-empresarial-corrupcao-prejudica-livre-concorrencia>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- FERNANDES, Paulo Cezar. Moral, Ética e Direito em Kant. Uma fundamentação para o dano moral e Direitos Humanos. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2007. Disponível: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/645>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- FERREIRA, Carolina Iwancow. Manual de Governança Corporativa Nacional e Internacional. Belo Horizonte: D’Placido, 2014.

- FERREIRA, Vera Nunes Tasca. A Função Social da Empresa e a Responsabilidade do Acionista Controlador em Reparar o Dano Ambiental. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.
- FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 3, p. 495-524.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: Ensaio sobre o Modo de sua Aplicação. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/514>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- LAGRECA, Rodrigo Holtermann; HEXSEL, Astor. Concorrência desleal: concepções do processo de mobilização estratégica a partir de um estudo de caso. Revista de Administração Contemporânea, v.11, n. esp., p.11-31, 2007. Disponível: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552007000500002>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- LOPES, José Mouraz. O Espectro da Corrupção. Coimbra, Almedina, 2011.
- MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 339-348.
- MAIA, Antônio João; SOUSA, B.; PIMENTA, C. Fraude em Portugal. Causas e Contextos. Coimbra: Almedina, 2017
- MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano; MELLO, Lauro Mens de. Da concorrência desleal: o “dumping” e globalização. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 259, 23 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5003>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- MILLER, Geoffrey P. The Law of Governance, Risk Management and Compliance. New York: Wolters Kluwer, 2017. Disponível em: <https://whitecollarattorney.net/fcpa/famous-cases/>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). Brazil Policy Brief. O suborno e a corrupção. Reduzindo os Riscos de Suborno em Transações comerciais internacionais e em acordos de negócios. OCDE, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/policy-briefs/brasil-reduzindo-os-riscos-de-suborno-em-transacoes-comerciais-internacionais.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020.

- OLIVEIRA, Luís Gustavo Miranda de. Sucessão em Empresa Familiar: Valores Interesses e Racionalidades. 2007. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração de Empresas). FEAD, Belo Horizonte, 2007.
- \_\_\_\_. Assistência Integral à Saúde: ônus público, privado ou particular? Ao Afinal, quem paga a conta? In: UNIMED BH. Judicialização da Saúde Suplementar. Belo Horizonte: Unimed, 2008. Disponível em: [https://www.ibedess.org.br/imagens/biblioteca/61\\_Livro.pdf](https://www.ibedess.org.br/imagens/biblioteca/61_Livro.pdf). Acesso em: 07 dez. 2020.
- \_\_\_\_.; SILVA, Georgina Alves Vieira da. Sucessão em uma Empresa Familiar: Valores, Racionalidades e Dilemas. Revista de Administração FACES, v. 11, n. 2, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/facesp/article/view/1214>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- \_\_\_\_. Compliance e Integridade. Aspectos Práticos e Teóricos. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.
- PETRELLUZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. O princípio da preservação da empresa sob a ótica da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Revista do Curso de Direito do Unicentro Izabela Hendrix, Belo Horizonte, v. 3, p. 75-85, 2004.
- \_\_\_\_. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p.159-173, abr./jun. 2006.
- \_\_\_\_. Teoria da empresa em direito e economia. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p.55-74, abr./jun. 2006.
- \_\_\_\_. Teoria da empresa em direito e economia. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n. 8, p. 4913- 4942, 2012.
- \_\_\_\_. Direito societário. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.
- RETONDAR, Jéferson José Moebus. Teoria do jogo. Petrópolis: Vozes, 2007.
- RODRIGUES, Vasco. Análise econômica do direito: uma introdução. Coimbra. Almeida, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SEITENFUS, Ricardo. Manual das organizações internacionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SILVA, Georgina Alves Vieira da; OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. Poder, Cultura e racionalidade nas organizações familiares brasileiras. In: CARRIERI, Alexandre de Pádua; SARAIVA, Luiz Alex Silva; GRZYBOVSKI, Denize (Orgs.). Organizações Familiares: um mosaico brasileiro. Passo Fundo, 2008.
- SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SROUR, Robert Henry. Poder, cultura e ética nas organizações. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

- \_\_\_\_. *Ética Empresarial*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_. *Formas de Gestão: o desafio da mudança*. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 34, n. 4, p. 31-35, jul./ago. 1994.
- SROUR, Rachel. *Externalidades e custo de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 24, p. 250-276, 2005.
- SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.
- TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil. Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- \_\_\_\_. *Direito, mercado e função social*. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, v. 9, n. 8, p. 97-113, 2007.
- \_\_\_\_. *Futuro do law and economics no Brasil*. 2009.
- UNITED NATIONS. *United Nations Convention Against Corruption*. New York, 2004.
- WEBER, M. *Economia y sociedad: Esbozo de sociologia comprensiva*, v. 1. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- \_\_\_\_. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*, v. 1. Brasília: Editora UnB, 2000.
- \_\_\_\_. *A política como vocação*. In: \_\_\_\_\_. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- \_\_\_\_. *A política como vocação*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Book Builders, 2017.
- ZEGER, Arthur. *Mercado e Concorrência. Abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal*. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro. v.17, n. 28, p. 47-68, 2010.

# Da usucapião por parte do arrendatário no Direito português

TIAGO HOLANDA MASCARENHAS\*

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A natureza do direito do arrendatário: 2.1. Direito obrigacional vs. Direito real; 2.2. Os elementos da posse e o direito do arrendatário. 3. A inversão do título da posse: 3.1. A oposição como requisito da aquisição por usucapião; 3.2. O incumprimento da obrigação de pagar as rendas e a sua repercussão. 4. Análise do tema sob a perspectiva obrigacional: 4.1. A origem do direito do arrendatário e as obrigações secundárias como entraves à usucapião; 4.2. A natureza complexa da obrigação; 4.3. O princípio da boa-fé. 5. Conclusão.*

## 1. Introdução

O contrato de arrendamento, pelo qual uma parte se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição<sup>1</sup>, sempre teve grande relevância econômica, política e social, atraindo, por isso, a atenção dos operadores do direito.

Em Portugal, a locação de imóveis, denominada arrendamento<sup>2</sup>, é marcada por uma forte tradição de “vinculismo”<sup>3</sup>, iniciada no final do século XIX.

\* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro/Brasil. Mestrando em Direito Civil na Universidade de Lisboa

<sup>1</sup> Artigo 1022.º, do Código Civil.

<sup>2</sup> Artigo 1023.º, do Código Civil.

<sup>3</sup> MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil, vol. XI, 1.ª parte, Coimbra, 2018, pág. 607: “Conjunto das regras, substanciais e processuais, que visam tutelar a posição do arrendatário, desequilibrando, em seu favor, a locação. O bem locado fica-lhe vinculado”.

O intervencionismo estatal, quase sempre manifestado em intensa produção legislativa, e a crescente demanda da população por moradia, contribuíram para que o tema do arrendamento nunca deixasse de ocupar espaço destacado no cenário jurídico português.

A falta de um sistema razoavelmente equilibrado entre os direitos de proprietários e inquilinos acaba por deixar os contratantes em situação de permanente tensão, propiciando o surgimento de litígios e uma certa insegurança jurídica.

Diante desse quadro, surgem algumas questões jurídicas interessantes, tais como: a natureza do direito do arrendatário; a possibilidade de modificação das suas características no decorrer da fase de execução do contrato; a análise a respeito da viabilidade da aquisição, via usucapião, pelo arrendatário, do imóvel sobre o qual recai o arrendamento ou, mais precisamente, o embasamento jurídico da respectiva proibição, e também as implicações do incumprimento da prestação principal do arrendatário.

O trabalho não aborda exaustivamente todas essas questões.

Esleveu-se como tema principal da investigação jurídica a análise da possibilidade de aquisição do imóvel objeto do arrendamento via usucapião por parte do arrendatário e como tema mais específico a questão de saber se o incumprimento prolongado da obrigação de pagamento das rendas pode significar um ato de oposição ao direito do senhorio a ponto de servir de fundamento à usucapião.

## **2. A natureza do direito do arrendatário**

### **2.1. *Direito obrigacional vs. Direito real***

Como ponto de partida, o primeiro passo metodológico consiste em procurar identificar qual é a natureza do direito exercido pelo arrendatário com base num contrato de arrendamento.

Embora não seja o escopo principal do trabalho adotar uma posição a respeito da natureza jurídica do direito do arrendatário, definir o seu conteúdo jurídico e os seus limites pode contribuir para a construção de uma resposta adequada quanto à questão de saber se é possível a aquisição do imóvel por usucapião.

Ademais, os argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para justificar a inviabilidade da usucapião frequentemente aludem à natureza do direito do arrendatário e ainda que não seja necessária uma tomada de posição é importante referi-los.

De acordo com a disciplina legal dos artigos 1022.º e 1031.º, alínea b)<sup>4</sup>, o direito do arrendatário de um imóvel se baseia numa relação obrigacional travada com o senhorio, a quem incumbe, segundo a lei, proporcionar-lhe ou assegurar-lhe o gozo temporário da coisa.

Entretanto, esta disciplina não explica satisfatoriamente, do ponto de vista da ciência jurídica, a verdadeira natureza do direito do arrendatário.

Dizer simplesmente que ao senhorio incumbe proporcionar o gozo da coisa não é suficiente para afastar o traço real existente no direito do arrendatário.

Não se pode ignorar que o aproveitamento de uma coisa corpórea é um atributo que só a própria coisa em si pode proporcionar, pois a simples cedência do uso de uma coisa a outrem não representa uma verdadeira prestação.

A identificação entre o gozo da coisa e uma prestação devida pelo senhorio, preconizada por parte da doutrina<sup>5</sup>, revela-se um tanto contraditória.

O gozo da coisa é aproveitado pelo próprio arrendatário no contato direto com ela e não em decorrência de um comportamento do senhorio<sup>6</sup>.

Assim é que não conseguimos identificar em nenhum comportamento a cargo do senhorio uma prestação passível de ser relacionada ao aproveitamento da coisa por parte do arrendatário.

Colocando a questão em outros termos: não há relação de causalidade entre uma prestação do senhorio e o gozo da coisa pelo arrendatário.

O mero cumprimento da obrigação de entregar o imóvel para que seja utilizado pelo arrendatário não pode, a nosso ver, ser confundido com uma prestação de proporcionar o gozo, porque a entrega da coisa é apenas um dever contratual que viabiliza – e não propriamente proporciona – o gozo da coisa ao arrendatário.

A entrega do imóvel tem ligação apenas remota com o gozo; não pode ser confundida com uma prestação principal que tenha relação direta com o gozo

<sup>4</sup> Quando não se indicar outra fonte, os artigos citados são os do Código Civil em vigor em Portugal a partir de 1.º de junho de 1967.

<sup>5</sup> ALBERTO VIEIRA, *A Posse*, Coimbra, 2018, pág. 685: “Na locação o objeto do direito do locatário não é a coisa propriamente dita, mas a prestação do locador ao gozo da coisa”. No mesmo sentido, cfr. MENEZES LEITÃO, *Arrendamento Urbano*, Coimbra, 2019, pág. 46, para quem o arrendamento é “um direito pessoal de gozo, contraposto a uma obrigação positiva do senhorio (art. 1031.º, b)”. Esta obrigação é a de assegurar o gozo, que se não for cumprida acarreta a incidência do disposto nos artigos 798.º e 1032.º.

<sup>6</sup> Sobre a explicação do fenômeno do gozo como relação direta com a coisa, Cfr. GIORGIANNI, *Contributo Alla Teoria dei Diritti di Godimento Su Cosa Altrui*, 1940, Milano, pág. 11: “(...) *il concetto tecnico di godimento (della cosa altrui) deve considerarsi ristretto al fenomeno del godimento diretto, nel senso che esso postula una relazione immediata del soggetto con la cosa, atta al raggiungimento delle utilità che da essa possono trarsi*”.

da coisa. Trata-se, na verdade, de uma prestação secundária, uma vez que o gozo da coisa é proporcionado por ela própria em si.

Dirigido o enfoque para a atuação do locador, calha reconhecer a inexistência de uma obrigação cujo conteúdo seja identificável com uma “prestação de gozo”, pois se assim fosse seria evidente a natureza creditória da relação locatícia<sup>7</sup>, uma vez que o cumprimento da prestação acarretaria a sua extinção, como de resto se verifica nos direitos de crédito.

No tema do arrendamento, a contraposição entre argumentos obrigacionais e reais para explicar a natureza do direito do arrendatário é bastante fértil e por isso não pode deixar de ser mencionada.

Com apoio na doutrina do Prof. Henrique Mesquita, indicaremos a seguir os principais argumentos das teorias obrigacionistas – ou personalistas – do direito do arrendatário<sup>8</sup>, embora com a ressalva de que este autor não endossa a corrente puramente obrigacionista, na medida em que reconhece a existência de características reais no direito do arrendatário.

A noção de locação consagrada na lei tem orientação obrigacional, como se infere da norma do artigo 1022.º. A “investidura no gozo”, na expressão do citado Professor, seria um direito de crédito, porque a entrega do imóvel pode ser exigida pelo arrendatário com base no contrato e o descumprimento desta obrigação dá ensejo a uma ação pessoal, de natureza condenatória.

A “investidura no gozo” não pode ser conseguida de forma autônoma pelo arrendatário, pois depende de comportamento do locador. Tanto é assim que se a coisa estiver na posse de terceiro a obrigação só poderá ser exigida do locador.

Pesa sobre o locador o dever de não praticar atos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa (artigo 1037.º, n.º 1). Tratar-se-ia, portanto, de uma obrigação negativa incompatível com a natureza real do direito do arrendatário, pois não há dispositivo legal similar em relação aos direitos reais de gozo.

As obrigações de entrega do imóvel, de abstenção da prática de atos que impeçam ou diminuam o seu gozo e a localização do direito do arrendatário no Código Civil fora do elenco de direitos reais também são invocadas por Galvão Telles para embasar a teoria personalista<sup>9</sup>.

Ainda de acordo com o Prof. Henrique Mesquita, a permanente adstrição do arrendatário ao contrato revela a falta de autonomia na sua posição jurí-

<sup>7</sup> HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, pág. 135: o locador, após a entrega da coisa ao locatário, tem apenas a obrigação negativa de “não impedir ou perturbar o exercício do direito de gozo que a este pertence (...)”

<sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 131 e seg.

<sup>9</sup> GALVÃO TELLES, *Arrendamento*, Lisboa, 1945-1946, pág. 306.

dica. Diversamente se passa com os direitos reais<sup>10</sup>, em relação aos quais o título constitutivo tem uma função “matricial ou genética”, cuja importância se esvai ou, pelo menos, resta bastante diminuída depois da constituição válida do direito<sup>11</sup>.

Destarte, se por um lado a lei fixa o regime dos direitos reais de modo taxativo e sem referência ao título constitutivo, por outro, a lei regula o regime da relação locatícia sempre se reportando ao contrato.

Ainda se pode mencionar, como mais uma característica obrigacional no direito do arrendatário, a necessidade de autorização do locador para a prática de determinados atos, de acordo com o disposto no artigo 1038.º.

Nada obstante a exposição desses argumentos personalistas, Henrique Mesquita propõe a aplicação de um “estatuto dualista” como caminho metodológico para a resolução de problemas que necessitem de prévia determinação da natureza da relação jurídica locatícia, uma vez que reconhece no direito do locatário também características de direito real, tais como a autonomia, a independência e a eficácia absoluta, que o tornariam suscetível, em tese, de usucapião<sup>12</sup>.

Em contraposição à teoria obrigacionista, uma das demonstrações dogmáticas mais consistentes da natureza real do direito do arrendatário foi desenvolvida pelo Prof. Menezes Cordeiro<sup>13</sup>.

Coloca-se, como argumento central, a noção de direito real como “permissão normativa de aproveitamento de uma coisa corpórea”<sup>14</sup>, e chama-se a atenção para as seguintes características, que marcam os direitos reais: o poder direto e imediato sobre a coisa e o poder absoluto com eficácia *erga omnes*, daí resultando a sequela – que confere ao arrendatário a possibilidade jurídica de aproveitar a coisa onde ela estiver –, e a preferência em relação a outros direitos que incidam sobre a coisa posteriormente<sup>15</sup>.

Outros autores de destaque das letras jurídicas portuguesas também defenderam a natureza real do direito do locatário, com apoio no reconhecimento de que o seu conteúdo é preenchido pelo exercício de um poder direto e imediato

<sup>10</sup> HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, cit., pág. 171: “(...) a posição jurídica do locatário fica permanentemente ligada ao contrato que lhe deu origem, nunca adquirindo, em relação à sua fonte negocial, a *autonomia* que caracteriza os direitos reais”.

<sup>11</sup> *Ibidem*, págs. 171-172.

<sup>12</sup> *Ibidem*, págs. 183-184.

<sup>13</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, 7.ª ed., Lisboa, 1993, págs. 665-689.

<sup>14</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da Natureza do Direito do Locatário*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1980, págs. 138-139; Cfr. também, no mesmo sentido, *Idem*, *Sumários de Direitos Reais*, Lisboa, 1997-1998, pág. 74.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 139-141.

sobre uma coisa<sup>16</sup>, além de ser dotado do atributo da inerência, próprio dos direitos reais, consoante o disposto no artigo 1057.<sup>o17</sup>.

Diante desse quadro, voltemos então o argumento central, consistente na inexistência de uma prestação principal devida pelo senhorio.

No plano dogmático, essa ausência de prestação principal distancia o direito do arrendatário do regime obrigacional, pois o reconhecimento de que o objeto do direito do arrendatário é o controle material de uma coisa corpórea<sup>18</sup> revela um traço de direito real na sua posição jurídica.

Em favor da tese realista se pode argumentar que, se o gozo da coisa fosse proporcionado por uma prestação do senhorio, em caso de incumprimento da prestação do arrendatário (dever de pagar as rendas) aquele poderia se recusar a cumprir a sua parte, em exercício da *exceptio non adimpleti contractus*, fundado no artigo 428.<sup>o</sup>.

Entretanto, isto não é possível. A recusa do cumprimento, pelo senhorio, da suposta prestação de “proporcionar o gozo” não teria nenhum efeito, designadamente porque não seria capaz de gerar qualquer repercussão no controle material já exercido pelo arrendatário sobre o imóvel, circunstância reveladora da natureza real do seu direito. Restaria ao locador, portanto, apenas a resolução do contrato.

O senhorio pode deixar de cumprir a prestação de entregar o imóvel, esta sim compatível com a exceção de não cumprimento do contrato. Mas uma vez que o imóvel já tenha sido entregue, será impossível, na prática, no caso de incumprimento da prestação principal (pagamento das rendas), o senhorio deixar de “proporcionar o gozo” ao arrendatário.

Sendo assim, não há prestação do senhorio que possa deixar de ser cumprida como consequência do incumprimento da prestação do arrendatário. A inaplicabilidade da exceção de contrato não cumprido neste caso se mostra, portanto, naturalmente incompatível com a estrutura da relação jurídica locatícia, notadamente no tocante à finalidade do contrato.

<sup>16</sup> DIAS MARQUES, *Direitos Reais (Parte Geral)*, vol. I, Lisboa, 1960, pág. 138: afirma que o elemento definidor dos direitos reais seria o “caracter direto ou imediato da sua incidência sobre o respectivo objeto”.

<sup>17</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Locação de Bens Dados em Garantia – natureza jurídica da locação*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 45, Lisboa, set/1985, pág. 373: (...) “a referência legal à transmissão da posição contratual tem o significado de atribuir ao direito de gozo do arrendatário a condição da inerência, e portanto de fazer dele um direito real”.

<sup>18</sup> ALBERTO VIEIRA, *A Posse...*, cit., pág. 684.

Esta constatação se presta, também, para reforçar a conclusão, já alcançada, com supedâneo na doutrina do Prof. Menezes Cordeiro<sup>19</sup>, de que no contrato de arrendamento não há uma prestação principal devida pelo senhorio, sendo este o principal entrave ao acolhimento da tese obrigacionista<sup>20</sup>.

Destarte, se é inviável exigir do locador o cumprimento de uma prestação principal de “proporcionar o gozo” – que não se confunde com a prestação de entrega da coisa, esta sim uma verdadeira prestação [artigo 1031.º, alínea a)] – como contrapartida da prestação do arrendatário, força é reconhecer que a *exceptio non adimpleti contractus*, inerente aos contratos bilaterais, não será viável.

É interessante notar uma certa contradição na doutrina personalista que admite a possibilidade do manejo da exceção de não cumprimento do contrato pelo arrendatário, no caso de incumprimento ou atraso do locador quanto à obrigação de entrega da coisa ao arrendatário, mas reconhece que, na situação inversa, havendo descumprimento do contrato por parte deste, não seria possível a exceção de contrato não cumprido pelo senhorio<sup>21</sup>.

Parece-nos claro que isso acontece porque não há uma prestação de proporcionar o gozo cujo cumprimento possa ser recusado pelo senhorio, simplesmente porque se o imóvel estiver sob o controle material do arrendatário ele já estará retirando da coisa as utilidades que ela pode oferecer, restando ao senhorio apenas trilhar o caminho da resolução do contrato.

Há ainda mais dois argumentos empregados pela corrente realista do direito do arrendatário.

O princípio *emptio non tollit locatum*, costumeiramente esgrimido para embasar a teoria realista, também é invocado pelo Prof. Menezes Cordeiro, no intuito de demonstrar uma tendência evolutiva de reforço da posição jurídica do locatário<sup>22</sup>.

Entretanto, a doutrina também diverge quanto ao papel exercido pelo princípio *emptio non tollit locatum*, havendo, na controvérsia entre obrigacionistas e realistas, quem sustente que a transmissão do contrato sem a interferência do arrendatário seria um caso de sub-rogação legal, vinculada a uma aquisição

<sup>19</sup> MENEZES CORDEIRO, Tratado..., vol. XI, cit., pág. 703: “O grande contra das leituras obrigacionistas é a sua total incapacidade para explicar o gozo do locatário”.

<sup>20</sup> Sobre a “inexistência de uma obrigação positiva, permanente ou contínua, a cargo do senhorio, cfr. HENRIQUE MESQUITA, Obrigações, cit., págs. 134-137.

<sup>21</sup> MENEZES LEITÃO, Arrendamento..., cit., pág. 47.

<sup>22</sup> MENEZES CORDEIRO, *idem*, pág. 96-97: “É, efectivamente, um indício a favor da natureza real do direito do locatário, uma vez que não pode ser explicado, sem alguma violência, pelos esquemas creditícios (...)” e pág. 97: A *emptio non tollit locatum* corresponde, no entanto, a uma tendência estrutural de evolução do contrato locatício, no sentido do reforço do direito do locatário”.

derivada (contrato), diversa da hipótese de aquisição originária correspondente a um direito real<sup>23</sup>.

Seja como for, a regra de que a locação não é atingida pelas transmissões *inter vivos* da coisa dificilmente poderia de ser explicada por via obrigacionista, diante da vinculação de alguém que não contratou<sup>24</sup>.

O outro argumento em favor da teoria realista é a possibilidade de tutela possessória do direito do arrendatário, autorizada pelo artigo 1037.º, n.º 2. Trata-se de um argumento estrutural e decisivo, a nosso ver, para a tese realista a respeito da natureza do direito do arrendatário<sup>25</sup>.

Novamente o argumento não escapa de contestações da doutrina personalista, segundo a qual a lei concede a mesma tutela em outras situações que não exprimem direitos reais, tais como no caso do parceiro pensador (artigo 1125.º, n.º 2), do comodatário (artigo 1133.º, n.º 2) e do depositário (artigo 1188.º, n.º 2)<sup>26</sup>.

Segundo esta corrente, a autorização da ordem jurídica para a utilização da tutela possessória pelo arrendatário seria uma excepcionalidade, incapaz de modificar a natureza obrigacional do direito oriundo do contrato de arrendamento.

Todavia, isso também não é pacífico, uma vez que a proteção do controle material da coisa naquelas situações, via ação possessória, está a indicar que algum gozo existe, ainda que mínimo ou potencial<sup>27</sup>.

Deixando de lado a histórica controvérsia envolvendo as teorias obrigacionistas e as teorias realistas, cujos argumentos são expostos com profundidade pela doutrina<sup>28</sup>, existe hoje razoável consenso de que o contrato de arrendamento confere ao arrendatário um direito pessoal de gozo.

De acordo com o Prof. Menezes Cordeiro, o arrendatário é titular de um “direito pessoal de gozo de tipo misto”<sup>29</sup>, porque embora a lei o defina como

<sup>23</sup> MENEZES LEITÃO, *Arrendamento...*, cit., pág. 46: sobre o artigo 1057.º, afirma que “essa norma não constitui uma hipótese de sequela, mas antes a de uma transmissão imposta da obrigação do senhorio (sub-rogação legal) (...)”.

<sup>24</sup> MENEZES CORDEIRO, *idem*, pág. 704.

<sup>25</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* vol. VI, pág. 605: [As ações possessórias] “acautelam o controlo material da coisa e nunca quaisquer prestações”.

<sup>26</sup> MENEZES LEITÃO *idem*, pág. 46.

<sup>27</sup> MENEZES CORDEIRO, *idem*, págs. 710-711.

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, vol. XI, cit. pág. 694-713.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 713: “O direito pessoal de gozo constrói-se como uma relação obrigacional complexa sem prestação principal: esta é substituída pelo direito de aproveitamento de uma coisa corpórea”. Para um reconhecimento, embora não expresso, da natureza mista no direito do locatário, Cfr. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, 2011, pág. 122: (...) “ponderando as marcas pessoais e reais,

um direito de natureza obrigacional não existe uma prestação principal a cargo do senhorio.

A identificação do direito do arrendatário com a figura híbrida dos direitos pessoais do gozo, que apresenta traços obrigacionais e também reais, termina por ser uma forma de apaziguar a controvérsia, fundada em razões histórico-culturais originadas do direito romano<sup>30</sup>.

A controvérsia entre a teoria obrigacionista e a teoria realista quanto à natureza do direito do arrendatário pode nos fornecer alguma inspiração para, mais à frente, fundamentarmos a resposta à questão da possibilidade de aquisição por usucapião pelo arrendatário perfillhando argumentos ora obrigacionais e ora reais.

## 2.2. Os elementos da posse e o direito do arrendatário

Apesar das características que o aproximam do regime dos direitos reais, certo é que a doutrina jurídica atual, de modo tendencialmente consensual, coloca o direito do arrendatário entre os direitos pessoais de gozo e não entre os direitos reais de gozo<sup>31</sup>.

No entanto, este enquadramento não impede que se reconheça no direito do arrendatário a natureza possessória, embora vinculada ao contrato que lhe deu origem, ou seja, para os fins e nos limites do contrato de arrendamento. Daí dizer-se que o arrendatário não tem a posse em “termos de propriedade”.

Faz-se aqui a distinção entre a posse do arrendatário, ou posse em termos de locação – situação equiparada por parte da doutrina à detenção<sup>32</sup>, por entender-se que o contato direto com a coisa se dá em nome alheio<sup>33</sup> – e a

talvez não seja ousado afirmar que se trata de um direito de crédito protegido, em alguns aspectos, pela tutela forte dos direitos reais”.

<sup>30</sup> MENEZES CORDEIRO, Tratado..., vol. XI, cit., pág. 712: “Os direitos (de gozo) que, ao tempo dos romanos, eram defendidos por *actiones in personam* são hoje pessoais. E a razão porque davam azo a esse tipo de ação é circunstancial: porque advieram dos *bona fidei iudicia*, ao contrário da *rei vindicatio*”.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 712 e seg., sobre a aplicabilidade, aos direitos pessoais de gozo, do essencial do regime dos direitos reais.

<sup>32</sup> ALBERTO VIEIRA, A Posse, cit., pág. 617: “O direito pessoal de gozo fundado no contrato de locação confere ao locatário a possibilidade de invocar a tutela possessória, daí dizer-se que ele é possuidor nos termos do seu direito de locatário e detentor no tocante à posse do locador, exercida nos termos da propriedade”.

<sup>33</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, vol. III, Coimbra, 2.<sup>a</sup> ed. (reimpr.), 2011, págs. 8-9. Sobre a relação de representação, consubstanciada numa posse em nome alheio, e a respeito do direito do arrendatário, afirma-se: “Em nome próprio exerce apenas o direito *obrigacional*

posse do proprietário, ou posse em termos de propriedade, correspondente a uma situação que pode ser explicada, na situação do arrendamento, como um desdobramento da posse.

No Direito brasileiro<sup>34</sup>, o desdobramento da posse tem o mesmo sentido, embora a nomenclatura seja diversa, utilizando-se mais comumente os termos “posse direta”, para designar a situação de controle material sobre a coisa, e “posse indireta”, quando se faz referência à posse do proprietário que não tem o contato direto com a coisa.

Quando há este desdobramento, o regime dos direitos reais de gozo, estabelecido nos artigos 1251.º e seguintes, fica afastado, exurgindo desta disciplina um obstáculo à aquisição por usucapião<sup>35</sup>.

Um dos aspectos reais mais marcantes do direito do arrendatário, como já expusemos, é o controle material exercido sobre o imóvel objeto do contrato, mas que não pode ser equiparado à posse precária exercida nas situações de detenção.

Cabe aqui distinguir a posse civil (*possessio civilis*) da posse interdita (*possessio ad interdictam*): a primeira uma posse plena, característica dos direitos reais de gozo; a segunda uma posse que pode admitir ou não a fruição, mas que permite a utilização das defesas possessórias<sup>36</sup>.

A identificação do gozo do arrendatário com uma posse de natureza interdita faz surgir a necessidade de definir o significado e os contornos jurídicos deste direito real que é a posse, definida pelo artigo 1251.º como um poder correspondente ao exercício do direito de propriedade ou outro direito real.

Nesse passo, não se pode deixar de referir a construção doutrinária que identifica dois elementos na posse, um de natureza objetiva, o *corpus*, e outro de índole subjetiva, o *animus*<sup>37</sup>: o primeiro é definido como poder de fato sobre a

de arrendatário, direito que não se confunde com o direito de propriedade no *corpus*, isto é, na detenção e no uso do prédio”.

<sup>34</sup> Código Civil brasileiro: Artigo 1.196: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”; Artigo 1.197: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO, A Posse..., cit., pág. 86: “A posse interdita é diminuída, por não implicar a usucapião. Mas continua verdadeira posse”.

<sup>36</sup> Cfr. sobre a impossibilidade de equiparação entre detentor e possuidor interdita, *Ibidem*, pág. 86: “A resposta é negativa: as ações possessórias constituem uma parte importante da dogmática da posse, em termos que dispõem de total legitimidade histórica.”

<sup>37</sup> PEREIRA RODRIGUES, Usucapião Constituição Originária de Direitos Através da Posse, Coimbra, 2008, pág. 18.

coisa e o segundo como a vontade ou intenção de ser dono. Ambos os elementos podem ser extraídos do artigo 1253.º.

A precariedade da posse ou a detenção (exercício da posse em nome de outrem) adviria – para os adeptos de uma concepção subjetiva – da falta do elemento subjetivo, ou seja, do *animus domini*.

O possuidor a título precário e o detentor não são possuidores em termos de propriedade, porque embora tenham o poder de fato sobre a coisa não o exercem com intenção de serem donos.

Essa distinção entre *corpus* e *animus* possessório remonta às doutrinas da posse subjetivista de Savigny e da posse objetivista de Jhering<sup>38</sup>: a primeira “fixou um elemento intencional como fator jurídico de distinção entre a posse e a detenção” e a segunda, “atribui tal papel ao Direito”<sup>39</sup>.

Todavia, a diferenciação entre *corpus* e *animus* possessório perdeu muito do seu interesse prático, seja porque, havendo o *corpus* presume-se haver também o *animus* ou porque a defesa possessória foi estendida à detenção<sup>40</sup>.

O código civil português parece ter incorrido em contradição, no ponto em que disciplina a detenção com base em critérios colidentes, de natureza objetiva, na alínea a do artigo 1253.º, e de natureza subjetiva, nas alíneas b e c do mesmo dispositivo.

Assim é que a menção da lei à “intenção de agir como beneficiário do direito” [artigo 1253.º, alínea a)], que representaria o elemento subjetivo, é interpretada por parte da doutrina com um olhar objetivo, no sentido de subentender-se uma “declaração do agente sobre a própria posse”<sup>41</sup>, ou levando-se em conta o comportamento do próprio possuidor.

Isso porque, tendo a lei trilhado um caminho de viés objetivo, como se infere do disposto no artigo 1290.º, não seria razoável fazer depender de uma insondável intenção do agente a definição da natureza do direito<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> MENEZES CORDEIRO, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 3.ª edição, Coimbra, 2000, págs. 23–31.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 30.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 31: “A distinção tem, no entanto, uma relevância dogmática reduzida, uma vez que, perante o *corpus*, há presunção de *animus*, enquanto a defesa possessória é alargada à detenção”.

<sup>41</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, Direitos Civil – Reais, 5.ª ed., Coimbra, 1993, pág. 88: “O art. 1253.º, a), é compatível com uma posição objectivista”. Caso não exista título ou declaração, “que esclareça o significado do exercício, devemos concluir que há posse, porque há *corpus*, sem que seja necessário deslindar o elemento *animus*”.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 87.

A saída apontada pela doutrina seria adotar a “teoria da causa”<sup>43</sup>, de modo a interpretar o elemento subjetivo mencionado no artigo 1253.º, alínea a, como reservado para as situações em que a lei afasta a posse<sup>44</sup>.

Na mesma linha, argumenta-se que o Código Civil preceitua a noção de posse sem fazer referência a qualquer elemento subjetivo (artigo 1251.º) e também não o faz quando disciplina as formas de aquisição da posse (artigo 1263.º)<sup>45</sup>.

Diante desse panorama, é possível afirmar que hodiernamente a doutrina entende que o Código Civil português adotou a teoria objetiva da posse.

O reconhecimento de que no tema da posse a teoria objetiva foi a acolhida pela ordem jurídica portuguesa tem repercussão na interpretação dos atos de oposição, que são aqueles atos capazes de acarretar a inversão do título da posse, como se verá adiante.

### 3. A inversão do título da posse

#### 3.1. *A oposição como requisito da aquisição por usucapião*

Da conjugação das normas dos artigos 1263.º e 1290.º pode-se inferir que um detentor ou possuidor precário ou interdito só poderá adquirir por usucapião o imóvel objeto do contrato de arrendamento se lograr inverter o título da posse.

A lei não estabeleceu o conceito de inversão do título da posse, limitando-se a instituí-la como uma das formas de aquisição da posse [artigo 1263.º, alínea d)] e a estabelecer duas maneiras pelas quais ela pode se manifestar: (a) “oposição do detentor do direito contra aquele em cujo nome possuía” ou (b) ato de terceiro capaz de transferir a posse (artigo 1265.º).

Interessa para o presente estudo examinar apenas a inversão do título da posse por “oposição do detentor”, pois o que está em foco é o comportamento apenas das partes do contrato de arrendamento. O ato de terceiro estranho ao contrato de arrendamento está, portanto, fora do âmbito deste trabalho.

“A inversão do título [da posse] é uma operação pela qual o detentor obtém, *ex novo*, uma situação possessória, com referência à coisa que já detinha”<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> MENEZES CORDEIRO, A Posse, cit., pág.65: “A única saída para ressaltar o *animus* do artigo 1253.º, a), do Código Civil é subscrever, para ele, a teoria da causa”

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 65.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 56: “O estilo e a sistemática são objectivistas”.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág.105.

Esta “operação” tem o efeito de romper o vínculo contratual do arrendamento e equivale a um verdadeiro esbulho possessório<sup>47</sup>, porque o arrendatário tinha a posse apenas nos limites e para os fins de um contrato de arrendamento e passa exercer a posse com intenção de ser dono (*animus domini*), ou seja, passa a exercer a posse “em termos de propriedade”.

Este comportamento do arrendatário corresponde ao que no direito romano se denominava *interversio possessionis*, cujo efeito é o de um desvio, uma subtração ou usurpação<sup>48</sup>.

Reconhece-se aqui uma modificação do *animus* possessório, que dá origem a uma nova posse, tratando-se, por isso, de uma forma de aquisição originária da posse<sup>49</sup>, fundada nos artigos 1263.º, alínea d), e 1265.º.

É importante deixar claro que a inversão do título da posse não tem o significado de uma alteração do título em si (contrato de arrendamento).

O conceito de “inversão do título da posse” do artigo 1265.º não pode ser confundido com o conceito de posse titulada, do artigo 1259.º, pois não está em questão o negócio jurídico que deu origem à posse e sim o *animus* do sujeito<sup>50</sup>.

### 3.2. O incumprimento da obrigação de pagar as rendas e a sua repercussão

Assentadas as coordenadas básicas que envolvem o direito do arrendatário, assim como o requisito qualitativo (modificação do caráter da posse) suscetível de viabilizar, via usucapião, a aquisição do imóvel objeto do contrato, resta perscrutar se o incumprimento da obrigação de pagar as rendas pode representar um ato de oposição do arrendatário, suscetível de satisfazer a exigência do artigo 1265.º.

A doutrina recusa a possibilidade de inversão do título da posse por meio de conduta omissiva do arrendatário. O ato de oposição deve ser direto e inequívoco, de modo a demonstrar claramente a modificação do caráter da posse e o intuito do arrendatário de passar a exercê-la na qualidade de dono da coisa.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 106: “Temos de presenciar uma actuação efectiva contra o possuidor – isto é, sendo esse o caso, a pessoa em nome da qual possuía – de tal modo que, com publicidade, que também aqui deverá ser exigida – seja cognoscível, pelos interessados, a verdadeira posse em nome próprio”.

<sup>48</sup> DURVAL FERREIRA, *Posse e Usucapião*, Coimbra, 2008, pág. 208.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 208.

<sup>50</sup> ORLANDO DE CARVALHO, Ver. L.J., Apud Durval Ferreira, *Posse e Usucapião*, pág. 209.

Portanto, a inversão do título da posse não poderia decorrer de “simples omissões”<sup>51</sup>, na medida em que se reputa imprescindível a “contrariedade do senhorio”<sup>52</sup>.

A oposição deve ser inequívoca e por meio de atos materiais, “praticados na presença ou com o conhecimento daquele a quem se opõem”<sup>53</sup>.

Exemplo de ato material capaz de inverter o título da posse seria, segundo o Prof. Manuel Rodrigues, um arrendatário não permitir a entrada do senhorio no imóvel ou uma declaração de que não mais pagará as rendas, pelo motivo de atribuir-se a qualidade de proprietário.<sup>54</sup>

Exige-se, portanto, muito mais do que uma simples inadimplência do arrendatário, pois este comportamento revela apenas o descumprimento do contrato celebrado com o senhorio; nada diz sobre a intenção ou sobre o propósito de passar a exercer a posse em termos de propriedade.

Isso porque, o senhorio conhece a situação de inadimplência, mas desconhece a eventual mudança no *animus* do arrendatário<sup>55</sup>.

Nem sempre a inadimplência tem como motivo a mudança do *animus* do arrendatário em relação à coisa, ou seja, não há como saber, diante de uma situação de inadimplência, ainda que duradoura, se o arrendatário deixou de efetuar o pagamento das rendas porque agora quer ser proprietário e pretende com este comportamento praticar um ato de esbulho.

Entretanto, se o arrendatário comunicar ao senhorio a intenção de passar a ser possuidor em termos de propriedade ou praticar algum ato inequívoco que permita ao proprietário conhecer a mudança do elemento subjetivo, nesses casos haverá um esbulho e ficará caracterizada a mudança de *animus*, autorizando a aquisição por usucapião.

Discorrendo sobre o sentido do artigo 1253.º, alínea c), o Prof. Oliveira Ascensão recusa, categoricamente, a possibilidade de o não pagamento das rendas configurar um ato de oposição<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 6.ª ed., Coimbra, 2017, págs.127-128.

<sup>52</sup> MENEZES CORDEIRO, *Posse...*, cit., pág. 106: “A oposição aqui em jogo postula o não-acordo do possuidor anterior: de outro modo, não haveria verdadeira oposição”.

<sup>53</sup> MANUEL RODRIGUES, *A Posse. Estudo de Direito Civil Português*, Coimbra, 1996, pág. 233.

<sup>54</sup> *Ibidem*, págs. 233-234.

<sup>55</sup> MENEZES CORDEIRO, *A Posse...*, cit., pág. 65: “O direito não tem maneira de conhecer o que se passa no espírito humano, sendo desejável que assim continue: remeter para um ‘*animus*’ indecifrável é abdicar de dirigir as soluções”.

<sup>56</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, cit., pág. 90: “Portanto, pode o arrendatário, por exemplo, permanecer por mais de 20 anos no prédio arrendado sem pagar renda, que isso não lhe aproveita para fins de usucapião. Não adianta dizer que queria ser proprietário: o seu título é de possuidor em nome alheio, logo a posse é em nome alheio e não pode levar à usucapião”.

Baseia-se, para isto, no elemento objetivo que, no caso, seria o contrato de arrendamento, cujo significado seria o de desqualificar a posse ou de evidenciar que o elemento objetivo – o *corpus* possessório – desvaloriza a atuação do sujeito e impede o reconhecimento de uma posse plena capaz de dar suporte à aquisição por usucapião.

Como já dissemos, o reconhecimento de que o Código Civil consagrou, no tema da posse, a teoria objetiva, fornece-nos o suporte para afirmarmos que a mudança do *animus* não deve ser verificada por meio da tentativa de desvendar o conteúdo psicológico da vontade do arrendatário. Isto seria impossível e fomentaria insegurança jurídica.

Trilhando este mesmo caminho, a jurisprudência não tem admitido a mudança do elemento subjetivo na esfera meramente psicológica do possuidor, exigindo a prática “de atos positivos (materiais ou jurídicos) inequívocos”<sup>57</sup> que demonstrem uma nova atuação do possuidor precário.

Com efeito, a jurisprudência tem perfilhado o entendimento de que a inversão do título da posse deve se dar de modo direto e inequívoco, sendo inviável a sua caracterização por ato de mera tolerância do proprietário.

Nos casos em que, cessado o arrendamento, o arrendatário deixa de devolver o imóvel e continua na posse do bem aproveitando-se da tolerância do proprietário, a usucapião tem sido negada por causa da falta de um ato de expressa oposição, como se verifica em julgados do Supremo Tribunal de Justiça<sup>58</sup>.

Num caso que nos parece dissonante do entendimento majoritário, admitiu-se como ato de inversão o não pagamento das rendas conjugado com a inclusão do imóvel arrendado em partilha, o que foi entendido pela corte como ato revelador da vontade dos herdeiros do arrendatário de serem donos<sup>59</sup>.

É importante destacar que neste último caso houve expressa alegação da parte contrária no sentido de que não havia tomado conhecimento do suposto ato de oposição mencionado pelos herdeiros, mas isso não foi o bastante.

Cabe aqui uma observação crítica.

Embora a jurisprudência se mostre firme quanto a inviabilidade da caracterização de atos de oposição tácitos ou sem a inequívoca publicidade, a ponto de ser conhecida pelo senhorio, no caso que se acaba de referir a simples inclusão do imóvel em partilha dificilmente pode ser considerada um ato concreto e objetivo que equivalha a um ato de oposição.

A demonstrar que as situações concretas que chegam aos tribunais são mais ricas e dinâmicas do que enunciações teóricas estáticas, citamos um caso em que

<sup>57</sup> STJ, 106/06.2TBFCR.C1S1, 7.ª Secção, Rel. Alberto Sobrinho (24/06/2010).

<sup>58</sup> Cfr. a título exemplificativo, STJ, 7761/15.0T8PRT.P1.S1, Rel. Orlando Geraldes (26/04/2018).

<sup>59</sup> STJ 240/03.0TBRMR.S1, 6.ª Secção, Rel. Fonseca Ramos (16/09/2009).

o tribunal afirmou a regra pacífica segundo a qual o ato de oposição deve ser conhecido pelo senhorio, mas admitiu, em julgamento por maioria, a usucapião em favor de herdeiros de um arrendatário falecido apenas com base no não pagamento das rendas e no exercício da posse pública do imóvel<sup>60</sup>.

Em sentido diferente, este sim harmônico com a tendência jurisprudencial de só admitir atos de inequívoca contrariedade, foi admitido como ato de oposição o não pagamento das rendas conjugado com a construção de uma casa e de um portão para impedir a entrada do réu<sup>61</sup>.

Outro caso que merece destaque, por coincidir exatamente com a hipótese em estudo, é um julgado em que, por maioria, não se admitiu como ato de inversão do título da posse o não pagamento das rendas prolongado por mais de 50 anos<sup>62</sup>.

Voltando aos argumentos contrários à viabilidade da inversão do título da posse por ato omissivo do arrendatário (não pagamento de rendas), a doutrina costuma mencionar a sua equiparação ao detentor. Nesta situação o arrendatário estaria a ostentar o título de “possuidor em nome alheio”<sup>63</sup>, o que seria incompatível com a aquisição do imóvel via usucapião.

Quanto ao direito do arrendatário, essa equiparação entre posse precária e detenção deve ser compreendida não em termos de representação, como parece referir parte da doutrina, mas com o significado de exercício de um poder sobre a coisa (controle material) limitado pelas balizas obrigacionais do contrato de arrendamento.

A tal posse em nome alheio, atribuída ao arrendatário a fim de equipará-lo ao detentor, não pode ser confundida com uma relação de representação ou de mandato, porque o arrendatário exerce direito próprio, fundado no contrato celebrado com o senhorio.

Melhor seria, para evitar incompreensões, referir-se ao direito do arrendatário como uma posse precária, em termos de locação e não em termos de propriedade.

O arrendatário exerce direito próprio; não de terceiro. Diversamente do que ocorre com a detenção, não há, no arrendamento, uma relação de representação.

<sup>60</sup> TR Lisboa, 3042/2008-6, Rel. Pereira Rodrigues (09/12/2008); com voto vencido.

<sup>61</sup> TR Lisboa, 663/2002.L1-8, Rel. António Valente, 16/07/2009.

<sup>62</sup> TR Coimbra, Rel. Ferreira Pinto (16/07/1985), com voto vencido; Colectânea de Jurisprudência, Ano X, Tomo 4, págs. 55-58; julgado citado por MENEZES CORDEIRO, *A Posse*, cit., pág. 106, nota n.º 227.

<sup>63</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, 5.ª edição, Coimbra, 1993, págs. 89-90.

Por exemplo, um caseiro que toma conta de uma casa em relação de subordinação com o patrão não exerce direito próprio, porque o contato físico com a coisa se dá em nome alheio.

Diversamente, no arrendamento, o controle material sobre a coisa é exercido com base num direito próprio, oriundo do contrato celebrado com o senhorio, que tem o arrendatário como seu titular.

Estamos de acordo, portanto, com a afirmação de Alberto Vieira, para quem “também o locatário afirma um direito próprio na actuação sobre a coisa”.<sup>64</sup>

Outro entrave à admissão da inadimplência do arrendatário como forma de inversão do título da posse seria a dificuldade de determinar a data da inversão, tal como exige o artigo 1290.º, ao estabelecer que “o tempo necessário para a usucapião só começa a correr desde a inversão do título”.

Esta exigência, de carácter objetivo, também dificulta a aceitação do incumprimento da obrigação de pagamento das rendas como ato de oposição.

Seria muito difícil, para não dizer impossível, definir com precisão, diante de um reiterado e prolongado não pagamento das rendas, qual seria a data da mudança do *animus* possessório e, por conseguinte, o dia do início do prazo para a usucapião.

A doutrina e a jurisprudência, de um modo geral, quando fundamentam a impossibilidade de aquisição por usucapião pelo arrendatário não costumam invocar, pelo menos diretamente, as normas do Código Civil que dizem respeito ao vínculo obrigacional do arrendamento e às formas de cessação do contrato.

Reputamos importante trilhar esse caminho, o que será feito a seguir, no intuito de agregar novos argumentos jurídicos ao tratamento da questão.

#### **4. Análise do tema sob a perspectiva obrigacional**

##### **4.1. *A origem do direito do arrendatário e as obrigações secundárias como entraves à usucapião***

A partir de uma primeira leitura dos dispositivos do Código Civil que tratam da usucapião já se pode inferir, quase de antemão, que o arrendatário não está em posição jurídica compatível com este modo de aquisição originária da propriedade, constatação que poderia retirar o interesse do estudo do tema.

<sup>64</sup> ALBERTO VIEIRA, *A posse*, cit., pág. 617.

Os artigos 1251.º, 1253.º, 1263.º, alíneas *ad*), 1265.º, 1287.º, 1290.º e 1293.º, alínea *b*), interpretados em conjunto, constituem um forte arcabouço normativo contrário à usucapião por parte do arrendatário.

O principal motivo é o de o arrendatário não ser titular de uma posse plena, isto é, de uma posse em termos de propriedade, como decorre da interpretação dos artigos 1251.º, 1253.º, 1263.º e 1290.º, mas apenas de uma posse interdital, como já exposto.

Entretanto, essas normas compõem uma fundamentação jurídica que se pode dizer de natureza real, para vedar a usucapião pelo arrendatário. Este é o conjunto de regras jurídicas comumente invocado em primeiro lugar pela doutrina e também pela jurisprudência para embasar aquela impossibilidade.

É natural que assim seja, considerando que essas disposições da lei tratam do assunto de modo direto.

Por outro lado, embora esta fundamentação baseada nos direitos reais já pareça bastante consistente, podem ser agregados novos argumentos, de índole obrigacional, que não costumam ser tão utilizados quando se trata de embasar a impossibilidade da usucapião pelo arrendatário ou, quando o são, ficam relegados a um segundo plano.

A fundamentação da impossibilidade da usucapião baseada em argumentos obrigacionais pode contribuir para reforçar o regime híbrido ou misto relativo ao direito do arrendatário, historicamente envolvido em controvérsia doutrinária.

O vínculo obrigacional oriundo do contrato de arrendamento é o mais forte e evidente obstáculo à aquisição do imóvel objeto do contrato, pelo arrendatário, via usucapião.

Não poderia ser diferente. A natureza originária ou genética que está na base do direito de gozo exercido pelo arrendatário mantém-se viva enquanto perdurar a fase de execução do contrato, ou seja, enquanto não houver a extinção do vínculo locatício, perdoe-se a tautologia.

A lei estabelece expressa e taxativamente quais são as causas pelas quais a relação jurídica correspondente a um contrato de arrendamento pode se extinguir.

De acordo com o disposto no artigo 1079.º, as formas de cessação do contrato de arrendamento são as seguintes: acordo entre as partes, resolução, caducidade, denúncia ou outras causas previstas na lei.

O incumprimento do dever de pagar as rendas não está entre as causas de extinção do contrato de arrendamento.

Em reforço à mencionada taxatividade, o artigo 1080.º completa o sistema e reforça o vínculo inerente ao contrato, conferindo “natureza imperativa” às

normas sobre a cessação do contrato que não envolvem o consenso entre as partes (resolução, caducidade e denúncia).

Com efeito, diante da taxatividade das hipóteses legais de cessação do contrato e da imperatividade das respectivas regras, não há amparo na ordem jurídica portuguesa para se sustentar que o vínculo obrigacional oriundo do arrendamento possa ser desfeito por inadimplência do arrendatário quanto ao pagamento das rendas.

Daí se retira, sem dificuldade, que enquanto não sobrevier alguma daquelas causas de cessação do arrendamento, o vínculo contratual permanecerá íntegro, produzindo regularmente os seus efeitos, mesmo em estado de eventual incumprimento.

Portanto, o descumprimento da prestação principal por parte do arrendatário, ou seja, o não pagamento das rendas [artigo 1038.º, alínea *a*)], revela-se incapaz de fazer cessar o contrato. Gera apenas a consequência de ensejar ao senhorio a faculdade de resolver o contrato, judicial ou extrajudicialmente, consoante as permissões dos artigos 1047.º, 1048.º e 1083.º, n.º 1.

A demonstração mais contundente, sediada na lei, de que a relação jurídica locatícia se mantém viva mesmo em estado de incumprimento prolongado da prestação principal a cargo do arrendatário, pode ser retirada dos artigos 1054.º, 1056.º e 1096.º.

Esses dispositivos estabelecem a renovação tácita do contrato, bastando, para tanto, o decurso do prazo e a falta de oposição das partes à renovação no tempo e na forma convencionados ou estabelecidos na lei.

Tanto é assim que a renovação do contrato só pode ser obstada por oposição de uma das partes e esta oposição tem de ser comunicada ao outro contratante, consoante expressa exigência dos artigos 1055.º, 1096.º, n.º 3, 1097.º e 1098.º, como não poderia deixar de ser.

Surge aqui um argumento de difícil contestação.

Se a lei admite a renovação automática de um contrato mesmo em situação de incumprimento, fazendo depender da oposição de uma das partes o impedimento à renovação, não vemos razão jurídica para se sustentar a possibilidade de cessação do contrato sem a manifestação de vontade das partes.

Dito de outro modo: se o vínculo obrigacional do contrato de arrendamento se mantém vivo durante o período de descumprimento do dever de pagar as rendas e pode ser até renovado, o arrendatário inadimplente não terá como adquirir a posse em termos de propriedade – ou mudar o *animus* possessório – enquanto não houver uma oposição direta e inequívoca dirigida ao senhorio.

Têm-se aqui uma importante limitação legal – de natureza obrigacional – à aquisição via usucapião, baseada na manutenção do vínculo contratual

mesmo havendo incumprimento prolongado da prestação principal por parte do arrendatário.

Destarte, mostrando-se inviável o rompimento do vínculo jurídico do contrato de arrendamento pelo só fato do incumprimento da prestação principal, é natural que todas as outras prestações, de natureza secundária, também continuem exigíveis.

Sendo assim, destacamos a prestação secundária estipulada no artigo 1038.º, alínea *i*), que determina a restituição do imóvel ao senhorio no final do contrato e consiste numa óbvia consequência da cessação do contrato.

Este dever é uma expressão inequívoca da fonte obrigacional do direito de gozo exercido pelo arrendatário e constitui um impedimento incontornável à aquisição do imóvel por usucapião.

#### 4.2. *A natureza complexa da obrigação*

Uma das grandes vantagens do enquadramento da posição jurídica do arrendatário na moldura dos direitos pessoais de gozo é a possibilidade de aplicação do sistema de direito das obrigações, no qual se destaca a construção dogmática da natureza complexa da obrigação.

Além dos direitos e deveres relativos à prestação principal e à prestação secundária, o vínculo obrigacional é fonte de outros deveres, que segundo o Prof. Menezes Cordeiro visam “acautelar materialmente o vínculo obrigacional”, “proteger as partes, nas suas pessoas e no seu património”, e “proteger terceiros que, com a obrigação, tenham um especial contato”<sup>65</sup>.

Sob esse prisma, a relação obrigacional complexa, ou em sentido amplo, consiste no reconhecimento de um carácter autónomo de deveres acessórios independentes da prestação principal e das prestações secundárias, que seguem um regime legal próprio e diferenciado<sup>66</sup>.

O conteúdo da obrigação em sentido estrito corresponde a um dever de cumprir uma prestação. Todavia, esta realidade não abarca todas as vicissitudes da relação contratual, pois elas não se resumem a um simples dever de prestar<sup>67</sup>.

Além da prestação principal e dos deveres secundários com ou sem prestação autónoma em relação à prestação principal, o contrato como relação

<sup>65</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VI, pág. 498.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 498.

<sup>67</sup> MOTA PINTO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1973, págs. 59-60.

Cf. no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *idem*, pág. 505: “A contraposição entre crédito e débito não abrange toda a complexidade da relação obrigacional”.

obrigacional complexa pode ser integrado por outros tipos de deveres, denominados “deveres de proteção”, “deveres de conduta”, “deveres de diligência” ou “deveres laterais”<sup>68</sup>, cuja função é a de “auxiliar a realização plena de interesses globais”<sup>69</sup>.

Esses deveres desempenham uma função auxiliar e não estão necessariamente orientados para a consecução da prestação principal, pois tem a finalidade de proteger a pessoa ou os bens da contraparte<sup>70</sup>.

Desta noção surge, como consequência, a constatação de que a prestação principal pode ser cumprida e mesmo assim haver a violação do contrato.

Dão-se como exemplo, pela doutrina, os deveres de lealdade, cuidado e consideração pelos interesses da parte contrária, que nascem antes da celebração do contrato e podem perdurar depois da sua extinção<sup>71</sup>.

Nas relações jurídicas duradouras, de que é exemplo a relação jurídica do contrato de arrendamento, esses vínculos secundários podem ter ainda mais relevância.

Deve-se aqui enfrentar uma dificuldade que é a seguinte: a doutrina da relação obrigacional complexa parece ter a sua melhor aplicação aos casos em que não há, necessariamente, o descumprimento da prestação principal, uma vez que quando isto se verifica a parte afetada pelo incumprimento já tem a possibilidade de resolver o contrato sem precisar lançar mão da alegação de descumprimento de um dever autônomo.

Embora não se possa fechar os olhos para este reconhecimento, parece-nos cabível sustentar que uma eventual pretensão de usucapião fundada num ato omissivo de inversão do título da posse – por exemplo o não pagamento das rendas prolongado no tempo –, pode ser interpretada como uma violação positiva que transcende o interesse da prestação principal e até mesmo da prestação secundária de devolução do imóvel [artigo 1038.º, alínea *i*].

A dogmática dos deveres acessórios aplicada desta forma funcionaria como uma cláusula de proteção extra do patrimônio do senhorio. Além do direito à resolução do contrato, decorrente de expressa disposição legal e garantidor da prestação principal, o senhorio ficaria protegido, pelos deveres acessórios, contra qualquer interpretação que autorizasse a inversão do título da posse com fundamento no não pagamento das rendas.

<sup>68</sup> MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1982, págs. 337-338.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 68.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pág. 339: “Caracterizam-se por uma função auxiliar de realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”.

<sup>71</sup> *Idem*, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 63-64.

Se o incumprimento da prestação principal do arrendatário transcende o contrato para atingir o patrimônio do senhorio – esta seria a consequência da usucapião – é natural que a defesa do senhorio também possa ir além de argumentos fundados apenas no descumprimento da prestação principal do arrendatário, para abarcar também a defesa do patrimônio do proprietário contra a violação que a aquisição por usucapião significaria.

Esta forma de aplicação nos parece compatível com a doutrina dos deveres acessórios, voltada não apenas para o cumprimento da prestação principal e da prestação secundária, mas também e sobretudo para defesa do patrimônio do credor/senhorio<sup>72</sup>.

Os deveres acessórios tem fundamento jurídico na lei, diversamente dos deveres de prestar, cuja base jurídica se assenta no negócio, assim como se diferenciam também quanto ao regime jurídico.

Na Alemanha, o fundamento legal dos deveres acessórios se encontra no § 241, n.º 2, do BGB, introduzido pela reforma de 2001/2002<sup>73</sup>, que obriga as partes à consideração pelos interesses uma da outra.

Em Portugal, não há norma legal de conteúdo semelhante, mas a doutrina sedia a teoria dos deveres acessórios no princípio da boa-fé, com base normativa nos artigos 239.º, 334.º e 762.º, n.º 2<sup>74</sup>.

Socorrendo-nos mais uma vez dos ensinamentos do Prof. Menezes Cordeiro, temos a construção dogmática que dispõe os deveres acessórios em três grupos, que compreendem os deveres de informação, de lealdade e de segurança<sup>75</sup>.

Além disso, vislumbra-se um círculo interno e outro externo nos deveres acessórios: no primeiro inscrevem-se os deveres de informação e lealdade ao dever de prestar e no segundo se encontram os deveres relacionados à segurança e à prevenção de danos, estreitamente relacionados à tutela da confiança e à boa-fé<sup>76</sup>.

Diante desse quadro, reputamos viável e coerente com a construção jurídica dos deveres acessórios a sua aplicação ao tema em estudo, uma vez que a vedação para um comportamento tácito do arrendatário que afete o patrimônio

<sup>72</sup> MENEZES CORDEIRO, Tratado..., vol. VI., cit., pág. 511.

<sup>73</sup> Para uma tradução do § 242, n.º2, BGB, Cfr. *Ibidem*, pág. 507: “A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com o seu conteúdo, cada parte à consideração pelos direitos, pelos bens jurídicos e pelos interesses da outra”

<sup>74</sup> *Ibidem* págs. 508 e seg.

No mesmo sentido, Cfr. MOTA PINTO, Direito das obrigações, cit., pág. 60.

<sup>75</sup> MENEZES CORDEIRO, *idem*, pág. 515.

<sup>76</sup> *Ibidem*, págs. 515-517.

do senhorio se mostra compatível com um dever de proteção fundado na natureza complexa da obrigação.

Destarte, a modificação do ânimo subjetivo do arrendatário quanto à natureza do seu direito em relação ao imóvel não pode ser tácita, muito menos se pode pretender que o descumprimento do seu dever mais relevante (pagamento das rendas) tenha efeito equivalente ao de uma informação, que representaria um comportamento de boa-fé.

A relação de confiança recíproca inerente ao contrato visa, portanto, não só o interesse da prestação, mas também o da proteção<sup>77</sup>.

#### 4.3. O princípio da boa-fé

A inversão do título da posse pelo não pagamento das rendas encontra obstáculo, também, no princípio da boa-fé, como já deixamos escapar.

A construção jurídica da obrigação de natureza complexa tem importante assento na ordem de valores do sistema jurídico e no princípio da boa-fé<sup>78</sup>.

Sendo a usucapião uma forma de aquisição originária da propriedade fundada no exercício da posse e no decurso do tempo, não se pode deixar de considerar o instituto da boa-fé, que tem como conteúdo material confiança<sup>79</sup>.

Escapa do âmbito deste trabalho a análise exaustiva de figuras jurídicas baseadas no princípio da boa-fé, como o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio*, mas importa considerar, ainda que brevemente, a repercussão do não exercício de um direito por um dos contratantes na esfera da parte contrária.

No caso do arrendamento, a questão que se coloca é a de saber se a tolerância do senhorio em relação ao não pagamento das rendas pode fazer surgir para o arrendatário a expectativa de que não será mais cobrado e assim contribuir para uma eventual modificação do título da posse.

Inclinamo-nos pela resposta negativa. E o princípio da boa-fé pode ajudar na fundamentação.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág. 503.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pág. 512: “Os deveres acessórios, ainda quando reforcem e substancializem o dever de prestar, dão corpo à dimensão axiológica heterónoma do Direito”(...).

<sup>79</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da Boa fé no Direito Civil*, 7.<sup>a</sup> reimpr., Coimbra, 2017, pág. 1241: “A aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé”. Cfr., ainda, *ibidem*, pág. 1251: “Fica, no entanto, já assente a realidade da confiança como um dos factores materiais da boa-fé”.

Não se cogita de aplicar o *venire contra factum proprium* porque a simples inatividade do senhorio não pode ser equiparada a um *factum proprium*<sup>80</sup>.

Quanto aos outros dois fenômenos, a *supressio* e a *surrectio* – entendidos como duas faces da mesma moeda, nas perspectivas do desaparecimento de uma posição jurídica não exercida ou do surgimento de uma posição em favor da parte contrária – podem prestar a sua contribuição para embasar a resposta negativa.

A *supressio* não tem chance de prosperar para amparar o direito do arrendatário inadimplente que pretenda usucapir, diante da plenitude da regulação do efeito do tempo sobre as relações jurídicas no Direito português<sup>81</sup>.

Em virtude desta regulação exaustiva, o direito do senhorio está submetido às regras de prescrição, seja a pretensão de cobrança das rendas, seja a prescrição aquisitiva (usucapião), de modo que o mero não exercício da pretensão de cobrança não pode dar ensejo à perda da propriedade.

Quanto à usucapião, não estamos cogitando apenas do decurso do tempo, já que a questão se coloca no plano dos requisitos necessários à configuração dos atos de oposição.

No tocante à *surrectio*, não vislumbramos possibilidade de a inércia do senhorio em relação à cobrança das rendas em atraso fazer surgir na esfera jurídica do arrendatário o direito à aquisição do imóvel.

Isso só seria possível se o arrendatário estivesse numa posição tutelável de confiança com base na boa-fé objetiva, no sentido de uma expectativa razoável de que o não pagamento das rendas poderia ter o efeito pretendido, o que não se acredita, e ainda se a posição do arrendatário fosse justificável também do ponto de vista subjetivo, no sentido de “não ter consciência de prejudicar outrem”<sup>82</sup>.

Nos dois aspectos acima apontados reputamos juridicamente insustentável a posição de um arrendatário inadimplente que pretenda usucapir apenas deixando de efetuar o pagamento das rendas, porque ele tem conhecimento das consequências do vínculo contratual e de que a usucapião afetará negativamente o patrimônio da parte contrária.

A tolerância do senhorio quanto ao não pagamento das rendas só tem repercussão na pretensão de cobrança do crédito. Nada diz sobre o vínculo obrigacional do contrato de arrendamento.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 812: “(...) “a pura inatividade não constitui, em termos claros, um *factum proprium*”.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pág. 819: “O direito português codificou a influência do tempo nas relações jurídicas em termos conclusivos; todos os direitos subjetivos estão sujeitos ao tempo, de acordo com regras precisas”.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 824.

A abstenção do exercício de direitos pelo senhorio não basta para autorizar a modificação unilateral, pelo arrendatário, do *animus* do seu direito sobre a coisa, que continuará sendo, enquanto perdurar o arrendamento, o de um possuidor em termos de locação ou, em outras palavras, um possuidor nos termos de um direito pessoal de gozo indissociavelmente ligado à matriz do seu direito, que é o contrato de arrendamento.

O incumprimento do contrato não pode gerar benefício para quem lhe deu causa, mormente um benefício desta magnitude.

A aquisição originária da propriedade gerada por uma situação de descumprimento do contrato seria, além de uma contradição, uma vulneração do conceito ético de boa-fé nas relações jurídicas, na medida em que a violação da principal obrigação contratual e legal do arrendatário lhe traria uma vantagem, em detrimento do outro contratante.

## 5. Conclusão

O enfoque do trabalho se concentra na premissa menor de um silogismo que poderia ser enunciado da forma que se segue. Premissa maior: a aquisição por usucapião tem como requisito indispensável o exercício da posse plena de um imóvel; premissa menor: o arrendatário não tem a posse plena do imóvel, mas apenas uma posse interdita, em termos de locação e nos limites do contrato; conclusão: o arrendatário não pode adquirir, via usucapião, o imóvel objeto do contrato.

Esta redução silogística apenas simplifica as coisas, servindo como ilustração do raciocínio e chama a atenção para a perspectiva escolhida para analisar as repercussões do não pagamento das rendas, notadamente quanto à fundamentação obrigacional, não tão comum, da vedação da usucapião pelo arrendatário.

De tudo o que foi exposto, principalmente no tocante ao enquadramento do problema à luz das diferentes possibilidades de fundamentação da resposta negativa à questão formulada – e não propriamente da resposta em si, esta sim menos problemática e mais evidente – podemos extrair as seguintes conclusões.

O arrendatário é titular de um direito pessoal de gozo de tipo misto, pois embora seja tratado pela lei como credor de uma prestação de proporcionar o gozo, a cargo do senhorio, na verdade esta prestação não existe como prestação principal num contrato de arrendamento, porque o gozo do imóvel é proporcionado por seus próprios atributos.

O elemento subjetivo presente na posse do arrendatário se restringe ao gozo da coisa nos limites do contrato. Inexiste e não poderia existir uma von-

tade ou uma intenção de ser dono (*animus domini*) porque a posse não é exercida em termos de propriedade.

Da conclusão alcançada no parágrafo anterior deriva a impossibilidade de aquisição por usucapião pelo arrendatário, exceto se houver a inversão do título da posse.

A inversão do título da posse exige, além de um ato concreto e inequívoco do arrendatário, que este ato chegue ao conhecimento do senhorio.

O não pagamento das rendas é um comportamento omissivo insuscetível de caracterizar a inversão do título da posse, designadamente porque o vínculo obrigacional do contrato de arrendamento não se desfaz pela inadimplência.

Ao revés, a expressa disposição legal que permite a renovação tácita do contrato é plenamente compatível com a situação de prolongado incumprimento da prestação principal e demonstra que a relação jurídica se mantém viva apesar da inadimplência do arrendatário.

Mais que isso, a renovação do contrato reaviva a relação jurídica e não deixa o arrendatário esquecer da fonte obrigacional do seu direito nem da imperativa necessidade de cumprimento da prestação secundária de restituição do imóvel ao término do contrato.

Indo além, à natureza complexa da relação obrigacional, sustentada pelo princípio da boa-fé, se somam aos argumentos realistas para compor o arcabouço jurídico que veda a aquisição por usucapião em favor do arrendatário.

Os deveres acessórios autônomos, baseados numa compreensão de relação jurídica de natureza complexa, podem ser empregados para a defesa do patrimônio do senhorio, diante do risco representado por uma eventual tentativa de usucapião pelo arrendatário.

O princípio da boa-fé está a indicar que não há confiança tutelável por parte do arrendatário, seja do ponto de vista objetivo ou subjetivo, porque ele conhece o vínculo contratual e o seu significado, além de ter ciência também de que a usucapião prejudicaria o interesse da contraparte.

Como conclusão final objetiva, resulta que o descumprimento da prestação principal do arrendatário (pagamento das rendas) é incapaz de fazer cessar o contrato, de inverter o título da posse e dar ensejo à aquisição do imóvel por usucapião.

# *Cláusulas contratuais gerais abusivas no contrato de locação financeira: entre a autonomia privada e a justiça contratual*

MARIA VITÓRIA GALVAN MOMO\*

**SUMÁRIO:** *Introdução. 1. Contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais: 1.1. Evolução legislativa; 1.2. Problemas inerentes à forma de contratação: 1.2.1. Formação do contrato: liberdade contratual e autonomia privada; 1.2.2. Disparidade do poder contratual e do poder económico; 1.3. Mecanismos de controle: 1.3.1. Deveres de comunicação e informação: a tutela da vontade; 1.3.2. Vedação de cláusulas abusivas: Controle do conteúdo do contrato e tutela do contraente mais fraco. 2. Cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos de locação financeira: 2.1. Breves considerações acerca do contrato de locação financeira; 2.2. Problemas inerentes ao contrato de locação financeira e mecanismos de controle: 2.2.1. Problemas relacionados às cláusulas penais; 2.2.2. Problemas relacionados às cláusulas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade. 3. Análise crítica: a apreciação das cláusulas contratuais gerais abusivas na locação financeira segundo critérios de justiça contratual. Considerações finais.*

**RESUMO:** Consoante a percepção de que as relações contratuais clássicas foram abandonadas pelos modelos standards de contratação, os quais abdicam o período negocial e têm por principais características a pré-disposição, unilateralidade e rigidez, o sistema jurídico evoluiu e regulou mecanismos de proteção das partes que se vinculam nessa nova modalidade de contratação em massa, por meio da apro-

\* Doutoranda em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com estágio de pesquisa na Universitat de València (2018). Advogada.

vação do DL 446/85, de 25 de Outubro. Um dos clássicos exemplos contratuais formulados através de adesão a cláusulas contratuais gerais é o contrato de locação financeira, uma vez que o locador (instituição de crédito) se vale de cláusulas pré-formuladas e indeterminadas para conceder a locação de um bem, móvel ou imóvel, ao locatário. Em face dos visíveis desequilíbrios, para tutelar a formação do contrato e a vontade do locador financeiro, e para assegurar a justiça contratual, a jurisprudência vem firmando o entendimento das cláusulas consideradas abusivas nos contratos de locação financeira. Nessa medida, valendo-se de conceitos básicos do direito civil, v.g. autonomia privada, liberdade contratual e justiça contratual, o presente trabalho busca analisar os desequilíbrios latentes ao contrato de leasing e a solução encontrada pelo legislador, aplicada pelos tribunais, para solucionar os conflitos inerentes a esse modo de contratação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de Adesão; Cláusulas Contratuais Gerais; Contrato de Locação Financeira; Cláusulas Abusivas; Justiça Contratual;

**ABSTRACT:** According to the perception that the classic contractual relations were abandoned by the standard contracting models, which abdicate the negotiation period and have as main characteristics the predisposition, unilaterality and rigidity, the legal system evolved and regulated protection mechanisms of the parties that become bound in this new mode of mass hiring through the approval of the DL 446/85, of 25 October. One of the classic contractual examples formulated through adherence to general contractual clauses is the finance lease agreement, which the lessor (credit institution) uses pre-formulated and undetermined clauses to grant the lease of a movable or immovable property to the lessee. In the face of the visible imbalances, in order to safeguard the formation of the contract and the intention of the financial lessor, and to ensure contractual justice, the case law has been ratifying the understanding of the clauses considered unfair in the financial lease agreements. Therefore, by using the basic concepts of civil law, e.g. private autonomy, contractual freedom and contractual justice, this research aims to analyze the imbalances of the leasing contract and the solution found by the legislator, that is applied by the courts, to solve the conflicts inherent to this mode of hiring.

**KEY WORDS:** Adhesion contract; General Contractual Clauses; Finance Lease Agreement; Abusive clauses; Contractual justice.

## Introdução <sup>1\*\*</sup>

As cláusulas contratuais gerais inseridas em contratos de adesão, formuladas unilateralmente pelo predisponente a uma generalidade de contratos da mesma espécie, ganharam visibilidade no plano internacional a partir do final do século XIX e início do século XX, com a explosão das relações de consumo e do novo modelo econômico pautado no tráfego negocial em massa, que exigia contratações céleres, uniformizadas e sem prolongados períodos de negociação, tornando obsoleto o modelo tradicional de contrato.

Apesar de essencial para a nova realidade do mercado econômico, esse novo modelo de contratação propiciou diversas falhas no seu processo formativo, marcado pelo desequilíbrio contratual e abuso da posição dominante pelo predisponente, que se valia da sua qualidade de estipular unilateralmente as cláusulas para inserir obrigações excessivamente onerosas ao aderente. Em vista disso, o Poder Público, que se abstém de interferir nas relações privadas em prol da autonomia privada e liberdade contratual, se viu obrigado a regular essas situações de desequilíbrio para garantir a válida contratação e tutelar a justiça contratual.

Essa situação jurídica de disparidade de poder contratual acabou por legitimar o controle da razoabilidade e equilíbrio dos termos contratuais, na medida em que se percebeu que a auto-regulação dos interesses acabava por não dar voz a todos os interesses relevantes<sup>2</sup>. Isso porque, em maior ou menor medida, mesmo que o predisponente não haja de má-fé, há uma tendência natural de tentar proteger, de forma muito mais intensa, os seus interesses, “consequência fatal do egoísmo humano”<sup>3</sup>.

O dever de informação e o controle do conteúdo do contrato surgiram como instrumentos de efetivação da validade de contratação ao propor, ainda que não de forma absoluta, o reequilíbrio da posição dos contratantes. Buscava-se, dessa forma, garantir o conhecimento efetivo das cláusulas unilateralmente estipuladas e a tutela do contraente mais fraco. Apesar de, em regra, não

<sup>1 \*\*</sup> Para o presente trabalho adota-se as regras de escrita do novo acordo ortográfico, exceptuando-se as transcrições legais e citações diretas, que respeitaram o texto original. Quanto à norma para formatação, utilizou-se a NP 405. A data limite considerada para a recolha de fontes legislativas e jurisprudenciais foi 30/08/2019.

<sup>2</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma nova dimensão da boa fé, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n.º 42 (2005), p. 09.

<sup>3</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II (1999), p. 390.

ser legítima a interferência do Estado nas relações privadas, percebeu-se a sua imprescindibilidade nos contratos de adesão<sup>4</sup>.

Exemplo clássico de contrato formulado por adesão a cláusulas contratuais gerais é o contrato de locação financeira, o qual é concluído mediante preenchimento pelo locatário de formulários elaborados previamente pelo locador financeiro (no qual constam as “condições gerais” e as “condições particulares”)<sup>5</sup>. Como regra, nos contratos bancários, da bolsa e de seguros, são parte essencial as condições contratuais gerais, as quais “permitem a racionalização da contratação em massa com milhares de pessoas, ganhando tempo e poupando incomodidades aos clientes que desejam ser atendidos depressa e bem”<sup>6</sup>. Assim, apesar de o objeto da locação e outras características serem individuais, as obrigações relativas ao cumprimento e incumprimento do contrato estão dispostas em cláusulas contratuais gerais.

A atividade financeira e as relações estabelecidas pelas instituições financeiras são de interesse geral das pessoas – consumidores e profissionais – posto que o dinheiro é o sangue da economia<sup>7</sup>. Nesse âmbito, ciente da importância dessa modalidade de contratação e em consonância com a ideia de justiça comutativa do professor Carlos Mota Pinto<sup>8</sup>, o presente trabalho busca verificar quais as cláusulas contratuais inseridas na locação financeira são necessárias à caracterização dessa modalidade e possuem caráter equitativo, e quais são consideradas abusivas pelo ordenamento jurídico principalmente por implicarem em desequilíbrio excessivo das prestações. Assim, busca-se identificar de que forma é possível compatibilizar os princípios da justiça com a liberdade contratual e a economia de mercado<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Aqui, em resposta ao questionamento de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil*, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 249, o qual argumenta “é legítimo vender-se a corda ao suicida, mesmo argumentando-se que se o informou do perigo que corria? E, ainda, se porventura foi ele quem tomou a iniciativa e pediu essa corda?”, o legislador criou mecanismos de controle do conteúdo do contrato.

<sup>5</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), pp. 83-84.

<sup>6</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Vol. I (2017), p. 246.

<sup>7</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Vol. I (2017), p. 243.

<sup>8</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica*, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), pp. 128-129 e 147.

<sup>9</sup> Questão levantada por CLAUS-WILHELM CANARIS, *A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>*, In *Contratos: Actualidade e Evolução* (1997), p. 53.

## 1. Contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais

O contrato é um negócio jurídico<sup>10</sup> firmado por partes que atuam em liberdade<sup>11</sup>, isto é, um instrumento que possibilita a autodeterminação dos sujeitos e busca *dar livre expressão à vontade e à personalidade dos intervenientes*<sup>12</sup>. Como consequência, um dos pilares do direito privado é a autonomia privada<sup>13</sup>, que tem sua dimensão mais visível na liberdade contratual<sup>14</sup>.

Por meio da autonomia privada, defende-se que “*l’homme étant libre par essence ne peut s’obliger que par sa propre volonté*”<sup>15</sup>. Consequentemente, através da liberdade contratual<sup>16</sup> as partes se interligam em negociações preliminares íntegras de ponderação dos respectivos interesses, para assumir estipulações com discernimento e liberdade<sup>17</sup>. As partes estão autorizadas a autogerenciar seus interesses, com liberdade para estipular as condições contratuais<sup>18</sup> e escolher o tipo de contrato conveniente à atuação da vontade<sup>19</sup>.

Dessa forma, os sujeitos privados podem decidir sobre o conteúdo da situação jurídica a que ficarão vinculados<sup>20</sup>, criando um acordo comum de vontades. Através desse *processo genético* de criação<sup>21</sup>, conciliam interesses contrapostos e projetam vontades individuais para alcançar um negócio jurídico que

<sup>10</sup> Para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II (1999), p. 82 “Negócio jurídico é uma acção de auto-regulação de interesses com vinculatividade jurídica, que é relevante para o ordenamento através da atribuição de efeitos jurídicos quando possível correspondentes ao objectivo das partes”.

<sup>11</sup> MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations*, Vol. I (2019), p. 185 afirma que «*le contrat est un engagement volontaire, librement souscrit par les parties*».

<sup>12</sup> Nas palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 276.

<sup>13</sup> Por meio da qual os sujeitos particulaes, considerados como iguais na sua vida de convivência, espontaneamente ordenam os seus interesses. Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais* (1990), p. 24.

<sup>14</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 102.

<sup>15</sup> JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil: La Formation du Contrat*, t. 1 (2013), p. 147.

<sup>16</sup> Consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, v.g. artigos 405.º do Código Civil português, 1102 do Code Civil francês após a *Ordonnance* 131-2016.

<sup>17</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* (1990), p. 09.

<sup>18</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 275.

<sup>19</sup> ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 26.

<sup>20</sup> Para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 243: “Na imagem tradicional, o contrato traduz um acordo de vontades, que deriva de uma discussão entre negociadores igualmente livres”.

<sup>21</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações* (1997), p. 64.

satisfaça os seus interesses e lhes traga vantagens econômicas<sup>22</sup>. É imprescindível, para que haja efetiva liberdade, que os contraentes se encontrem em equilíbrio contratual, vale dizer, que tenham mecanismos para efetivar o concreto discernimento a respeito da celebração do contrato para que não haja divergências entre a vontade real e a vontade declarada<sup>23</sup>.

O entendimento clássico de contrato, fruto de um período de negociações e assente na igualdade formal das partes, não representa o direito contratual contemporâneo<sup>24</sup>. Se observa, hodiernamente, a racionalização e especialização da prática jurídico-econômica<sup>25</sup>, com a consolidação do novo modelo de contratação “standard”<sup>26</sup>. Utilizado nos sistemas econômicos de massas<sup>27</sup>, a partir da efetivação das relações de consumo, tem por característica a predisposição unilateral de cláusulas por um dos contraentes, sem prévia negociação ou possibilidade de modificação – em um encontro de oferta e aceitação.

Assim, em busca da contratação célere e eficaz<sup>28</sup> cria-se um modelo de uniformização que atingirá todos os contratos daquela categoria, para que obe-

<sup>22</sup> Não se pode esperar, portanto, nas palavras de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 23, “que todo o jogo contratual seja aberto e ainda menos que seja solidário ou altruísta”.

<sup>23</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* (1990), p. 09.

<sup>24</sup> Expressão utilizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1106 para descrever os contratos formados na vida econômica e empresarial moderna. Sobre essa temática, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação* (2013), p. 167 explica que a contratação em massa surgiu com a revolução industrial e se desenvolveu com a revolução comercial, responsável pela expansão do comércio e dos serviços.

<sup>25</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* (1990), p. 10.

<sup>26</sup> São os contratos baseados na produção em massa, distribuição em cadeia e contratos em série. Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Contratos de Adesão: Uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), pp. 119 e ss.

<sup>27</sup> O modelo econômico criado pelas sociedades de massa era marcado pelo desequilíbrio contratual advindo da relação entre particulares que ocupavam lugares distintos no plano econômico. Nessas relações, JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais* (1990), p. 26 lembra que não raras vezes se encontrava a “imposição prática de normas de conduta lesivas da dignidade do homem” em face do contraente mais débil – econômica ou informativamente.

<sup>28</sup> Posto que esse sistema econômico busca “acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspectos, as vantagens e as adstrições que lhes advêm do tráfico jurídico” – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* (1990), p. 10.

deçam ao mesmo padrão<sup>29</sup>. Para que seja viável a criação de um modelo negocial uniforme, um dos contraentes (predisponente) irá pré-formular unilateralmente todas, ou quase todas, as cláusulas que irão integrar aquela categoria de contrato, oferecendo a um número indeterminado de pessoas. Os clientes acabam por se subordinar a cláusulas fixadas previamente<sup>30</sup> e unilateralmente pela contraparte, aceitando ou rejeitando em bloco o conteúdo pré-disposto.

Por não haver a possibilidade de discussão das cláusulas<sup>31</sup>, essa modalidade é conhecida por contrato de adesão<sup>32</sup>, e as cláusulas pré-dispostas, quando destinadas a um número indeterminado de pessoas, são nomeadas cláusulas contratuais gerais<sup>33</sup>. Como regra, as expressões cláusulas contratuais gerais e contrato de adesão são encaradas como *traduzindo uma única realidade*, apesar de a segunda se referir à *prévia formulação em abstrato das cláusulas contratuais* e a primeira tratar da *formação das relações jurídicas concretas naquelas baseadas*<sup>34</sup>.

O que caracteriza o contrato de adesão<sup>35</sup> é a unilateralidade da estipulação do conteúdo contratual e a impossibilidade de o aderente modificar as cláusulas predispostas<sup>36</sup>, cabendo a ele a aceitação das disposições na íntegra e sem modificação<sup>37</sup>. Enquanto nas cláusulas contratuais gerais, adicionalmente, deve estar presente a generalidade, isto é, a formulação para um número indeterminado de contratos futuros. Os contratos de adesão, assim, podem ser formados individualmente ou mediante recurso à cláusulas contratuais gerais, tornando-se, nesse último caso, contratos *standardizados*, “padronizados ou normalizados, modelos invariáveis que se repetem um número indeterminado de vezes,

<sup>29</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1107.

<sup>30</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 246.

<sup>31</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil* (2018), p. 45.

<sup>32</sup> Note-se as críticas feitas por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I (2012), p. 609 com relação à nomenclatura “contrato de adesão”. Para o doutrinador, é preferível a utilização da expressão contrato por adesão, pois se refere ao modo de celebração do contrato e não o problema do conteúdo do negócio (como, por exemplo, no contrato de compra e venda).

<sup>33</sup> Também conhecidas como condições ou cláusulas negociais gerais, condições gerais dos contratos, condições uniformes de contrato ou predisposição de cláusulas uniformes.

<sup>34</sup> Nas palavras de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 244.

<sup>35</sup> Observe que não é um tipo contratual, mas um modo de formação do contrato. Cfr. GUIDO ALPA, *Corso di Diritto Contrattuale* (2006), p. 32.

<sup>36</sup> Apesar de a rigidez, na concepção de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação* (2013), p. 171, ser apenas uma característica tendencial e não um requisito jurídico essencial.

<sup>37</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 277.

como os múltiplos exemplares que se produzem a partir da mesma chapa ou da mesma matriz”<sup>38</sup>.

Dessa forma, nem todos os contratos em que uma das partes contrata com base no “pegar ou largar” serão contratos formulados por meio de cláusulas contratuais gerais, pois nesse último caso se exige a presença de *condições rigidamente estabelecidas*, formuladas “em abstrato, predispostas para uma série de contratos da mesma natureza”<sup>39</sup>. Mas poderão ser considerados contratos de adesão, categoria ampla que abrange todos os casos de imposição unilateral de cláusulas prefixadas, “mesmo que o tenham sido para modelar o conteúdo de uma única relação”<sup>40</sup> – como ocorre nos contratos individualizados.

Uma das principais vantagens desse sistema é a facilitação de estipulações contratuais gerais que se adequem às atuais demandas do sistema econômico<sup>41</sup> e o dinamismo do tráfico jurídico<sup>42</sup>. O que vigora no capitalismo moderno é a diminuição de contratos individuais<sup>43</sup> e de fases pré-contratuais prolongadas. Nesse âmbito, as cláusulas contratuais gerais se adequam à rapidez de circulação de bens exigida pelo mercado, e facilitam a *racionalização e normalização* da atividade contratual, que passa a ser dirigida *a um número indeterminado de clientes*<sup>44</sup>, aumentando a *fluência e a rapidez da conclusão dos contratos*<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 873. O autor define contrato de adesão em oposição ao documento da Comissão da CEE de 14 de Fevereiro de 1984 que define contrato de adesão como sendo <<aqueles preparados e impressos de antemão, onde só falta incluir o nome e a morada do comprador e os pormenores necessários para definir os bens ou serviços do objecto do contrato>>, redação semelhante ao que alude o artigo 8.º do DL n.º 446/85 e o artigo 1342.º do Código Civil italiano. Sobre isso, cfr. *Ibidem*, pp. 872-923.

<sup>39</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 872.

<sup>40</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões decorrentes da Transposição da Directiva Sobre as Cláusulas Abusivas, in *Direito dos Contratos: Estudos* (2007), p. 187.

<sup>41</sup> Para INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 873: “Operações jurídicas que se repetem até o infinito num tráfico massificado, como consequência da revolução industrial e, ainda mais, da revolução tecnológica, não se compadecem com a lentidão de negociações demoradas e laboriosas”.

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO; MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro* (1990), p. 11.

<sup>43</sup> A respeito dessa distinção, conferir FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes* (1985), p. 17.

<sup>44</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 114.

<sup>45</sup> Nas palavras de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica*, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), p. 120.

Nessa modalidade de contratação não há, em regra, restrição à liberdade de contratar<sup>46</sup>, pois o aderente é livre para rejeitar o contrato<sup>47</sup>. Da mesma forma que a simples formação do contrato por adesão a condições pré-elaboradas não obsta a válida prestação do consentimento, uma vez que a validade da contratação não depende da discussão preliminar<sup>48</sup> das cláusulas. Entretanto, por ser a igualdade entre as partes apenas teórica, e se facilitar, nessa modalidade, a criação de uma situação jurídico-econômica de disparidade, muitos são os casos em que de fato existem restrições à liberdade contratual<sup>49</sup>, nomeadamente por ser o predisponente uma grande empresa em situação de quase monopólio e ser o aderente um particular que se encontra impossibilitado de satisfazer sua necessidade com outro parceiro contratual<sup>50</sup>.

Diante dessa realidade, em busca da efetividade dessa modalidade de contratação, a evolução legislativa teve que se adequar às Diretivas europeias, criando mecanismos de controle nas contratações com consumidores e nos contratos individuais, prevendo disposições impostas a todas as modalidades contratuais (de adesão em contratos singulares ou em contratos formulados por meio de cláusulas contratuais gerais), requisitos essenciais para a conformação da vontade e para a validade do negócio jurídico.

<sup>46</sup> Embora a liberdade contratual, nesses casos, se limite à liberdade formal de celebrar ou não o contrato. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 60, n.º 2 (2000), p. 574. Para o autor, em *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II (1999), p. 389, o contrato de adesão provoca a erosão da autonomia privada em três aspectos: suprime a liberdade de negociação, de estipulação e de criação do aderente, restando apenas a liberdade jurídica de celebração.

<sup>47</sup> Apesar de haver críticas nesse sentido, uma vez que por uma das partes não exercer sua liberdade de determinar o conteúdo do contrato, pode se duvidar que o negócio jurídico seja efetivamente um acordo de vontades. Cfr. ÉRIC SAVAUX, El Nuevo Derecho Francés de Obligaciones y Contratos, in *Anuario de Derecho Civil*, t. 69, n.º 3 (2016), pp. 739-740.

<sup>48</sup> JOANNA SCHMIDT, La Période Précontractuelle en Droit Français, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, a. 42, n.º 2 (1990), p. 545.

<sup>49</sup> Levando-se em consideração a dupla vertente da liberdade contratual, que se materializa, por um lado, pelo desejo de se construir um sistema único de regulação entre entes privados que não suporta qualquer controle vindo de fora, e, por outro, o desejo de confiar o contrato a tarefas de justiça distributiva ou corretiva. Se põe, de um lado, a liberdade de tomar decisões e estabelecer as regras contratuais, ainda que desvantajosas, e, por outro, a liberdade garantida à parte mais fraca de conhecer as obrigações que assumirá para prestar um efetivo consentimento. A esse respeito, cfr. GUIDO ALPA, Party Autonomy and Freedom of Contract today, in *European Business Law Review*, Vol. 21, n.º 2 (2010), p. 120.

<sup>50</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 114.

### 1.1. *Evolução legislativa*

Os contratos de adesão não foram previstos no Código Civil de 1966, ilustrando que o legislador português acompanhou o atraso, tanto da doutrina quanto da jurisprudência portuguesa, com relação à identificação da gravidade dos problemas gerados por esse modo de contratação<sup>51</sup>. A explosão das relações de consumo e da utilização do tráfego negocial em massa e a pressão internacional acabaram por exigir do legislador a positivação de normas relativas às cláusulas gerais dos contratos<sup>52</sup>.

Inspirado no ordenamento alemão (*AGB-Gesetz*<sup>53</sup>, de 9 de Dezembro de 1976), o legislador português regulou a matéria das cláusulas gerais dos contratos no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro<sup>54</sup>. A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, doravante LCCG, surgiu em um contexto de pressão comunitária, em que diversos Estados membros da Comunidade Europeia, em observância das Diretivas da CEE, se viram obrigados a prever disposições de proteção aos consumidores.

O legislador interno se deparou com a necessidade de implementar as medidas previstas pela Diretiva do Conselho de Ministros da CEE n.º 93/13, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com consumidores<sup>55</sup>, já consolidadas em outros Estados<sup>56</sup>. Assim, o Decreto-Lei

<sup>51</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões decorrentes da Transposição da Directiva Sobre as Cláusulas Abusivas, in *Direito dos Contratos: Estudos* (2007), p. 181.

<sup>52</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 60, n.º 2 (2000), p. 575, explica que o Código Civil italiano foi pioneiro na regulação das *condizioni generali di contratto*, do qual seguiu, de modo mais aperfeiçoado, o legislador alemão (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*)

<sup>53</sup> As CCG no ordenamento alemão tinha previsão em lei própria, conhecida pela sigla AGBG (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz*), aprovada em 1976. Com a reforma do BGB de 2002, houve a transposição em bloco do AGBG para o BGB reformado (previstos, agora, no Direito geral das obrigações, nos §§305 a 310 do BGB). Sobre isso, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização do Direito Civil*, Vol. I (2004), pp. 120-122.

<sup>54</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 869.

<sup>55</sup> A Diretiva está inserida em uma global *consumer policy*, que ganhou relevância na Comunidade Europeia a partir da década de setenta. Sobre isso, cfr. ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), pp. 13-14.

<sup>56</sup> Como ocorreu em Alemanha, onde a lei de 19 de julho de 1996 introduziu alterações à *AGB-Gesetz*, consagrando no §24 a norma de proteção aos contratos com consumidores, aplicando-se os §§ 5, 6, 8 e 12 aos contratos de adesão em que fálte o requisito da generalidade. Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1108.

n.º 220/95 procedeu à transposição deficiente da Diretiva 93/14, excluindo as cláusulas abusivas em negócios individualizados, razão que levou o legislador, mais tarde, a implementar a transposição por meio do Decreto-Lei n.º 249/99<sup>57</sup>.

A Lei especial sobre as condições gerais do contrato, de 1985, trata do problema das condições negociais gerais *como um fenómeno global e autónomo*<sup>58</sup>, diferente do que aconteceu com a Diretiva Comunitária que se dirigia a um sistema *especificamente dirigido à tutela do consumidor*<sup>59</sup>. A LCCG se distinguiu da Diretiva em dois relevantes aspectos que a tornavam menos e mais abrangentes: em primeiro lugar, não se estendia a todas as cláusulas pré-formuladas, mas apenas às revestidas da natureza de cláusulas contratuais gerais, e, em segundo, a legislação portuguesa não se restringia às relações de consumo, como faz a Diretiva comunitária.

A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais atualmente engloba em seu âmbito de proteção os chamados contratos individualizados<sup>60</sup>, isto é, aqueles que tiveram cláusulas fixadas unilateralmente por uma das partes, sem *participação modeladora da outra*, mas que forma uma única relação e não se *destina a uma aplicação generalizada*<sup>61</sup> (artigo 1.º, n.º 2 da LCCG, aditado pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho). A alteração trazida pelo legislador em 1999 representou significativo passo em busca da adaptação do ordenamento interno às exigências comunitárias, uma vez que passou a LCCG a observar, além das cláusulas gerais, as cláusulas inseridas em contratos individuais não objeto de negociação prévia<sup>62</sup>.

Dessa forma, apesar da Diretiva de 1993 buscar a harmonização dos regimes nacionais, percebe-se que, na prática, isso não ocorreu<sup>63</sup>. Em primeiro lugar,

<sup>57</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 60, n.º 2 (2000), pp. 577 e ss.

<sup>58</sup> Nas palavras de ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 49.

<sup>59</sup> Para ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), pp. 53-54, “O ponto de partida da lei é o fenómeno em si das condições gerais, com os riscos para a justiça do contrato que estas globalmente implicam, e não propriamente ou exclusivamente o consumidor enquanto contraente débil”.

<sup>60</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 264 afirma que são aqueles elaborados pelo proponente para uma situação singular, cujo conteúdo a contraparte não pode influenciar.

<sup>61</sup> Nas palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Regime dos Contratos de Adesão: Algumas Questões decorrentes da Transposição da Directiva Sobre as Cláusulas Abusivas, in *Direito dos Contratos: Estudos* (2007), p. 187.

<sup>62</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 35.

<sup>63</sup> Reflexões propostas por DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. II (2017), p. 159.

por uns Estados restringirem a aplicação aos contratos com consumidores, v.g. Alemanha<sup>64</sup> e Inglaterra<sup>65</sup>, enquanto outros se propõem a proteger o aderente independentemente da sua qualidade ou estatuto, v.g. Itália<sup>66</sup>, França<sup>67</sup>. Ainda que divergentes, os ordenamentos jurídicos se mostram atentos aos problemas que decorrem da contratação em massa, bem como à necessidade de tutela da vontade e proteção da justiça contratual, elementos essenciais para a eficácia da autonomia privada e validade da contratação.

### 1.2. *Problemas inerentes à forma de contratação*

A existência de um contrato de adesão gera uma relação contratual com particular risco de desequilíbrio em favor do predisponente, o qual tem o poder de fixar unilateralmente o conteúdo do contrato e, com isso, criar uma situação de “fraqueza” e dependência da sua contraparte, a quem é imposto o contrato pré-redigido sem negociação<sup>68</sup>.

Pinto Monteiro<sup>69</sup> explica que os contratos formulados por meio de adesão a cláusulas contratuais gerais implicam riscos acrescidos para o aderente que podem surgir em três planos: no plano da formação do contrato, ou na tutela do consentimento, posto que o aderente pode desconhecer o conteúdo do contrato, não exercendo a prestação de uma vontade livre e esclarecida; no plano do conteúdo ou da justiça contratual, uma vez que a formulação unilateral favorece a inserção de cláusulas abusivas; e no plano processual ou dos modos de reação jurídica, posto que o controle judicial torna-se insuficiente ao depender da iniciativa processual do lesado.

O terceiro plano trata da instituição da ação inibitória, proposta pelo Ministério Público ou por associações de defesa do consumidor – ou outras associações sindicais –, para proteção do aderente sempre que verificada a abusividade de determinadas cláusulas contratuais gerais. A finalidade da ação é impedir que

<sup>64</sup> Em que as regras do § 305 (2) e dos §§ 308 e 309 não se aplicam às relações entre empresas (§ 310 (1)).

<sup>65</sup> O *Consumer Rights Act* de 2015 trata os *Unfair Terms*, na parte 2, às relações de consumo.

<sup>66</sup> Exceto os casos de *clause vessatorie*, que se aplicam apenas aos consumidores, como será visto adiante.

<sup>67</sup> Artigo L21201 do *Code de la Consommation*.

<sup>68</sup> MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations*, Vol. I (2019), p. 286.

<sup>69</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), pp. 1106 e 1110.

as cláusulas consideradas abusivas sejam utilizadas em futuros contratos, exercendo-se um controle preventivo<sup>70</sup>.

Apesar da importância da ação inibitória como mecanismo de controle das situações de desequilíbrio, na presente pesquisa tentaremos expor de forma minuciosa os dois outros planos de riscos elencados, nomeadamente na formação do contrato e no conteúdo do contrato, de forma a identificar os vícios que frequentemente surgem nos contratos de locação financeira e qual o posicionamento dos tribunais portugueses na efetivação da tutela jurisdicional.

Em primeiro lugar, trataremos da discussão acerca dos principais problemas verificados na contratação por meio de adesão a cláusulas contratuais gerais, de forma a viabilizar as discussões que seguem, designadamente no plano das medidas e limites impostos pelo legislador e adotadas pelos tribunais nos casos específicos da locação financeira.

#### 1.2.1. *Formação do contrato: liberdade contratual e autonomia privada*

A legitimação da liberdade contratual, vista como um instrumento de afastamento do poder do Estado sobre as relações particulares, ganha especial relevo quando em análise o livre desenvolvimento das pessoas e do mercado. Isso ocorre, fundamentalmente, por a liberdade contratual supor o reconhecimento do mercado como regulador da atividade econômica<sup>71</sup>. A liberdade contratual é “uma simples afloração do princípio da autonomia privada, autonomia da vontade ou liberdade negocial”<sup>72</sup>, considerada como uma permissão genérica de conduta em que um particular pode estabelecer *os efeitos jurídicos que irão repercutir na sua esfera jurídica*<sup>73</sup>, desde que respeitados determinados limites.

Para Menezes Cordeiro, a autonomia privada conhece uma dupla utilização: em termos amplos “engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico”<sup>74</sup>, e, em termos restritos corresponde

<sup>70</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1117. O legislador português, atento ao ordenamento alemão, também confiou a legitimidade ativa ao poder judicial, e não aos órgãos administrativos.

<sup>71</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 122.

<sup>72</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil* (2018), p. 47.

<sup>73</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 19. Nas palavras do professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I (2012), p. 952: “A autonomia privada corresponde (...) a um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”.

<sup>74</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I (2012), p. 951.

“à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que entenderem”<sup>75</sup>. Assim, os sujeitos podem estabelecer, por meio de “declarações negociais harmonizáveis entre si, uma disciplina jurídica comum com repercussão nas respectivas esferas jurídicas”<sup>76</sup>.

Entretanto, o que se percebe na prática é que nem sempre o contrato representa o resultado de um livre debate e de uma livre estipulação<sup>77</sup>, por existirem determinados desequilíbrios que impedem o exercício livre da vontade negocial. Na perspectiva de Zweigert e Kotz<sup>78</sup>, a liberdade contratual nada mais é que um castelo imaginário, uma utopia, que parte do pressuposto – praticamente inatingível – de que existe igualdade econômica e social das partes em negociação. Para Canaris<sup>79</sup>, utópica é a ideia de liberdade efetiva total de todos os cidadãos, mas a liberdade contratual, enquanto liberdade jurídica, pode ser alcançada.

O direito privado deve ser marcado pela liberdade e igualdade na formação do negócio jurídico. Assim, os contratantes devem atuar com liberdade negocial em um mesmo nível e plano, criando relações jurídicas livres equilibradas, *produto da vontade livre e esclarecida dos respectivos sujeitos contratuais*<sup>80</sup>. A liberdade contratual, nessa medida, exige dos sujeitos jurídicos uma atuação disciplinada de forma que cada parte tenha o direito de efetivamente usufruir da sua liberdade<sup>81</sup>.

Nos contratos de adesão, entretanto, a liberdade contratual do aderente pode ser limitada em duas medidas: primeiro, a liberdade de formulação do conteúdo contratual, que é exclusiva do predisponente, e, em segundo, ante o desconhecimento das cláusulas contratuais, a liberdade de contratação também pode ser mitigada. Isto ocorre porque o aderente pode ser levado a concluir um contrato sem efetivamente conhecer o conteúdo contratual, isto é, os direitos e obrigações a que ficará vinculado, e aqui recebe especial proteção do legislador português, conforme será demonstrado.

<sup>75</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I (2012), p. 951.

<sup>76</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 21.

<sup>77</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 79.

<sup>78</sup> Na obra “Introdução ao Direito Comparado” (1984), p. 10 *apud* CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 53.

<sup>79</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 61.

<sup>80</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 76.

<sup>81</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 24.

### 1.2.2. Disparidade do poder contratual e do poder econômico

A concepção liberal dos direitos fundamentais, que surgiu inicialmente como forma de controle do poder do Estado frente aos particulares, foi estendida ao relacionamento entre particulares, na medida em que, com o novo modelo econômico das sociedades de massa, se reconheceu que os particulares poderiam exercer um poder opressor assimilável ao poder do Estado. Assim, passou-se a defender que as desigualdades entre particulares também seriam capazes de pôr em causa o exercício das liberdades individuais e, por isso, deveriam ser tuteladas pelo Direito<sup>82</sup>. Diante dessa nova concepção, foram consagradas medidas de tutela dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando evidente supressão de direitos da parte contratual mais débil<sup>83</sup>.

Consagrou-se a ideia de que a disparidade de poder contratual e poder econômico afetaria o equilíbrio da relação negocial, prejudicando não apenas a liberdade contratual do contraente mais débil, mas, inclusive, a validade da contratação. O equilíbrio contratual, nos contratos de adesão, independentemente da qualidade do sujeito – consumidor ou empresário – sofre diversas restrições, uma vez que o predisponente, não raras vezes, aproveita-se do poder de dispor unilateralmente as cláusulas contratuais para alcançar “a todo o custo, na formação do contrato, os seus próprios objetivos, sem atender, de forma minimamente razoável, aos legítimos interesses do cliente”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil: La Formation du Contrat*, t. 1 (2013), p. 148. Passou-se a defender que o perigo para os direitos fundamentais não vinha apenas do Estado, “mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior do poder social e econômico, um poder real que se impõe aos indivíduos de várias maneiras e que é capaz de afectar intensamente zonas e aspectos relevantes da sua vida e da sua personalidade” – JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos, Liberdades e Garantias no Âmbito das Relações entre Particulares*, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (2010), p. 245. Surgiram duas correntes doutrinárias: da eficácia direta e da eficácia indireta dos direitos fundamentais. Cfr., sobre as diferenças, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria* (2006), pp. 72–80; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (2016), pp. 28–36 e 53–75. Sobre o desenvolvimento da eficácia civil dos direitos fundamentais, cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), pp. 90–94.

<sup>83</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 91. A tutela dos direitos fundamentais, entretanto, não pode surgir como um instrumento de justificação do incumprimento de obrigações. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I (2012), p. 162.

<sup>84</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 72.

Vislumbrando essa nova realidade, foi concebida a ideia de que não caberia ao Direito assumir uma postura neutra pelo simples fato de não estar autorizado a interferir na esfera privada, em prol da liberdade contratual dos particulares, mas, antes de tudo, deveria assumir uma postura de salvaguarda da dignidade humana, “devendo orientar-se pela prossecução da Justiça (...) e pela eticização das suas normas e princípios, tendo em vista a prossecução de soluções razoáveis, materialmente justas e equilibradas que conduzam – tanto quanto possível – a uma equivalência das prestações”<sup>85</sup>.

A partir desse novo posicionamento, não podem ser admitidas todas as cláusulas contratuais em nome da proteção da autonomia privada, posto ser um direito e, mais, uma premissa máxima do Direito civil que deve conviver com outros interesses legitimamente relevantes. Consequentemente, foram admitidas limitações à liberdade contratual, efetivamente em relação ao controle do conteúdo do contrato, quando necessárias à salvaguarda da própria autonomia privada e da justiça contratual.

### 1.3. *Mecanismos de controle*

O efetivo controle dos três planos de riscos elencados por Pinto Monteiro depende de medidas, limitações, para assegurar a validade da contratação, tanto no âmbito da sua formação, no controle do conteúdo do contrato ou no plano processual. Isto é, que o aderente conheça todas as cláusulas impostas no contrato, que sejam proibidas as cláusulas abusivas que impliquem em excessivas vantagens ao predisponente, e que, além do aderente, outras instituições adquiram legitimidade processual ativa para promover um controle preventivo da abusividade das cláusulas<sup>86</sup>.

A LCCG busca impedir que a liberdade contratual seja utilizada de forma unilateral pelo predisponente para obter vantagens abusivas ou injustificadas, e estabelece, portanto, determinadas regras de controle. Uma das principais regras<sup>87</sup> que norteia todas as atividades econômicas é a boa-fé como um princípio geral<sup>88</sup>, consonância do direito português ao ordenamento alemão.

<sup>85</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 77.

<sup>86</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1110.

<sup>87</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 874.

<sup>88</sup> Prevista no artigo 16.º da LCCG.

A boa-fé, enquanto instrumento de controle, não assume o sentido de regra de conduta<sup>89</sup>, mas de norma universal de controle do conteúdo das cláusulas<sup>90</sup>, o que implica que não basta que a cláusula não colida com uma das proibições dos artigos 18.º e seguintes da lei pra que tenha plena eficácia. Uma cláusula poderá ser considerada nula quando não respeitar o imperativo da boa-fé, isto é, quando implicar em desequilíbrio intolerável em detrimento do destinatário, quando perceptível o exercício abusivo da liberdade contratual.

A boa-fé, nesses termos, é um instrumento imprescindível de tutela do contraente em situação de vulnerabilidade negocial, funcionando como um critério de validade das estipulações que integram o contrato, de forma que o juiz não pode, em face de um conteúdo significativamente oneroso para uma das partes, decidir pela sua execução tal como acordado, sem fazer o controle do conteúdo para saber se houve uma impossibilidade fática de autodeterminação.

Mas devemos ter um especial cuidado com a aplicação dessa proibição genérica da lei, que acaba por deixar ao operador jurídico uma margem de decisão, para que não haja uma limitação abusiva da liberdade contratual. Contudo, essa norma não pode ser entendida como arbítrio, sendo necessário um mínimo de precisão indispensável à sua utilidade nas decisões jurídicas, para que não seja utilizado o imperativo da boa fé como instrumento para legitimar o incumprimento do contrato pela parte que já não está satisfeita na relação contratual.

### 1.3.1. *Deveres de comunicação e informação: a tutela da vontade*

A principal questão que se coloca, na análise das limitações e deveres impostos pelo legislador aos usuários de cláusulas contratuais gerais, é a proteção da vontade da parte aderente e a diminuição das desigualdades no processo formativo do contrato<sup>91</sup>. A vontade, considerada a fonte suprema de todos os efeitos jurídicos, não pode ser equiparada ao consentimento.

Enquanto a vontade é interna, uma decisão subjetiva e psicológica, o consentimento é a exteriorização da vontade<sup>92</sup>. Considera-se que a declaração

<sup>89</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 60, n.º 2 (2000), p. 580.

<sup>90</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, p. 07.

<sup>91</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 247.

<sup>92</sup> MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations*, Vol. I (2019), p. 186.

negocial possui dois elementos: a vontade, que representa o elemento interno, e o consentimento, ou declaração propriamente dita, que é o elemento externo, isto é, o “acto de conformação jurídica e o acto da sua exteriorização (comunicação) social”<sup>93</sup>. Para que haja a efetiva prestação do consentimento, se faz necessário que ele represente a vontade, isto é, que os elementos interno e externo sejam coincidentes<sup>94</sup>.

Nos contratos formulados por adesão a cláusulas gerais, o dever de transparência, que se materializa através do dever de informação<sup>95</sup>, é considerado uma das obrigações mais relevantes do moderno direito contratual<sup>96</sup> e um instrumento eficaz de proteção da parte mais fraca. Para evitar as divergências entre vontade e declaração decorrentes da má interpretação do conteúdo do contrato por ausência de informações relevantes<sup>97</sup>, o legislador previu, como condição necessária para a sua eficácia e validade (artigo 5.º da LCCG), um dever que incumbe o proponente de prestar informações e esclarecimento ao aderente antes da conclusão do contrato acerca de todas as cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda inserir<sup>98</sup>, previamente e de modo adequado. Por meio desse ônus protege-se a correta conformação da vontade ao permitir que o aderente avalie livremente os riscos decorrentes da sua vinculação<sup>99</sup> e exerça de forma consciente e esclarecida a sua autonomia privada.

Defende-se, portanto, que antes da conclusão do negócio o aderente tenha sido informado das cláusulas que integrarão o contrato singular, bem como do seu conteúdo, de forma que, adotando um comportamento diligente, possa ter conhecimento efetivo de todas as obrigações<sup>100</sup>. Caso haja cláusulas que desconhece, estará em erro, posto que a lei equipara ao erro a ignorância<sup>101</sup>. Por meio

<sup>93</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção* (1994), p. 66.

<sup>94</sup> ASSIM, MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations*, Vol. I (2019), p. 186 afirma que «*Certaines règles et conditions de validité du contrat ont cependant pour objet de vérifier, sous peine de nullité, que le consentement manifesté a bien correspondu à la volonté réelle (interne) de chaque contractant*».

<sup>95</sup> Vide artigos 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

<sup>96</sup> SALVATORE PATTI, *Autonomia Contrattuale e Diritto Privato Europeo*, in *Contratto e Impresa*, a. 29, n.º 3 (2013), p. 642.

<sup>97</sup> CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, *L’Obligation de Renseignements dans les Contrats*, in *L’Information en Droit Privé* (1978), p. 311.

<sup>98</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1111.

<sup>99</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 287.

<sup>100</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Elucidários Temas de Direito* (2011), p. 81.

<sup>101</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II (1999), p. 391.

desse dever, objetiva-se proteger o aderente contra a subscrição precipitada, inconsciente ou pouco refletida<sup>102</sup> de cláusulas prejudiciais aos seus interesses<sup>103</sup>.

A comunicação das condições gerais “torna-se pressuposto de inclusão no contrato singular” e deve “tornar possível o real conhecimento das cláusulas pela contraparte”<sup>104</sup>, exercendo, assim, uma função de controle de cláusulas que suscitam reações de surpresa (*Überraschende Klauseln*), protegendo, em último caso, a confiança depositada pelo aderente em um contrato que apresenta conteúdo diverso do real<sup>105</sup>. Para a prossecução da justiça e para a tutela de direitos fundamentais, os quais devem ser observados também pelos particulares nas suas relações privadas, deve-se garantir que as pastes agiram com efetiva liberdade e conhecimento, elementos imprescindíveis para a válida vinculação contratual.

As cláusulas não comunicadas, por força do artigo 8.º, alíneas “a” e “b”, deverão ser excluídas do contrato singular, bem como as cláusulas inseridas em formulários após a assinatura de um dos contraentes (artigo 8.º, d) e as cláusulas que passam despercebidas (artigo 8.º, c). A consequência jurídica (exclusão das cláusulas contratuais gerais), “não significa a destruição prática de todo o projeto negocial”, uma vez que as demais disposições se manterão válidas e eficazes<sup>106</sup>. A nulidade do contrato só será admitida quando, mesmo com a exclusão das cláusulas, o contrato implique em desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé, consoante disposição do artigo 9.º.

Nos contratos bancários, a realidade não poderia ser diferente. Se uma entidade bancária busca celebrar, legitimamente, contratos formulados por meio de adesão a condições formuladas unilateralmente, deve garantir que a contraparte conheça de modo integral, claro e transparente todas as obrigações contratuais, “a fim de a relação contratual ser susceptível de se estabelecer com pleno conhecimento de causa e a indispensável confiança mútua que deve nortear genericamente e funcionalmente”<sup>107</sup>.

Por meio da transparência na fase pré-contratual, é possível atenuar as assimetrias decorrentes de relações naturalmente desequilibradas, promovendo a eficácia de contratos que, sem o dever de informação, poderiam ser afetados

<sup>102</sup> Segundo ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 61, busca-se “pôr à disposição da contraparte os elementos necessários à formação de uma decisão negocial responsável”.

<sup>103</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1113.

<sup>104</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 60.

<sup>105</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1112.

<sup>106</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 63.

<sup>107</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Vol. I (2017), p. 250.

por vícios e invalidades. Consequentemente, a informação age como um regulador do mercado, propiciando escolhas racionais e maximizando “o funcionamento eficaz dos mecanismos de concorrência”<sup>108</sup>.

As entidades financeiras exigem que os consumidores assinem uma declaração na qual afirmam que o banco cumpriu seu dever de informação. Apesar do teor dessa declaração não ser absoluto, é o meio pelo qual a entidade bancária comprova a prestação da informação devida. Isso ocorre porque, em termos processuais, o ônus da prova de que efetuou a adequada comunicação das cláusulas contratuais gerais é do proponente<sup>109</sup>. Nessas situações em que a entidade bancária prova a comunicação das cláusulas por meio da declaração do aderente, haverá a inversão dessa obrigação, devendo, então, o cliente provar que, apesar da declaração assinada, o ônus não foi devidamente cumprido<sup>110</sup>.

Apesar de essenciais, essas medidas não são efetivas e não são garantia de um resultado contratual justo<sup>111</sup>. Na teoria, servem como um desincentivo à utilização de cláusulas abusivas, como um dos meios para se evitar a obtenção arbitrária de vantagens indevidas adquiridas através de formulações vagas e indeterminadas<sup>112</sup>. Entretanto, na prática não protegem o aderente de cláusulas inequitas ou abusivas, uma vez que, ao estar na posição de “pegar ou largar”, terá que se submeter a condições desvantajosas mesmo consciente dos riscos que corre, por não ter uma alternativa real para a aquisição do bem ou serviço. Assim, mesmo que o aderente tenha sido informado, por falta de tempo ou preparação técnica ou por conformismo por saber que pouco lhe adianta, acaba por não ler ou não se interessar em conhecer, efetivamente e com pormenor, as condições do contrato<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade Pré-Contratual: Breves anotações sobre a natureza jurídica e o regime*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II (2009), pp. 753-754.

<sup>109</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Elucidários Temas de Direito* (2011), p. 82.

<sup>110</sup> Salvo os casos, como bem lembra ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Banca e Cláusulas Contratuais Gerais*, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 105, em que documentos extremamente técnicos são assinados por clientes com instrução primária, por exemplo, em que resta claro, na análise da situação *in concreto*, que mesmo assinando a declaração o cliente não tinha habilidades técnicas para efetivamente conhecer – e entender – o seu conteúdo.

<sup>111</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade Pré-Contratual: Breves anotações sobre a natureza jurídica e o regime*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. II (2009), p. 84.

<sup>112</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 393.

<sup>113</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1113.

Necessário firmar, portanto, para além do dever de informação, um dever de observância e proteção dos direitos e interesses alheios. Para assegurar a qualidade da decisão, garante-se o conhecimento do conteúdo do contrato e a avaliação da sua adequação, tendo em vista a necessidade que se destina a atender<sup>114</sup>. Esses institutos não buscam maximizar a qualidade do contrato, “ou seja, o equilíbrio e a razoabilidade dos termos contratuais, mas a qualidade da contratação, isto é, um nível satisfatório de realização dos pressupostos informativos e situacionais de formação esclarecida da vontade negocial”, concretizando a *justiça puramente procedimental*, que nada mais é senão a “justiça que legitima o resultado pela regularidade do processo a ele conducente”<sup>115</sup>.

### 1.3.2. *Vedação de cláusulas abusivas: controle do conteúdo do contrato e tutela do contraente mais fraco*

A partir da verificação que o dever de informação, sozinho, era incapaz de cumprir a função de proteção do aderente face aos desequilíbrios da contratação<sup>116</sup>, o legislador decidiu prever formas de fiscalizar diretamente o conteúdo das cláusulas contratuais gerais<sup>117</sup>, em prol da justiça comutativa<sup>118</sup>. Isso ocorre, fundamentalmente, porque esse modo de contratação propicia à empresa o poder de inserir cláusulas abusivas ou injustas, “sem consideração pelos interesses da contraparte”<sup>119</sup>. Em vista da justiça comutativa, questionava-se: mesmo nos casos em que o utente do serviço leu e compreendeu todas as cláusulas, devem ser aceitas, sem mais, todas as disposições, inclusive as cláusulas abusivas?<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> CLAUDE LUCAS DE LEYSSAC, L'Obligation de Renseignements dans les Contrats, in *L'Information en Droit Privé* (1978), pp. 309-310.

<sup>115</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, A Boa Fé Como Norma de Validade, in *Direito dos Contratos: Estudos* (2007), p. 223.

<sup>116</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 248 afirma que “na verdade, o modelo informativo não protege de modo absoluto o sujeito contra contratos injustos, embora contribua para os prevenir”.

<sup>117</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1114.

<sup>118</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Banca e Cláusulas Contratuais Gerais, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 102.

<sup>119</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Banca e Cláusulas Contratuais Gerais, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 102.

<sup>120</sup> Questionamentos levantados por CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), pp. 128-129.

A resposta do legislador, ao prever o controle do conteúdo das cláusulas, demonstra que o dever de informação, *per se*, não garante o conhecimento efetivo das cláusulas e a proteção da parte considerada mais vulnerável. Percebeu-se que, na maioria das vezes, se está diante de um “aderente passivo e acrítico na contratação estandardizada”<sup>121</sup>, o qual carece tutela específica. A LCCG, nesse sentido, observando que a ideia de contratação naturalmente equilibrada e com reciprocidade de poder não representava o novo modelo econômico das sociedades de massa, criou mecanismos de controle para “impedir um abuso, de tipo institucional, da liberdade contratual”<sup>122</sup>, isto é, para impedir que a liberdade contratual seja utilizada de forma unilateral pelo predisponente para obter vantagens abusivas ou injustificadas. Entende-se, dessa forma, que o objetivo da LCCG não foi apenas tutelar o contraente mais débil, mas garantir *a própria integridade da autonomia privada*<sup>123</sup> através da proteção da vontade livre e esclarecida do aderente.

Nesse modelo contratual, por mais que o predisponente cumpra os deveres de informação que lhe são atribuídos, diversos fatores levam à falta de equilíbrio das prestações. Como regra, o utente do serviço não percebe que está a aderir cláusulas desfavoráveis, ou por fazerem parte de um longo e exaustivo rol de disposições, redigidos em termos técnicos ou impressas em caracteres ineligíveis, ou simplesmente por se tratar de uma relação que geralmente não conta com períodos prolongados de negociação, de modo que o aderente se sente constrangido a não ler para se comportar de acordo com o “consumidor normal”<sup>124</sup>.

O legislador, ciente que o aderente acaba por aceitar as cláusulas abusivas, mesmo quando percebe a abusividade, por ser privado do poder de negociação e ser compelido a simplesmente acatar ou não as disposições impostas, decidiu proteger a validade da contratação impondo limites à liberdade contratual do predisponente, isto é, criando mecanismos de controle das cláusulas abusivas. O que se deve ter em conta é que o controle do conteúdo do contrato visa

<sup>121</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Vol. I (2017), p. 257.

<sup>122</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 54.

<sup>123</sup> ALMENO DE SÁ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas* (2001), p. 54. O autor, p. 55, afirma que: “A função ordenadora da autonomia privada, que completa o seu indissociável momento de autodeterminação, é aqui posta em causa de modo tão reiterado que a ordem jurídica tem de intervir para compensar a detectada ineficiência da garantia de justiça do mecanismo contratual e assim reconduzir a autonomia privada à sua matriz originária, pela desautorização do seu unilateral exercício”.

<sup>124</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica*, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), pp. 121-122.

apenas a proibição o excesso, de forma a atender equilibradamente a interesses empresariais razoáveis sem desproteger, para além do justificado, os interesses dos aderentes<sup>125</sup>.

Assim, baseado – novamente – no modelo alemão<sup>126</sup>, o legislador português previu uma série de cláusulas absolutamente e relativamente proibidas<sup>127</sup>, nos artigos 18.º e seguintes da LCCG. Essas cláusulas não são taxativas, podendo ser considerada abusiva determinada obrigação contratual, ainda que não constante no rol dos artigos 18.º e seguintes, quando seja atentatória à boa-fé (nos termos dos artigos 15.º e 16.º da LCCG).

No direito francês, a reforma operada pela *Ordonnance* 2016-131, seguindo o posicionamento adotado pelo ordenamento português, introduziu no artigo 1171 um mecanismo de exclusão das cláusulas abusivas dos contratos de adesão. Por meio de uma cláusula geral, considera que todas as cláusulas que criam um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações serão consideradas não escritas. Apesar de representar uma novidade na lei, a regra se inspira no artigo L. 132-1 do Código do Consumo, que trata das cláusulas celebradas com consumidores. Por ser uma cláusula geral, vem sofrendo diversas críticas da doutrina, que considera que a medida pode se tornar um meio acrescentado de intervenção do juiz, tornando-se uma grave ameaça para a segurança das convenções e para o atrativo do Direito francês<sup>128</sup>. Além disso, o novo artigo 1119 prevê sobre a conclusão dos contratos com base em cláusulas gerais.

Em Itália, a *clausule vessatorie* está prevista nos artigos 1469-*bis* a 1469-*sexies*, que regulam as relações com consumidores, remetendo aos artigos que regulam as cláusulas gerais, nomeadamente 1342, 1342 e 1370 do *Codice Civile*, independentemente da qualidade do contraente<sup>129</sup>. Assim, mesmo que a parte aja de boa-fé, as cláusulas que impliquem em desequilíbrio dos direitos e obrigações decorrentes do contrato deverão ser excluídas.

O controle do conteúdo das cláusulas abusivas, em Alemanha, é feito pelo critério da boa-fé do §242 do BGB. As questões relativas às cláusulas contra-

<sup>125</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma nova dimensão da boa fé, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n.º 42 (2005), p.15.

<sup>126</sup> Afastando-se desse sistema ao diferenciar as relações entre empresários ou entidades equiparadas das relações com consumidores finais. Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1115.

<sup>127</sup> Ou seja, que são absolutamente e imediatamente proibidas e as que são proibidas apenas após a valoração judicial (relativamente proibidas).

<sup>128</sup> ÉRIC SAVAUX, El Nuevo Derecho Francés de Obligaciones y Contratos, in *Anuario de Derecho Civil*, t. 69, n.º 3 (2016), pp. 731-732.

<sup>129</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. II (2017), p. 156.

tuais gerais tinham regulamento próprio (o já citado *AGB-Gesetz*) até 2002, com a reforma do BGB, quando passaram a integrar o Código Civil, §§ 305 a 310. Atualmente, consideram-se proibidas as cláusulas que originem prejuízo inadequado ou desvantagem irrazoável (*unangemessene Benachteiligung*), consoante § 307 do BGB.

Em Espanha também se admite o controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, que ocorrem em dois momentos: em um primeiro momento, o controle é exercido pela exigência da transparência nas negociações, de forma a possibilitar que o aderente conheça o conteúdo do contrato e, em um segundo momento, é exercido um controle de conteúdo material, dirigido à garantia do equilíbrio das prestações<sup>130</sup>. As cláusulas abusivas são consideradas nulas por força dos artigos 83.1 da LGDCU (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*) e 8 da LCGC (*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*).

Por meio da preocupação com a justiça distributiva, “que reclama que a ordem jurídica confira proteção àqueles que, em virtude da sua situação de inferioridade econômica, de falta de experiência ou de carência de informação, tipicamente não se acham em condições de acautelar de modo eficaz os seus interesses no tráfico contratual”<sup>131</sup>, se possibilita a intervenção e controle judicial do conteúdo das cláusulas contratuais gerais.

## 2. Cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos de locação financeira

### 2.1. Breves considerações acerca do contrato de locação financeira

Os contratos bancários<sup>132</sup>, no qual se enquadra a locação financeira, surgiram na economia contemporânea com a mudança na forma de financiamento pessoal, quando os agentes econômicos deixaram de recorrer às suas próprias finanças (autofinanciamento) ou de terceiros (financiamento direto) e passaram

<sup>130</sup> Cfr. MARTA PÉREZ ESCOLAR, Incorporación al Contrato de Cláusulas no Negociadas, in *Revista de Derecho Civil*, t. LXVIII, n.º 2 (2015), p. 415.

<sup>131</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. II (2017), p. 253.

<sup>132</sup> Entendidos como “os negócios jurídicos destinados à criação, modificação, regulação ou extinção de relações jurídicas entre um banco e um cliente no âmbito da respectiva actividade de intermediação creditícia” – JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Contratos Bancários, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (2011), p. 79.

a confiar em financiamentos indiretos fornecidos por instituições especializadas, conhecidas por intermediários financeiros<sup>133</sup>.

O contrato de locação financeira, vulgarmente conhecido por *leasing*<sup>134</sup>, é uma espécie de arrendamento com características especiais<sup>135</sup> cujas raízes históricas remontam aos Estados Unidos no século XIX<sup>136</sup>, se expandindo para a Europa na segunda metade do século XX<sup>137</sup> e no mercado português a partir da década de 90<sup>138</sup>. Por meio dessa modalidade, uma pessoa física ou jurídica, consumidor ou não, recorre ao banco para adquirir um bem para o qual não

<sup>133</sup> JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Contratos Bancários, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (2011), p. 72.

<sup>134</sup> Cfr. a explicação a respeito da utilização dessa nomenclatura anglosaxônica em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), p. 731. Ainda a respeito da utilização “*leasing*” RUI PINTO DUARTE, Aspectos Contratuais do Aluguer, da Locação Financeira e de Outros Contratos Afins à Face da Lei Portuguesa, in *Fisco*, a. 5, n.º 51/52 (1993), p. 65 adverte que “a noção de *leasing* que a prática dos negócios e a literatura estrangeira adotam não coincide com a definição de locação financeira que a lei portuguesa dá” posto que a figura que a lei portuguesa regula como locação financeira não abarca tudo quanto cabe no nome *leasing*. No mesmo sentido, SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO; MARGARIDA MENDES CALIXTO, *Contratos Financeiros* (1995), p. 25 explicam que locação financeira e *leasing* são duas figuras distintas, na medida em que não existe no modelo anglo-saxónico a opção de compra findo o contrato. No direito francês as figuras também não são equivalentes, cfr. DANIELE CRÉMIEUX-ISRAEL, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers* (1975), p. 07.

<sup>135</sup> SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO; MARGARIDA MENDES CALIXTO, *Contratos Financeiros* (1995), p. 17.

<sup>136</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, Locação Financeira (*Leasing*) e Locação, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 62, Vol. III (2002), p. 762 afirma que essa modalidade surgiu nos Estados Unidos como um instrumento financeiro.

<sup>137</sup> Primeiro em França, em 1966 com *Loi 66-455* de 2 de julho de 1966, que apesar de sofrer diversas mudanças com novas disposições legais, nomeadamente em 1972, 1978, e 1979. A *Location avec option d'achat (LOA) ou Leasing, Location avec promesse de vente ou crédit-bail* atualmente encontra-se presente no *Code de la Consommation (Loi 93-949*, de Julho de 1993). Cfr. DANIELE CRÉMIEUX-ISRAEL, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers* (1975), pp. 07-08. Em Alemanha, após a reforma do BGB de 2002, ao contrato de locação financeira (*Finanzierungsleasingvertrag*) se aplicam as disposições do contrato de empréstimo, consoante §§ 488 e seguintes, apesar de não se tratar de um empréstimo, nos termos dos §§ 499 e 500 BGB. A relação de arrendamento financeiro entre empresário e consumidor, regulada pelo § 500, é regida também pelas normas dos §§ 492, 495, 496, 497 e 498 BGB. Em Itália não possuía disciplina orgânica, sendo considerado um contrato atípico, disciplinado pelas regras do artigo 1523.º do *Codice Civile* o qual previa a figura da venda com reserva de propriedade. Com a *Legge 124-2017*, de 4 de Agosto, foi finalmente instituído o regime do *Leasing finanziario*.

<sup>138</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), pp. 730-732. Apesar de previsto, em Portugal, ainda em 1979, pelo Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, sobre o regime jurídico da locação financeira. Atualmente tem nova regulamentação, instituída pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho (alterado pelo DL 265/97, de 2 de Outubro, pelo DL 285/2001, de 3 de Novembro e pelo DL 30/2008, de 25 de Fevereiro). Já no Brasil, o *leasing* financeiro, também conhecido por arrendamento mercantil, foi regulado em 1974, pela lei 6.099.

tem disponibilidades imediatas<sup>139</sup>. A instituição financeira irá adquirir o bem de um fornecedor (terceiro), e após deter o direito de propriedade irá conceder temporariamente o gozo do bem, móvel ou imóvel, ao locatário, o qual fica responsável pela guarda e manutenção da coisa<sup>140</sup>, sem a necessidade ou obrigatoriedade de a adquirir findo o contrato<sup>141</sup>.

O contrato de *leasing* no Direito português pressupõe, assim, seguindo o modelo francês<sup>142</sup>, a existência de três figuras contratuais<sup>143</sup>: o fornecedor, o locador financeiro, e o locatário financeiro<sup>144</sup>. O fornecedor é a parte que irá vender o bem ao futuro locador financeiro, uma instituição de crédito ou sociedade financeira que irá adquirir esse bem para, posteriormente, dar em locação ao locatário financeiro (consumidor)<sup>145</sup>. Nessa modalidade, o locador concede ao locatário o gozo temporário de uma coisa corpórea mediante retribuição (amortização do preço + juros) e este, no final, poderá adquirir o bem a um preço residual<sup>146</sup>, celebrar um novo contrato ou aceitar o fim da relação contratual sem renovação ou aquisição do bem<sup>147</sup>.

Para que se efetive a operação econômica existem dois contratos<sup>148</sup>: o primeiro, que é o contrato de locação financeira propriamente dito, e o segundo, geralmente de compra e venda ou de empreitada entre o fornecedor e o futuro locador financeiro. Como regra, o locatário escolhe livremente o bem que precisa e inicia as negociações com o fornecedor para definir as características do

<sup>139</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), p. 730.

<sup>140</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI (2018), p. 585.

<sup>141</sup> Caso houvesse uma cláusula de transferência automática da propriedade findo o contrato, se estaria perante um contrato inominado ou misto, ou perante um contrato de locação-compra. Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Locação Financeira (Leasing) e Locação*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 62, Vol. III (2002), p. 764.

<sup>142</sup> DANIELE CRÉMIEUX-ISRAEL, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers* (1975), p. 39.

<sup>143</sup> Exceto nos casos de *sale and lease-back leasing*, ressalvadas as críticas doutrinárias quanto à admissibilidade dessa modalidade contratual, em que a figura do fornecedor e do locatário se confundem na mesma pessoa, vez que o locatário vende o seu bem ao locador e, imediatamente depois, o toma em locação financeira. Sobre isso, cfr. RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Da Locação Financeira em Geral. Da Resolução do Contrato de Locação Financeira em Especial* (2011), p. 336.

<sup>144</sup> Existem casos em que a relação é bilateral: o primeiro, quando “é o próprio interessado que aliena o bem ao fornecedor e o recebe de volta a título de leasing (*lease-back*) ou quando não há financiador (*leasing* operacional)” – ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 571.

<sup>145</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI (2018), p. 585.

<sup>146</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI (2018), p. 585.. A opção de compra é considerada uma das principais características do contrato de locação financeira.

<sup>147</sup> Essas três possibilidades, além da Lei portuguesa, também estão previstas no ordenamento francês e brasileiro.

<sup>148</sup> FEDERICO ARNAU MOYA, *El Contrato de Leasing en el Derecho Español*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 59 (2004), p. 308.

bem, o preço de aquisição, a data de entrega, os prazos e modalidades e garantia, as condições da prestação de assistência e todos os pormenores acerca da entrega do bem<sup>149</sup>. Após as negociações com o fornecedor, o futuro locatário busca uma instituição bancária disposta a conceder o financiamento e faz uma “proposta de financiamento”<sup>150</sup>.

A instituição de crédito não está obrigada à aceitação da proposta de financiamento emitida pelo locatário, e pode recusar a proposta, aceitar a proposta ou aceitar a proposta mediante outras garantias, iniciando um período negocial. Após a aceitação da proposta, a entidade financeira dispõe formulários previamente estipulados, os quais incluem as condições particulares do contrato (a serem preenchidas pelo eventual locatário) e as condições gerais, cláusulas destinadas com generalidade a todos os contratos de locação financeira firmados por aquela instituição. Embora seja possível haver eventuais negociações acerca de alguns aspectos do contrato, como regra, é possível encontrar nos contratos de locação financeira todas as características de um contrato de adesão: pré-disposição, unilateralidade, rigidez, generalidade e indeterminação<sup>151</sup>.

A principal diferença dessa modalidade para a locação ou arrendamento tradicional é a transferência dos riscos e obrigações quanto o objeto locado ao arrendatário, que assume todas as obrigações e se responsabiliza perante os danos eventualmente sofridos. A natureza jurídica dessa modalidade não encontra resposta idêntica na doutrina. Para os defensores da teoria do contrato de locação, o contrato de locação financeira tem como essencialidade a concessão do gozo temporário de uma coisa mediante remuneração<sup>152</sup>. Há, ainda,

<sup>149</sup> RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Da Locação Financeira em Geral. Da Resolução do Contrato de Locação Financeira em Especial* (2011), p. 329.

<sup>150</sup> Na qual indica o potencial locatário financeiro, o fornecedor, o objeto a ser dado e locação, as condições de financiamento pretendidos e outras informações (relativas ao patrimônio e rendimentos mensais do futuro locatário e eventuais garantes. Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 84.

<sup>151</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (2001), p. 1107.

<sup>152</sup> Cfr. ANTONIO CABANILLA SÁNCHEZ, *El Leasing Financiero y la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3 (1980), p. 759 e ss e DANIELE CRÉMIEUX-ISRAEL, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers* (1975), p. 14. Cfr. RUI PINTO DUARTE, *15 Anos de Leis sobre “Leasing”*: Balanços e perspectivas, in *Fisco*, a. 6, n.º 63/64 (1994), p. 10, para quem se trata de um subtipo do contrato de locação (que se enquadra na modalidade contrato de locação com opção de compra). Em sentido contrário, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), pp. 320-321 afirma que a concessão do gozo da coisa na locação financeira é diferente do dever de proporcionar o gozo da locação, além de que as rendas pagas (prestações fracionadas) pelo locatário financeiro não tem o alcance de retribuir o mero gozo, como ocorre da locação tradicional. Por isso, o autor considera impossível classificar a locação financeira como um contrato de locação. Sobre a

quem defenda ser a locação financeira um negócio *sui generis* entre a locação e a venda a prestação com reserva de propriedade<sup>153</sup>, ou um contrato misto entre locação e compra e venda<sup>154</sup>. Também se defende, em vista do financiamento, a natureza creditícia, englobando como um contrato de crédito *sui generis*<sup>155</sup>.

renda, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O Contrato de Locação Financeira ente a Origem Civilística e a Comercialidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 4, n.º 9 (2000), p. 198 explica que no *leasing* a renda é apurada independente do gozo, “pois é basicamente estabelecida em função da amortização do preço do bem pago no início pelo financiador e não tem qualquer relação jurídica ou econômica directa com as vantagens propiciadas pelo gozo”. Em consonância, cfr. Acórdão do STJ de 03-02-04 (R. 3984/03). A crítica também se constrói no sentido de, na locação financeira, serem fixados prazos mínimos obrigatórios, o que não sucede na locação (ver artigo 8.º)

<sup>153</sup> Essa teoria encontra maior apoio na doutrina italiana, que o considera um contrato misto ou um contrato de venda a prestação com reserva de propriedade. Na primeira linha, cfr. GIORGIO DE NOVA, *Il Contratto di Leasing, Con sentenze ed altri material* (1995), p. 17-21. A crítica que se estabelece ao seu enquadramento como contrato de venda a prestação com reserva de propriedade está no fato de o concedente do leasing, findo o contrato, não se obrigar a “transferir a propriedade dos bens entregues ao tomador, como sucede na venda com o referido pacto; tal obrigação nasce do exercício, por este, da faculdade de opção que lhe é reservada no contrato” – ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 574.

<sup>154</sup> Nesse sentido, cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Locação Financeira e Garantia Bancária*, in *Estudos de Direito Comercial: pareceres* (1996), p. 29; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira* (2012), pp. 21-22 explica que o contrato de compra e venda é um contrato de transmissão da propriedade em que se transmite uso do bem – e sua própria substância, enquanto o contrato de locação é um contrato-tipo de cedência do uso em que, apesar de se transmitir o uso do bem, se transfere apenas algumas utilidades.; ISABEL MENÉRES CAMPOS, Breve Apontamento acerca do Contrato de Locação Financeira de bens Móveis não sujeitos a Registro: Oponibilidade a terceiros do direito da locadora, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. António Castanheira Neves*, Vol. II (2008), p. 111; SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO, *O Contrato de Locação Financeira* (2004), p. 30. A essencial diferença entre as duas modalidades consiste no fato de, ao final do contrato, o locatário poder decidir pela aquisição ou não do bem – mediante pagamento do valor residual – não sendo, portando, findo o contrato, automaticamente o proprietário da coisa. Cfr. AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, Breve Enquadramento do Contrato de Locação Financeira, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 2, n.º 6 (1998), p. 56. A respeito da opção de compra, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O Contrato de Locação Financeira ente a Origem Civilística e a Comercialidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 4, n.º 9 (2000), p. 197 afirma que se trata de uma promessa unilateral de venda, na qual “o locador está vinculado a vender, embora ainda tenha que, expressa ou tacitamente, emitir a sua declaração negocial (...) por seu lado, o locatário não assume qualquer vínculo, podendo optar por adquirir ou não”.

<sup>155</sup> Nesse sentido, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Contratos Bancários, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (2011), p. 112; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), pp. 328-332; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O Contrato de Locação Financeira ente a Origem Civilística e a Comercialidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 4, n.º 9 (2000), p. 199; PH. KARELLE, Le Leasing Immobilier, in *Actualités du Droit*, n.º 4 (1996), p. 760; AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, Breve Enquadramento do Contrato de Locação Financeira, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 2, n.º 6 (1998), pp. 45 e 53, nesta última, o autor afirma que diferente do financiamento tradicional, em que há

Para Menezes Cordeiro, locação financeira é “a fórmula destinada a proporcionar crédito bancário”<sup>156</sup> que traz diversas vantagens econômicas às partes na relação contratual<sup>157</sup>. Dessa forma, ainda que se materialize por meio do sistema da locação, é essencialmente um negócio de crédito<sup>158</sup>.

A locação financeira possui algumas características essenciais<sup>159</sup>: é um contrato comercial que constitui um financiamento; poderá incidir sobre bens móveis e imóveis; o locador, que manterá a propriedade do bem, possui a obrigação de entregar um imóvel ou equipamento ao locatário, que terá como contrapartida a obrigação de pagar uma renda; o locatário é responsável pela manutenção e conservação da coisa locada; ao final do contrato, o locatário poderá optar pela aquisição do bem mediante o pagamento de um valor residual.

Apesar de possuir um custo mais elevado se comparado a outras modalidades de crédito, a locação financeira ganhou grande adesão no mercado econômico por propiciar ao locatário, principalmente o empresário, a aquisição ou renovação da maquinaria do seu estabelecimento industrial sem todos os gastos exorbitantes para comprá-la<sup>160</sup>. Para o fornecedor existe a vantagem de escoar bens a uma instituição financeira sem grandes complicações e, para o locador, a vantagem de permanecer proprietário do bem locado durante a vigência do contrato, sem assumir os riscos inerentes à utilização do bem, ou seja, recebe uma “garantia superior àquelas que usufrui por regra nas demais operações creditícias ativas”<sup>161</sup>. Ainda que haja diversas vantagens, determinadas características essenciais e, principalmente, a forma de contratação (contrato de adesão), acabam por trazer ao *leasing* alguns problemas de ordem prática que merecem atenção do operador jurídico.

disponibilização em quantia de dinheiro, no *financial leasing* existe a aquisição direta do bem para a concessão do gozo. Na jurisprudência, cfr. Acórdão da Relação de Coimbra de 20-05-2014 (P. 1246/11).

<sup>156</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), p. 732.

<sup>157</sup> O locatário, por exemplo, acede de imediato ao gozo da coisa sem despendere um alto valor e, por esse motivo, é utilizada por muitas empresas que buscam a renovação tecnológica a baixo custo sem a imobilização de capitais. Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 25. Já o locador financeiro assume o papel de adquirir o bem e ceder a sua fruição, não assumindo qualquer obrigação relativa ao gozo do bem locado. Cfr. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O Contrato de Locação Financeira ente a Origem Civilística e a Comercialidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 4, n.º 9 (2000), p. 193.

<sup>158</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), p. 739.

<sup>159</sup> SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO; MARGARIDA MENDES CALIXTO, *Contratos Financeiros* (1995), pp. 17-18.

<sup>160</sup> ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 571.

<sup>161</sup> JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Contratos Bancários, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (2011), p. 113.

## 2.2. *Problemas inerentes ao contrato de locação financeira e mecanismos de controle*

O contrato de locação financeira, apesar de inicialmente ser enquadrado como uma modalidade da locação, apresenta significativas diferenças com a locação clássica, o que leva a doutrina, como vimos, a divergir acerca da sua natureza jurídica. Na locação financeira, tanto a relação tripartite do contrato (fornecedor, locador e locatário), quanto as suas características, nomeadamente as obrigações necessárias para que se viabilize os fins a que se destina, levam o locador a adotar cláusulas específicas para proteção da relação jurídica, diferentes das obrigações previstas na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e das próprias da locação clássica.

A contratação por meio de adesão a cláusulas contratuais gerais apresenta vantagens significativas ao possibilitar a “celeridade, eficácia e uniformização dos contratos” e, principalmente por facilitar a “adaptação do contrato às necessidades da empresa”, tornando-se muito utilizada nos contratos bancários<sup>162</sup>. Como regra, os contratos de locação financeira são formados por meio de adesão a cláusulas contratuais gerais redigidas pela instituição de crédito.

Um dos primeiros diplomas a regular o contrato de locação financeira, que veio após o Decreto-Lei n.º 135/79, de 18 de maio, foi o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de junho. Nesse dispositivo (artigo 4.º, n.º 2) havia a previsão de os locadores financeiros submeterem todas as cláusulas contratuais gerais à prévia aprovação do Banco de Portugal, obrigação revogada pelo Decreto-Lei n.º 168/89, de 24 de maio<sup>163</sup>.

Mesmo frente a um contrato entre duas pessoas jurídicas, o locador financeiro será sempre uma instituição de crédito, o que faz presumir que possui maior poder econômico que o locatário financeiro. O cuidado que se deve ter, quando analisado o contrato de *leasing*, é a formação do contrato, uma vez que são contratos pré-elaborados que buscam a contratação em massa e se valem de cláusulas contratuais gerais<sup>164</sup>. Embora haja aplicação direta da LCCG à locação financeira, determinadas limitações impostas pela lei não são aplicadas na locação financeira (exemplo disso, temos cláusulas abusivas para a LCCG que são consideradas válidas no *leasing*).

<sup>162</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Banca e Cláusulas Contratuais Gerais, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 102.

<sup>163</sup> Para maior desenvolvimento, cfr. RUI PINTO DUARTE, Locação Financeira: Algumas Questões, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 246.

<sup>164</sup> RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Da Locação Financeira em Geral. Da Resolução do Contrato de Locação Financeira em Especial* (2011), p. 339.

Pelas desvantagens que o sistema oferece ao locador, nomeadamente por ser uma entidade bancária que acaba por ficar sem proveito do bem locado quando há incumprimento do locatário<sup>165</sup>, como regra a instituição de crédito tende a predispor cláusulas contratuais gerais nas quais se rodeia de garantias pesadas e cláusulas penais de grande extensão<sup>166</sup>. A jurisprudência age no sentido oposto, atenuando a superproteção contratualmente estipulada à entidade de crédito<sup>167</sup>.

Antes de adentrar nas especificidades do contrato, vale ressaltar que, como regra, uma cláusula não pode ser considerada nula apenas por trazer um prejuízo grave a uma das partes, uma vez que, pela autonomia privada, compete a cada parte zelar pela defesa dos seus interesses<sup>168</sup>. O desequilíbrio gerado pela abusividade de uma cláusula, em prejuízo de uma das partes, *não gera, por si, invalidade dessa cláusula nem do contrato no seu todo*<sup>169</sup>. O artigo 3.º da Diretiva do Conselho de Ministros da CEE n.º 13/93, de 5 de Abril, que dispõe sobre as cláusulas abusivas, define-as como aquelas que contrariam as exigências da boa-fé, e que, por não terem sido objeto de negociação individual, acabam por gerar um desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes<sup>170</sup>.

O controle da abusividade das cláusulas, vale dizer, das disposições excessivamente onerosas a um dos contraentes em benefício do outro, não é matéria exclusiva das cláusulas contratuais gerais – apesar de mais recorrente nesses sistemas, nos quais a unilateralidade propicia a inclusão de cláusulas gravosas. No próprio Código Civil, em disciplina dos negócios usuários, se admite a anulação do contrato que preveja a uma das partes ou a um terceiro benefícios excessivos ou injustificados desde que a concessão resultar de *exploração da situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter da parte lesada*, vide artigo 282.º.

<sup>165</sup> Sobre isso, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), pp. 733 e 740 explica que a instituição de crédito não pode dar ao bem locado um destino produtivo ou útil, restando, aquando do fim do contrato (seja por caducidade ou por resolução) a colocação do bem no mercado – lembrando tratar-se de um bem usado e, em regra, em mau estado de conservação.

<sup>166</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), p. 740.

<sup>167</sup> A respeito de cláusulas consideradas nulas, cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 12-09-13 (P. 2483/10).

<sup>168</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* (1999), p. 287.

<sup>169</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), p. 875.

<sup>170</sup> INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas, in *O Direito*, a. 150, Vol. 4 (2018), pp. 874-875 explica que o artigo 3.º da Diretiva não é aplicável apenas aos contratos *standardizados*, isto é, redigidos previamente para uma utilização generalizada, pois o artigo apenas menciona, nos seus n.º 1 e 2, que as regras são aplicáveis às cláusulas que não foram objeto de negociação individual e que foram redigidas previamente.

Via de regra, as cláusulas contratuais gerais, utilizadas pelos operadores de mercado que buscam agilidade e rapidez na contratação em massa, facilitam a inclusão de cláusulas abusivas e, por esse motivo, o regime acaba por suscitar maiores discussões acerca do controle do conteúdo das cláusulas. Para conseguir o financiamento, o locatário financeiro se vê obrigado a aceitar as cláusulas pre-dispostas, se sujeitando a evidentes desvantagens negociais<sup>171</sup>. O ordenamento jurídico, como forma de minimizar os danos ao locatário financeiro, admite a sujeição dos contratos de *leasing* às regras estipuladas pela Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

Por surgir em meio a uma situação *per si* desequilibrada, a tendência atual é o combate às cláusulas contratuais gerais injustas e desleais por meio de um reforço da fiscalização judicial<sup>172</sup>. Assim, baseado no modelo alemão, o legislador português previu na LCCG, como já mencionado, normas de proibição minuciosamente regulamentadas<sup>173</sup>. Vale analisar, a partir de agora, de que forma se relaciona o regime das CCG com o regime dos contratos de locação financeira, nomeadamente quanto às cláusulas proibidas.

Na presente análise limitar-nos-emos à análise das cláusulas de responsabilidade e garantia, posto que se consagram como *parte nuclear do regime estandarizado dos contratos uniformes*<sup>174</sup> e recebem tratamento diferenciado na locação financeira.

### 2.2.1. *Problemas relacionados às cláusulas penais*

Por cláusula penal entende-se a estipulação convencionada antecipadamente pelas partes em que uma se obriga a uma prestação indenizatória, normalmente pecuniária, em caso de não cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação<sup>175</sup>. Por meio dela, o credor recebe uma expectativa segura de que será reparado em caso de incumprimento imputável ao devedor, “pondo-o ao abrigo das dificuldades e incertezas ligadas à prova do dano e ao apuramento

<sup>171</sup> RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Da Locação Financeira em Geral. Da Resolução do Contrato de Locação Financeira em Especial* (2011), p. 339.

<sup>172</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), pp. 250-251.

<sup>173</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia* (1984), p. 08.

<sup>174</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia* (1984), p. 12.

<sup>175</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 589.

do seu montante”<sup>176</sup>. Se subdivide em: cláusula penal compensatória – quando não há o cumprimento da obrigação – ou cláusula penal moratória – em caso de mora do devedor.

A lei concebe a cláusula penal “enquanto liquidação antecipada do dano”<sup>177</sup>. Para o predisponente, a cláusula apresenta vantagens justamente por lhe assegurar a reparação de um dano, da mesma forma que para o aderente a cláusula pode ser benéfica por determinar o valor da compensação, de forma clara e precisa, e de lhe possibilitar o conhecimento do montante a suportar em caso de violação contratual<sup>178</sup>.

No âmbito do regime das Cláusulas Contratuais Gerais, a LCCG prevê, em seu artigo 19.º, alínea c) que nas relações entre empresários e consumidores finais são proibidas as cláusulas contratuais gerais que consagram cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir. Ao contrário do que ocorre no artigo 811.º, n.º 1 do Código Civil, não se exige um excesso manifesto, sendo suficiente a desproporção entre o dano e a pena contratual<sup>179</sup>. Além disso, a cláusula penal considerada desproporcional padece de nulidade (artigo 12.º da LCCG).

O contrato de locação financeira, por depender de um grande investimento do locador na aquisição do bem, pode trazer diversos prejuízos em caso de incumprimento do locatário. Em vista disso, buscou-se acautelar os interesses das instituições financeiras através de cláusulas penais<sup>180</sup>. Como regra, o locador financeiro previa, na resolução do contrato, o pagamento do conjunto das rendas vencidas e não pagas, as rendas vincendas e o valor residual. Essa disposição, já discutida na doutrina, passou a ser observada pela jurisprudência, que percebeu que mesmo em face de resolução do contrato o locador ficaria em “posição melhor do que se a outra parte tivesse cumprido”<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia* (1984), p. 45.

<sup>177</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Penais e Indemnização* (1999), p. 582.

<sup>178</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais, in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia* (1984), p. 46.

<sup>179</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX (2017), p. 502.

<sup>180</sup> SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO, *O Contrato de Locação Financeira* (2004), pp. 38-39.

<sup>181</sup> MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, As Cláusulas Penais nos Contratos de Locação Financeira, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 76, Vol. I (2016), p. 65.

Na adequação à cláusula genérica da LCCG, que não fixa uma regra, e ao considerar o que seria uma cláusula “desproporcionada ao dano a ressarcir”<sup>182</sup> na locação financeira, os tribunais se manifestaram<sup>183</sup> no sentido de não aceitar a cláusula penal pré-estipulada que prevê o pagamento das rendas vincendas pelo locatário quando o contrato é resolvido por seu incumprimento<sup>184</sup>. A regra atualmente aceita pela jurisprudência é de admissão de cláusulas penais, considerando-se nula a cláusula que admite a indenização pelo interesse positivo<sup>185</sup>.

Para os tribunais, em caso de resolução por incumprimento do locatário, apenas o interesse negativo seria passível de ressarcimento<sup>186</sup>, uma vez que não se deve admitir que o locador financeiro ganhe mais com o incumprimento do que com a *comum execução do contrato*<sup>187</sup>, valendo-se de cláusulas contratuais gerais para auferir excessivo benefício em detrimento do aderente.

Visto dessa forma, percebe-se que os tribunais permitem, nos contratos de locação financeira, cláusulas penais de caráter móvel que se dividem em dois grupos: a cláusula da perda de prestações realizadas (o locador retém as rendas pagas), e a cláusula penal como fixação antecipada da indenização (20% das rendas vincendas e do valor residual)<sup>188</sup>. O valor variável da indenização

<sup>182</sup> Ao contrário do que ocorre no artigo 811.º/1 do Código Civil, não se exige um excesso manifesto, sendo suficiente a desproporção entre o dano e a pena contratual – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*. Vol. IX (2017), p. 502.

<sup>183</sup> Vide Acórdão da Relação de Lisboa de 27-05-1999 (R. 1937/99), acórdão do STJ de 02-05-2002 (P. 1133/02), acórdão do STJ de 10-07-2012 (P. 1407/10). Considerada nula a cláusula que prevê a indenização de 100% da renda vincenda. Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 07-03-2019 (P. 127318/16). Em sentido contrário, cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 24-06-1999 (R. 3745/99). Sobre a integração do artigo 19.º, c do DL 446/85, cfr. acórdão do STJ de 29-11-01 (R. 2892/01) e acórdão do STJ de 03-10-02 (R. 1499/02): “Para se afirmar, à luz do disposto no artigo.º 19, al. c), do DL n.º 446/85, de 25-10, a desproporcionalidade da cláusula, é preciso proceder a uma comparação entre o montante da indemnização que resulte dessa cláusula e a ordem da grandeza dos prejuízos que a locadora sofrerá com o incumprimento”.

<sup>184</sup> Sobre o posicionamento no direito comparado, cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira* (2012), pp. 72-73, 77-78 e 81.

<sup>185</sup> Principalmente nos casos em que há cumulação entre indenização da totalidade das rendas vincendas, valor residual e juros de mora, considerada cláusula nula. Cfr. Acórdão do STJ de 28/10/1993 (R. 5858/93) e acórdão do STJ de 13-12-00 (R. 3135/00).

<sup>186</sup> Vide acórdão da Relação de Lisboa de 27-02-1992 (P. 0051612) e acórdão da Relação de Lisboa de 08-11-2001 (R. 6581).

<sup>187</sup> Citação do acórdão do STJ de 02-05-02 (R. 1133/02). A respeito das implicações quanto à limitação ao interesse negativo na resolução do contrato por impossibilidade de cobrança das rendas vincendas, conferir ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* (2016), pp. 741-743.

<sup>188</sup> Vide acórdão do STJ de 21-05-1998 (P. 98A0494); acórdão do STJ de 29-02-00 (R. 793/99); acórdão do STJ de 01-02-01 (R. 3137/00); acórdão do STJ de 05-12-02 (R. 3629/02); acórdão do STJ de 03-06-03 (R. 1264/03).

é estabelecido de acordo com o valor das rendas já pagas<sup>189</sup>. Para Pestana De Vasconcelos, se o valor ultrapassar metade do preço (rendas mais valor residual) será reduzido a esse montante (aplicação da ressarcibilidade do dano excedente do art 935.º do CC)<sup>190</sup>. Ainda, não é admitida a renúncia antecipada do direito de indenização, nos termos do artigo 809.º do Código Civil<sup>191</sup>.

### 2.2.2. Problemas relacionados às cláusulas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade

As cláusulas de limitação ou exoneração de responsabilidade são estipulações por meio das quais os contraentes, antes da verificação do fato gerador, acordam em limitar ou exonerar a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação<sup>192</sup>. O problema de inclusão de cláusulas contratuais gerais de exclusão ou limitação de responsabilidade surgiu nas sociedades industrializadas, nas quais os utilizadores exoneravam-se, antecipadamente e genericamente, de responsabilidade<sup>193</sup>.

No Direito português, a evolução legislativa mostrou avanços na matéria. No Código de Seabra (artigos 672.º e 708.º) “as cláusulas de exclusão de responsabilidade tinham um terreno favorável”<sup>194</sup>, apesar de a doutrina apresentar resistência à admissibilidade pura e simples dessas cláusulas. Com o Código

<sup>189</sup> MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, As Cláusulas Penais nos Contratos de Locação Financeira, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 76, Vol. I (2016), p. 71.

<sup>190</sup> MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, As Cláusulas Penais nos Contratos de Locação Financeira, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 76, Vol. I (2016), p. 72.

<sup>191</sup> Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Penais e Indemnização* (1999), p. 586 e seguintes.

<sup>192</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 599.

<sup>193</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX (2017), pp. 426–429 traça a evolução legislativa do instituto de exoneração antecipada de responsabilidade em França e Alemanha. O autor explica que em França o Código Napoleão foi omissivo, cabendo à jurisprudência resolver a questão. Em princípio, a jurisprudência não acatou a regra da exclusão e entendeu que as cláusulas conduziram apenas à inversão do ônus da prova – caberia ao credor a prova dos danos. Em um segundo momento, passou a acolher a possibilidade de inclusão de cláusulas contratuais gerais limitativas de responsabilidade, exceto em três situações: a) perante dolo (*faute grave*); b) em face de danos causados à integridade física; c) por via de leis especiais. Em Alemanha, Menezes Cordeiro afirma que em um primeiro momento, perante ausência de dispositivos legais, era aceita a cláusula limitativa de responsabilidade. Após a reforma de 2002, o §276/III passou a prever a impossibilidade de exclusão antecipada da responsabilidade por dolo. A doutrina equipara o dolo à negligência grosseira e entende que, na dúvida, as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade devem ser objeto de uma interpretação restritiva. No regime das CCG, o ordenamento alemão entende que são absolutamente proibidas quando excluem a responsabilidade por atentado à vida, corpo ou saúde do credor.

<sup>194</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX (2017), p. 429.

Civil de 1966, após modificações que ocorreram entre o anteprojeto geral e a 1.º e 2.º Revisão Ministerial, a matéria passou a ser disciplinada pelo artigo 809.º, o qual dispõe a nulidade da cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não-cumprimento ou mora do devedor<sup>195</sup>.

A doutrina diverge quanto à interpretação restritiva do artigo 809.º - e consequentemente a possibilidade de exclusão da responsabilidade nos casos de culpa leve ou levíssima<sup>196</sup> - e quem entende que, mesmo em caso de culpa leve, não são admissíveis cláusulas de renúncia antecipada da indenização<sup>197, 198</sup>.

O Regime das Cláusulas Contratuais Gerais prevê, no artigo 18.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, a respeito das cláusulas restritivas de responsabilidade<sup>199</sup>, que são proibidas as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade nos casos de: alínea *a*) danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, alínea *b*) danos patrimoniais extracontratuais causados na esfera da contraparte ou de terceiros, alínea *c*) não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave<sup>200</sup>, alínea *d*) atos de representantes ou auxiliares em caso de dolo ou culpa grave. Esse dispositivo surgiu para tutelar o aderente posto que, como regra, o predisponente

<sup>195</sup> Semelhante disposição encontramos no artigo 1229 do *Codice Civile* italiano, no artigo 1102 do *Código Civil* espanhol, e no § 276 do BGB alemão.

<sup>196</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil* (1985), p. 157; e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), pp. 602-603.

<sup>197</sup> JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I (1997), pp. 131-138; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações* (1997), p. 424; ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação de Responsabilidade Contratual* (1985), p. 453 e ss.; e MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), pp. 296-297.

<sup>198</sup> Vale notar que em Espanha, por exemplo, a doutrina aceita a exclusão de responsabilidade em caso de culpa, por omissão do artigo 1102 do Código Civil, exceto nos casos de culpa grave, em que a exoneração se torna inválida. cf. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, *Las Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad en el Derecho Español*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, Vol. 2, n.º 15 (2005), pp. 33-34.

<sup>199</sup> Tema desenvolvido por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX (2017), pp. 437-441.

<sup>200</sup> Para os defensores da interpretação restritiva do artigo 809.º a alínea *c*) do artigo 18.º demonstra que a LCCG estabeleceu um regime mais aberto e que, interpretada a alínea *c*) em sentido contrario, representaria uma permissão para as cláusulas de exclusão de responsabilidade em caso de culpa leve. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX (2017), p. 439 explica que a LCCG admite a exclusão da responsabilidade em caso de culpa leve por três razões: 1) pra acompanhar as leis europeias sobre CCG de modo a não penalizar as empresas portuguesas; 2) pela imposição da boa-fé (artigo 15.º) o julgador poderia corrigir situações de desequilíbrio que eventualmente surjam; 3) porque há controle jurisdicional por meio da ação inibitória.

utilizava a sua “posição de supremacia para transferir os riscos do contrato para (...) o aderente”<sup>201</sup>.

Relativamente ao contrato de locação financeira analisaremos a questão da repartição de riscos em sede de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda<sup>202</sup> e em sede de perda ou deterioração da coisa.

Apesar das disposições do artigo 809.º do Código Civil e do artigo 18.º da LCCG, os quais consideram abusiva a cláusula de exclusão de responsabilidade, no artigo 12.º do DL 149/95 está normatizada a possibilidade de exclusão de responsabilidade do locador perante a coisa locada. O dispositivo prevê que “o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato”<sup>203</sup>, cabendo ao locatário, nos termos do artigo 13.º demandar o vendedor (fornecedor)<sup>204</sup>.

O locador financeiro recebe, conseqüentemente, proteção e posição jurídica diversa do locador tradicional<sup>205</sup>, o que leva ao entendimento de que “nem sempre o locador suporta os riscos inerentes à sua posição jurídica, em razão da específica função e razão de ser dessa titularidade”<sup>206</sup>. Esse entendimento, que abrange a inadequação do bem face aos fins do contrato<sup>207</sup>, é aceita pela dou-

<sup>201</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos* (2011), p. 235.

<sup>202</sup> Questão analisada por FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), pp. 257 e seguintes.

<sup>203</sup> Semelhante disposição se encontra no Direito francês, onde “o risco de perda ou deterioração da coisa corre integralmente por conta do locatário, mesmo que tenha se verificado um caso de força maior ou furtivo” DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira* (2012), pp.66-67.

<sup>204</sup> Há discussão na doutrina acerca da regra do artigo 13.º ser considerado um ônus, isto é, a obrigação do locatário financeiro de demandar o fornecedor quando do vício do bem locado, sob pena de responsabilidade em face do locador quando sua omissão gerar em perda da coisa locada. A favor dessa teoria, cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 192 e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira* (2012), p. 109.

<sup>205</sup> Uma vez que “na locação financeira, o locador não assegura ao locatário o gozo da coisa para os fins a que ela se destina”. Na locação tradicional, o locador é responsável pelos vícios da coisa justamente por ser obrigado a assegurar o gozo da mesma para os fins a que se destina, o que não ocorre no *leasing* – RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring* (2001), p. 65.

<sup>206</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 251.

<sup>207</sup> Entendido em sentido amplo, abrange “qualquer tipo de desconformidade da coisa com o contrato, seja decorrente de qualquer vício da coisa que a desvalorize, seja resultante, entre outras, da falta de qualidades do bem asseguradas pelo vendedor, da qualidade diversa da devida ou da prestação de coisa de tipo diverso da devida (*aliud pro alio*), ao passo que a locução ‘inadequação face aos fins do contrato’ se relaciona especificamente com a utilidade a retirar do bem que se infere do contrato” – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 258.

trina<sup>208</sup> e jurisprudência nos casos de o locatário ter escolhido o objeto junto do fornecedor, e parte do pressuposto que o locador financeiro apenas financia o gozo da coisa, sem sequer conhecer efetivamente o bem<sup>209</sup>.

Essa concepção decorre fundamentalmente da ideia de locação financeira enquanto uma espécie de financiamento para aquisição de bem, pois, uma vez verificado o *interesse puramente financeiro do locador*, o qual não visa o uso direto do objeto ou os resultados econômicos da sua utilização<sup>210</sup>, não se pode exigir que o risco que suporta ultrapasse o de mero concedente de crédito. Assim, o locador financeiro “financia o gozo da coisa (que concede ao locatário), entregando o “montante mutuado” ao vendedor”<sup>211</sup>, restando claro a isenção de responsabilidade do locador.

Há, portanto, uma inversão do princípio *res suo domino perit*, e, diferente do que ocorre no regime geral da locação, em que o locatário só responde pela perda ou deterioração da coisa quando resultar de fato que lhe seja imputável, na locação financeira o risco de perecimento corre por conta do locatário<sup>212</sup>. Por meio dessa perspectiva, consagra-se a ideia de que o locatário financeiro, que escolhe o fornecedor e indica o bem, é quem suporta os riscos decorrentes do contrato<sup>213</sup>, inclusive de insolvência do vendedor<sup>214</sup>, limitando-se o locador a adquirir o bem e financiar o gozo temporário<sup>215</sup>.

<sup>208</sup> Cfr. RUI PINTO DUARTE, 15 Anos de Leis sobre “Leasing”: Balanços e perspectivas, in *Fisco*, a. 6, n.º 63/64 (1994), p. 08; PH. KARELLE, Le Leasing Immobilier, in *Actualités du Droit*, n.º 4 (1996), p. 760; PH. KARELLE, Le Leasing Immobilier, in *Actualités du Droit*, n.º 4 (1996), p. 766; e FEDERICO ARNAU MOYA, El Contrato de Leasing en el Derecho Español, in *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 59 (2004), p. 313.

<sup>209</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), pp. 186-187. No mesmo sentido, cfr. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring* (2001), p. 65.

<sup>210</sup> ISABEL MENÉRES CAMPOS, Breve Apontamento acerca do Contrato de Locação Financeira de bens Móveis não sujeitos a Registro: Oponibilidade a terceiros do direito da locadora, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. António Castanheira Neves*, Vol. II (2008), p. 112.

<sup>211</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 258.

<sup>212</sup> RUI PINTO DUARTE, O Contrato de Locação Financeira: Uma síntese, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin* (2012), p. 100.

<sup>213</sup> Essa é uma das diferenças significativas entre a locação financeira e a locação tradicional, uma vez que “nesta, o contrato é dominado pela obrigação essencial de proporcionar, durante certo tempo, o gozo da coisa, pelo que em regra é ao locador que cabe suportar as consequências de circunstâncias que impeçam ou privem o gozo pelo locatário” FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O Contrato de Locação Financeira ente a Origem Civilística e a Comercialidade, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 4, n.º 9 (2000), p. 198, enquanto na locação financeira o locador não suporta o risco da perda ou deterioração da coisa, quando ausente de culpa. Cfr. AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, Breve Enquadramento do Contrato de Locação Financeira, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, a. 2, n.º 6 (1998), p. 58.

O mesmo não ocorreria nos casos de o bem ser fornecido pelo locador, em que, aí sim, este poderia responder perante o locatário pelo próprio bem<sup>216</sup>. Entretanto, não há isenção absoluta de responsabilidade do locador em sede de desconformidade da coisa com o contrato<sup>217</sup>, posto que haverá responsabilidade nos casos em que a desconformidade é imputável ao locador, v.g. quando não adquiriu exatamente o bem solicitado pelo locatário, ou quando tem conhecimento de um vício ou defeito da coisa e, mesmo assim, cede o gozo ao locatário<sup>218</sup>.

Embora os riscos corram por conta do locatário, sendo isento, por lei, o locador financeiro, a lei assegura ao locatário, além do pacífico gozo, instrumentos necessários para reagir diretamente e com autonomia perante o vendedor<sup>219</sup>, agindo, conseqüentemente, como se fosse o adquirente da coisa<sup>220</sup>. Assim, seguindo os prazos estabelecidos pelo Código Civil, o locatário poderá denunciar o locador no prazo de 30 dias do conhecimento do defeito, em se tratando de coisa móvel (artigo 916.º, n.º 2), ou um ano, em se tratando de imóveis (artigo 916.º, n.º 3), respectivamente dentro de seis meses ou cinco anos após a entrega da coisa<sup>221</sup>.

O artigo 15.º do DL 149/95 prevê, ainda, que “o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário”, recaindo, portanto, sobre ele os riscos de “destruição, de furto, de roubo, de inundação, de explosão, de

<sup>214</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iurídica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 259.

<sup>215</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 189.

<sup>216</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, Locação Financeira (Leasing) e Locação, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 62, Vol. III (2002), p. 765.

<sup>217</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 191.

<sup>218</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da Locação Financeira* (2011), p. 190.

<sup>219</sup> O mesmo é aceito no Direito espanhol, onde os tribunais entendem que a cláusula de exoneração de responsabilidade do locador pela idoneidade do bem arrendado para servir ao uso a que se destina só é válida se estiver acompanhada de uma transmissão dos direitos do locador frente ao vendedor ao locatário. Cfr. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, Las Cláusulas de Exoneración y Limitación de Responsabilidad en el Derecho Español, in *Revista de Derecho Patrimonial*, Vol. 2, n.º 15 (2005), p. 45 e acórdãos STS 26 febrero 1996 (RJ 1996, 1264) e STS 24 mayo 1999 (RJ 1999, 3927).

<sup>220</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iurídica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 259.

<sup>221</sup> Nesses casos, independentemente de o locatário ter satisfeito ou não a sua pretensão perante o vendedor, não poderá fazer valer qualquer direito junto do locador. Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iurídica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 260.

desgaste prematuro (ou anormal) do bem locado”<sup>222</sup>, e todas as despesas de transporte, montagem, instalação ou reparação da coisa<sup>223</sup>, diferente da locação tradicional em que os encargos recaem sobre o locador (artigo 1030.º do CC). Recai sobre o locatário, assim, o ônus de contratar um seguro contra os danos causados no bem locado. Esse entendimento parte do pressuposto de que, apesar de o locador possuir a propriedade jurídica da coisa, a propriedade econômica é do locatário<sup>224</sup>. Questão divergente, nestes termos, é a de caso fortuito ou força maior, isto é, dos casos em que a causa da perda não possa ser imputável ao locatário<sup>225</sup>.

No que tange especificamente o contrato de locação financeira, a jurisprudência tem considerado que o risco de perda ou deterioração do bem corre, em regra, por conta do locatário<sup>226, 227</sup> (que é quem detém o bem). Da mesma

<sup>222</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 262.

<sup>223</sup> RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring* (2001), p. 66.

<sup>224</sup> Servindo a propriedade jurídica como meio de tutelar o locador perante o risco de inadimplemento do locatário. Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 263.

<sup>225</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, A Justa Repartição dos Riscos na Locação Financeira, in *Scientia Iuridica*, Vol. 63, n.º 335 (2014), p. 263 considera o locatário responsável ainda que a perda não lhe seja imputável.

<sup>226</sup> Cfr. acórdão da Relação de Lisboa de 08-11-94 (P. 0083741), acórdão da Relação de Lisboa de 20-02-14 (P. 2477/10) e acórdão da Relação do Porto de 18-12-2018 (P. 15038/16).

<sup>227</sup> Em sentido oposto, *vide* Acórdão da Relação de Lisboa de 20-05-1999 (R. 1938/99), Acórdão do STJ. de 17-02-2000 (P. 1174/99), nos quais se consideram nulas as cláusulas que afirmam que “Competirá ao Locatário usar os meios judiciais e extrajudiciais próprios para reagir contra o eventual incumprimento por parte do fornecedor, não se responsabilizando o Locador: a) pela entrega atempada do equipamento; b) pela entrega do equipamento no local indicado”, uma vez que o terceiro fornecedor não assume, no contrato de locação financeira, nenhuma relação contratual com o locatário. Ainda, cfr. o acórdão da Relação de Lisboa de 10-04-08 (P. 1373/2008-2) em que se considera que “O locador financeiro está adstrito à entrega do bem, podendo o locatário exercer junto daquele os direitos decorrentes da omissão de tal entrega” e os acórdãos do STJ de 17-02-2000 (R.1174/99); do STJ de 17-11-15 (P. 1122/12) e da Relação de Lisboa de 18-12-2012 (P. 1506/10) que consideram nula as cláusulas em que a locadora transfere ao locatário o registro do bem ou a obtenção de matrícula, posto que “o locador está obrigado, no âmbito do dever de concessão do gozo, a fornecer os documentos exigíveis para a circulação do bem. É incompreensível que o locador exija o pagamento das rendas a que tem direito sem concomitantemente entregar ao locatário os documentos legalmente exigidos para que este possa gozar o bem locado”. No mesmo sentido, no acórdão da Relação de Lisboa de 08-02-11 (P. 851/090) o TRL se manifesta considerando nulas as cláusulas “em que o locatário renuncia expressamente a qualquer ação contra o locador, ficando este exonerado quanto à construção, instalação, funcionamento ou rendimento do bem locado, na medida em que o artigo 12.º do Dec. Lei n.º 149/95, de 24-6, ressalva o que se estabelece n o artigo 1034.º do CC (...) e a cláusula segundo a qual encontrando-se o locatário impossibilitado de utilizar

forma, corre por conta do locatário a inadequação do bem face aos fins do contrato, não sendo responsabilidade do locador<sup>228</sup>. Caso haja desconformidade do bem com as condições particulares, o locatário permanece obrigado a cumprir o contrato frente ao locador<sup>229</sup>.

Consideram os Tribunais nulas as cláusulas de exoneração de responsabilidade em caso de impossibilidade de utilizar o bem por força maior, que é aquilo que não se pode evitar, exterior e independente da utilização da coisa, e corre, portanto, por conta do locador<sup>230</sup>, por considerar que a cláusula fere o direito de ação (artigo 20.º da CRP) e é contrária ao artigo 18.º, da LCCG<sup>231</sup>, que estabelece a proibição de cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade nos casos de c) não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave<sup>232</sup>; e artigo 18.º, f que proíbe as cláusulas que excluam a exceção por não cumprimento ou resolução por incumprimento.

Apesar de haver divergências entre as disposições da LCCG e do DL 149/95, e, inclusive, não alcançarem resposta idêntica na jurisprudência, percebe-se que existem cláusulas consideradas absolutamente proibidas, por abusivas, e cláusulas relativamente proibidas, a depender da análise do caso concreto. Certo é, independente da linha que se adote, que o Tribunal, em diversos casos, atua no sentido de flexibilização das obrigações impostas nos contratos de adesão, demonstrando que é possível a interferência do Poder Público na esfera privada em busca da ideia de justiça contratual.

o bem locado por qualquer razão alheia à vontade e/ou responsabilidade do locador, não poderá exigir deste qualquer indemnização ou redução das prestações contratuais”.

<sup>228</sup> Vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-02-2000 (P. 1174/99). Existe jurisprudência no sentido de considerar nulas “as cláusulas que estabelecem que o locador se desresponsabiliza totalmente pela falta de entrega do bem ao locatário no prazo acordado indicando que essa questão terá de ser resolvida entre o locatário e o fornecedor” cfr. acórdão da Relação de Lisboa de 20-02-14 (P. 2477/10).

<sup>229</sup> Vide acórdão da Relação de Lisboa de 08-11-94 (P. 0083741); acórdão do STJ de 01-10-02 (R. 1830/02).

<sup>230</sup> Vide acórdão da Relação do Porto de 18-12-2018 (P. 15038/16).

<sup>231</sup> Tema desenvolvido por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*. Vol. IX (2017), pp. 437-441.

<sup>232</sup> Para os defensores da interpretação restritiva do artigo 809.º a alínea c) do artigo 18.º demonstra que a LCCG estabeleceu um regime mais aberto e que, interpretada a alínea c) em sentido contrário, representaria uma permissão para as cláusulas de exclusão de responsabilidade em caso de culpa leve. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*. Vol. IX (2017), p. 439, explica que a LCCG admite a exclusão da responsabilidade em caso de culpa leve por três razões: 1) para acompanhar as leis europeias sobre CCG de modo a não penalizar as empresas portuguesas; 2) pela imposição da boa-fé (artigo 15.º) o julgador poderia corrigir situações de desequilíbrio que eventualmente surjam; 3) porque há controle jurisdicional por meio da ação inibitória.

### 3. **Análise crítica: a apreciação das cláusulas contratuais gerais abusivas na locação financeira segundo critérios de justiça contratual**

A possibilidade de mitigação da autonomia privada em prol da tutela do contraente mais fraco, como medida imprescindível para a formação de negócios jurídicos justos e equilibrados, foi defendida, em um primeiro momento, nas relações laborais, no qual o Direito do Trabalho se concretizou como “ramo do direito que visa tutelar a parte tendencialmente mais fraca na relação jurídico-laboral”<sup>233</sup>.

Com a evolução do pensamento jurídico, outros sujeitos negociais se mostraram carentes de proteção, e passou-se a perceber o *fenômeno da desigualdade negocial*<sup>234</sup> nas relações com consumidores<sup>235</sup> e nos contratos formados por adesão a cláusulas contratuais gerais, nos quais apenas uma das partes se vale da liberdade de modelação contratual.

Fundamentos do direito privado, a liberdade e a igualdade<sup>236</sup> determinam que o homem pode atuar com outros sujeitos, exercendo a sua autonomia, desde que o Direito Civil se processe entre iguais<sup>237</sup>, uma vez que “é essencial, para a <<sociedade de direito privado>>, que o Estado, em princípio, não fixe aos seus cidadãos uma maneira de agir determinada e a prossecução de objetivos específicos, antes lhes permita a sua escolha, por eles próprios”<sup>238</sup>.

<sup>233</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 80.

<sup>234</sup> Termo utilizado por GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 80.

<sup>235</sup> A imposição de regras específicas nas relações de consumo em prol da proteção do consumidor como o contraente mais débil já está consolidada no sistema jurídico atual. Em Portugal, o artigo 81.º, alínea m) da Constituição da República Portuguesa impõe ao Estado a tarefa de “proteger o consumidor, designadamente através do apoio a criação de associações de consumidores. Para a tutela efetiva do consumidor existe também a Lei de Defesa do Consumidor (LDC) n.º 24/96, de 31 de julho.

<sup>236</sup> CLAUD-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 56 afirma que “existe uma relação particularmente estreita entre o princípio da liberdade contratual e o princípio da democracia. O que resulta, desde logo, do facto de que as duas se baseiam nos mesmos valores fundamentais: a liberdade e a igualdade”.

<sup>237</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. I (2000), p. 23.

<sup>238</sup> CLAUD-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 51.

Entretanto, quando visível a falta de discussão das cláusulas contratuais em contratos celebrados no “pegar ou largar”, ante a supressão dos dois princípios – liberdade e igualdade – se defende o controle judicial<sup>239</sup>. São os casos, por exemplo, em que não há “autonomia privada dos sujeitos em sentido material”<sup>240</sup> pelo fato, principalmente, de uma das partes desconhecer o conteúdo contratual. O controle exercido pelo Estado, nesses casos, busca “dotar o sujeito das condições para livre e esclarecidamente decidir contratar quando e aquilo que lhe aprouver”<sup>241</sup>.

Em determinados casos, designadamente quando as partes não se encontram em igualdade de posições, a autonomia privada pode ser exercida em prejuízo da parte mais fraca, não representando o adequado equilíbrio das prestações, fato que exige do legislador uma intervenção corretiva da livre negociação particular<sup>242</sup>. Essa intervenção do Estado na esfera privada, em busca da validade da contratação, isto é, em defesa do contrato, é de especial relevância no direito privado uma vez que “*s’intéresser à la défense du contrat consiste à chercher les moyens de sa pérennité et sa préservation*”<sup>243</sup>.

Dentro dessa perspectiva, autonomia privada e justiça representam dois “vetores básicos do direito dos contratos” que assumem uma relação permanente, eterna<sup>244</sup>. Contudo, a questão relativa à compatibilidade da liberdade contratual com a justiça, levantada por Canaris<sup>245</sup>, e à possibilidade de a liberdade contratual conduzir à injustiça social, não assume soluções idênticas nas variáveis ordens jurídicas. A igualdade e a liberdade são dois vetores básicos que devem ser defendidos pelo Direito, observando que “*l’homme ne pouvant agir contre ses intérêts, ses obligations volontairement consenties ne peuvent être que justes*”<sup>246</sup>. Para que se observe, efetivamente, a liberdade contratual, se faz necessário, portanto, que a ideia de liberdade esteja em consonância com as ideias de igualdade e justiça.

<sup>239</sup> KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, tomo I (1958), p. 127.

<sup>240</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 248.

<sup>241</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 248.

<sup>242</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 27.

<sup>243</sup> SOPHIE LE GAC-PECH, Bâtir un Droit des Contractants Vulnérables, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 3 (2014), p. 590.

<sup>244</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões, nos 50 anos do Código Civil, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 239.

<sup>245</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 49.

<sup>246</sup> JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil: La Formation du Contrat*, t. 1 (2013), p. 147.

Deve-se observar que a liberdade contratual e a economia de mercado, como bem lembra Canaris<sup>247</sup>, com frequência acarretam resultados injustos, cabendo à ordem jurídica o dever de conciliar esses interesses com os princípios da justiça. A *crise do modelo contratual* evidenciada por Galvão Telles<sup>248</sup> trouxe, em busca do ideal de justiça contratual, limitações à autonomia privada. Assim, a busca pela justiça não raras vezes faz surgir a necessidade de tutela do contraente mais fraco<sup>249</sup> em prejuízo da defesa absoluta da liberdade contratual.

A contratação com base em condições gerais é uma “faceta típica da sociedade industrial moderna e um modo de contratação imprescindível, funcionalmente ajustado às estruturas produtivas actuais”<sup>250</sup>. Entretanto, são evidenciados determinados abusos na utilização dessa figura ao propiciar a restrição à *liberdade factual* do particular<sup>251</sup>, que acabam por justificar a intervenção corretiva do legislador. Em vista dos problemas de ordem prática que surgem através da contratação por meio de adesão a cláusulas gerais, substituindo-se a concepção tradicional do contrato como acordo de vontades em harmonia com o princípio da autonomia privada, isto é, de contrato “querido” para “contrato justo ou adequado”<sup>252</sup>, foram consagrados deveres de proteção.

Por meio da ideia de “vulnerabilidade contratual” defende-se, assim, que em certas circunstâncias ou ocasiões uma parte mereça proteção jurídica, independentemente da sua qualidade de consumidor ou profissional<sup>253</sup>. A liberdade de modelação do conteúdo dos contratos admite restrições para que haja justiça ou retidão contratual<sup>254</sup>. Nessas restrições à liberdade contratual não há, para Canaris<sup>255</sup>, efetivamente restrição da liberdade contratual, posto que se manifestam como condições impostas pela ordem jurídica para o efetivo exercício da liberdade.

<sup>247</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 53.

<sup>248</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 76.

<sup>249</sup> Seja por fraqueza negocial ou deficiente informação. Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I (2014), p. 23.

<sup>250</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, Banca e Cláusulas Contratuais Gerais, in *I Congresso de Direito Bancário* (2015), p. 102.

<sup>251</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 114.

<sup>252</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Proteção* (1994), p. 62.

<sup>253</sup> SOPHIE LE GAC-PECH, Bâtir un Droit des Contractants Vulnérables, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Vol. 3 (2014), p. 581.

<sup>254</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 110.

<sup>255</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 62.

No âmbito da LCCG, como visto, foram consagradas três formas de controle das cláusulas: na formação do contrato, com o dever de informação e comunicação, de forma a afastar os problemas eventualmente surgidos da falta de conhecimento do contrato (artigo 5.º e 6.º); no conteúdo contratual, estipulou-se a proibição das cláusulas abusivas; ao nível processual, sabendo que os problemas não eram solucionados porque poucas vezes o aderente recorria ao judiciário, foi criada a ação inibitória.

A boa-fé age como um princípio geral de conduta e exerce uma função de controle da validade das cláusulas e da contratação, e determina que “*anche in un mercato libero, autonomia non può significare possibilità di trarre profitti ingiustificati dall’operazione econômica in spregio di legittimi interessi e di normali aspettative dell’altro contraente*”<sup>256</sup>.

Consequentemente, a boa-fé, enquanto instrumento de tutela da justiça contratual, permite o controle do conteúdo das cláusulas impostas pelo utilizador “a fim de evitar que, tendo em conta o fim contratual e a legítima confiança das partes, essas cláusulas sejam abusivas e draconianas, dando origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do aderente, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”<sup>257</sup>.

O legislador, na LCCG, prevê cláusulas excluídas dos contratos singulares em duas ocasiões<sup>258</sup>: quando não observarem as regras pré-negociais expostas (artigo 8.º) ou quando se constituírem como cláusulas nulas, cujo conteúdo se veda (artigo 12.º). Quando as cláusulas não observarem as regras do artigo 8.º serão consideradas liminarmente afastadas do acordo efetivo e não produzem efeitos, enquanto que se for verificada a nulidade da cláusula, consoante o disposto no artigo 12.º será aplicado o regime do artigo 285.º do Código Civil, admitindo-se a possibilidade de manutenção do contrato singular atingido desde que seja a vontade do aderente<sup>259</sup> (artigos 9.º, 13.º e 14.º da LCCG c/c artigo 292.º do CC).

Precisa haver compatibilização entre a autonomia privada e a justiça contratual, uma vez que “a ordem jurídica (...) não deve admitir a liberdade contratual sem colocar a questão da justiça”<sup>260</sup>. Nesse confronto entre liberdade e justiça, não se deve eleger como regra fundamental e intocável a busca de uma

<sup>256</sup> SALVATORE PATTI, *Autonomia Contrattuale e Diritto Privato Europeo*, in *Contratto e Impresa*, a. 29, n.º 3 (2013), p. 637.

<sup>257</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Vol. I (2017), p. 259.

<sup>258</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 266.

<sup>259</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), pp. 266-267.

<sup>260</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>*, In *Contratos: Actualidade e Evolução* (1997), p. 60.

justiça contratual comutativa, isto é, “exigir-se que os resultados justos estejam assegurados”, mas fazer o possível para evitar graves injustiças<sup>261</sup>.

Nos contratos clássicos, precedidos de negociações, o justo é identificado com o que foi querido, em nome do liberalismo econômico e da segurança das transações<sup>262</sup>, pois deve partir-se da ideia de que “um contrato ajustado por cidadãos livres e responsáveis é um contrato intrinsecamente justo, porque querido pelas partes”<sup>263</sup>. Já nos contratos de adesão, quando visível que uma das partes, na formação do contrato, não estava em condições de compreender corretamente as declarações, deve haver “uma actuação do Direito no sentido da heterolimitação da autonomia privada, tendente ao reequilíbrio das prestações e à promoção de uma justiça contratual comutativa”<sup>264</sup>, em outras palavras, se faz necessário a proteção dos particulares através do controle do caráter equitativo do conteúdo do contrato<sup>265</sup>.

Por meio dessa análise, é possível perceber que o regime das CCG admite determinadas restrições à liberdade de modelação do conteúdo dos contratos para que haja justiça ou retidão contratual<sup>266</sup>, estendendo a proteção do contraente mais fraco, inicialmente defendida nas relações laborais<sup>267</sup>, a outros sujeitos negociais que se mostram carentes de proteção, como o caso das relações em que há adesão a cláusulas contratuais gerais. E não seria diferente no caso da locação financeira.

Dessa forma, ainda que o contrato de locação financeira apresente cláusulas específicas, como valor da prestação, objeto da locação, tempo de duração do contrato e demais pormenores da obrigação específica, a grande maioria das cláusulas inseridas, principalmente quanto às questões de resolução, cláusulas penais e exclusão de responsabilidade, são cláusulas contratuais gerais destinadas

<sup>261</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Actualidade e Evolução* (1997), p. 58.

<sup>262</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), p. 140.

<sup>263</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 78.

<sup>264</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I (2002), p. 78.

<sup>265</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica, in *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, a. 20, n.º 2,3 e 4 (1973), p. 130.

<sup>266</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 111.

<sup>267</sup> GUILHERME MACHADO DRAY, Breves Notas sobre o Ideal de Justiça Contratual e a Tutela do Contraente mais Débil, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 1 (2002), p. 80.

a uma generalidade de contratos de locação semelhantes àquele. Assim como os demais contratos bancários<sup>268</sup>, o contrato de *leasing* é um contrato de adesão. Cabe ao locador financeiro, como regra geral, tanto na fase pré-contratual quanto na execução, agir de boa-fé e em observância à tutela da confiança de forma a não gerar ao locatário danos – patrimoniais e pessoais – capazes de gerar responsabilidade civil<sup>269</sup>.

A jurisprudência, nesse aspecto, exerce importante função de controle do conteúdo das cláusulas abusivas na locação financeira. Compreendendo as especificidades do contrato, designadamente a necessidade de proteção do locador e do locatário para que se viabilize os fins do contrato e se estimule a contratação, os Tribunais fixam os contornos das cláusulas abstratas da LCCG a fim de reestruturar o equilíbrio do contrato, como se pode ver da fixação do valor da cláusula penal que se considera adequada (20% das rendas vincendas e do valor residual, como regra, importando exceções na análise de cada caso).

No mesmo sentido, apesar de a LCCG considerar abusivas as cláusulas de exclusão de responsabilidade, na locação financeira se admitem determinadas limitações, como ocorre na cláusula de limitação de responsabilidade do locador por vício na coisa locada e na exclusão de responsabilidade do locador em caso de perda ou deterioração da coisa, que correm por conta do locatário (diferente do que ocorre na locação civil). Assim, observando as características essenciais do contrato, são estabelecidas restrições e limitações próprias da locação financeira, de forma a observar tanto os interesses do locador e do locatário quanto a situação de desequilíbrio em concreto.

## Considerações finais

O direito privado, enquanto instrumento essencial de ordem constitutiva na ordem social, não assume um *papel marginal* na sociedade<sup>270</sup>. Para seu exercício, principalmente enquanto regulador da economia de mercado, é necessário que os sujeitos jurídicos privados atuem em liberdade e autonomia, abstendo-se o Estado de fixar limites à atuação dos particulares.

A liberdade do cidadão, não atoa, está diretamente ligada à ideia de justiça, de tal forma que, nas palavras de Hans Kelsen, “um princípio de justiça do mais

<sup>268</sup> JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Contratos Bancários, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II (2011), p. 81.

<sup>269</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. XI (2018), p. 730.

<sup>270</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>, In *Contratos: Actualidade e Evolução* (1997), p. 51.

alto valor político é o que se apresenta com base num sistema moral em que a liberdade individual é tida como o valor supremo”<sup>271</sup>. Dessa maneira, como regra tem-se a garantia de que todos os cidadãos são livres na sua convivência social.

Esse conceito, ainda que essencial, não passa de uma utopia. Somos livres para tomar decisões desde que em observância às normas jurídicas. Estamos limitados por regras impositivas essenciais para a manutenção da paz social<sup>272</sup>. Se, por um dia, fossemos capazes de fazer qualquer coisa sem gerar consequências jurídicas (isto é, poderíamos roubar, matar, agredir, sem sofrer as sanções impostas pelo direito), será que viveríamos, ao menos nesse dia, em uma sociedade civilizada e de respeito ao próximo? Certamente estaria instituído o caos.

Percebemos, então, que essa liberdade, no sentido proposto por Hans Kelsen<sup>273</sup> de “libertação” da ordem normativa, só pode existir enquanto liberdade sob a ordem normativa, devendo, essa ordem, vincular os homens na sua conduta recíproca. Essa ideia desenvolvida por Hans Kelsen parte do pensamento de Kant, para quem “O direito está ligado ao poder de coagir”<sup>274</sup>.

Assim, apesar de a liberdade estar na moda, como bem lembra Dworkin<sup>275</sup>, ela é um conceito interpretativo. Ao passo que alguns percebem as limitações à autonomia, v.g. nos casos de contratos celebrados por adesão a cláusulas contratuais gerais, como regras para suprimir a liberdade, outros defendem essas limitações como essenciais para a efetivação da própria liberdade, posicionamento de Canaris<sup>276</sup>.

Enquanto não houver evolução social no sentido de adotar a ideia de sociedade inclusiva de Habermas<sup>277</sup>, não poderá se defender a liberdade absoluta, mesmo na esfera privada, uma vez que caberá ao Estado o dever de controle da “liberdade” do particular em prol da ideia de justiça. Defendemos, assim, a ideia de Canaris, para quem o Estado deve, de forma mais estrita possível, regular a concorrência livre e leal para salvaguardar a liberdade, sob pena de

<sup>271</sup> HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural* (2001), p. 81.

<sup>272</sup> O mesmo ocorre com a liberdade contratual, que nunca foi ilimitada, possuindo, desde a sua aceção, dois limites de caráter geral: a ordem pública e os bons costumes. Cfr. ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 27.

<sup>273</sup> HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural* (2001), pp. 81-82.

<sup>274</sup> HANS KELSEN, *A Justiça e o Direito Natural* (2001), p. 82.

<sup>275</sup> RONALD DWORKIN, *Justiça para Ouriços*, (2012), p. 373.

<sup>276</sup> CLAU-WILHELM CANARIS, *A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>*, In *Contratos: Atualidade e Evolução* (1997), p. 62.

<sup>277</sup> Para quem os indivíduos devem adotar um comportamento de inclusão, onde haja reconhecimento recíproco de pessoas livres e iguais, e respeito aos interesses alheios. Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *A Inclusão do Outro: Estudos de teoria política* (2002), p. 342.

a liberdade de alguns conduzir à “ausência efectiva de liberdade para muitos outros”<sup>278</sup>.

É essencial que a liberdade de direito privado seja lida em estrita relação com a ideia de justiça comutativa para que ela exista além do “plano ideal”. Em consonância com o pensamento de Carneiro da Frada, “não há (autêntico) Direito sem referência à Justiça, pelo que, se uma ordem jurídica a perde, deixa de poder pretender vigorar como ordem (propriamente) jurídica”<sup>279</sup>.

O direito dos contratos, nessa mesma medida, passou por diversas reformas que levaram à modificação da função do contrato. Orlando Gomes explica, nesse sentido, que o contrato “deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter a função social”<sup>280</sup>.

Em prol da justiça contratual, o legislador passa a tutelar a fase pré-contratual e impor determinadas obrigações às partes que entram em negociação. Dentre os deveres a serem observados, recebe especial relevância o dever de informação, que propicia o conhecimento das condições gerais do contrato, promovendo-se, assim, um sistema que busca resguardar o equilíbrio contratual<sup>281</sup>. Ainda, em busca da tutela do interesse dos parceiros contratuais, nomeadamente *a correção e a justiça substancial nas suas relações*<sup>282</sup>, o ordenamento jurídico defende o controle do conteúdo dos contratos como forma de propiciar *uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes*<sup>283</sup>.

A justiça contratual, aqui, não busca resolver problemas morais ou econômicos dos sujeitos negociais, mas os problemas de ordem material que afetem a organização social. Em outras palavras, o “objeto da justiça é a justa afetação dos bens de acordo com o tipo particular de relação social”<sup>284</sup>. E determinadas relações, designadamente as estabelecidas entre negociantes em desequilíbrio de forças, como ocorre na contratação por adesão a cláusulas gerais, propiciam a inobservância dos padrões de justiça e carecem, portanto, de um olhar atento do operador jurídico.

<sup>278</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *A Liberdade e a Justiça Contratual na <<Sociedade de Direito Privado>>*, In *Contratos: Actualidade e Evolução* (1997), p. 51.

<sup>279</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia Privada e Justiça Contratual: duas questões*, nos 50 anos do Código Civil, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário [do] Código Civil* (2017), p. 249.

<sup>280</sup> ORLANDO GOMES, *Contratos* (2007), p. 49.

<sup>281</sup> SALVATORE PATTI, *Il Contratto tra «autonomie de la volonté» e Moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. 69, n.º 2 (2015), pp. 373-374.

<sup>282</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* (2018), p. 241.

<sup>283</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil* (2012), p. 111.

<sup>284</sup> ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *O Justo e o Injusto* (2017), p. 16.

O legislador português, em consonância com outros ordenamentos jurídicos, v.g França, Itália, Alemanha e Espanha, criou dois principais mecanismos de controle de incorporação ds cláusulas contratuais gerais. O dever de informação pré-contratual, por meio do qual busca-se viabilizar o conhecimento do conteúdo do contrato para se tutelar a correta formação do consentimento do aderente<sup>285</sup>; e a vedação de cláusulas abusivas, sempre que se verifique exercício abusivo da posição do predisponente e inclusão de cláusulas excessivamente onerosas ao aderente. Essas medidas, ainda que impliquem em interferência à autonomia privada, valor máximo do Direito privado, são essenciais para o efetivo exercício da liberdade contratual por ambos contraentes, ao viabilizar o reequilíbrio das prestações.

A locação financeira, modalidade contratual típica no Direito português, possui um papel importante no mercado econômico. De um lado permite o escoamento de bens em grande escala e, de outro, propicia a utilização de bens de valor elevado a sujeitos que, sem o *leasing*, não seriam capazes de adquirir o bem ou não teriam interesse em investir. O operador jurídico, diante dessa realidade, tem o dever de criar instrumentos de tutela da validade desse negócio jurídico de forma a impulsionar a expansão dessa figura contratual.

Apesar de observar as disposições da LCCG, que protegem em larga medida o aderente – uma vez que, inspirada nos demais modelos Europeus, tem em vista a proteção do consumidor ou aderentes que se apresentam no mercado como sujeitos economicamente vulneráveis e carentes de proteção –, o legislador português, ao instituir as normas que regem a locação financeira, teve em consideração os interesses do locador e o alto grau de investimento, por parte deste, que depende o contrato (fundamentalmente por serem objeto da locação financeira, como regra, bens de vultuosos valores).

Assim, criaram-se barreiras ao exercício abusivo da unilateralidade de estipulação do predisponente locatário, propiciando-se a resolução de dois problemas práticos das cláusulas contratuais gerais que fazem parte da locação financeira: o desconhecimento das cláusulas não negociadas e a desproporção do conteúdo do contrato<sup>286</sup>. Mas observou-se o fim do contrato de *leasing* e os interesses do locador, promovendo um efetivo equilíbrio na relação negocial sem gerar um novo desequilíbrio que poderia advir da super-proteção, desnecessária ou abusiva, do locatário aderente. Consequentemente, não só a autonomia privada sofre restrições em prol da validade da contratação mas, de igual forma, as obrigações prevista pela LCCG são flexibilizadas de acordo com a

<sup>285</sup> MARTA PÉREZ ESCOLAR, Incorporación al Contrato de Cláusulas no Negociadas, in *Revista de Derecho Civil*, t. LXVIII, n.º 2 (2015), p. 420.

<sup>286</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos* (2011), p. 241.

relação jurídica criada pelas partes. Por meio disso, atento à conjugação entre autonomia privada e justiça contratual, garante-se a tutela da liberdade e da igualdade enquanto valores máximos do Direito privado.



## ÍNDICE DO ANO 152.º (2020)

### ESTADO DE EMERGÊNCIA

GONÇALO BARGADO

*O Estado de Exceção Constitucional – Teoria e prática*. . . . . 253

RÚBEN RAMIÃO

*A eficácia retroativa do estado de emergência (Resposta a Jorge Reis Novais)* . . . . . 307

*O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross (2.ª Resposta a Jorge Reis Novais)*. . . . . 315

RÚBEN RAMIÃO

*Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3.ª Resposta a Jorge Reis Novais)* . . . 467

### DOCTRINA

JORGE MIRANDA

*A Constituição e os direitos dos idosos – Brevíssima nota* . . . . . 9

FRANCISCO ÁGUILAR

*Do Absolutismo da ideia de Deus como limite à vontade ao Totalitarismo da ideia da besta como vontade ilimitada: a propósito do bicentenário da dita “Revolução liberal” de 1820, a defesa da ideia de Deus na ordem natural das coisas, no cristianismo libertário, na Monarquia cristã não-parlamentar e no nacionalismo cristão* . . . . . 19

HIDEMBERG ALVES DA FROTA

*O caso Simelane: o controle judicial dos atos de nomeação expedidos pelo chefe do poder executivo, à luz do critério das considerações relevantes e do princípio da racionalidade* . . . 75

DANIELA MIRANTE

*A arbitragem laboral desportiva em Portugal: um jogo de espelhos?* . . . . . 125

*O Direito 152.º (2020), IV, 905-908*

HELENA TELINO NEVES <i>Normas constitucionais jurisprudenciais</i> . . . . .	149
MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA <i>O direito à mais célere dissolução do casamento em nome do superior interesse das crianças nascidas de nova relação iniciada pelos progenitores no estado de casados e nos casos de violência exercida por um cônjuge sobre o outro ou sobre crianças do agregado familiar</i> . . .	325
RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / INÊS SÍTIMA CRAVEIRO <i>Crítérios de averiguação da culpa negligente.</i> . . . . .	343
CATARINA SALGADO <i>A formação do contrato de trabalho em funções públicas</i> . . . . .	357
ANTÓNIO GARCIA ROLO <i>A locação do estabelecimento comercial na Internet e a relevância jurídica do carácter remoto e eletrónico da clientela</i> . . . . .	395
LUÍS CORREIA DE MENDONÇA <i>A acção de delibação.</i> . . . . .	485
ALINE REGINA CARRASCO VAZ <i>O ónus da prova na responsabilidade civil médica.</i> . . . . .	527
BÁRBARA GADIG <i>O direito do arrendatário na venda executiva.</i> . . . . .	559
FÁBIO NAVE MOREIRA <i>A oposição à renovação do contrato de arrendamento urbano para fins habitacionais – Ecos da doutrina e da jurisprudência.</i> . . . . .	607
JOÃO LUZ SOARES <i>O estranho caso da nova lei de branqueamento capitais portuguesa.</i> . . . . .	623
LEONARDO CASTRO DE BONE <i>O contrato de leasing e os meios de reacção do locador frente à violação do dever de pagar as rendas</i> . . . . .	649
DIOGO LEITE DE CAMPOS <i>A sociedade comercial ética.</i> . . . . .	691

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS  
*O Relatório Macron e a problemática restitutiva de bens culturais em tempos de Covid . . .* 695

JOANA COSTA LOPES  
*A responsabilidade civil do locatário por violação de deveres no tráfego no ordenamento jurídico português. . . . .* 707

NUNO SAMPAYO RIBEIRO  
*Compliance, gestão fiscal e planificação fiscal – Colaboração com a Autoridade Tributária* 759

LUIS GUSTAVO MIRANDA DE OLIVEIRA  
*Internacionalização da sociedade e os deveres sociais, tributários e de compliance. E o caso Brasil . . . . .* 785

TIAGO HOLANDA MASCARENHAS  
*Da usucapião por parte do arrendatário no Direito português . . . . .* 827

MARIA VITÓRIA GALVAN MOMO  
*Cláusulas contratuais gerais abusivas no contrato de locação financeira: entre a autonomia privada e a justiça contratual . . . . .* 853

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

JOSÉ LAMEGO  
*Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 5 de maio de 2020 . . . . .* 447

## RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO  
*Les principales décisions du Tribunal Constitutionnel Portugais en 2018 . . . . .* 179

## PARECERES

ANA PEREIRA DE SOUSA  
*O Contabilista Público. Consulta . . . . .* 199

DOCUMENTOS

JORGE MIRANDA

*Declaração de filiação em “associações discretas”* . . . . . 231

CARLOS SARDINHA

*Documentos do Arquivo Nacional dos Países Baixos: Cooperação para o Desenvolvimento*  
– *Uma intervenção do Primeiro Ministro holandês em Portugal em 1976* . . . . . 233

# 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 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 resenhas 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.









