

# PESSOA, DIREITO E DIREITOS

## Colóquios 2014/2015

### COORDENAÇÃO

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Benedita Mac Crorie



**Universidade do Minho**

Escola de Direito  
DHCI

2016

# **Pessoa, direito e direitos**

**Colóquios 2014 / 2015**

**2016**

# Ficha técnica

**Título:**

Pessoa, direito e direitos

**Coordenadores:**

Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie

***Design Gráfico:***

Pedro Rito e Célia Rocha

**Data:**

novembro 2016

**Editor:**

Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

Escola de Direito da Universidade do Minho

Campus de Gualtar

**ISBN:**

978-989-97492-2-1

# Índice

## **Apresentação**

### **Colóquio Internacional *Nos 20 anos de Life's Dominion***

**LIFE'S DOMINION'S DOMINION: DWORKIN'S APPROACH AND THE  
CURRENT LEGISLATIVE DEBATE ON ASSISTED SUICIDE IN GERMANY**  
*Steffen Augsberg* ..... 11

**DEVE O ESTADO SER NEUTRO? AS QUESTÕES DIFÍCEIS DO ABORTO E  
DA EUTANÁSIA**  
*Benedita Mac Crorie* ..... 25

**O CONCEITO DE UM PLANO RACIONAL DE VIDA E O SENTIDO DE UMA  
MORTE DIGNA**  
*Nuno Manuel Pinto Oliveira* ..... 35

### **Colóquio Internacional *Em torno de Life Time Contracts***

**PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE OS CONTRATOS DURADOUROS ESSENCIAIS À  
EXISTÊNCIA DA PESSOA**  
..... 55

***LIFE TIME CONTRACTS: UM PRIMEIRO BALANÇO***  
*Luca Nogler & Udo Reifner* ..... 65

**UMA INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS EXISTENCIAIS**  
*Nuno Manuel Pinto Oliveira* ..... 89

**SERÁ A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DESEJÁVEL NO CONTEXTO DOS *LIFE TIME CONTRACTS*?**

*António Agostinho Guedes* ..... 101

**A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS E OS *LIFE TIME CONTRACTS***

*Henrique Sousa Antunes* ..... 119

**AS FUNÇÕES DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DE *LIFE TIME CONTRACTS* (BREVE REFLEXÃO)**

*Catarina Serra* ..... 133

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO**

*Benedita Mac Crorie* ..... 151

**OS PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE OS CONTRATOS DURADOUROS ESSENCIAIS À EXISTÊNCIA DA PESSOA (*LIFE TIME CONTRACTS*)**

**ALGUNS TÓPICOS**

*José João Abrantes* ..... 163

**OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS COMO *LIFE TIME CONTRACTS***

*Jorge Morais Carvalho* ..... 165

**O CONTRATO DE CRÉDITO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO PERMANENTE GARANTIDO POR HIPOTECA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE *LIFE TIME CONTRACTS***

*Ana Taveira da Fonseca* ..... 183

**PROPORCIONALIDADE E ADAPTABILIDADE: A JURISPRUDÊNCIA DO  
TEDH NO EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO ENTRE SENHORIO E INQUILINO**

*Sandra Passinhas* .....201

**BREVES REFLEXÕES SOBRE O EXERCÍCIO (EXTRAJUDICIAL) DO  
DIREITO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO BILATERAL SINALAGMÁTICO,  
EM PARTICULAR, SOBRE AS EXCEÇÕES AO “PRINCÍPIO DAS DUAS  
OPORTUNIDADES”**

**O CASO PARTICULAR DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DURADOURAS**

*Maria João Sarmento Pestana de Vasconcelos* .....237

**Colóquio “O princípio da dignidade da pessoa humana  
e o direito privado. Repensar os direitos de  
personalidade?”**

**OS DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

*Joaquim de Sousa Ribeiro* .....253

**A (IR)RENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

*Benedita Mac Crorie* .....263

**DIREITOS (FUNDAMENTAIS) DE PERSONALIDADE?**

*Luísa Neto* .....275

**TOMANDO A SÉRIO O PERSONALISMO ÉTICO**

*Nuno Manuel Pinto Oliveira* .....277

**AUSTERIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

*Joaquim Freitas da Rocha* .....295

**DIGNIDADE HUMANA E CONTRATO**

*José João Abrantes* .....301

**A VISÃO PERSONALISTA DA FAMÍLIA E A AFIRMAÇÃO DE DIREITOS  
INDIVIDUAIS NO SEIO DO GRUPO FAMILIAR – A EMERGÊNCIA DE UM  
NOVO PARADIGMA DECORRENTE DO PROCESSO DE  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA**

*Rute Teixeira Pedro* .....313

# Apresentação

«Se [...] ousar apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais o espírito do que o poder seja maior do que hoje possa parecer ; faço-o sobretudo com o desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre ; faço-o na firme convicção de que os seus frutos se não perderão para um futuro distante».

(Hans Kelsen, «Prefácio», in: *Teoria pura do direito*, Arménio Amado, Coimbra, 1979).

Em 2014, propusemos ao Direitos Humanos — Centro de Investigação Interdisciplinar a criação de dois grupos de investigação, em *Direitos humanos e biomedicina* e em *Direito privado — fenómenos de constitucionalização, de materialização e de socialização*.

A proposta foi aceite — e, em cada um dos dois grupos de investigação, começámos a desenvolver algumas iniciativas.

Começámos em Dezembro de 2014, com um colóquio internacional sobre os 20 anos do livro de Ronald Dworkin *Life's Dominion*.

Continuámos em Maio de 2015, com um colóquio internacional sobre o livro de Udo Reifner e Luca Nogler *Life Time Contracts* e, em Dezembro de 2015, com um encontro sobre *O princípio da dignidade humana e o direito privado. Repensar os direitos de personalidade ?*

No primeiro, contámos com a presença de José de Sousa e Brito, de Manuel Carneiro da Frada, de Steffen Augsberg e de Laura Ferreira dos Santos.

No segundo, contámos com a participação de Udo Reifner e de Luca Nogler, de Agostinho Cardoso Guedes, de Henrique Sousa Antunes, de Catarina Serra, de Júlio Gomes, de José João Abrantes, de Jorge Morais Carvalho, de Ana Maria Taveira da Fonseca, de Sandra Passinhas e de Maria João Vasconcelos.

E no terceiro, no colóquio sobre *O princípio da dignidade humana e o direito privado*, entrevistaram Joaquim Sousa Ribeiro, então Presidente do



Tribunal Constitucional, Maria Lúcia Amaral, Paulo Mota Pinto, Luísa Neto, Jorge Pereira da Silva, Joaquim Freitas da Rocha, José João Abrantes e Rute Teixeira Pedro.

Nenhum acto ou gesto humano se preenche de significado se não for um acto ou um gesto partilhado. Renovamos, por isso, o nosso agradecimento a todos, por terem aceite partilhar connosco os seus conhecimentos e as suas convicções; renovamos também o nosso agradecimento a todos aqueles que se dispuseram a assistir aos colóquios que organizámos, participando nos seus trabalhos.

Em tempos, como os de hoje, em que os recursos disponíveis são tão escassos, tudo ou quase tudo o que podemos fazer depende da generosidade, da disponibilidade e (atrevemo-nos a pensar) de alguma amizade de quem se dispõe a aceitar o nosso convite.

Estamos convencidos de que nos anima a todos a mesma fé numa ciência do direito livre — e, sobretudo, estamos convencidos de que os frutos do que dissemos se não perderão num futuro mais próximo ou mais distante.

Braga, novembro de 2016

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Benedita Mac Crorie

# **Colóquio Internacional**

## ***Nos 20 anos de Life's Dominion***

Braga, 12 de Dezembro de 2014



# Life's Dominion's Dominion: Dworkin's Approach and the Current Legislative Debate on Assisted Suicide in Germany

*Steffen Augsberg*

## A. INTRODUCTORY REMARKS

In his seminal book „Life's Dominion“<sup>1</sup>, Ronald Dworkin makes the lucid and helpful distinction between the (objective, collective) sanctity of human life and the (subjective, individual) right to life.<sup>2</sup> He then goes on to argue that neither of these requires us to try to prolong each and every life at any cost. At this point his discussion is both subtle and convincing. More specifically, though, according Dworkin this analysis leads to the demand for specific mechanisms allowing people to choose, under certain conditions, whether or not to end their own life. Here I find the argumentation too generalistic and therefore not persuasive. In my view, Dworkin does not sufficiently recognise the distinct historical experiences of different countries and the legal traditions based upon these experiences. Furthermore, he does not take into account the possibility that a rigid regulation of euthanasia might be acceptable or even desirable in order to secure personal autonomy in precarious circumstances. Both of these aspects can be explained in more detail by a short description of an ongoing debate in the German parliament, the Bundestag. It concerns the question whether or not (certain forms of) assisted suicide – which at present is legal due to the fact that suicide itself is legal and assisting in a legal act cannot, according to general criminal law rules, constitute a crime – are to be outlawed or even penalised.

My argument here is developed in five steps: At first, it is worth noticing that the current legislative process is exceptional insofar as it does not follow the lines of traditional party politics and involves a great deal of interdisciplinary and comparative work (B.). Secondly, in order to properly understand the existing legal regulation of euthanasia and assisted suicide as

---

<sup>1</sup> *Dworkin, R.*: Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia, 1993.

<sup>2</sup> There are noteworthy parallels with Habermas' concept of the sanctity of the human race (as opposed to each individual human), cf. *Habermas, J.*: Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2005.

well as the different approaches to its reform, it is important to remind ourselves of the historical background. In general, much of what is being said in German constitutional law has to be understood against the country's specific historical experiences, primarily the challenge of the fascist regime. At face value, this rings especially true with regard to euthanasia, although a further scrutiny of their context creates some doubts as to the validity of the historical arguments (C.). On this basis, we can, thirdly, take a closer look at the legal framework in which a possible regulatory reform has to operate (D.) thus enabling us to better understand the different legislative proposals being discussed in the Bundestag today (E.). Finally, this overview should help understand why Dworkin's approach, regardless of how insightful, interesting and intellectually stimulating it is, offers relatively little help with the legislative task at hand (F.).

## **B. "MEETING THE NEIGHBOURS": THE CURRENT GERMAN DEBATE ON ASSISTED SUICIDE AS A PARADIGM FOR A DISCUSSION INFLUENCED BOTH BY INTERDISCIPLINARY INSIGHTS AND COMPARATIVE PERSPECTIVES**

Legal discussions tend to be rather introverted and self-centred, and lawyers are likely to regard legislative action mainly or even solely as a question of conformity with higher-ranking norms. Moreover, in the German parliamentary system at least, discussions normally are shortened by means of parliamentary or more precisely: party discipline. Although Art. 38 of the Fundamental Law states that members of Parliament „shall be representatives of the whole people, not bound by orders or instructions, and responsible only to their conscience.“, it is widely recognised that this passage does not stand in the way of order and organisation within the parliamentary groups and parliament as a whole. Thus even with regard to highly controversial topics with huge social and/or fiscal implications (e.g. the recent decisions on extending and expanding the financial support for Greece), the members of the various parliamentary groups usually vote in accordance with their respective party leaders. This method, while being a subject of constant criticism and calls for reform, has by and large been proven successful in the past. It enables parliamentarians to specialise in certain areas of expertise and allows their colleagues to follow suit where these specific topics are concerned.

The current legislative debate in Germany on the necessity to penalise assisted suicide deviates from these well-trodden paths: Its first peculiarity is the fact that the party leaders have agreed to „open up“ the debate, i.e. not to impose party discipline. This is in line with the rather strange tendency in recent years to allow members of parliament to vote according to their

conscience alone where ethical or biopolitical questions are concerned. In these (albeit rather scarce) circumstances, parliament abstains from the common practice of party discipline and adheres more strictly to the letter (although not necessarily the spirit) of the (Fundamental) Law. While it is highly doubtful that this differentiation is in itself democratically sound,<sup>3</sup> in the present context it has had very specific consequences: All four legislative proposals brought before parliament originated within parliament itself, i.e. none of them was drafted by the government, and three out of the four are based on cooperation of individual MP's across party lines. Secondly, the current debate is not limited to the field of law and the profession of lawyers. On the contrary, the deliberations have so far included i.a. religious leaders, moral philosophers, medical doctors, and representatives of the secular society.<sup>4</sup> Furthermore, the ongoing discussions also benefit from far-reaching factual and legal comparisons. Specifically, in order to support the argument against stricter regulation, regulatory concepts in countries whose approaches to euthanasia and/or (physician) assisted suicide are more liberal or care-free than Germany's are being presented as possible role-models.<sup>5</sup> One might think that this interdisciplinary and comparative perspective could (and maybe should) easily link the current parliamentary debate directly to the work of Dworkin. Yet although at its heart lie exactly the problems which are also pertinent for this conference: the sanctity or, in Dworkin's terminology, intrinsic value of human life, its relation to individual autonomy and freedom and the ways in which it is to be protected by the legal order, as far as I am aware, Dworkin's position on euthanasia as laid out in „Life's Dominion“ is not expressly made reference to. One might, however, find traces of his basic concept and ideas within the details of the various legislative proposals and their supporting arguments. It is these implicit references that I would like to stress in this short lecture.

---

<sup>3</sup> Cf. *Augsberg, S.*: „Sternstunden des Parlaments“? Ideal und Wirklichkeit biopolitischer Entscheidungsfindung in der repräsentativen Demokratie, forthcoming in: Rixen, S. (Ed.): *Ist wahrheitsorientierte Biopolitik möglich? Chancen und Grenzen partizipationsfreundlicher Institutionenarrangements bei politischen Konflikten am Lebensanfang und am Lebensende.*

<sup>4</sup> As a side-note: Having been involved in an experts' hearing held by the largest parliamentary group (CDU/CSU = the Christian Democrats), I was astonished – and a bit shocked – by the extent of involvement of religious leaders. Their influence is, however, not tangible in the final legislative proposals.

<sup>5</sup> Cf. e.g. the references to Belgium, the Netherlands, Luxemburg, Switzerland and esp. the USA (Oregon Death With Dignity Act of 1997, Washington Death With Dignity Act of 2009 and the [Vermont] Patient Choice and Control at the End of Life Act of 2013) in: *Borasio, G., et. al., Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben*, 2014, pp. 41 seq.

### C. HISTORICAL BACKGROUND: EUTHANASIA AS ANATHEMA FOR GERMAN SOCIETY

German constitutional thinking is, in general, highly influenced by the historical experiences of the 20th century. In many ways, the Fundamental Law can be read and interpreted as a normative antidote to the dangers that the country faced, the horror it suffered and the terror it inflicted on other nations and peoples in the past. Some specific sensibilities and peculiarities can be explained against this background. Whereas in other countries the influence of religion, e.g. catholicism in Southern Europe or Poland, may be significantly higher, in Germany the memory of the Nazi atrocities still shapes the current legal and political debate. Since the Nazi regime made use of the term „euthanasia“ – albeit in a completely different and perverted way, the idea of „merciful killings“ is traditionally frowned upon in Germany. As is the case with many references to Nazi Germany, mentioning these terrible crimes usually functions as an almost irresistible discussion-stopper. This is especially evident with regard to § 216 of the German Penal Code (Strafgesetzbuch=StGB). According to this norm, killing a person is a crime even if it is done in response to and according to the „victim’s“ explicit demands. In the political realm at least this norm is regarded as a taboo that is not to be touched. The one common denominator of the four legislative proposals as well as the political discussion on assisted suicide in general is the expressed conviction that § 216 StGB must not be modified.

So on the one hand there can be little doubt that the atrocities of the past still cast their shadow on the current debate. Yet on the other hand there is a sense there might be some mitigating factors. Firstly, we have to wonder whether the importance of the historical experience on the collective psyche in Germany has been exaggerated. Historians have provided us with good evidence that at least within the medical profession of the post-war period, relatively little attention was paid to past crimes.<sup>6</sup> Secondly, according to recent polls large parts of the populace do not share the taboo so evidently dominant in the political sphere. Questioned on their preferences with regard to assisted suicide, a solid majority state they would expect and accept „help“ from their respective physicians. Obviously the subtle juridical differentiation

---

<sup>6</sup> Cf. the various publications of the Giessen university research project „Thematisierung der NS-Medizin in der Nachkriegszeit“, esp.: Roelcke, V./Topp, S./Lepicard, E. (Eds.): *Silence, Scapegoats, Self-Reflection: The Shadow of Nazi Medical Crimes on Medicine and Bioethics*, 2014; Roelcke, V./Lepicard, E. (Eds.): *Medical Narratives on National Socialist Euthanasia: Professional Identity and Ethics between Politics of Memory and Historiography* (= *Korot – The Israel Journal of the History of Medicine and Science* 19 [2007/2008], 2009, Special Issue), 2009.

between (*de lege lata*: legal) assisted suicide and (*de lege lata* and, according to all relevant political actors, *de lege ferenda*: illegal) voluntary killing on request<sup>7</sup> is not only unknown, but also irrelevant to the lay man. Of course when reading these polls, we have to keep in mind the well-known potential imprecision of demoscropy. More importantly, in a representative democracy legislative reform is not designed directly according to popular demand or widespread misconceptions of the law. And yet the mere fact that there appears to be such a blatant hiatus between the political class and the general public merits the question whether and if yes, why the criminalisation of the killing on request is to be upheld. Thirdly, we have to recognise that the Nazi program of euthanasia consisted not of voluntary killings, but of murders, thus rendering the connection between these crimes and the current legal regulation frail at best. Even more relevant from a legal point of view is the fact that while historical experiences may influence and explain legislative decisions, they do not in themselves serve as a sufficient legitimacy basis. *Historia docet*, but it does not put forward legally binding demands. In other words: § 216 StGB, the criminalisation of voluntary killing on request, cannot be explained and legitimized by objective, supra-individualistic arguments. This is why modern criminal lawyers agree that the norm serves to guarantee individual autonomy by securing that fleeting moments of desperation must not be exploited.<sup>8</sup> If this reconstruction of the norm's *telos* is accepted as both legally and morally convincing, it leads pretty straightforwardly to another conclusion: There may be other, equally dangerous inferences on the autonomous decision-making process. These, too, could (and maybe should) therefore be subjected to further regulation.

#### **D. THE NORMATIVE FRAMEWORK FOR EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE DE LEGE LATA**

At this point it is necessary to present at least a very short overview of the normative framework that such regulatory reform would have to operate within. In the given context this means that not only do we need to focus on the general constitutional law provisions regarding (assisted) suicide (I.), but

---

<sup>7</sup> In short: The two scenarios can be differentiated by a distinction that, although theoretically persuasive, can prove rather difficult in practice: we have to impugn whether the final act of killing is taken by the „victim“ who is merely assisted by another person or whether this person is responsible for this act.

<sup>8</sup> Cf. *Schneider, H.*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, Second Edition 2012, § 216 Rn. 2 seq. with further references.



also on the conditions under which the Fundamental Law allows for the use of criminal law (II.)

## I. A FUNDAMENTAL RIGHTS BASED APPROACH TO THE PROBLEM

Like many modern constitutions, the German Fundamental Law does contain the right to life. Its Art. 2 subsection 2 does, however, not only concern the physical integrity of the human body. Read together with the right to free development of the individual personality (Art. 2 subsec. 1 and Art. 1 subsec. 1) the norm constitutes an encompassing fundamental right to individual self-determination. This dynamic individual right to make decisions over one's own physical and mental integrity is, of course, especially relevant in the field of medical attention (be it curative or palliative). Although naturally patients tend to rely upon the expertise and experience of the medical professionals involved in their care, the constitution guarantees that the latter have to behave according to the former's wishes. Therefore it is the patient, not the physician, who decides which procedure is to be applied. This decision is to be observed even where – from a purely medical point of view – it appears „wrong“ oder „irrational“. The main goal of the medical treatment is not to secure or restore the patient's health; rather, it is his informed consent that functions as the primary guideline for the medical professionals. From a fundamental rights perspective the hierarchy is very clear indeed: *Voluntas, non salus aegroti suprema lex.*<sup>9</sup>

This right to autonomy does not end where life-threatening decisions are concerned. On the contrary, patients are guaranteed the right to decide whether they agree to a life-saving operation or treatment. Just as treating a patient is reliant upon his or her informed consent, the informed dissent or veto given by a mentally sound person is binding for the medical professionals. There is no duty of care against the patient's wishes. On the contrary: Continuing treatment against his or her wishes means violating his or her physical integrity – from the criminal law point of view it constitutes assault. As long as the patient is aware of the risks and consequences this is the case even where non-treatment will lead to the patient's death.

About these questions there appears to be a broad, maybe even universal consensus among German constitutional lawyers. At this point Dworkin, too, would agree. For even though he argues in „Life's Dominion“ that we have to differentiate between the sanctity of life and the right to life

---

<sup>9</sup> Cf. *Höfling, W.*: *Salus et/aut voluntas aegroti suprema lex – Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen*, 2009, pp. 119 seq.

and that the latter can only be attributed to individuals capable of having and protecting interests,<sup>10</sup> thus excluding foetuses and embryos,<sup>11</sup> this distinction, of course, cannot similarly be applied to the problems of suicide and euthanasia. In fact, coming back to the German Fundamental Law, the only contentious issue concerns the question whether the constitution does guarantee the right to take one's own life, meaning there is, as it were, a fundamental right to suicide.<sup>12</sup> Indeed it does sound contradictory to provide safeguards both for human life as well as the right to end it. However, any interpretation that does not recognise the „right to suicide“ faces highly problematic consequences: Denying the right to end one's own life would be tantamount to establishing a duty to continue living under any circumstances – and that is obviously not acceptable from a fundamental rights perspective.<sup>13</sup> In stark contrast to religious beliefs this constitutional based approach does not treat life as sacred or as an intrinsic, untouchable value *per se*, but as an individual right or even as a personal commodity.

So in short, according to the German Fundamental Law each individual is entitled to end his or her life. Thus a great part of the characteristic problems with regard to the legality of suicide which are so prominent within the American legal system (and build the background to Dworkin's analysis in „Life's Dominion“) do not exist in Germany. Here, suicide is not only not a criminal offense, but in principle protected by the law. This also means that assisting a person committing suicide is not punishable either. The Penal Code does, however, provide in its § 216 for the criminalisation of euthanasia, i.e. the active killing of another person, even if it happens in strict accordance to this person's expressed wishes. As stated above, the logic behind the criminalisation of killings on request cannot be solely seen in the general taboo of killing another person. Rather, the involvement of another person changes

---

<sup>10</sup> *Dworkin, R.*, *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, 1993, p. 20: „the scarcely comprehensible idea that an organism that has never had a mental life can still have interests“.

<sup>11</sup> It is highly doubtful whether such a position is in accordance with the German Fundamental Law, even though the Federal Constitutional Court's decisions on the criminalisation of abortion might be interpreted in a similar sense. Cf. *Augsberg, S.*: *Würde des Menschen als Gattungswesen. Zur Verrechtlichung des Gattungsgargumentes*, in: *Dabrock, P./Denkhaus, R./Schaede, S.* (Eds.), *Gattung Mensch. Interdisziplinäre Perspektiven*, 2010, pp. 385 seq.

<sup>12</sup> Cf. for the sceptical position e.g. *Di Fabio, U.*: *Maunz/Dürig* (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 2 Rn. 47 with further references.

<sup>13</sup> Cf. in this sense (among others) the recent recommendation by the German Ethics Council (Deutscher Ethikrat): „Zur Regelung der Suizidbeihilfe in einer offenen Gesellschaft: Deutscher Ethikrat empfiehlt gesetzliche Stärkung der Suizidprävention“ (18.12.2014), p. 3.

and challenges the basic conception of a conscious and autonomous decision to end one's own life.

Moreover, accepting the fundamental law basis of the autonomous decision to end one's life is does, of course, not automatically encompass the state's duty to supply legal mechanisms to successfully complete such an endeavour. Neither the Fundamental Law nor the Europea Convention on Human Rights nor the European Union's Charter of Fundamental Rights contain an entitlement of this sort.<sup>14</sup> On the other hand, it does not preclude the states from implementing protective measurements, either. With regard to the high value the legal system places on human life, a specific sensibility is needed: Since both the human autonomous decision-making and the physical integrity are to be protected, it is not only legally acceptable, but in principle necessary to prevent suicides and suicide-attempts. The rationale being that under normal circumstances it is almost impossible to know whether the suicide (attempt) is grounded in an autonomous, conscious and well-thought out decision and that it is better to err on the side of caution. It is not only the duty to protect other people's (fundamental) rights – the classic example being traumatized trains conductors – but primarily this cognitive insecurity, the unavoidable ignorance whether the decision has really been take autonomously and without undue influence that legitimizes the state's action against suicide attempts. Empirically this approach can be validated by pointing at statistics according to which the number of suicide attempts is 10 to 20 times higher than the number of „successful“ suicides.<sup>15</sup> Obviously there exists a massive chasm between the fleeting wish to commit suicide and the long-time wish for survival.

## **II. CRIMINAL LAW PROVISIONS**

But is it really necessary to incorporate such provisions in the Penal Code? In a liberal system, this question has to be asked and answered. In our case I am, however, convinced that even if we keep in mind the generally speaking strict conditions under which criminal sanctions are lawful under the German constitutional regime (1.) the answer is „Yes“ (2.).

### **1. REGULATING PENAL LAW IN GENERAL**

Criminalising a behaviour means using the legal system's most rigid sanctioning mechanism. Penal law provisions therefore must serve (only) to

---

<sup>14</sup> Likewise the legislative proposal BT-Drs. 17/11126, pp. 7 seq.; BR-Drs. 230/06, p. 1.

<sup>15</sup> Cf. e.g. *Fiedler, G.*: Suizide, Suizidversuche und Suizidalität in Deutschland – Daten und Fakten 2005, <http://www.suicidology.de/online-text/daten.pdf>.

enforce basic shared convictions. If the law describes a given society's „ethical minimum“<sup>16</sup>, then the criminal law must be held to an even stricter standard. The severity of the sanctions as well as the stigma that goes along with a criminal conviction guarantee that trespasses against these norms are reduced as much as possible. Penal law provisions contain bans in the strict sense of the word and thus form specifically intense infringements of individual liberties. For this reason they must not be used in order to protect mere moral convictions or where individual rights are not (or not yet) at risk.<sup>17</sup> Furthermore, penal law provisions demand specific legislative care. They have to state their respective aims clearly, are to be formulated in a language that is both precise and easily understandable and they must avoid unwanted negative effects. In general, new provisions should only be incorporated into the Penal Code when there are no convincing other options.

## 2. CRIMINALISING ASSISTED SUICIDE

However, even against this reminder of the general preconditions and limits of criminal law legislation, in the current legislative debate there is no need to worry that these standards are not met. For once, in the case of assisted suicide – as with § 216 StGB – the law aims at protecting the most valuable assets, namely human life and individual autonomy. It stipulates that these are at least abstractly endangered where other persons or organisations are involved because their involvement casts a doubt over the basic assumption of self-responsibility that guarantees the legality of suicide (attempts). Clearly, putting life and autonomy at risk warrants a legal reaction and even a change in the the penal law. This is especially true as other, non-criminal law based measures have been found wanting in the past. According to recent experience neither administrative law norms nor regulations on substance abuse and (medical) professional behaviour have been able to effectively put a halt to the attempts to establish assisted suicide as a normal service in Germany.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. *Jellinek, G.*: Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878.

<sup>17</sup> Cf. *Hart, H.L.A.*: Law, Liberty and Morality, 1963; from a German criminal law perspective e.g. *Jakobs, G.*: Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012; *Wohlers, W.*: Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000.

<sup>18</sup> For example, in the case of a Berlin-based physician who claims to have assisted 150 persons with their suicide, not only was there no criminal prosecution, but an administrative court even found no reason for a ban on the grounds of professional misbehaviour (VG Berlin, Judgement of March 30th 2012 – VG 9 K 63.09 = *Medizinrecht* 2013, pp. 58 seq.). A spiritual adviser who admittedly had been assisting with multiple suicides was only found guilty of illegally importing and distributing narcotics in one instance (BGH, Judgement of February 7th 2001 – 5 StR 474/00 = *BGHSt* 46, pp. 279 seq.).

Relying on administrative control mechanisms or licensing programs would also be an insufficient alternative. Not only would the enforcement most likely prove to be very difficult, but such an arrangement would even have counterproductive effects: it would help to further strengthen the agenda to „normalise“ assisted suicide since the „Sterbehelferorganisationen“ could point to the „stamp of approval“ of being state-policed.<sup>19</sup>

Finally, the choice to implement the regulation of assisted suicide within the Penal Code does have one further advantage: In the German federal system, the regulation of professional behaviour is in general a matter of state law. Therefore it has been pointed out that the two legislative proposals that aim to change just the Civil Code<sup>20</sup> are unconstitutional on the grounds that the competence for the regulation of the medical profession does not lie with the federal level („Bund“) but falls within the sphere of the states („Länder“).<sup>21</sup>

## **E. ORIGIN AND OUTLINE OF THE ONGOING DEBATE**

In the fall of 2015, the Bundestag will discuss and in all likelihood decide on four legislative proposals. Before these proposals can be described in more detail (II.), it is important to have a look at the factual developments that have brought about this legislative action (I.).<sup>22</sup>

### **I. "DEMOGRAPHIC CHANGE" AND THE RISE OF "STERBEHELFERORGANISATIONEN" (ORGANISATIONS SPECIALISING IN ASSISTED SUICIDE)**

As described above, in the given criminal law system assisted suicide is not a punishable offence. This can, of course, be regarded as an integral and intentional consequence of the legal system's approach to suicide in general. It might, however, also be perceived of as a loop-hole. In any case the legality of assisted suicide has enabled the emergence of a variety of so-called

---

<sup>19</sup> BT-Drs. 17/11126, p. 8.

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/5374 and 18/5375.

<sup>21</sup> Cf. the expert opinion drafted by the Bundestag's own team of legal advisers (Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags), Gesetzentwürfe zur Sterbebegleitung Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Bestimmtheitsgebot, WD 3 – 3000 – 155/15 of August 5th, 2015.

<sup>22</sup> Disclaimer: Having previously co-authored a similar proposal as an academic project (<http://stiftung-patientenschutz.de/uploads/files/pdf/hib/StellungnahmeGesetzentwurfAssistierterSuizid20120604.pdf>), I have been actively involved in drafting the second legislative proposal (Brand et. al.).

„Sterbehelferorganisationen“. Of course the term in itself is euphemistic as it appeals to the idea of assisted dying whereas what is really meant is assisted suicide. While the numbers are still quite low, they are apparently growing and the attention and recognition received by these organisations have initiated an intensive political debate. This debate has to be understood against the background of the – another euphemism – „demographic change“ within German society. Not only for the last couple of years, but for decades the demographic development has taken a highly problematic turn. As the former President Koehler infamously put it: „We are getting older and older, but we don't have children anymore.“ This aging society does affect a whole range of political topics, not the least of which are the ever-growing costs of the national health service. Clearly under these circumstances the idealistic idea of self-determination regarding end-of-life decisions must be regarded with even more scrutiny. The potential for abuse is evident.<sup>23</sup>

## **II. A SHORT DESCRIPTION OF THE MOST RELEVANT LEGISLATIVE AGENDAS**

In the course of the ongoing debate, the Bundestag has already passed a law that serves to better the conditions for palliative care. As stated before, the current debate focuses on the question of whether assisted suicide should be penalised or whether it should be permissible if certain (mainly procedural) conditions are met. The proposals range from not changing the law at all to penalising all forms of assisted suicide.

1. A first legislative proposal (MP Sensburg et al.)<sup>24</sup> aims at incorporating a new provision in the Penal Code that bans any form of assisted suicide. While this obviously serves to produce an easily understandable and clear-cut solution, it is also highly problematic from a constitutional law point of view: Since the new norm does not differentiate between suicides where the autonomous decision is beyond doubt and suicides where that is not the case, it criminalises assistance even where the suicide itself is protected by the respective individual's fundamental rights.

2. The second legislative proposal (MP Brand et al.)<sup>25</sup> does also contain a new criminal law provision (§ 217 StGB). However, in this proposal this norm does not criminalise any form of assisted suicide. Rather, it penalises only acts of assistance that are organised and meant to be provided

---

<sup>23</sup> For a humorous yet quite scary take on the subject visit <http://freakonomics.com/2015/08/27/are-you-ready-for-a-glorious-sunset-a-new-freakonomics-radio-episode/>.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/5376.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/5373.

continuously and in many cases. The rationale behind this proposal is that persons and/or organisations providing this kind of assistance are likely to have interests of their own and develop their own agenda thereby possibly contravening the wishes of the suicidal person. Thus under such circumstances it can be presumed that there is at least an abstract risk to an autonomous decision-making process and the human life depending on this process.

3. The third proposal (MP Künast et al.)<sup>26</sup> does not want to alter the Penal Code, but establishes a separate statute. Within this statute, however, it, too, contains a criminal law provision according to which certain forms of assisted suicide are penalised. Where the second proposal looks at continuance and organisation, this proposal relies on the financial aims of the persons giving assistance. The problem with this approach is a) that it can easily be circumvented and b) that it is quite possible that an undue influence is exerted even when there no financial interests involved.

4. Finally, the fourth proposal (MP Hintze et. al.)<sup>27</sup> does not want to criminalise assisted suicide at all. On the contrary, the proposal aims to clarify its legality by integrating norms into the Civil Code that specify the conditions under which assisted suicide is legal. Among these conditions are the fact that the suicidal person (in the proposal's terminology: the „patient“) is an adult and mentally sound, yet suffering from a mortal and incurable illness, that the assistance is given by a physician and that certain steps are taken to ensure that the „patient's“ decision is sincere, final and given voluntarily. As with the third proposal, there are good arguments that this proposal is formally unconstitutional due to the fact that the Bundestag lacks the necessary competence to legislate on these matters. Furthermore, the fact that the proposal summarily excludes minors as well as persons who are not terminally ill stands in stark contrast to the fundamental law's basic concept that no human life is more or less valuable than another. Finally, while there is some appeal in the idea that a procedural mechanism could be used to safeguard an autonomous decision, it is doubtful that this will work. Quite obviously even the drafters of the proposal do not trust their own concept, because if they did there would be no reason not to extend it a) beyond the restricted circle of persons and b) to instances of killing on request (§ 216 StGB).

5. It remains to be seen how the Bundestag decides. As things stand, only the second proposal does not invoke serious legal doubts. It is, however, quite possible that under these circumstances the Bundestag will vote not to change the law at all, leaving everything at it is.

---

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/5375.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/5374.

## **F. LIFE'S DOMINION'S DOMINION: NATIONAL EXPERIENCES AND DISCIPLINARY EXPECTATIONS AS BOUNDARIES**

As we have seen, Dworkin's tentative and balanced, yet by tence liberal approach is not clearly tangible in the ongoing discussions. His concept of life's intrinsic value can (and maybe must), however, be understood against the background of a nation's specific historical experiences and the legal traditions built upon those experiences. Even if, in Germany, there is a trend in recent years to discuss „euthanasia“ more frankly and open-mindedly, the past still lingers on in the current debate and shapes recent events. Another aspect that links this discussion to Dworkin's work concerns the use of paternalistic legislation: In the traditional liberal view, attempts by the state to educate and direct its citizens according to a specific idea of an accomplished life are to be frowned upon. To put it simply, in a liberal society the individual is free to do as he or she pleases, and as long as this does not put others at risk, it is no one else's, especially not the state's business. With regard to the case at hand, however, we must also acknowledge that criticising state action as paternalistic might often be oversimplistic. For as we have seen the concept of human autonomy and autonomous decision-making is indeed very complicated and complex, sometimes even dubious. Even if it is not dicarded as a myth altogether, it is highly context-sensitive and worthy of both close scientific (juridical) attention and maybe even legal protection. In my view, that is one of the lasting lessons we can take from the debate on the criminalisation of assisted suicide.





# Deve o Estado ser neutro?

## As questões difíceis do aborto e da eutanásia

*Benedita Mac Crorie*

O tema que nos propomos tratar diz respeito ao papel que o Estado deve assumir a propósito das “questões difíceis”<sup>28</sup> do aborto e da eutanásia. Tratando-se este colóquio de um colóquio comemorativo da obra de Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, gostaríamos de, num primeiro momento, enquadrar cada uma das questões que nos propomos abordar no pensamento do Autor para, a partir daí, passar para a nossa própria análise destas problemáticas no ordenamento jurídico português.

### 1. O ABORTO

Em relação à questão do aborto, e em traços muito gerais, a obra de Dworkin parte de uma distinção que o Autor considera essencial entre uma “objecção derivativa” ao aborto, que parte da consideração do feto como um ser com interesses próprios e titular de direitos, e uma “objecção independente”, que se funda no valor intrínseco da vida humana<sup>29</sup>.

Para o Autor esta distinção é essencial porque a confusão entre estes dois planos tem “envenenado” a discussão pública sobre o aborto. Segundo ele, os defensores do movimento pró-vida parecem defender que o feto é já

---

<sup>28</sup> Sobre o conceito de *hard cases*, ver RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 2.<sup>a</sup> impressão (com resposta a críticas), Duckworth, London, 2009, pp. 81 ss; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. 119 ss; ANABELA LEÃO, “Em torno dos conceitos de regra e de princípio. A polémica entre Hart e Dworkin”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 66. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, (trad. MARINA GASCÓN), 8.<sup>a</sup> Edição, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 139, utiliza a expressão “casos críticos” e considera que estes são os casos “sobre os quais não existe acordo (...) entre os intérpretes acerca do sentido e do valor que se lhes deve atribuir”. O Autor dá como exemplos as questões que se relacionam com os temas da vida (a concepção, o aborto), da morte (a eutanásia), da saúde (os transplantes, a engenharia genética) e da bioética em geral.

<sup>29</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, Vintage Books, New York, 1994, pp. 11 e ss.

uma pessoa, com os inerentes direitos, desde a concepção, mas na verdade muito poucos realmente acreditam nisso, ou levam esta sua posição até às últimas consequências. Assim sendo, defende que o que realmente divide as pessoas é a forma de interpretar uma ideia fundamental e que todos compartilhamos, que é a de que a vida humana é sagrada<sup>30</sup>.

Nessa medida, a questão central que entende que se deve colocar é a seguinte: pode o aborto ser considerado ilegal para protecção da santidade ou da inviolabilidade da vida humana? Pode uma comunidade política tornar valores intrínsecos em questão de decisão colectiva em vez de questão de escolha individual<sup>31</sup>?

Dworkin considera que a criminalização do aborto implica que os poderes públicos tomem uma posição acerca de um assunto que é essencialmente do foro religioso. A crença que cada um de nós tem a propósito do valor intrínseco da vida é tão profunda e espiritual como qualquer outra crença, ainda que possa não estar explicitamente ligada a uma religião. Nesse sentido, faz um apelo à tradição de liberdade de consciência em democracias modernas plurais, considerando que é uma terrível forma de tirania, destrutiva da responsabilidade moral, a comunidade impor princípios de fé ou convicções individuais. Assim, defende que o Estado deve assumir uma posição de neutralidade neste domínio<sup>32</sup>.

Aquela que nos parece ser uma das críticas mais pertinentes à obra de Dworkin (não pondo em causa, evidentemente a sua importância extraordinária) prende-se com a separação estrita que o Autor estabelece entre questões de direito e questões de valor, estando estas últimas arredadas da esfera pública, particularmente se pretendermos transpor as suas ideias para a ordem jurídico-constitucional portuguesa.

Num texto em que comenta a obra de Dworkin, Jeremy Waldron faz uma crítica ao seu pensamento que vai precisamente nesse sentido, dizendo o seguinte: “No final, Dworkin mantém a sua argumentação apenas insistindo que a atribuição de direitos nada tem que ver com questões de valor intrínseco (...).” Waldron considera, no entanto, que “não estamos em posição de dizer

---

<sup>30</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom* cit., pp. 13 ss.

<sup>31</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 26.

<sup>32</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 15.

que as nossas controvérsias sobre valor devem estar fora da tomada de decisão colectiva acerca da lei (...)”<sup>33</sup>.

Dworkin preconiza a neutralidade do Estado liberal e considera que as decisões políticas devem ser, na medida do possível, independentes de qualquer “concepção da vida boa”<sup>34</sup>. Ora a crítica basilar que se tem dirigido ao liberalismo neutral, no qual se insere o pensamento do Autor, é a de que as normas de direitos fundamentais não resultam de uma “posição original”, mas antes de uma “experiência’ histórico-socialmente situada”<sup>35</sup>. É, então, a constatação de que os homens não existem “em estado puro”, mas “situada e comprometidamente”, que fundamenta a oposição a esta perspectiva<sup>36</sup>. Os preceitos relativos aos direitos fundamentais traduzem o reconhecimento de “bens ou valores” importantes para uma dada comunidade e que justificam esses mesmos preceitos<sup>37</sup>.

Há, então, uma “unidade de sentido cultural nos direitos fundamentais”, o que não significa, no entanto, a aceitação de “uma determinada teoria dos valores” ou “o reconhecimento de uma ordem de valores hierárquica, abstracta e fechada”, sendo “a ordem constitucional dos direitos fundamentais uma ordem *pluralista e aberta*”<sup>38</sup>. É o princípio da dignidade da pessoa humana que confere essa “unidade de sentido” aos direitos fundamentais<sup>39</sup>. Tal implica que devamos partir de uma concepção de

---

<sup>33</sup> JEREMY WALDRON, “The Edges of Life”, publicado a 12 de maio de 1994, disponível em <http://www.lrb.co.uk/v16/n09/jeremy-waldron/the-edges-of-life> (11.01.2016).

<sup>34</sup> RONALD DWORKIN, “Liberalism”, in STUART HAMPSHIRE (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, p. 127.

<sup>35</sup> FERNANDO J. BRONZE, “Pessoa, Direito e Estado”, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO - PEDRO PAIS DE VASCONCELOS – PAULA COSTA E SILVA (orgs.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 317.

<sup>36</sup> LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 51.

<sup>37</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 100.

<sup>38</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 100 e 101. Considerando que “a transformação da teoria dos valores numa teoria dos princípios evita a temida ‘tirania dos valores’ sem se cair numa (impossível) indiferença aos valores”, ver JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra Editora, 1995, p. 162.

<sup>39</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 103.

bem que “inclua de maneira essencial a autonomia”<sup>40</sup>, uma vez que o princípio da dignidade se consubstancia precisamente na ideia de (igual) autonomia.

Assim, o Estado deve ser plural, mas não tem necessariamente de ser neutral. Nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, o “princípio do pluralismo” obriga o Estado a assegurar aos seus cidadãos, “por intermédio da democracia e dos direitos fundamentais, ‘certos espaços de autodeterminação em que [os poderes políticos e sociais] não podem entrar’”. Por seu lado, “o princípio da neutralidade” impõe que o Estado “escolha, em cada caso concreto, soluções inteiramente neutras em relação às autocompreensões individuais e colectivas”. Daqui se retira que “o Estado contemporâneo está subordinado ao princípio do pluralismo; não está, no entanto, subordinado ao princípio da neutralidade”<sup>41</sup>.

Tudo isto para dizer que, ainda que não se entenda que o feto seja titular de um direito subjectivo à vida, tal não deve significar que, conseqüentemente, não deva gozar de nenhuma protecção. Não nos parece que esta tenha de ser uma questão de “tudo ou nada”. O que está em causa não é, em alternativa, apenas o valor intrínseco que cada um de nós atribui à vida, mas antes o valor que enquanto comunidade decidimos atribuir a este bem, erigido em bem constitucionalmente protegido.

Tal tem vindo a ser o caminho trilhado pelo Tribunal Constitucional Português, quando afirma, por exemplo, no Acórdão n.º 617/2007<sup>42</sup> que: «[d]a inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjectivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjectivo à vida de uma protecção objectiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento».

Assim, a vida humana é um bem jurídico-constitucionalmente protegido e o TC tem entendido que para o Estado, mesmo que se considere que o feto não é titular de um direito subjectivo à vida, decorre um dever de proteger essa “vida em formação”. Apesar disso, na ponderação que fez entre o direito ao desenvolvimento da personalidade da mulher de um lado, e a

---

<sup>40</sup> CARLOS S. NINO, “Liberalismo versus Comunitarismo”, in Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1, 1988, p. 374.

<sup>41</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio Sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 163.

<sup>42</sup> <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070617.html>.

dimensão objectiva do direito à vida do outro, entendeu que esse dever de proteger o direito à vida não implica necessariamente a criminalização do aborto, na medida em que o direito penal é a última *ratio* e haverá outras formas de tutelar este bem.

Também no Acórdão 75/2010<sup>43</sup> o TC foi chamado a pronunciar-se acerca do modo como foi regulamentada a interrupção voluntária da gravidez, precisamente no sentido de avaliar se o Estado cumpriu devidamente o dever de protecção decorrente da norma que consagra o direito à vida e se não poderia estar aqui em causa um défice de protecção, ou uma proibição de insuficiência. Nas palavras do Tribunal: “O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida *mínima*, sendo violada a *proibição de insuficiência* (“*Untermassverbot*”) quando as normas de protecção ficarem *aquém* do constitucionalmente exigível<sup>44</sup>.”

Uma das questões colocadas no Acórdão prendia-se com saber se a consulta a que a grávida necessariamente tem de comparecer e que é uma consulta meramente informativa, é ou não idónea e suficiente para o fim a que se destina – a tutela da vida humana intra-uterina.

Quanto a essa questão, tendemos a concordar com o voto de vencida da Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, no qual considera que há efectivamente um défice de protecção, particularmente no que se refere à *consulta obrigatória*, que, na sua opinião, “deveria ser o lugar sistémico para o cumprimento do dever estadual de protecção da vida – tornando-se por isso *aberta em relação ao resultado*, por dela não dever resultar nenhuma imposição da conduta futura da grávida, mas *comprometida quanto aos seus próprios fins*, por implicar um reconhecido empenhamento do Estado quanto à desincentivação do aborto –, o que não acontece porque vem a ser regulada pelo legislador como se, afinal, de um estrito procedimento formal se tratasse

---

<sup>43</sup> <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>.

<sup>44</sup> Sobre o princípio da proibição do défice, ver JORGE PEREIRA DA SILVA, “Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 185 ss; JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 76 e 77; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 273; OLIVER KLEIN, “Das Untermassverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung”, in *JuS*, n.º 11, 2006, p. 961; DIETER GRIMM, “The protective function of the state”, in GEORG NOLTE, *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 151.

(para além de nela não poderem estar presentes, por proibição decorrente do n.º 2 do artigo 6.º da Lei, os médicos objectores de consciência).”

Tendemos a concordar com esta posição porque pensamos que é importante que se entenda o aborto como uma lesão de um bem jurídico constitucionalmente protegido, e não como uma conduta meramente neutra.<sup>45</sup>

No que se refere à questão do aborto, não nos parece, então, que esta seja uma questão que deva apenas ser remetida à consciência individual de cada um, tendo aqui o Estado um papel a cumprir, ainda que esse papel não tenha de passar pela criminalização da conduta. Ainda assim, parece-nos importante que o Estado leve a cabo políticas públicas e legisle no sentido de evitar a sua banalização.

Há ainda uma questão que consideramos importante discutir a este propósito e em relação à qual a lei é omissa: o problema da reincidência. Parece-nos que deve haver por parte do Estado uma atenção especial a estas situações, ainda que nos pareça que a solução do problema não deve passar por medidas punitivas, nomeadamente a imposição do pagamento de taxas moderadoras para quem reincida.

## 2. A EUTANÁSIA

Voltando novamente à obra de Dworkin, quanto ao fim da vida a perspectiva do Autor parte da mesma ideia de que o que está em causa é o valor intrínseco que se atribui à vida, sendo que a escolha do momento da morte deve ser deixada à consciência individual de cada um, considerando que estas questões que se colocam nos dois extremos da vida têm muito em comum<sup>46</sup>. Para Dworkin, a escolha da forma de morrer pode ser decisiva para o próprio sentido que pretendemos atribuir à nossa vida. Assim, a convicção

---

<sup>45</sup> Independentemente de estarmos ou não de acordo com as medidas adoptadas, a Lei n.º 136/2015, de 7 de Setembro, que veio alterar a Lei n.º 16/2007, de 17 de abril, sobre exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, parece ter ido nesse sentido, ao estabelecer a obrigatoriedade de a mulher comparecer a consultas com um psicólogo e um técnico de serviço social, bem como a possibilidade de os médicos objectores de consciência poderem participar nas várias fases do processo de aconselhamento. Esta lei foi entretanto revogada.

<sup>46</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., pp. 179 e 218.

de que a vida humana é sagrada pode acabar por se tornar em argumento decisivo a favor em vez de contra a eutanásia<sup>47</sup>.

Pensamos que a argumentação do Autor é mais convincente no que diz respeito a esta questão, uma vez que aqui não está envolvido um “ser em potência” (ou o que lhe queiramos chamar) que é externo à pessoa que decide morrer e que, ainda que se possa considerar que não é titular de um direito subjectivo à vida, goza da protecção que decorre deste direito na sua dimensão objectiva. Trata-se da escolha que a própria pessoa faz acerca do modo como pretende terminar a sua própria vida e, na nossa perspectiva, esse facto faz com que não possamos pensar os dois problemas exactamente nos mesmos termos.

Há diferentes razões que podem ser invocadas por quem se opõe à liberdade de escolha em fim de vida. O Autor refere que muitas vezes são razões paternalistas que estão na base dessa oposição, defendendo-se que mesmo quando as pessoas decidem em consciência morrer, ainda assim é mau para elas que o façam, pelo que não se deve permitir a eutanásia<sup>48</sup>.

Com o termo paternalismo pretende-se designar a “privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular protecção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de actos contrários ao seu próprio interesse”<sup>49</sup>. O paternalismo estadual goza de uma característica que o distingue das restantes medidas restritivas do Estado: a “finalidade específica da restrição da liberdade”. Neste caso, o fundamento invocado é a protecção da pessoa contra possíveis “más escolhas” que esta possa fazer e não a defesa de interesses públicos ou de terceiros<sup>50</sup>. Está aqui em causa a protecção da pessoa contra si própria.

Ora o paternalismo é, desde logo, suspeito na perspectiva dos direitos fundamentais porque põe em causa o conteúdo de autonomia neles presente, ao permitir que essa autonomia apenas se exerça se se dirigir à promoção do próprio bem<sup>51</sup>. Na base da protecção da pessoa contra si mesma encontra-se uma concepção de dignidade da pessoa não apenas enquanto princípio

---

<sup>47</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 196 e p. 218.

<sup>48</sup> RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 192.

<sup>49</sup> FABRIZIO COSENTINO, “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati”, in *Quadrimestre*, n.º 1, 1993, p. 120.

<sup>50</sup> KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 11 e 12.

<sup>51</sup> JOEL FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986, p. 58.



fundante da liberdade individual mas que se pode sobrepor a esta última, justificando restrições ao exercício das liberdades individuais<sup>52</sup>. Uma das razões invocadas pelo Estado para obrigar o titular da dignidade a um comportamento conforme à dignidade é o facto de este considerar que sabe, melhor do que o próprio titular, avaliar os seus interesses<sup>53</sup>.

Não estamos, no entanto, de acordo com esta interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana. Deve ser o próprio sujeito a determinar o que é para si mais ou menos digno. Uma “valoração paternalista”, que transfere para o Estado “a decisão última sobre aquilo que as pessoas devem ou não valorar na sua vida”, independentemente da sua vontade, converte os direitos em deveres<sup>54</sup>. Ora não há, nem deve haver, como regra, “direitos obrigatórios” em Estado de Direito<sup>55</sup>. Nas palavras de Dworkin, “as decisões sobre a vida e a morte são as mais importantes, as mais essenciais para a formação e expressão da personalidade, que alguém pode tomar. Consideramos que é essencial tomar essas decisões correctamente, mas também entendemos ser essencial tomá-las por nós próprios”<sup>56</sup>.

Pensamos que podem ser legítimas medidas estaduais paternalistas quando, nas palavras de Jorge Reis Novais, estejam em causa as possibilidades de “autodeterminação futura” da pessoa<sup>57</sup>. Sendo a autonomia um valor central na nossa ordem jurídica e cabendo ao Estado criar condições de autonomia, será legítimo que se tomem medidas no sentido de evitar que o titular do direito leve a cabo uma intervenção que lhe retire a possibilidade de se autodeterminar livremente no futuro<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> JEAN-PHILIPPE FELDMAN, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, in *Droits*, n.º 48, 2009, pp. 88 e 89.

<sup>53</sup> KAI FISCHER, *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 192.

<sup>54</sup> LUÍSA NETO, “O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 226.

<sup>55</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição*, Coimbra Editora, 1996, pp. 286 e 287. Embora sejam de admitir excepções, como é o caso dos direitos-deveres.

<sup>56</sup> RONALD DWORKIN, *Life’s Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 239.

<sup>57</sup> É também essa a posição de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., p. 318.

<sup>58</sup> MARTINA DOROTHEE EPELT, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, GCA-Verlag, Herdecke, 1999, p. 124; REINHOLD ZIPPELIUS – THOMAS WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 195.

Pensamos que este raciocínio não deve, no entanto, ser transponível para a escolha de terminar a própria vida. É evidente que a decisão deliberada de pôr termo à vida tem como consequência que a pessoa não pode continuar a exercer a sua liberdade no futuro. Mas, mais do que isso, essa decisão implica que deixa de haver futuro. A pessoa não continua, conseqüentemente, a viver a sua vida sem uma parcela de liberdade que possa pôr em causa a sua autodeterminação<sup>59</sup>.

Por outro lado ainda, “na literatura anglo-saxónica tem-se feito a distinção entre paternalismo forte (*hard paternalism*) e paternalismo fraco (*soft paternalism*)”. Os defensores do “paternalismo forte” sustentam que se pode impor proteção a pessoas capazes que decidiram voluntariamente autocolocar-se em perigo ou lesar-se. Para o “paternalismo fraco” apenas será de admitir uma interferência para a proteção do próprio quando a sua decisão não é voluntária<sup>60</sup>.

Justifica-se uma abordagem paternalista quando se trate “de direitos ou interesses de menores, de pessoas incapazes de se autodeterminarem ou que se encontrem numa posição conjuntural de debilidade ou desfavor”<sup>61</sup>. Não podemos, no entanto esquecer aquela que poderá ter sido a manifestação de vontade da pessoa enquanto ainda era capaz, por exemplo através de um testamento vital.

Mas não é apenas por motivações paternalistas que nos podemos opor à liberdade de escolha no fim da vida. Também a própria dimensão objectiva do direito à vida, enquanto valor que a nossa ordem jurídica visa prosseguir, pode ser invocada neste domínio. Não nos parece, no entanto, que neste caso, na ponderação a fazer entre o direito ao desenvolvimento da personalidade/ ou o conteúdo de liberdade ínsito no direito à vida de quem sobre ela pretende dispor por um lado e o direito à vida na sua dimensão objectiva por outro, a salvaguarda deste último esteja numa relação razoável ou proporcional com a medida e a importância dos efeitos danosos produzidos na esfera do titular do direito ao não se permitir que este possa optar por pôr termo à sua vida nas situações extremas a que nos estamos a referir<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina Coimbra, 2013, p. 306.

<sup>60</sup> KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, cit., pp. 16 e 17.

<sup>61</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 450, nota 785.

<sup>62</sup> Nesse sentido, BENEDITA MAC CRORIE, “A doutrina da renúncia a direitos fundamentais – os casos da eutanásia e da colheita de órgãos em vida”, in Manuel Curado – Nuno Pinto

Finalmente e no que se refere às preocupações contra eventuais abusos pensamos que a protecção da liberdade da decisão e a salvaguarda dos indivíduos dos riscos que esta realidade pode acarretar se consegue instituindo procedimentos por intermédio dos quais se controlam as condições em que esta liberdade é exercida, e não pura e simplesmente suprimindo-a<sup>63</sup>.

Gostaríamos de terminar a nossa intervenção com uma frase de Laurence Tribe, a propósito da obra que estamos a discutir hoje: “Dworkin pode não nos convencer sobre as suas posições acerca do aborto ou da eutanásia, mas não seremos capazes de ler o seu trabalho sem chegar a um sentido mais completo sobre o que a morte significa para nós e como a sua interpretação influencia o sentido que atribuímos à vida. Porque apesar de todas as suas falhas, este livro, a obra prima de Dworkin, é um deleite para a mente e um bálsamo para a alma.”<sup>64</sup>

---

Oliveira (org.), *Pessoas Transparentes. Questões Actuais da Bioética*, Almedina, Coimbra, 2010, p.109.

<sup>63</sup> BENEDITA MAC CRORIE, “A doutrina da renúncia a direitos fundamentais – os casos da eutanásia e da colheita de órgãos em vida.”, cit., p. 109. Criticando o argumento *slippery slope*, isto é, considerar-se que a legalização da eutanásia mesmo em casos cuidadosamente delimitados torna mais provável que venha também a ser legalizada em situações mais duvidosas, podendo o processo terminar em práticas eugénicas, como as que tiveram lugar durante o nazismo, ver RONALD DWORKIN, *Life's Dominion, An Argument About Abortion, Euthanasia, And Individual Freedom*, cit., p. 197

<sup>64</sup> LAURENCE H. TRIBE, “On the Edges Of Life And Death”, publicado a 16 de maio de 1993, disponível em <http://www.nytimes.com/1993/05/16/books/on-the-edges-of-life-and-death.html?pagewanted=all> (11.01.2016).

# O conceito de um plano racional de vida e o sentido de uma morte digna

Nuno Manuel Pinto Oliveira

«A temperança é uma espécie de ordenação, e ainda o domínio de certos prazeres e desejos, como quando dizem, não entendo bem de que maneira, ser ‘senhor de si’, e empregam outras expressões do género que são como que vestígios desta virtude»<sup>65</sup> ;

«[...] na alma do homem há como que uma parte melhor e outra pior ; quando a melhor por natureza domina a pior, chama-se a isso ser ‘senhor de si’ — o que é um elogio, sem dúvida ; porém, quando devido a uma má educação ou companhia a parte melhor, sendo mais pequena, é dominada pela superabundância da parte pior, a tal expressão censura o facto como coisa vergonhosa, e chama ao homem que se encontra nessa situação escravo de si mesmo»<sup>66</sup>.

## I.

Em *The Autonomy of Morality*<sup>67</sup>, Charles Larmore critica a pressuposição de que cada pessoa deve ter um *plano coerente* ou um *plano racional* de vida. Dworkin fala da vida como uma *narração criativa integrada*<sup>68</sup>. Finnis, de um *plano coerente de vida*<sup>69</sup> e Rawls, de um *plano racional de vida*<sup>70</sup>. Larmore alega que a ideia de um *plano de vida* contém um erro. O *plano de vida* pressupõe duas coisas. Em primeiro lugar, pressupõe que

---

<sup>65</sup> Platão, *República*, 5.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987, págs. 204-205 (431a).

<sup>66</sup> Platão, *República*, cit., pág. 182 (431a-b).

<sup>67</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, págs. 246-271.

<sup>68</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita* (título original: *Life's Dominion*), Edizioni di Comunità, Milano, 1994, pág. 283.

<sup>69</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, págs. 103-105: «coherent plan of life».

<sup>70</sup> John Rawls, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999, págs. 153-160 e, sobretudo, págs. 491-496: «rational plan of life».

cada pessoa tenha o dever de dirigir a sua vida<sup>71</sup>. Em segundo lugar, pressupõe que cada pessoa tenha o dever de dirigir a sua vida de acordo com uma concepção harmoniosa — com uma *unified conception* — dos nossos fins e dos meios adequados para os prosseguir<sup>72</sup>. O plano em causa deveria atender, designadamente, às nossas convicções sobre aquilo que é valioso e desvalioso; àquilo que sabemos sobre as nossas capacidades; e àquilo que sabemos sobre as probabilidades de alcançarmos aquilo que consideramos valioso e de afastarmos aquilo que é desvalioso<sup>73</sup>. Larmore sugere que o conceito de um *plano de vida* desvaloriza, injustificadamente, a circunstância de as concepções do bem de cada pessoa estarem sujeitas à mudança:

*“Being surprised by a good of which we had no inkling is itself an invaluable element of what makes life worth living. Our lives would be the poorer if our happiness unfolded perfectly according to plan”*<sup>74</sup>.

Os argumentos de Charles Larmore confundem frequentemente duas coisas. O termo *plano* sugere a afectação de *meios determinados* a *fins determinados*. O *plano coerente* ou *plano racional de vida*, não.

O *Dicionário da língua portuguesa contemporânea* define *plano* como um «projecto para a organização e orientação de um trabalho ou tarefa, que traça o esquema deste, especificando as suas diversas partes ou etapas e que visa a consecução de um objectivo»<sup>75</sup>. Ora o *plano coerente* ou *plano racional de vida* não é (não pode ser) representado como um *afectação* de determinados meios a determinados fins — a vida não é propriamente um *trabalho* ou uma *tarefa* e um *plano coerente* ou *plano racional de vida* não traça propriamente o esquema de um *trabalho* ou de uma *tarefa*.

---

<sup>71</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, cit., pág. 247: « *The mistake lies at its very core, in the attitude toward life it embodies. That attitude is the view that a life is something we are to lead and not something we should allow to happen to us* ».

<sup>72</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, cit., pág. 247: « *we should indeed seek to live in accord with some unified conception of our overall purposes and of the path to achieve them* ».

<sup>73</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, cit., pág. 247: « *To the extent that we develop our plan in a rational way, giving due weight to our beliefs about what is valuable, our knowledge of our own abilities, and our sense of the possibilities the world provides, we will have determined the character of our good and the way to achieve it.* »

<sup>74</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, cit., pág. 252.

<sup>75</sup> Academia das Ciências de Lisboa, *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, vol. II, Verbo, Lisboa / São Paulo, 2001, pág. 2876.

Entre o sentido geral do termo *plano* e o sentido específico do termo *plano coerente* ou *plano racional de vida* na filosofia moral e política há três diferenças fundamentais. Em primeiro lugar, há diferenças fundamentais quanto ao *grau de abstracção*. Em segundo lugar, há diferenças fundamentais quanto ao *grau de complexidade*. Em terceiro lugar, há diferenças fundamentais quanto ao *horizonte temporal* dos projectos.

— *Em primeiro lugar, há diferenças fundamentais quanto ao grau de abstracção*. Os fins de um *plano* podem e devem representar-se em termos mais concretos. Os fins de um *plano coerente* ou de um *plano racional de vida* só podem e só devem representar-se em termos mais abstractos.

— *Em segundo lugar, há diferenças fundamentais quanto ao grau de complexidade*. Os fins de um *plano* podem e devem representar-se em termos mais simples. Os fins de um *plano coerente* ou de um *plano racional de vida* só podem e só devem representar-se em termos mais complexos :

- i) por um lado, por não estarem (por não poderem estar) determinados desde o início<sup>76</sup> ;
- ii) por outro lado, ainda que já estejam determinados (ainda que já tenham sido determinados), por conflitarem entre si<sup>77</sup>.

— *Em terceiro lugar, há diferenças fundamentais quanto ao tempo*. O *horizonte temporal* de um *plano* é (sempre) um horizonte limitado. Os planos « acabam » ou « completam-se » com a consecução do fim prosseguido. O *horizonte temporal* de um *plano coerente* ou de um *plano racional de vida*, esse, é um horizonte ilimitado. O plano coerente ou plano racional de uma vida não « acaba » e não se « completa »<sup>78</sup>.

## II.

Esclarecidas as diferenças fundamentais entre um *plano* e um *plano de vida*, perguntar-se-á : de que falamos quando falamos de um *plano de vida*?

O problema relaciona-se com uma distinção fundamental em *Life's Dominion*. Dworkin contrapõe dois tipos de razões para que uma pessoa faça ou não faça alguma coisa; para que uma pessoa dê à vida uma determinada

---

<sup>76</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, pág. 492: Os fins de um *plano racional de vida* determinam-se gradualmente.

<sup>77</sup> Cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 79: O plano é desenhado para permitir uma satisfação harmoniosa dos interesses de uma pessoa — p. ex., através da planificação de actividades «para que diferentes desejos não colidam entre si».

<sup>78</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 104.

direcção<sup>79</sup>. O primeiro corresponderia aos *interesses experienciais*<sup>80</sup> ou *interesses volicionais*<sup>81</sup>. O segundo corresponderia aos *interesses críticos*. O facto de todas as pessoas terem um plano de vida é *controverso*<sup>82</sup>. O facto de os *interesses críticos* só fazerem sentido dentro de um *plano coerente* ou de um *plano racional de vida*, esse, é *incontroverso*.

a) Os *interesses críticos* exprimem a *ambição abstracta de viver uma vida boa*. O termo *vida boa* é (pode ser) um termo um tanto ou quanto estranho: se, em inglês, o termo *good life* tem um preciso significado ético ou moral, em português, os termos *vida boa* ou *boa vida* não o têm. O seu significado é perturbado pela conotação *fácil* com os planos de vida das pessoas *grosseiras* ou *vulgares*, que acreditam que o bem é o prazer<sup>83</sup>.

O presente texto atribuirá ao termo *vida boa* o sentido que deve ter — a *vida boa* é a *vida que procura e prossegue o bem*. Aristóteles falava de um *bem*, de um *bem supremo*, « que devemos prosseguir em todos os actos da nossa vida », e que Aristóteles identificava com a *felicidade*<sup>84</sup>. Independentemente de qual seja o *bem supremo* — independentemente de o *bem supremo* ser, ou não, a felicidade, a *vida boa* será uma *vida que o procura e prossegue*.

b) Exprimindo a *ambição abstracta de viver uma vida boa*, os interesses críticos têm duas características.

Os interesses críticos são razões para desejar que o conjunto das experiências de uma pessoa tenha uma *estrutura que exprima escolhas coerentes*. O problema está em que o facto de uma vida se fundar sobre uma só convicção não valerá de nada se a única convicção, sobre a qual a vida se funda, for uma convicção errada; o facto de uma vida exprimir escolhas coerentes com uma só *convicção* não valerá de nada se essas escolhas coerentes forem escolhas erradas: «nenhum daqueles que considera a sua vida fundada sobre um erro se consolará de constatar que a sua vida se funda sobre

---

<sup>79</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 277.

<sup>80</sup> Expressão preferida por Ronald Dworkin em *Il dominio della vita*, cit., págs. 277 ss.

<sup>81</sup> Expressão preferida por Ronald Dworkin em “Foundations of Liberal Equality”, in: Stephen L. Darwall, *Equal Freedom. Selected Tanner Lectures on Human Values*, University of Michigan Press, Cambridge (Massachusetts), 1995, págs. 190-306, ou em “Liberal Community”, in *California Law Review*, vol. 77 (1989), págs. 479-504.

<sup>82</sup> Dworkin parece pensar que sim — que todas as pessoas têm um *plano de vida*: «as pessoas cujas vidas não parecem seguir nenhum projecto, s[er]iam] ainda assim guiadas por um sentido geral do estilo de vida que consideram apropriado» (*Il dominio della vita*, cit., pág. 279).

<sup>83</sup> Aristóteles, *Moral, a Nicómaco*, Espasa Calpe, Madrid, 1978, 6.ª reimpressão — 1993, pág. 67.

<sup>84</sup> Aristóteles, *Moral, a Nicómaco*, cit., pág. 65.

um só erro»<sup>85</sup>. Os interesses críticos são, por isso, razões para desejar que as *escolhas coerentes*, que o conjunto das experiências exprime, sejam *escolhas correctas*.

### III.

Em primeiro lugar, os interesses críticos são razões para desejar que o conjunto das experiências de uma pessoa tenha uma *estrutura* — e para desejar que a *estrutura das experiências* exprima *escolhas coerentes*.

Os interesses experienciais ou volicionais são razões para desejar as experiências agradáveis e para não desejar as experiências desagradáveis<sup>86</sup>. O valor das experiências, consideradas em si (isoladamente), depende de as considerarmos agradáveis ou desagradáveis *como experiências*<sup>87</sup>. Os interesses críticos são razões para desejar que o conjunto das experiências — agradáveis e desagradáveis — tenha uma determinada *estrutura*<sup>88</sup>. Dworkin descreve-a como uma *estrutura que exprima escolhas coerentes*<sup>89</sup>.

Os termos *estrutura* ou *estrutura que exprima escolhas coerentes* significam: (i) que as escolhas de uma pessoa são determinadas por princípios e por valores; (ii) que os princípios e os valores determinantes são em número relativamente restrito; e (iii) que os princípios e os valores determinantes, em número relativamente restrito, são harmonizáveis entre si.

Caso as escolhas de uma pessoa sejam coerentes, a sua vida exprimirá um compromisso constante, constitutivo do «eu»<sup>90</sup>, «no sentido de uma determinada perspectiva do carácter ou do fim que uma vida, entendida como uma narração criativa integrada, [deve] exprimir ou ilustrar»<sup>91</sup>.

O facto de as experiências, agradáveis ou desagradáveis, de uma pessoa terem uma determinada estrutura, exprimindo *escolhas coerentes*, corresponderia a um *ideal de integridade*<sup>92</sup>; ainda que a integridade não fosse tudo, sempre seria alguma coisa — e alguma coisa importante:

---

<sup>85</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 284.

<sup>86</sup> Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin fala em *desiderata* (pág. 118).

<sup>87</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 279.

<sup>88</sup> Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin fala em *values* (pág. 119).

<sup>89</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 283.

<sup>90</sup> Rawls sugere que a unidade do «eu» depende da coerência do plano de vida seleccionado, ou da coerência das escolhas da pessoa, conforme o plano de vida seleccionado (cf. John Rawls, *A Theory of Justice*, cit., pág. 491).

<sup>91</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 283.

<sup>92</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 283.



«a integridade» — diz Dworkin — «reveste-se de grande importância na vida, como na ciência e na arte»<sup>93</sup>.

#### IV.

Em segundo lugar, os interesses críticos são razões para desejar que as escolhas coerentes, que o conjunto das experiências de uma pessoa exprime ou ilustra, correctas — tornem a sua vida autenticamente melhor<sup>94</sup>.

O facto de as experiências de uma pessoa terem uma determinada estrutura, exprimindo *escolhas coerentes*, é em si insuficiente para que a estrutura das experiências de uma pessoa seja a estrutura de uma *vida boa*.

Finnis di-lo de uma forma clara. O *plano coerente* ou *plano racional de vida* é o plano de vida de uma pessoa racional e razoável. Entre os corolários da representação de um *plano coerente* ou *plano racional* como plano de vida de uma pessoa racional e razoável encontram-se os dois seguintes:

O *primeiro* está em que uma pessoa razoável não pode conformar-se com a decisão de viver sem um projecto (= com a decisão de viver de momento para momento, «prossequindo desejos imediatos»<sup>95</sup>) e o *segundo*, em que uma pessoa razoável não pode conformar-se com a decisão de viver de projecto definido para projecto definido. O plano de vida de uma pessoa razoável não se esgota (não pode esgotar-se) na realização de projectos definidos, que podem ser «acabados» ou «completados»<sup>96</sup>.

Evitando a *irracionalidade* de uma vida que decorre sem projectos definidos, ou de uma vida que decorre sem um plano que proporcione uma *estrutura aos projectos definidos*, que se acabam e se completam, o *plano de vida* deve representar-se como um *compromisso* com bens e / ou com valores<sup>97</sup>.

O valor dos interesses experienciais ou volicionais é um *valor subjectivo*. O valor dos interesses críticos é um *valor objectivo*. O facto de os reconhecermos, ou de não os reconhecermos, não os prejudica.

As pessoas que conhecem o valor dos interesses críticos, satisfazendo-os, transformam (podem transformar) a sua vida numa vida melhor; as pessoas

---

<sup>93</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 284.

<sup>94</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 273: Os interesses críticos são «interesses cuja satisfação torna a vida autenticamente melhor».

<sup>95</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 104.

<sup>96</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 104.

<sup>97</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 104: «*commitment*».

que não conhecem o valor dos interesses críticos, não os satisfazendo, transformam a sua numa vida pior: “não [...] reconhecer [=os interesses críticos] significa cometer um erro, tornar pior a própria vida”<sup>98</sup>.

O sentido dos termos *tornar melhor a própria vida* ou *tornar pior a própria vida* deve esclarecer-se: *Tornar melhor a própria vida* não significa de forma nenhuma *tornar a vida mais agradável*; não significa, de forma nenhuma, *adoptar um estilo de vida* que permita gozá-la melhor<sup>99</sup>. *Tornar pior a própria vida* não significa, de forma nenhuma *tornar a vida menos agradável*.

Os *interesses críticos* fazem com que tornar a vida de uma pessoa mais ou menos agradável, fazem com que *gozar a vida*, seja, “no fim de contas, menos importante do que parecia”<sup>100</sup>. A ambição abstracta corresponde à *ambição abstracta* de participação em bens humanos fundamentais<sup>101</sup>. Entre os quais estariam, ou deveriam estar, a integridade física e psicológica (*life*), a amizade, o conhecimento ou a sabedoria (*practical reasonableness*)<sup>102</sup>.

O termo *tornar melhor a própria vida* significa fazê-la participar dos bens fundamentais<sup>103</sup>; significa enchê-la com as coisas que são “boas em si mesmas”<sup>104</sup> ou *torná-la mais coerente com os princípios e com os valores que são certos e verdadeiros*. O termo *tornar pior a própria vida*, esse, significa esvaziá-la das coisas que são “boas em si mesmas”; *torná-la menos coerente com os bens e com os valores que são certos e verdadeiros*.

O *compromisso* com os bens e com os valores que são *certos e verdadeiros* estaria «acabado» ou «completo» desde que os bens ou valores fossem plenamente realizados. O problema está em que os bens e os valores fundamentais — como os bens ou valores da amizade, do conhecimento ou da sabedoria — não são nunca plenamente realizados. Enquanto *compromisso com os bens e com os valores* que são certos e verdadeiros, o plano de uma vida não estará nunca «completo» ou «acabado»<sup>105</sup>.

---

<sup>98</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 273.

<sup>99</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 282.

<sup>100</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 282.

<sup>101</sup> Expressão de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 85.

<sup>102</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., págs. 85-90.

<sup>103</sup> Expressão de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., págs. 85-90.

<sup>104</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 282.

<sup>105</sup> John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 104: «*deep commitments*».

Enquanto o *sentido geral* de uma vida boa, da *participação* no bem da amizade ou da *participação* no bem do conhecimento ou no bem da sabedoria pode representar-se com facilidade, o *sentido específico*, não.

O facto de a fórmula encontrada por cada pessoa não ser “uma fórmula eterna, universalmente válida”<sup>106</sup>, só significa que as formas de participação em princípios e valores universais<sup>107</sup>, ou de satisfação dos interesses críticos, estão condicionadas pelas *circunstâncias específicas de cada um de nós*<sup>108</sup>. Estando condicionadas pelas *circunstâncias específicas de cada um de nós*, as formas de participação em princípios e em valores universais, através de decisões ou de escolhas sobre acções, sobre omissões ou sobre projectos definidos, são formas de participação “potencialmente inesgotáveis”<sup>109</sup>.

Entre a afirmação de que uma *vida boa* é uma *vida aberta à experiência, filha do seu tempo*<sup>110</sup>, e a afirmação de que uma *vida boa* é uma *vida conforme a um plano coerente ou a um plano racional*, não há contradição alguma. Os planos de vida, como a justiça, não dizem respeito à «actividade externa do homem, mas à interna»; os planos de vida, como a justiça, dizem respeito «àquilo que [o homem] verdadeiramente ele e ao que lhe pertence»<sup>111</sup>.

Em diferentes palavras, todavia insistindo no mesmo pensamento :

O plano de vida é um *compromisso*; é uma *determinação abstracta* da participação nos bens e valores fundamentais, compatível com a abertura da *determinação concreta* das formas de participação; a vida conforme ao plano é uma *vida aberta à experiência, filha do seu tempo*, por ser a *experiência* que nos revela as formas de participação nesses bens e nesses valores.

---

<sup>106</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 285.

<sup>107</sup> Expressão de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 64: «*participation-in-a-value*».

<sup>108</sup> Expressão de Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 285.

<sup>109</sup> Cf. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pág. 64.

<sup>110</sup> Charles Larmore, *The Autonomy of Morality*, cit., pág. 271: “The good life outruns the reach of planning because its very nature is to be the child of time. To recognize this truth is the beginning of wisdom, for it is to understand why wisdom is something more than prudence.”

<sup>111</sup> Platão, *República*, cit., págs. 204-205 (443c).

## V.

Nozick fala de uma «máquina da experiência»<sup>112</sup>, desenhada para proporcionar todas as experiências que uma pessoa quisesse ter — entre as quais estariam, p. ex., a experiência de estar a fazer um amigo, ou de estar a escrever um grande livro, ou de estar a ler um grande livro<sup>113</sup>. Entre uma vida só com experiências agradáveis, determinadas por uma qualquer «máquina da experiência», e uma vida com experiências agradáveis e desagradáveis, determinadas por escolhas coerentes, Nozick sustenta que deve dar-se preferência ou prioridade à segunda por, pelo menos, três razões.

Em primeiro lugar, a nossa representação de uma vida boa implica fazer determinadas coisas; queremos fazer determinadas coisas, e não só ter a experiência de as fazer, ou de as ter feito<sup>114</sup>. Em segundo lugar, a nossa representação de uma vida boa implica ser alguma coisa; queremos ser uma determinada pessoa, e não só ter a experiência de a ser, ou de a ter sido<sup>115</sup>. Em terceiro lugar, ela implica o contacto com a realidade — com uma realidade mais profunda que uma qualquer realidade artificial:

*«plugging into a experience machine limits us to a man-made reality, to a world no deeper or more important than that which people can construct»<sup>116</sup>.*

Entre os argumentos deduzidos por Nozick, para sustentar por que devemos recusar uma vida contendo exclusivamente experiências agradáveis, proporcionadas por uma qualquer “máquina da experiência”, e os argumentos deduzidos por Dworkin, para sustentar por que devemos aceitar uma vida contendo experiências agradáveis e experiências desagradáveis, proporcionadas por escolhas coerentes, há uma relação de semelhança<sup>117</sup>.

O interesse em fazer determinadas coisas, ou em ser uma determinada pessoa, em contacto com uma realidade mais profunda e, conseqüentemente, mais significativa que qualquer realidade artificial, corresponde exacta ou quase exactamente ao conceito de interesse crítico.

---

<sup>112</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell Publishers, Oxford, 1974, págs. 42-45: *experience machine*.

<sup>113</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pág. 43.

<sup>114</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pág. 43.

<sup>115</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., pág. 43.

<sup>116</sup> Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, cit., págs. 43-44.

<sup>117</sup> Em *Justice for Hedeghogs*, Dworkin exprime a sua concordância com o raciocínio de Nozick, representando-o como algo de mais ou menos evidente (pág. 207 e pág. 458 — nota n.º 17).

O valor dos interesses experienciais é um valor instrumental (transitivo). As experiências valem se forem agradáveis e não valem se o não forem. O valor dos interesses críticos, esse, é um valor final (intransitivo). Os interesses críticos orientam-se a coisas que são “boas em si mesmas”<sup>118</sup>.

## VI.

Dworkin extrai da distinção (teórica) entre os conceitos de interesses experienciais e de interesses críticos o seguinte *princípio prático*:

Os problemas relacionados com o valor da vida humana no seu *estádio inicial* (da vida humana ainda não nascida ou ainda não capaz de consciência) ou no seu *estádio final* (da vida humana já não capaz de consciência) são sempre problemas relacionados com os *interesses críticos*. As opções sobre a vida e a sobre a morte seriam as opções «mais importantes [...] para a formação e para a expressão da personalidade»<sup>119</sup>. Estando em causa problemas relacionados com os nossos interesses críticos, cada um de nós deveria ter o direito de os resolver conforme as suas convicções.

Dworkin alega que cada um de nós, como pessoa, considera importante duas coisas: (i) por um lado, «consideramos importante tomar as decisões mais correctas»; e (ii) por outro lado, «consideramos [...] importante tomar as decisões mais coerentes com o nosso ideal de vida, connosco próprios»<sup>120</sup>.

O Estado deveria dar a cada pessoa o direito de decidir o problema do aborto de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio inicial* e de decidir o problema da eutanásia de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio final*.

O *estádio inicial* da vida humana começaria num momento certo e terminaria num momento certo — começaria com a concepção e terminaria com a viabilidade fetal; corresponderia aos seis primeiros meses de gestação<sup>121</sup>. O *estádio final* da vida humana, esse, não começaria num momento certo e não terminaria num momento certo. Dworkin liga-o a uma pluralidade de capacidades e/ou a uma pluralidade de valores — entre os quais estão, p. ex., a cessação da capacidade da pessoa para conformar um plano coerente ou plano racional de vida<sup>122</sup>, a cessação da capacidade da pessoa para

---

<sup>118</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 282.

<sup>119</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 330.

<sup>120</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 330.

<sup>121</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., esp. págs. 230-245.

<sup>122</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 301.

determinar acções, omissões e/ou «projectos definidos» conforme a esse plano coerente de vida<sup>123</sup> e o valor do respeito da pessoa por si própria<sup>124</sup>.

O *princípio* de que cada pessoa tem o direito de decidir o problema do aborto de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio inicial* concretizar-se numa *regra simples*. O Estado teria o dever de afirmar a licitude ou, pelo menos, teria o dever de negar a ilicitude do aborto durante os seis primeiros meses de gestação<sup>125</sup>. O *princípio* de que cada pessoa tem o direito de decidir o problema da eutanásia de acordo com as suas convicções sobre o valor da vida humana no seu *estádio final*, esse, não se concretizaria em nenhuma regra *regra simples*. Dworkin diz, simplesmente, que a morte tem «uma importância especial e simbólica»<sup>126</sup>. Cada pessoa teria direito a uma *morte digna*. O termo *morte digna* designaria (só) uma *morte adequada à vida*<sup>127</sup> — a morte só seria *digna* desde que confirmasse, “em termos muito nítidos”, “os valores que [as pessoas] reconhecem como os mais importantes das suas vidas”<sup>128</sup>.

Ora “os valores que [as pessoas] reconhecem como os mais importantes das suas vidas” são os valores prosseguidos por um plano coerente ou um plano racional de vida. Os termos *cada pessoa tem direito a uma morte digna* significariam que *cada pessoa tem direito a uma morte adequada ao seu plano coerente de vida ou ao seu plano racional de vida*. Como o plano coerente de vida ou plano racional de vida é um plano orientado pelos interesses críticos, os termos *cada pessoa tem direito a uma morte adequada ao seu plano coerente ou plano racional de vida* significariam que *cada pessoa tem direito a uma morte adequada aos seus interesses críticos*<sup>129</sup>.

## VII.

Dworkin desvaloriza (injustificadamente) a diferença entre os problemas do aborto ou da eutanásia: o caso do aborto não é nem exclusiva

---

<sup>123</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 305.

<sup>124</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 305.

<sup>125</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., págs. 230-245.

<sup>126</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 291.

<sup>127</sup> Cf. Martin Kopperrnack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung. Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, cit., pág. 171.

<sup>128</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pág. 291.

<sup>129</sup> Ronald Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., págs. 327-332.

nem essencialmente um problema de autodeterminação<sup>130</sup>; o caso da eutanásia, sim.

O argumento dos *interesses críticos* é (e deve ser) um argumento *mais fraco* no caso do aborto e *mais forte* no caso da eutanásia. Evitando o caso do aborto, perguntar-se-á então: — *O argumento dos interesses críticos será razão suficiente para sustentar um direito definitivo à eutanásia?*

Em três acórdãos absolutamente fundamentais — nos acórdãos de 29 de Abril de 2002, no caso *Pretty vs. Reino Unido*, de 20 de janeiro de 2011, no caso *Haas vs. Suíça*, e de 19 de julho de 2012, no caso *Koch vs. Alemanha* —, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem adere ao argumento dos interesses críticos, afirmando que cada pessoa tem o direito de conformar o processo da sua morte. Os acórdãos de 29 de abril de 2002 e de 19 de Julho de 2012 descrevem-no pela negativa. O primeiro descrevo-o como o direito de evitar uma morte indigna<sup>131</sup> e o segundo como o direito de evitar um processo de morte caracterizado pela degradação física e psíquica:

*“Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considered that, in an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people were concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflicted with strongly held ideas of self and personal identity”*<sup>132</sup>.

O acórdão de 20 de janeiro de 2011 descreve-o pela positiva — como direito de conformar o processo da morte, decidindo, p. ex., quando morrer<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Rainer Beckmann descreve-o como um problema de heterodeterminação de uma pessoa não nascida (“‘Selbstbestimmung’ über das Leben Ungeborener?”), in: Bernward Büchner / Claudia Kaminski / Mechthild Löhr (coord.), *Abtreibung — ein neues Menschenrecht?*, Sinus-Verlag, Krefeld 2012, págs. 27-58).

<sup>131</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 — parágrafo 67 : « *The applicant in this case [Diane Pretty] is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers to be and undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8, [paragraph] 1, of the Convention* ».

<sup>132</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 19 de julho de 2012 — parágrafo 51.

<sup>133</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 20 de janeiro de 2011 — parágrafo 51: “*the Court considers that an individual’s right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision*

O problema está tão-só em averiguar se o direito é *provisório* ou *definitivo*.

O caso exige a distinção entre *pontos de partida* e *pontos de chegada*. Enquanto o ponto de partida deve representar-se como um *princípio* — como um direito provisório (*prima facie*) —; o ponto de chegada (só) pode representar-se como uma *regra* — (só) pode representar-se como um direito definitivo. O argumento dos interesses críticos pode proporcionar uma fundamentação adequada e suficiente para o *ponto de partida* da discussão (direito provisório ou *prima facie*) — não pode, porém, proporcionar uma fundamentação suficiente para o *ponto de chegada* (= direito definitivo).

Em primeiro lugar, o Estado tem o dever de limitar o direito à eutanásia exigindo uma adequada *justificação objectiva* para a causação da morte de uma pessoa. O problema da afirmação da licitude ou da negação da ilicitude da eutanásia só deve colocar-se desde que haja uma *perturbação grave* da capacidade de uma pessoa para prosseguir os seus *interesses críticos*.

Entre os casos em que há uma *perturbação grave* da capacidade de uma pessoa para prosseguir os seus *interesses críticos* estão sobretudo os quatro seguintes: (i) casos de perda definitiva da autonomia, em que a pessoa fica na absoluta dependência de outrem; (ii) casos de perda definitiva de consciência; (iii) casos de diminuição grave e irreversível das capacidades intelectuais; e (iv) casos de sofrimento irreversível e intolerável<sup>134</sup>.

Em segundo lugar, o Estado tem o dever de limitar o direito à eutanásia exigindo uma adequada *justificação subjectiva* para a causação da morte.

O conceito de *interesses críticos* pressupõe que a pessoa disponha da *capacidade* para representar intelectualmente os bens e os valores mais importantes da sua vida e da *liberdade* para determinar as suas acções, as suas omissões e os seus projectos definidos de acordo com os bens e os valores representados<sup>135</sup>. Os poderes políticos e sociais podem e devem entrar nos

---

*on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention”.*

<sup>134</sup> Cf. designadamente Joseph Raz, “Death in Our Life”, in: WWW: <<http://ssrn.com/abstract=2069357>>: “Typically at least four conditions are often thought to justify voluntary euthanasia: (a) a life without consciousness, known as a vegetative life, (b) life of unremitting great pain, (c) a life of total dependence on others, (d) a life of greatly diminished mental capacities (severe loss of memory, absence of linguistic capacity, unremitting severe mental distress, fear etc.)”

<sup>135</sup> Construindo os direitos fundamentais como *capabilities*, Martha Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 70-105; Idem, “The Supreme Court 2006 Term — Foreword: ‘Constitutions’ and



*espaços de autodeterminação* correspondentes aos *interesses críticos* para proteger, p. ex., a plena *capacidade* e a plena *liberdade* da pessoa contra o perigo de uma *perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação*. Estando por causa a eutanásia, o perigo de uma *perturbação importante da possibilidade fáctica de autodeterminação* é um perigo particularmente sério — as pessoas no *estádio final* da sua vida podem ser, como quase sempre são, *especialmente frágeis* e as pressões sociais (designadamente, as pressões familiares) sobre as pessoas especialmente frágeis podem ser *especialmente intensas*<sup>136</sup>.

### VIII.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem confirma que o argumento dos interesses críticos não pode proporcionar uma fundamentação adequada para um direito definitivo à eutanásia por, pelo menos, duas razões:

a) Em primeiro lugar, o direito de autodeterminação sobre o processo da sua morte<sup>137</sup> pode e deve ser conformado. O Estado deve (pelo menos) determinar um procedimento adequado para que a decisão da pessoa

---

Capabilities: ‘Perception’ Against Lofty Formalism”, in: *Harvard Law Review*, vol. 121 (2007), págs. 4-97; Idem, “Human Dignity and Political Entitlements”, in: *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President’s Council on Bioethics*, Washington, 2008, págs. 351-380; Thom Brooks, “Capabilities”, in: WWW: <<http://ssrn.com/abstract=1964924> >.

<sup>136</sup> Cf. designadamente Martha Nussbaum, “Human Dignity and Political Entitlements”, cit., pág. 373.

<sup>137</sup> Cf. acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 [parágrafo 67 — «The applicant in this case [Diane Pretty] is prevented by law from exercising her choice to avoid what she considers to be and undignified and distressing end to her life. The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Article 8, [paragraph] 1, of the Convention»], de 20 de janeiro de 2011 [parágrafo 51 — «the Court considers that an individual’s right to decide by what means and at what point his or her life will end, provided he or she is capable of freely reaching a decision on this question and acting in consequence, is one of the aspects of the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention”] e de 19 de julho de 2012 [parágrafo 51 — “Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considered that, in an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people were concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflicted with strongly held ideas of self and personal identity”].

corresponda, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, a um resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais<sup>138</sup>.

Dworkin representa o direito de autodeterminação de acordo com os interesses críticos como um "espaço[] de autodeterminação em que [os poderes políticos e sociais] não podem entrar"<sup>139</sup>. Os problemas relacionados com o valor da vida humana estariam «reservados» aos indivíduos.

Ora o conceito de *interesses críticos* pressupõe que a pessoa disponha da capacidade para assumir uma (= para se comprometer com uma) particular representação de valores universais e para determinar as suas acções, as suas omissões e / ou os seus «projectos definidos» de acordo com a particular representação em causa<sup>140</sup>. Os poderes políticos e sociais devem entrar nos «espaços de autodeterminação» determinados pelos interesses críticos, p. ex., para proporcionar à pessoa a capacidade pressuposta.

b) Em segundo lugar, o direito de autodeterminação sobre o processo da sua morte pode ser restringido para a protecção de bens e de valores conflitantes, protegidos pela lei fundamental — como o valor da vida<sup>141</sup>.

Estando em causa a eutanásia (= suicídio medicamente assistido), o Estado deve (pelo menos) determinar um procedimento adequado para que a decisão da pessoa corresponda, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, a um resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais.

O perigo de uma perturbação importante da *possibilidade fáctica de autodeterminação* é um perigo sério — por causa, p. ex., das pressões sociais sobre pessoas em situação de especial (excepcional) fragilidade.

---

<sup>138</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3a ed., Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1996, pág. 431.

<sup>139</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (título original: *Verfassungslehre*), Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pág. 390.

<sup>140</sup> Construindo os direitos fundamentais como «capabilities», Martha Nussbaum, “The Supreme Court 2006 Term — Foreword: ‘Constitutions’ and Capabilities: ‘Perception’ Against Lofty Formalism”, in: *Harvard Law Review*, vol. 121 (2007), págs. 4-97; Idem, “Human Dignity and Political Entitlements”, in: *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President’s Council on Bioethics*, Washington, 2008, págs. 351-380; Thom Brooks, “Capabilities”, in: WWW: < <http://ssrn.com/abstract=1964924> >.

<sup>141</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 — parágrafo 74: «It does not appear to be arbitrary to the Court for the law to reflect the importance of the right to life, by prohibiting assisted suicide while providing for a system of enforcement and adjudication which allows due regard to be given in each particular case to the public interest in bringing a prosecution, as well as to the fair and proper requirements of retribution and deterrence.».

Ou bem que o Estado consegue conformar um procedimento adequado para proteger as pessoas em situação de fragilidade ou bem não o consegue<sup>142</sup>: conseguindo conformá-lo poderá (e deverá) afirmar a licitude ou negar a ilicitude da eutanásia; não o conseguindo, não poderá fazê-lo<sup>143</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem representa como um *fim legítimo* da intervenção do Estado a protecção das pessoas em situação de especial fragilidade ou de especial vulnerabilidade — em especial, a protecção «das pessoas que não estão em condições de tomar decisões esclarecidas ou informadas sobre acções ou omissões susceptíveis de pôr termo à vida, ou de as assistir no processo de pôr termo à vida»<sup>144</sup>.

Esclarecida a existência de um *fim legítimo* põe-se os problemas da *adequação* e da *necessidade*.

Ora o problema da proibição da *eutanásia* ou do *suicídio assistido* põe-se, e põe-se de forma semelhante, para as pessoas vulneráveis e para as pessoas não vulneráveis. O Estado deverá distinguir as pessoas que se encontram em situação de especial fragilidade e as pessoas que não se encontram em situação de especial fragilidade?; deverá distinguir as pessoas vulneráveis e as pessoas não vulneráveis, para o efeito de afirmar a *ilicitude* do suicídio assistido das *pessoas vulneráveis* e a *licitude* / *não ilicitude* da eutanásia ou do suicídio assistido das *pessoas não vulneráveis*?; deverá distinguir as pessoas vulneráveis e as pessoas não vulneráveis para o efeito de proibir a eutanásia ou o suicídio assistido das *pessoas vulneráveis* e de não proibir (= de permitir) o suicídio assistido das *pessoas não vulneráveis*?

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconstrói o problema, representando-o nos seguintes termos: a fragilidade *típica* da *categoria* ou *classe* será adequada e/ou suficiente para explicar ou para justificar uma *regra* aplicável a todos os indivíduos da *categoria* ou *classe* designada? O facto de as pessoas da *categoria* ou *classe* designada estarem *tipicamente* em situação de *especial fragilidade* explicará / justificará a *proibição* do suicídio assistido das pessoas que não estão em situação de *fragilidade*?

---

<sup>142</sup> Entendendo que o Estado pode sempre e, por isso, deve sempre conformar um procedimento adequado, Benedita MacCrorie, Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares, Livraria Almedina, 2013, págs. 303-307.

<sup>143</sup> Martha Nussbaum, “Human Dignity and Political Entitlements”, cit., pág. 373.

<sup>144</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 — parágrafo 74 «The law in issue in this case, section 2 of the 1961 Act, was designed to safeguard life by protecting the weak and vulnerable and especially those who are not in a condition to take informed decisions against acts intended to end life or to assist in ending life.».

Os acórdãos de 29 de abril de 2002 e de 20 de janeiro de 2011 respondem-lhe — e respondem que sim. Os Estados teriam a *prerrogativa* de avaliar os riscos da afirmação da licitude ou da negação da ilicitude da eutanásia, para o efeito de determinar se conseguiriam ou não conformar um procedimento adequado para proteger as pessoas em situação de *fragilidade*.

Caso os Estados concluíssem que nenhum procedimento é adequado para proteger as pessoas em situação de *fragilidade*, o facto de as pessoas da *categoria* ou *classe* designada estarem *tipicamente* em situação de fragilidade explicaria / justificaria a *proibição* da eutanásia ou do suicídio assistido de todas as pessoas — das pessoas que estão e das pessoas que não estão em situação de *fragilidade* ou de *vulnerabilidade*. Entre os meios *adequados* e *necessários* para proteger o bem ou valor da vida humana estaria (poderia estar) a proibição da *eutanásia* ou do *suicídio assistido*<sup>145</sup>.

« *Clear risks of abuse do exist, notwithstanding arguments as to the possibility of safeguards and protective procedures* »<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 — parágrafo 76: «Nonetheless, the Court finds, in agreement with the House of Lords and the majority of the Canadian Supreme Court in Rodriguez, that States are entitled to regulate through the operation of the general criminal law activities which are detrimental to the life and safety of other individuals [...]. The more serious the harm involved the more heavily will weigh in the balance considerations of public health and safety against the countervailing principle of personal autonomy».

<sup>146</sup> Cf. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29 de abril de 2002 — parágrafo 74.



# **Colóquio Internacional**

## ***Em torno de Life Time Contracts***

Braga, 15 de Maio de 2015



# Princípios gerais sobre os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa

\*

## 1. CONTRATOS DURADOUROS ESSENCIAIS À EXISTÊNCIA DA PESSOA

Os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa são relações sociais que têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social.

## 2. DIMENSÃO HUMANA

- (1) O ponto central<sup>147</sup> do regime dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser o indivíduo, na sua concreta realidade material e moral<sup>148</sup>.
- (2) O direito deve preocupar-se em disciplinar a conclusão do contrato e as relações de cooperação entre as partes, conformando-as para proteger e para promover o desenvolvimento da pessoa humana.
- (3) Em especial, o direito deve preocupar-se em garantir que o desenvolvimento da pessoa humana não seja nem comprometido, nem sequer deformado, por relações de poder<sup>149</sup>.
- (4) Ao fazê-lo, deve ter em conta que o desenvolvimento de cada indivíduo pressupõe relações pessoais particularmente significativas<sup>150</sup>, entre as quais estão as relações familiares.

---

\* Tradução para português de Nuno Manuel Pinto Oliveira.

<sup>147</sup> Na versão alemã, fala-se em *Mittelpunkt*; na versão italiana, em *punto di riferimento*.

<sup>148</sup> Na versão italiana, fala-se em *realidade cultural*. O termo *realidade moral* afigura-se adequado para abranger todos os elementos da realidade não material — designadamente, os elementos construídos pela *cultura*.

<sup>149</sup> Na versão inglesa, fala-se em *relações de poder*; na versão italiana, em *relações de força*.

<sup>150</sup> O termo *relações pessoais particularmente significativas* encontra-se, tão-só, na versão italiana. Embora não conste das versões alemã, inglesa, francesa ou espanhol, afigura-se especialmente adequado, por tornar claro que as *relações familiares* são só um *caso especial*



### 3. DIMENSÃO TEMPORAL (DURAÇÃO)

- (1) A confiança de ambas as partes na continuidade da relação contratual deve ser protegida.
- (2) Em regra, a cessação antecipada do contrato<sup>151</sup> por acto unilateral de uma das partes não deve ser permitida. Exceptua-se os casos em que a cessação antecipada é necessária para garantir um mínimo de liberdade de acção e de decisão<sup>152</sup>.
- (3) Se a cessação antecipada do contrato for permitida, só deverá produzir efeitos para o futuro, não abrangendo as prestações já realizadas.

### 4. CONTRATOS COLIGADOS

Os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa integram-se em redes de contratos, ligados entre si. O legislador e o juiz devem apreciar e resolver os problemas por si suscitados considerando sistematicamente a ligação entre todos os contratos integrados na rede<sup>153</sup>.

### 5. O DEVER DE CONSIDERAÇÃO DA PESSOA DO CONSUMIDOR OU DO TRABALHADOR<sup>154</sup>

- (1) O facto de alguém colocar à disposição de outrem bens ou serviços necessários à satisfação das necessidades essenciais, relacionadas com

---

das *relações particularmente significativas* de que depende o desenvolvimento da pessoa humana. Entre tais *relações particularmente significativas* devem estar, p. ex., as *relações de amizade*.

<sup>151</sup> Prefere-se a expressão *cessação antecipada* à expressão *ruptura (rupture)*, usada na tradução francesa, por causa da sua neutralidade (comparável à neutralidade do termo alemão *Auflösung*, do termo inglês *termination* ou do termo italiano *scioglimento*).

<sup>152</sup> Na versão italiana, fala-se de uma *cessação antecipada necessária para não mortificar a liberdade de acção e de decisão da pessoa*.

<sup>153</sup> Em nenhuma das versões se fala em *legislador* ou em *juiz*. Em todo o caso, parece adequado dar aos termos *problemas jurídicos* e / ou *questões jurídicas*, usados em todas as versões, um sentido muito amplo, abrangendo as *questões de criação (legislativa)* e as *questões de aplicação (judicial)* do direito.

<sup>154</sup> Nas versões alemã e italiana, faz-se sobressair o aspecto da *consideração* ou do *respeito*. A versão italiana é particularmente sugestiva, por sugerir que o prestador de bens ou de serviços devem tomar para si proprio o encargo (*farsi carico*) da situação de fragilidade do consumidor ou do trabalhador. Nas versões inglesa, francesa e espanhola, faz-se sobressair o aspecto das *necessidades essenciais* ou *fundamentais* do consumidor ou do trabalhador.

o consumo ou com a habitação<sup>155</sup>, ou de alguém colocar à disposição de outrem uma quantia em dinheiro, [no quadro de uma relação de crédito ou de uma relação de trabalho,] implica um dever de protecção<sup>156</sup> da pessoa do consumidor ou da pessoa do trabalhador, como partes mais fracas da relação contratual.

- (2) O conteúdo do dever depende das concretas circunstâncias físicas, psicológicas e sociais da parte carecida de protecção.
- (3) Os instrumentos legais e convencionais, constituídos em processos de composição colectiva de interesses, devem conter disposições imperativas, adequadas à protecção dos interesses materiais e morais do consumidor e do trabalhador.
- (4) Como os contratos podem ter diferentes fins, podem ser de diferente duração ou de diferente tipo, ou podem ter diferente significado para as relações de vida das pessoas atingidas, os instrumentos legais e convencionais devem enunciar os níveis de protecção e de respeito necessários em cada caso.

## 6. O DEVER DE CONSIDERAÇÃO DO FIM DO CONTRATO

Aquele que colocar à disposição de outrem dinheiro<sup>157</sup>, bens ou serviços necessários à satisfação de necessidades essenciais, deve abster-se de todos os comportamentos que possam pôr em perigo o fim do contrato<sup>158</sup>, a

---

<sup>155</sup> Na versão espanhola fala-se em *vivienda*. Em nenhuma das demais versões se fala nas necessidades essenciais relacionadas com a habitação.

<sup>156</sup> Na versão italiana, liga-se o *dever de protecção* a um *dever de solidariedade*: «a colocação à disposição dos bens ou serviços [...] pressupõe a disponibilidade [do prestador de bens ou serviços] para se encarregar, de modo solidário, da protecção da parte mais fraca, considerando a sua integridade física e moral».

<sup>157</sup> Nas versões alemã, inglesa, francesa e espanhola, fala-se em *possibilidades* ou em *oportunidades de obtenção de rendimento*; na versão italiana, fala-se em *possibilidades* ou em *oportunidades* de acesso ao dinheiro. O alcance do texto da *versão italiana* é mais amplo que o texto das *versões alemã, inglesa, francesa e espanhola*. As possibilidades de obtenção de rendimento são só as oportunidades proporcionados por um contrato de trabalho; as possibilidades de obtenção de dinheiro podem ser proporcionadas por um contrato de trabalho ou por um contrato de crédito.

<sup>158</sup> Nas versões alemã, inglesa e francesa, fala-se em *fim social do contrato*; na versão italiana, em *fins cooperativos (scopi cooperativi)*.

fruição do dinheiro, ou dos bens, ou dos serviços prestados<sup>159</sup>, ou o significado social da relação<sup>160</sup>.

## **7. DIMENSÃO COLECTIVA. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANTIVOS**

- (1) [Os contratos duradouros essenciais á existência da pessoa têm uma dupla dimensão colectiva.]
- (2) Os consumidores e os trabalhadores têm o direito de exigir do Estado o reconhecimento de sistemas colectivos de representação (associações de consumidores ou associações sindicais).
- (3) [Independentemente da representação dos seus interesses,] os consumidores e os trabalhadores têm o direito de exigir do Estado o reconhecimento e o respeito pelos sistemas de valores colectivos, como aqueles que são designados pelos conceitos de boa fé e de bons costumes<sup>161</sup>.
- (4) Os sistemas de valores colectivos devem aplicar-se em todas as fases da relação contratual, desde o acesso aos bens e serviços, à conformação do contrato, à sua adaptação / modificação e à sua extinção.

## **8. ACESSO, MEDIANTE O CONTRATO, AOS BENS E SERVIÇOS ESSENCIAIS A EXISTÊNCIA DA PESSOA**

- (1) Aquele que propõe a conclusão de contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve abster-se de qualquer discriminação entre pessoas ou entre grupos de pessoas em função das suas características pessoais e sociais.
- (2) Este dever aplica-se a todas as fases do processo contratual — tanto ao momento em que se anuncia o contrato, publicitando a proposta, como ao momento em que o contrato se conclui ou se extingue. Aquele que

---

<sup>159</sup> Nas versões inglesa e espanhola, fala-se em *uso produtivo*. Nas versões francesa e espanhola, fala-se, simplesmente, na utilidade das prestações contratuais.

<sup>160</sup> Nas versões francesa e espanhola, fala-se da *dimensão social do contrato*.

<sup>161</sup> Prefere-se uma distinção estrita entre o significado procedimental e o significado substantivo da *dimensão colectiva do contrato*: a dimensão procedimental prende-se com a *representação colectiva* das pessoas interessadas e a dimensão substancial (ética) prende-se com a *aplicação dos valores colectivos* da boa fé e dos bons costumes.

propõe a conclusão do contrato deve, designadamente, abster-se de qualquer discriminação ao definir as categorias de destinatários da proposta<sup>162</sup>, dificultando o acesso aos bens e aos serviços prestados, no quadro de uma operação de consumo, ou as possibilidades de obtenção de rendimento, no quadro de uma relação de trabalho<sup>163</sup>.

- (3) Este dever aplica-se ainda a todas as formas de discriminação — tanto à discriminação relativa a grupos, como à discriminação relativa a membros individuais de um grupo.
- (4) O significado dos contratos em causa para a satisfação das necessidades primárias da pessoa humana, como a habitação, o trabalho e a participação na vida económica e na vida social<sup>164</sup>, exige o reconhecimento de um direito fundamental ao acesso, mediante contrato<sup>165</sup>, a tais bens ou à prestação de tais serviços.

## **9. CORRESPECTIVO (PREÇO OU REMUNERAÇÃO)**

- (1) A prestação e a contraprestação<sup>166</sup> não devem ser gravemente desproporcionadas; não devem encontrar-se entre si numa grosseira não relação.
- (2) O preço dos bens ou serviços prestados deve ser determinado de acordo com critérios transparentes.
- (3) [Estando em causa o acesso a bens ou a serviços essenciais à satisfação das necessidades primárias da pessoa humana], o preço deve ser

---

<sup>162</sup> Na versão italiana, fala-se de uma eventual definição de categorias de destinatários.

<sup>163</sup> Na versão francesa, faz-se uma alusão expressa ao acesso.

<sup>164</sup> Em nenhuma das versões se fala em participação na vida social. Em todo o caso, parece adequado esclarecer que a participação na vida económica é, simultaneamente, uma participação na vida social. O risco de exclusão económica é sempre um risco de exclusão social.

<sup>165</sup> A expressão mediante contrato encontra-se, tão-só, na versão italiana.

<sup>166</sup> Na versão inglesa, fala-se de obrigações recíprocas.

acessível<sup>167</sup>, não discriminatório<sup>168</sup> e proporcionado aos custos [de produção]<sup>169</sup>.

## 10. ADAPTAÇÃO OU MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

- (1) Se as circunstâncias sócio-económicas pressupostas pelas partes como fundamento da conclusão do contrato não se verificarem, havendo uma grave divergência entre a realidade e a representação de que as partes partiram, o conteúdo dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser adaptado ou modificado.
- (2) A divergência pode referir-se às circunstâncias presentes ou às circunstâncias futuras (*error in futurum*) e deve ser tão grave que, se as partes tivessem uma representação exacta da realidade, não teriam concluído nenhum contrato, ou teriam concluído um contrato de tipo ou de conteúdo diferente.
- (3) Ao apreciar-se a gravidade da divergência entre a realidade e a representação, deve atender-se ao fim do contrato, à distribuição legal ou contratual do risco e ao significado social da relação<sup>170 171</sup>.
- (4) O conteúdo do contrato só deve ser adaptado ou modificado desde que a subsistência da relação contratual, sem qualquer alteração ou modificação, seja inexigível.
- (5) Ao avaliar-se a exigibilidade ou inexigibilidade da subsistência da relação contratual, deve atender-se, designadamente, aos aos deveres fundamentais de uma pessoa humana<sup>172</sup>. O consumidor ou o

---

<sup>167</sup> Na versão francesa: *abordables*.

<sup>168</sup> Nas versões alemã e inglesa, fala-se em *preços determinados de acordo com critérios não discriminatórios*; na versão espanhola, em *preços não discriminatórios*; na versão francesa, não se faz referência à discriminação, exigindo-se tão-só que o preço seja acessíveis e proporcionado aos custos e, na versão italiana, não se faz referência nem a uma coisa, nem à outra.

<sup>169</sup> Na versão francesa: *alignés avec les coûts*.

<sup>170</sup> Como na tradução do sexto princípio, faz-se uma distinção entre o *fim do contrato* e o *significado social da relação*.

<sup>171</sup> Prefere-se autonomizar a referência ao *fim social do contrato* ou ao *significado social da relação*, por ser um dos aspectos em que a redacção do décimo princípio se desvia do § 313 do Código Civil alemão.

<sup>172</sup> Prefere-se autonomizar a referência aos *deveres fundamentais da pessoa humana*, por ser um dos aspectos em que a redacção do décimo princípio se desvia do § 313 do Código Civil alemão.

trabalhador devem estar em condições de cumprir os seus deveres fundamentais, como, por exemplo, o dever de assistência aos seus familiares, assegurando-lhes alimento, vestuário e habitação<sup>173</sup>.

- (6) As regulamentações colectivas, alcançadas através dos sistemas de representação dos interesses dos consumidores e dos trabalhadores, devem ter prioridade sobre os resultados de uma adaptação ou de uma modificação individual.

## 11. CESSAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO

- (1) A cessação antecipada dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, [através de denúncia ou de revogação por acto unilateral,] deve ser feita de uma forma transparente, controlável<sup>174</sup> e socialmente aceitável. Caso seja feita contra a vontade do consumidor, do locatário ou do trabalhador<sup>175</sup>, deve representar-se como uma medida extrema (*ultima ratio*).
- (2) O acto unilateral, por que se faz cessar o contrato, deve ser fundamentado e as razões comunicadas para fundamentar a cessação do contrato devem ser verdadeiras, adequadas e justas, não podendo em caso algum ser razões discriminatórias ou ter resultados discriminatórios.

(2.1) O empregador, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços só pode fazer cessar o contrato contra a vontade do consumidor ou do trabalhador desde que tenha razões relacionadas (i) com as circunstâncias pessoais da contraparte — designadamente, com as suas condições físicas<sup>176</sup> —, (ii) com o comportamento do consumidor ou do trabalhador, tão grave ou tão significativo que justifique uma ruptura, ou (iii) com as suas próprias circunstâncias económicas e financeiras.

---

<sup>173</sup> Embora nenhuma das versões concretize o sentido do termo *deveres fundamentais da pessoa humana* ou *obrigações fundamentais da pessoa humana*, parece que deve densificar-se o sentido da expressão.

<sup>174</sup> Na versão alemã: *nachvollziehbar*.

<sup>175</sup> Embora não esteja nas versões alemã e italiana, a restrição encontra-se nas versões inglesa, francesa e espanhola.

<sup>176</sup> Na versão alemã, faz-se referência a circunstâncias relacionadas com as condições da pessoa; na versão italiana, a circunstâncias relacionadas com as condições *físicas* da pessoa do devedor; nas versões inglesa e francesa, não e faz referência nem a uma coisa, nem a outra.

(2.2) As circunstâncias económicas ou financeiras do empregador, do fornecedor de bens ou do prestador de serviços só podem ser invocadas como fundamento desde que os custos ou os esforços exigidos para que a relação contratual continue sejam desproporcionados ou excessivos<sup>177</sup>, [colocando em causa sustentabilidade económica e financeira da operação de consumo ou da relação de trabalho<sup>178</sup>].

- (3) Sempre que o fundamento da cessação antecipada do contrato sejam as circunstâncias económicas ou financeiras do empregador, do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, deve procurar-se a (re)composição do equilíbrio de interesses através dos sistemas de representação coletiva. O procedimento deve dar aos consumidores, aos trabalhadores e aos seus representantes<sup>179</sup> uma oportunidade razoável para apresentarem as suas razões, proporcionando-lhes o tempo suficiente para fazerem propostas que evitem a cessação antecipada do contrato ou que, não evitando a cessação, atenuem as suas consequências / os seus efeitos.
- (4) Em todos os casos em que a cessação antecipada no contrato se dê no seu interesse, o empregador, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços fica adstrito a deveres de protecção para com o consumidor ou para com o o trabalhador<sup>180</sup>; deve considerar, com toda a diligência<sup>181</sup>, os direitos e os interesses do consumidor ou do trabalhador. Em particular, deve dar-lhe um período de tempo adequado para se preparar para o termo da relação contratual.

## 12. COMUNICAÇÃO

- (1) Em todas as fases da relação contratual, desde que a preparação do contrato tem o seu início, com a entrada em negociações, até ao momento em que a execução do contrato tem o seu fim, devem as partes comunicar entre si.

---

<sup>177</sup> Na versão italiana, fala-se de um excesso de custo económico da cooperação creditícia.

<sup>178</sup> Na versão inglesa, fala-se da *viabilidade do objecto do contrato*; na versão francesa, fala-se da *continuidade do objecto do contrato*, exigindo-se que fique *comprometida* para que haja uma *justa causa de ruptura*.

<sup>179</sup> Na versão alemã, p. ex., diz-se que devem ser ouvidos os indivíduos *e* os seus representantes; na versão inglesa, que devem ser ouvidos os indivíduos *ou* os seus representantes.

<sup>180</sup> O termo *deveres de protecção* encontra-se tão-só na versão italiana.

<sup>181</sup> Na versão alemã, fala-se só em diligência; na versão francesa, em *toda a diligência*.

- (2) A comunicação entre as partes deve ser directa e pessoal e deve ter lugar, designadamente, antes de qualquer acto unilateral relativo ao contrato (com a sua adaptação, a sua modificação ou a sua resolução).
- (3) O diálogo deve basear-se na igualdade; deve ser um diálogo entre iguais, conforme aos princípios da confiança e da cooperação construtiva, orientado objectivamente para a plena realização do fim do contrato.

### **13. INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA**

- (1) Em todas as fases da relação contratual, desde que a preparação do contrato tem o seu início, com a entrada em negociações, até ao momento em que a execução do contrato tem o seu fim, e mesmo depois desse momento, o empregador, o fornecedor de bens ou o prestador de serviços<sup>182</sup>, deve dar ao consumidor ou ao trabalhador informações verdadeiras, completas, atempadas e compreensíveis sobre todas as circunstâncias relevantes para a relação contratual.
- (2) O conteúdo do dever de informação deve concretizar-se, atendendo aos interesses do consumidor ou do trabalhador e ao fim de corrigir as assimetrias informacionais que possam subsistir entre as partes.

### **14. MÍNIMO DE PARTICIPAÇÃO NA VIDA ECONÓMICA [MÍNIMO DE EXISTÊNCIA]<sup>183</sup>**

- (1) [O consumidor ou o trabalhador não pode ser privado de um mínimo de participação na vida económica.]
- (2) Os contratos que atingirem os rendimentos do consumidor ou do trabalhador, seja por lhe darem acesso a um rendimento regular, tornando-o disponível em determinadas circunstâncias de tempo e de lugar, seja por lhe tirarem o acesso a tal rendimento, entregando-o ao fornecedor de bens ou ao prestador de serviços, devem proporcionar à pessoa humana o mínimo necessário para a sua subsistência.
- (3) O Estado deve conformar as suas leis de forma a proteger os consumidores e os trabalhadores contra os riscos de exclusão da vida

---

<sup>182</sup> Na versão italiana, fala-se da parte que predisponha e organize o contrato.

<sup>183</sup> Na versão italiana, fala-se de mínimo vital.



económica, designadamente no quadro dos processos de execução, de pré-insolvência ou de insolvência.

## 15. MÍNIMO DE PARTICIPAÇÃO NA VIDA SOCIAL

- (1) [O consumidor ou o trabalhador não pode ser privado de um mínimo de participação na vida social.]
- (2) No momento da conformação individual e colectiva<sup>184</sup>, como no momento da sua interpretação dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa<sup>185</sup>, deve considerar-se adequadamente os riscos de exclusão social da pessoa do consumidor ou do trabalhador.
- (3) No momento da conformação, como no momento da interpretação do contrato, deve considerar-se, designadamente, os riscos de falta de emprego, de falta de habitação ou de sobreendividamento, relacionando-os com as suas causas sócio-económicas<sup>186</sup>.
- (4) Os princípios e as regras de direito privado por que se pretende prevenir o perigo de exclusão social devem ser completados pelos princípios e pelas regras de direito público.

## 16. CONFIDENCIALIDADE

Os dados pessoais facultados<sup>187</sup> durante um contrato duradouro essencial à existência da pessoa, como os juízos de valor proferidos com base nos dados pessoais assim facultados, devem ser tratados confidencialmente e só podem ser usados no quadro da realização do fim do contrato<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> Nas versões alemã, inglesa e francesa fala-se de *conformação individual e colectiva*; na versão italiana, de *estruturação individual e coletiva*.

<sup>185</sup> Na versão espanhola, fala-se só da *interpretação*.

<sup>186</sup> Na versão francesa, fala-se das *origens sociais da pessoa*. Em todas as demais versões, fala-se das *causas sociais* ou da *origens sociais* dos fenómenos do desemprego, da falta de habitação ou do sobreendividamento.

<sup>187</sup> Na versão francesa, fala-se em *dados comunicados*, sem distinguir se são dados pessoais ou não. Em todo caso, o décimo sexto princípio só faz pleno sentido desde que se aplique exclusivamente aos dados pessoais.

<sup>188</sup> Nas versões alemã e inglesa diz-se que só podem ser usados para a realização do fim do contrato; na versão francesa, que só podem ser usados no quadro da realização do fim do contrato — fórmula mais ampla e, aparentemente, mais apropriada.

# *Life time contracts: um primeiro balanço*

Luca Nogler\* & Udo Reifner\*\* \*\*\*

## I. INTRODUÇÃO

Neste artigo, propomo-nos fazer um primeiro balanço do diálogo em torno do nosso livro *Life Time Contracts*, com o subtítulo *Social Longterm Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*<sup>189</sup>. O livro foi apresentado em múltiplas ocasiões, em múltiplos países<sup>190</sup>, e apreciado por uma série de recensões<sup>191</sup>, sugerindo que o diálogo em torno dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa pode e deve prosseguir.

---

\* Professor de Direito do trabalho na Universidade de Trento (Itália).

\*\* Professor de Direito comercial nas Universidade de Hamburgo (Alemanha) e de Trento (Itália).

\*\*\* Tradução para português de Nuno Manuel Pinto Oliveira.

<sup>189</sup> *Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven, The Hague, 2014.

<sup>190</sup> No dia 4 de dezembro de 2013, foi apresentado na Universidade do Luxemburgo, por Hugh Collins e David Hiez; no dia 17 de março de 2014, foi apresentado na Universidade de Porto Alegre, no Brasil; no dia 22 de maio de 2014, na Alemanha, na *Internationale Konferenz zu Finanzdienstleistungen*, por Doris Neuberger e Ulrich Magnus; nos dias 26 e 27 de setembro de 2014, na Universidade McGill, em Montréal (Canadá), no quadro do colóquio *Le livre à venir dans les facultés de droit*; no dia 17 de outubro de 2014, na Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha, por Javier Arias Varona, Fernando Gallardo, Francisco Hernández, Javier Lete e Ángel Fernández Albor; no dia 8 de novembro de 2014, na Universidade de Tóquio, no Japão, por Katsutoshi Kezuka e por Yasuo Suwa); no dia 6 de março de 2015, na Universidade de Pisa, em Itália, por Vincenzo Roppo, Marco De Cristofaro, Oronzo Mazzotta e Fabio Padovini; no dia 15 de maio de 2015, na Universidade do Minho, em Portugal, por Nuno Manuel Pinto Oliveira, Agostinho Cardoso Guedes, Henrique Sousa Antunes, Catarina Serra, Júlio Gomes, Benedita MacCrorie, Jorge Morais Carvalho, Ana Maria Taveira de Fonseca, Sandra Passinhas e Maria João Vasconcelos; nos dias 28 a 31 de maio de 2015, no *Annual Meeting* da *Law and Society Association*, em Seattle; no dia 29 de junho a 1 de julho de 2015, no 15.º *Annual Meeting* da *International Association of Consumer Law*, em Amesterdão, em que foi apresentada uma comunicação subordinada ao tema “Early termination in Life-Time Contracts”; e, por último, no dia 25 de setembro de 2015, na Universidade de Trento, na Itália, por Roberto Fiori e Gianni Santucci.

<sup>191</sup> David Hiez, “À propos des Life Time Contracts”, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 2014 (4), págs. 817-827; Francisco Javier Arias Varona, “Recensión”, in: *RPC*, 21, 2014, págs. 389-393; Marina Tamm, “Buchbesprechung” in: *Verbraucher und Recht*, 2015 (1), págs. 39-40;

Não nos arrependemos, em primeiro lugar, de ter adoptado uma perspectiva multicultural. Temos a convicção plena de que a força da Europa está no pluralismo das suas culturas. Que a decisão foi acertada demonstram-no as traduções dos *Principles on Life Time Contracts* em distintas línguas.

O livro publica as traduções dos *Principles* em alemão, em francês, em italiano e em espanhol; depois de o livro ter sido publicado, foram preparadas as traduções em português, em japonês e em coreano. Como cada uma das traduções comprova, não se trata só de substituir palavras de uma língua por palavras de outra língua. Trata-se, sim, de integrar um texto numa cultura jurídica diferente; de quando em quando, trata-se de o integrar numa cultura jurídica muito diferente daquela em que o texto foi redigido.

Javier Arias Varona refere-se a um “fortalecimento do carácter multicultural do trabalho”, representando-o como necessário para que os textos possam produzir os impulsos que os autores pretendem que produzam.

Concordando, no essencial, com Arias Varona, Ewoud Hondius critica as contribuições de autores neerlandeses, publicadas em inglês, por não se preocuparem tanto como deveriam preocupar-se com a compreensão dos conceitos e das estruturas do direito neerlandês pelo público

O caso do termo *centrale ondermingsraad* seria um caso exemplar. Hondius lamenta que tenha sido traduzido de forma a sugerir que se tratava de um puro e simples órgão de participação ou de representação, deformando-se a realidade, ao esquecer-se, como não deveria esquecer-se, a especificidade das funções desempenhadas e a originalidade do órgão. Com o exemplo do termo *centrale ondermingsraad*, Hondius pronuncia-se em favor da tese, por nós sustentada, de que o uso da língua-mãe dos autores pode ser necessário, ainda que tal língua não esteja entre as mais conhecidas, — ainda que não seja a língua mais fácil de falar ou a mais simples de compreender.

David Hiez exprime uma apreciação particular pela nossa preferência: “O grupo *EuSoCo* decidiu trabalhar em diferentes línguas (inglês, alemão,

---

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, “Recensión” in: Revista española de derecho del trabajo, 2015, págs. 287-291; Ewoud Hondius, “Review”, in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, vol. 37, 2014 (8), págs. 308-309; Hugh Collins, “Review” in: European Review of Contract Law, vol. 10, 2014 (3), págs. 466-472; Hans-Wolfgang Micklitz, “Book Notes — Law 1/2015”, in: Journal of Consumer Policy (2015) 38, pág. 108; Michele Graziadei, in: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, em curso de publicação; Chantal Mark, in: European Journal of Comparative Law and Governance, 2015, em curso de publicação; G. Löschnigg, in: Das Recht der Arbeit, em curso de publicação; Muriel Fabre-Magnan, “Critique de la notion de contenu du contrat”, in: Revue des contrats, 01er. Septembre 2015, n° 3, pág. 639 (II. C).

francês e italiano) e não recorrer a um novo esperanto. Os leitores com competências linguísticas mais limitadas poderão, porventura, perder alguma coisa. Em todo o caso, a decisão foi correcta e deve ser apreciada favoravelmente. Faz parte de uma concepção distinta e própria da construção de um direito privado europeu. Como parte de uma concepção distinta e própria, responde, pelo menos, em parte, à crítica dos que contestam qualquer tentativa de aproximação, com o argumento da intraduzibilidade do direito”.

O juízo de Hiez foi de uma forma geral partilhado pelos comentadores do livro. Marina Tamm sentiu-se impelida a falar de uma “herança comum europeia” (de uma *gemeinsames europäisches Erbe*).

Não nos esquecemos, em segundo lugar, de que o título *Life Time Contracts* não é auto-explicativo — precisa sempre de um esclarecimento adicional ou suplementar, sobretudo, se não foi apresentado em inglês.

É uma designação genérica; deve ser acompanhada por designações mais específicas, apropriadas para representar os seus dois desafios de uma forma mais jurídica. Em primeiro lugar, são *contratos de longa duração* e, em segundo lugar, são *contratos essenciais à existência da pessoa — essenciais às relações humanas*. Os esclarecimentos adicionais ou suplementares foram de alguma forma já feitos, em algumas das traduções dos princípios publicadas no livro [ou preparadas depois de o livro ter sido publicado].

Hugh Collins alega que “o critério colocado no centro da definição de *life time contracts* [...] está em ser o contrato mais ou menos essencial para a realização da pessoa; em ser o contrato mais ou menos essencial para a sua participação, como pessoa, na sociedade”. O problema estaria em que todos, ou quase todos os contratos, pelo menos potencialmente, são essenciais para a realização da pessoa. Collins dá como exemplo o caso de uma pessoa que precisa de tomar o autocarro todos os dias para chegar ao local de trabalho. O serviço de transportes públicos tornar-se-ia essencial para a sua realização pessoal. Com o uso diário de tal serviço constituir-se-ia uma relação, e uma relação que pode ser descrita como “relação social duradoura”. O conceito de *life time contracts* falharia, por não ter capacidade distintiva. Seria potencialmente capaz de incluir quase todos os contratos concluídos normalmente pelas pessoas, ao longo da sua vida

David Hiez responde que o conceito de *life time contract* define-se, em extensão, por duas notas caracterizadoras — por um lado, pela duração e, por outro lado, pela destinação funcional à realização pessoal e social de um dos contraentes. Não é suficiente, para que o contrato entre na categoria dos *life time contracts*, que tenha como destinação funcional a realização pessoal e social de um dos contraentes. É necessário que o contrato seja duradouro.

Quando os contratos de execução instantânea simplesmente se repetem e se sucedem, sem que haja nada que os ligue desde o início, são e devem ser designados como contratos contingentes recorrentes. Às relações por si consituídas pode chamar-se relações obrigacionais recorrentes (*Wiederkehrschuldverhältnisse*). Em todo o caso, não há nos contratos recorrentes nenhuma relação complexa, como não há nenhuma relação duradoura — há sim, sempre e só, relações singulares sucessivas.

*Life time contracts* poderá porventura ser mais bem lido como *Life time contracts*. Não há, de facto, nada — não há rigorosamente nada — em comum entre os *life time contracts* e os contratos vitalícios.

Os contratos vitalícios foram abolidos pelas revoluções burguesas, conjuntamente com a escravatura e com a servidão. Ainda que as perspectivas se tenham, de alguma forma invertido, — por haver muitos consumidores, muitos inquilinos e muitos trabalhadores que, seguramente, apreciariam que os contratos necessários à sua existência, como os contratos de trabalho, durassem toda a vida<sup>192</sup>, — não há nenhuma relação sistemática entre os dois conceitos. Os consumidores, os inquilinos ou os trabalhadores que pretendem que os contratos necessários à sua existência durem toda a vida não querem, de forma nenhuma, ficar-lhes vinculados para toda a vida. Aquilo que os trabalhadores, que os inquilinos ou que os consumidores querem é só uma protecção adequada contra uma cessação unilateral das relações contratuais essenciais à sua existência. E, de facto, os contratos vitalícios não são coisa que uma sociedade livre e responsável possa desejar, ou sequer aceitar.

Os *Principles on life time contracts*, ao proibirem uma cessação arbitrária, procuram, simplesmente, um compromisso entre a liberdade individual e a solidariedade social — compromisso tornado necessário pela circunstância de em causa estar uma relação social que atinge directamente a existência de devedores, inquilinos e trabalhadores. É por isso que a protecção proporcionada contra a cessação unilateral dos *life time contracts* não é uma protecção absoluta ou categórica — é, tão-só, circunstancial e relativa.

O conceito de *life time contracts* implica uma crítica ao modelo ou paradigma do contrato de compra e venda. Em rigor, uma crítica desdobrável em duas — por um lado, contesta-se falta de uma dimensão temporal (“duração”) e, por outro lado, ainda que a dimensão temporal fosse, de alguma forma, tomada em consideração, sempre se contestaria que fosse degradada a uma dimensão quantitativa, — cuja função seria só a de contribuir para a

---

<sup>192</sup> [Os Professores Nogler e Reifner propõem um jogo de palavras que não pode, ou que só com dificuldade poderá, transpor-se para a língua portuguesa: “*Many consumers, workers or tenants would appreciate if their life time contracts would hold for lifetime*”].

determinação do juro, da renda, ou do salário, — e não fosse representada na sua dimensão qualitativa, como componente essencial de determinados contratos, em que o tempo está ligado às vidas humanas.

As duas dimensões são, porém, os dois lados de uma e da mesma moeda — o anverso e o reverso de uma e da mesma medalha. O princípio histórico do *caveat emptor* permitiu o desenvolvimento de uma economia de mercado, em que se constituem contactos entre pessoas que não se conhecem e que, se se conhecessem, provavelmente não teriam gostado umas das outras. A cooperação anónima, quase necessária, pressuposta por uma economia de mercado substitui uma cooperação voluntária, de que, de facto, está muito distante. Com a redução das relações a contratos de execução instantânea [*spot contracts*] o capitalismo realizou algo de extraordinário, na perspectiva da produtividade, ao promover a cooperação internacional e a repartição do trabalho [entre países e, dentro de um mesmo país, entre diversos grupos sociais].

Não pode duvidar-se de que a ideia de cooperação anónima, reduzida a contratos de execução instantânea, ainda desempenha um papel importante, no comércio internacional e no processo de globalização. E não se pretende negar-lhe esse papel. A crítica não é a de que os contratos de execução instantânea, como o contrato de compra e venda, deveriam ser substituídos por contratos de execução duradoura. É, sim, a de sublinhar que o modelo ou paradigma da compra e venda não é um paradigma adequado a todos os contratos. Não se trata de negar que a ideia de livre escolha, explícita no paradigma da compra e venda e implícita, sob designações distintas, em alguns aspectos do regime dos contratos de arrendamento e de trabalho, ou em coisas como o *modelo da informação*, nos contratos de consumo, seja uma ideia importante. Trata-se, sim, de negar que seja a *única ideia importante* do regime dos contratos, ou de que deva ser a *ideia mais importante* do regime de alguns tipos de contrato. O sucesso do paradigma da compra e venda na conformação dos mercados converter-se-á em fundamental insucesso desde que todos os contratos, incluindo aqueles que se ligam ao consumo, ou que permitem o acesso à habitação ou ao trabalho, fiquem subordinados à sua ideologia; desde que haja uma *inclusão* de relações essencialmente distintas da compra e venda na *ideologia contratual* construída sobre o paradigma dos contratos de execução instantânea, ou desde que haja uma *exclusão* de tais relações da *ideologia contratual*.

Como as razões apresentadas para explicar tal *exclusão* eram cada vez menos convincentes e, por isso, cada vez mais difíceis de aceitar, houve múltiplas tentativas para reintegrar o *pensamento da relação* no direito dos contratos.

O tempo deixa então de ser representado como uma pura e simples *projecção* de agora para depois, ou como um puro e simples ponto de referência para a determinação dos salários, das rendas ou dos juros, e passa a ser representado como uma *realidade* inquantificável — como o tempo de que as pessoas dispõem para viver; como o *tempo-de-vida* ou como o *tempo-para-a-vida*. Certas actividades, como *dormir, trabalhar, consumir, amar e sofrer*, criam o seu próprio tempo. Criam um tempo que é *próprio* e que, como tempo *próprio*, não é *fungível* — não pode ser trocado por tempos diferentes, de outras actividades ou de outras coisas. O direito deverá reconhecer que o *tempo-de-e-para-a-vida* (*life time*) é a dimensão mais importante de algumas relações contratuais. Se o fizer, como deve, ficará aberto o caminho para a definição de um novo tipo de contrato. Os bens e serviços prestados estariam ligados á duração da vida de uma das partes. Em tais contratos, a duração será (terá de ser) um elemento essencial, em termos um tanto ou quanto semelhantes àqueles que se aplicavam a alguns contratos de locação da Idade Média<sup>193</sup>.

Se a primeira ideia consistia em definir um novo tipo de contrato, a segunda, talvez mais desafiante, consiste em indicar um modelo ou paradigma uniforme de regulação, de alguma forma análogo ao paradigma do contrato de compra e venda<sup>194</sup>.

O paradigma em causa deveria desenvolver-se de forma a construir-se uma estrutura jurídica capaz de harmonizar o contrato e a relação. Como acenturam alguns (muitos) observadores do nosso trabalho, preocupamo-nos sobretudo com a relação entre o direito dos contratos e as necessidades humanas. Marina Tamm di-lo de uma forma particularmente impressionante — na nossa abordagem ao direito dos contratos vai contida uma decisão ética. Decisão que se exprime na crítica à tendência para uma recepção automática no discurso jurídico dos conceitos e das estruturas da economia neoclássica. O

---

<sup>193</sup> O livro do *Eclesiastes*, 3, 1-22, representa um desvio ao uso moderno da palavra “*tempo*”. O texto do capítulo 3 começa com o versículo em que se diz que “Todas as coisas têm o seu tempo, e tudo o que existe debaixo dos céus tem a sua hora”, e continua com a enumeração de actividades humanas, ligando-as ao *seu* tempo. Cada um dos versículos começa com as palavras “Há tempo para” e o desenvolvimento esclarece que se trata do tempo e não do momento (do dia ou da hora). Com a afirmação de que “Aquilo que é já existia e aquilo que há-de ser já existiu; Deus faz voltar de novo aquilo que já passou” (3, 15) recorda-se-nos a relatividade social do tempo. A relatividade material, essa, é desde há décadas reconhecida pelos físicos.

<sup>194</sup> Cf. G. Oppo, “I contratti di durata”, in: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1943, I, págs. 143 ss. e págs. 227 ss., e 1944, I, p. 17 ss.

fenómeno é particularmente grave, por tais conceitos e tais estruturas contaminarem parte significativa da análise económica do direito.

Como escreve Michele Graziadei. “na economia neoclássica as mercadorias são todas iguais a si próprias; todas fungíveis”. Graziadei remete para uma obra recente de Debra Satz<sup>195</sup>, para sustentar que o mercado em que as mercadorias são transaccionadas é um mercado cujas especificidades e implicações morais ninguém compreende, ou quer compreender. “Não é um acaso”, continua Michele Graziadei, “que um dos artigos publicados no presente volume dirija uma crítica feroz à obra de Ronald Coase, apresentado — de forma, aliás, um pouco caricatural — como um mau profeta, que semeia entre os juristas uma atitude de análoga insensibilidade”.

O caso seria, porém, um pouco mais grave. A crítica dirigida a Ronald Coase seria, pelo menos em parte, uma crítica injusta. Não haveria tão-só uma contaminação externa da teoria jurídica do contrato pela teoria económica neoclássica (e neoliberal) — haveria uma contaminação interna da teoria jurídica pelo formalismo, ou pelo neoformalismo. Entre os fundamentos da teoria jurídica do contrato está ainda a ideia de uma *autonomia da vontade*, contra a qual se dirigiram autores como Gierke, — tão frequentemente citado ao longo de todo o livro, — ou em tempos mais recentes pelos adeptos do (chamado) socialismo jurídico, ou em tempos ainda mais recentes os juristas comprometidos com “correntes socialmente orientadas”.

Muriel Fabre-Magnan sublinha que *life time contracts* não são necessariamente contratos *para a vida*; não são contratos cuja duração coincida, ou tenda a coincidir, com a duração da vida; são contratos importantes *na vida*. São contratos que desempenham uma função importante na vida de uma pessoa. “Parece”, conclui Fabre-Magnan, “que a ideia subjacente à definição de tal tipo de contratos consiste na sua importância no acesso aos meios de subsistência”. Entre os contratos de crédito, os contratos de arrendamento e os contratos de trabalho, haveria uma coisa em comum — e, na verdade, uma coisa fundamental —: cada um dos três tipos de contrato seria necessário para que o devedor, o arrendatário ou o trabalhador pudesse alcançar os meios necessários para a sua subsistência.

Fabre-Magnan sublinha ainda que o argumento da função económica e social do contrato — e da sua importância para o acesso a bens e a serviços fundamentais — foi por si invocado para sustentar a tese de que o empregador está adstrito a um dever especial de fundamentação dos actos unilaterais, por que promova uma cessação antecipada dos contratos de trabalho. Fabre-

---

<sup>195</sup> D. Satz, *Why Certain Things Should Not Be for Sale*, Oxford University Press, Oxford, 2010.



Magnan refere-se, em particular, à nossa 14.<sup>a</sup> tese, em que a função económica e social do contrato foi enunciada sob a forma de princípio.

Continuando com a apreciação da nossa proposta, a autora sustenta, com bons argumentos, que “a ideia de protecção dos mais fracos tem os seus limites e, em todo o caso, é algo artificial; a ideia de uma fragilidade ou de uma vulnerabilidade típicas da parte mais fraca é-o ainda mais”.

A protecção não seria, ou não deveria ser, justificada pelo tipo de contrato — seria, ou deveria ser, justificada pela importância que o contrato tem para uma das partes e para a sua subsistência. Seria precisamente a importância que o contrato tem para uma das partes e para a sua subsistência que explicaria e que justificaria algumas disposições especiais do direito dos contratos, por que se pretende, precisamente, estabilizar a relação — proporcionar alguma estabilidade à relação obrigacional.

E, na verdade, se a razão de ser da protecção proporcionada ao devedor, ao arrendatário ou ao trabalhador pelo direito do crédito, pelo direito do arrendamento ou pelo direito do trabalho fosse, simplesmente, a fragilidade ou a vulnerabilidade da parte mais fraca, não seria necessária uma particular forma de contrato. Pode haver fragilidades e vulnerabilidades em todas as relações contratuais. O problema só se põe, e só deve pôr-se, se a fragilidade e a vulnerabilidade no direito são o resultado de uma inadequada *forma* das relações jurídicas, ou de uma inadequada *ideologia*, subjacente às relações jurídicas contratuais, em que o princípio da igual liberdade de todos é transformado, degradando-se, em princípio de legitimação de relações de dependência, de dívida e de subordinação. Se tal suceder, como frequentemente sucederá, pode porventura valer a pena reflectir sobre a pergunta seguinte: O modelo do contrato de compra e venda não precisará porventura de ser complementado com um modelo (com um “irmão” ou uma “irmã”) mais adaptado à economia moderna, — mais adaptado à economia do crédito e dos serviços —? Se se pusesse a pergunta, e se se reflectisse seriamente sobre os argumentos relevantes para a resposta, poderia porventura atribuir-se alguma relevância à chamada “igualdade de direito”, evocada por Anatole France. Os modelos do direito da compra e venda poderiam porventura ser representados como casos paradigmáticos de um direito de protecção do *vendedor* — e, desde que os seus resultados fossem transferidos, como casos paradigmáticos de um direito de protecção do *empregador*, do *senhorio* ou do *mutuante*. Ora a protecção de um *vendedor*, como a protecção de um *empregador* (de uma *entidade patronal*), de um *senhorio* ou de um *mutuante*, precisaria de uma *justificação especial*.

Não seria necessário declarar a desigualdade das partes; não seria necessário dizer que o *comprador*, que o *trabalhador*, que o *inquilino* ou que o *mutuário* se encontram em situação de inferioridade; e, sobretudo, não seria

necessário dizer que se encontram em situação de inferioridade por causa da sua (alegada) *fragilidade pessoal* ou da sua (alegada) *vulnerabilidade pessoal*.

Devemos esclarecer que a nossa perspectiva não é uma *perspectiva funcional*; não — a nossa perspectiva é uma *perspectiva técnica*.

Se o Manifesto para a Justiça Social [no direito europeu dos contratos] adoptava uma *perspectiva funcional* — alegando que o direito dos contratos deveria realizar a justiça social, ainda que não demonstrasse, com adequada precisão e com adequado rigor, como poderia alcançar-se um tal fim —, o nosso projecto — a que chamámos de Projecto para um Contrato social europeu (EuSoCo) e a que, hoje, deveríamos porventura chamar de Projecto para um Contrato social internacional (IsoCo), por causa da presença de participantes da América e da Ásia —, esse, adopta uma *perspectiva técnica*.

Não definimos a função dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa a partir *de fora*, como sucederia se os tratássemos a partir da perspectiva da justiça social, e sim a partir *de dentro*.

Partimos dos casos mais significativos de um direito dos contratos socializado — como sejam os casos do direito do trabalho, do direito da protecção do inquilino, ou do direito da protecção do consumidor, como devedor (mutuário) — para propor uma generalização dos aspectos (uma generalização dos princípios e das regras) que tais contratos têm em comum.

O nosso ponto de partida está na ideia de que a dimensão social é inerente à dimensão temporal — está, de alguma forma, contida na dimensão temporal. O tempo só poder ser considerado desde que o contrato seja duradouro; desde que a sua execução se prolongue, por um prazo mais ou menos longo. Quanto mais longa for a duração, tanto mais aspectos relacionais, ligando o contrato e a vida, se tornarão evidentes. Em última análise, o contrato poderá tornar-se numa necessidade existencial. O nosso trabalho continua e desenvolve a crítica ao modelo dos contratos de execução instantânea (dos *spot contracts*) deduzida desde o início do século XX. Se a dimensão social pode, de alguma forma, ser posta entre parêntesis ao tratar-se dos contratos de execução instantânea, tal não pode, de forma nenhuma, suceder nos contratos de execução duradoura (nos *long-term contracts*). Os conceitos de *contrato social* e de *contrato de execução duradoura* são conceitos entre os quais há uma ligação lógica. Os contratos de execução duradoura (*long term contracts*) são necessariamente contratos sociais (são necessariamente *social contracts*) — a duração implica, lógica e necessariamente, relações sociais e a ordenação das relações sociais pelo contrato implica, lógica e necessariamente, relações jurídicas. Explicitada a relação lógica necessária entre a dimensão temporal e a dimensão social, o

nosso trabalho desenvolve a discussão interrompida entre os contratos *transaccionais*, de execução instantânea, e os contratos relacionais.

Propomo-nos, através da generalização dos aspectos que os contratos de trabalho, de arrendamento e de crédito ao consumo, têm em comum, contribuir para a diferenciação entre *duas partes gerais* do direito das obrigações. O modelo dos contratos de execução instantânea, desenhado a partir do paradigma do contrato de compra e venda, deve ser completado com o modelo dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, desenhado a partir dos paradigmas do crédito ao consumo, do arrendamento e do trabalho. Construída de baixo para cima (a partir de uma *bottom-up methodology*), a nova parte geral, ocupando o cimo da pirâmide, poderá adaptar-se a áreas distintas do trabalho, do arrendamento ou do crédito ao consumo. Os contributos relacionados com o direito do trabalho são particularmente significativos, ao afirmarem uma tal possibilidade.

## II. A DEFINIÇÃO DE *LIFE TIME CONTRACTS*

Chegados aqui, deve regressar-se, ainda que brevemente, à análise dos elementos essenciais da definição de *Life time contracts*.

a) *A duração*. Entre as características dos *Life time contracts* está a de que “a prestação, na sua integridade, depende da duração do contrato (*Länge*)”<sup>196</sup>.

Nos sistemas de *Civil law*, o termo *contratos de execução duradoura* (*long term contracts*) abrange duas categorias de contratos: *em primeiro lugar*, os contratos de execução continuada, cujo cumprimento se desenvolve ininterruptamente, pelo período definido no contrato ou, em todo o caso, pelo período necessário para a satisfação das necessidades do credor e, *em segundo lugar*, os contratos de execução periódica, cujo cumprimento se decompõe em actos sucessivos, repetidos com intervalos (regulares ou irregulares). A diferenciação entre as relações obrigacionais de curto prazo e de longo prazo relaciona-se com os interesses que a própria obrigação prossegue, ou se propõe prosseguir. Nos contratos que exigem uma prestação continuada ou periódica, os interesses do credor são tais que não podem ser satisfeitos por um acto simples — só podem sê-lo por uma prestação complexa, contínua ou descontínua. Nos contratos que não exigem uma prestação duradoura, nem continuada, nem tão-pouco periódica, os interesses do credor são tais que

---

<sup>196</sup> Vide, por exemplo, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I — *Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, München, 1987), pág. 30.

podem ser satisfeitos por um acto simples. A prestação esgota-se num único acto — e esse único acto esgota-se num único momento.

Em termos históricos, o desenvolvimento da categoria dos contratos de duração — e, em particular, da sub-categoria dos contratos de longa duração — está relacionada com quatro questões: com a realização dos fins prosseguidos pelas partes com a conclusão do contrato e, em particular, com a plena satisfação das suas aspirações e dos seus interesses; com a adaptação dos contratos aos casos de perturbação do equilíbrio económico subjacente ao contrato (*Geschäftsgrundlage, clausula rebus sic stantibus*); com o direito de as partes denunciarem discricionariamente, *ad nutum* ou *ad libitum*, os contratos duradouros, desde que a sua duração seja indeterminada; e, por último, com os efeitos da resolução do contrato. Independentemente de o fundamento da resolução estar no contrato ou estar na lei, a resolução do contrato não terá (não poderá em regra ter) *efeito retroactivo*.

O problema está em que a categoria histórica dos contratos de longa duração é insuficiente: não considera ou pelo menos não considera suficientemente, como deveria considerar, o aspecto humano: as partes de alguns contrato de longa duração são *seres humanos* — são *pessoas* — e os contratos só podem compreender-se atendendo à sua relação com um ser humano (com uma pessoa; com o *tempo da vida* de uma pessoa).

b) *O tempo da-e-para a vida de uma pessoa (life time)*. Foi precisamente por causa de tal insuficiência que preferimos dar-lhes um nome diferente — o nome de *Life time contracts*. Em português, o termo poderá ser traduzido, ainda que de uma forma tão-só aproximada, por *contratos duradouros essenciais à existência da pessoa*.

Como diz o nosso *Segundo princípio*,

*“O ponto central do regime dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser o individuo, na sua concreta realidade material e moral. O direito deve preocupar-se em disciplinar a conclusão do contrato e as relações de cooperação entre as partes, conformando-as para proteger e para promover o desenvolvimento da pessoa humana”.*

Em termos mais genéricos, dir-se-á que os desenvolvimentos recentes em duas áreas específicas, como sejam o direito do arrendamento e o direito do trabalho, introduziram princípios e regras no direito privado por que se procura realizar o *princípio da justiça*, fazendo acepção de *pessoas*.

Hugo Sinzheimer afirmou, a propósito dos contratos de trabalho, ainda que em termos todavia extensíveis a todos os *Life time contracts*, que o direito não deve limitar-se a reconhecer a liberdade formal do cidadão. Em vez de

tomar a liberdade de cada pessoa como uma *formalidade*, deve projectar-se na *real substância da liberdade*, para a realizar praticamente, referindo-se às necessidades do ser humano, na sua natureza de ser em relação<sup>197</sup>.

Concordando com Sinzheimer, decidimos concentrar-nos no aspecto humano dos contratos sociais de longa duração. O termo *Life time contracts* pretende acentuá-lo; pretende colocá-lo em evidência. O problema central da categoria dos *Life time contracts* — da categoria dos *contratos duradouros essenciais à existência da pessoa* — relaciona-se com o ser humano, com as suas necessidades físicas e morais, relacionadas com a pertença, com a segurança, com o sucesso, ou com a auto-realização. Em diferentes palavras: relaciona-se com a sua necessidade existencial de gozar de bens e de serviços, de oportunidades de trabalho e de oportunidades de rendimento. A satisfação das necessidades existenciais do ser humano é uma pré-condição essencial para a auto-realização, para a participação na vida social; numa palavra: é pré-condição essencial para a prossecução de uma vida feliz (*happy life*).

Trata-se de tomar a sério a dimensão do tempo; não de a tomar a sério em dimensões tradicionalmente consideradas pela ciência do direito, e sim de a tomar a sério em dimensões novas, tradicionalmente esquecidas.

Tomemos o caso do contrato de trabalho. Trata-se de reconhecer que o trabalho prestado pela pessoa toca o tempo; trata-se, sobretudo, de reconhecer que o trabalho prestado pela pessoa não toca o tempo como uma categoria externa ao sujeito (o ser no tempo enquanto tal não pertence ao empregador) e sim como uma categoria interna. O tempo apresenta-se como uma *componente constitutiva* do próprio ser humano como pessoa. O trabalho representa um dos principais fenómenos das relações sociais, por permitir ao trabalhador responder, ainda que com toda a provisóriedade imposta pela condição humana, a uma pergunta fundamental para a definição da identidade de cada ser humano (de cada pessoa) — “*por que vive?*” Em tal sentido, poderia porventura falar-se do *tempo da vida* do trabalhador.

Em toda a era taylor-fordista, afirmou-se que o trabalho representa uma etapa da existência em que o trabalhador “gasta” o seu tempo-de-vida (*life time*). Tal etapa não faria parte do tempo entendido como *kairos* — ficaria adscrita ao, fazendo parte do, tempo entendido como *chrónos*.

Ao representar o tempo do trabalho como tempo “gasto”, como *chrónos*, o taylor-fordismo faz sobressair aquele que podemos qualificar como o aspecto mais negativo do envolvimento do trabalhador no cumprimento da

---

<sup>197</sup> H. Sinzheimer, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen, 1933, republicado em H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, 2.<sup>a</sup> ed., Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt-am-Main, 1976, págs. 53 ss.

prestação laboral. O problema está em que, do ponto de vista dos princípios e dos valores, o trabalhador não pode ceder-se a si próprio ao empregador e, por isso, não pode ceder-lhe o tempo da sua vida. Não pode, por isso, representar-se o tempo do trabalho como tempo “gasto”, cedido ao empregador.

A distorção óptica engendrada pelo taylor-fordismo torna-se evidente desde que consideremos o facto de que o envolvimento do trabalhador dependente pode atingir, em termos em tudo semelhantes, os trabalhadores independente. Como só pode (sobre)viver através do seu trabalho, o trabalhador é forçado a “gastar” o seu tempo preparando ou realizando a sua prestação. Não é por acaso que tem cada vez mais adeptos a posição segundo a qual, na presença de prestações essencialmente pessoais, não deve ser sempre necessária a subordinação. Para justificar a aplicação de partes significativas do direito do trabalho — designadamente daquelas por que se pretende proteger a esfera existencial do trabalhador —, deveria ser suficiente que a prestação tivesse como destinatário uma *empresa*, uma *organização produtiva*, e que lhe proporcionasse uma particular *utilitas*. Não deveria ser necessário que o trabalhador estivesse integrado na *empresa* — seria suficiente que a prestação tivesse como destinatário a *empresa* e que, tendo como destinatário a empresa, lhe proporcionasse a particular *utilitas* resultante da ligação entre a *prestação* e uma *organização produtiva*.

Perguntar-se-á porém se o direito, com os seus conceitos e as suas estruturas, pode dar ao tempo a importância que deve dar-lhe, representando-o, como deve representá-lo, como algo de ontologicamente ligado ao indivíduo. Ora a concepção do tempo aqui invocada — a que poderíamos chamar *intermédia*, por estar situada entre dois indicadores de medida —, só pode assumir-se como uma concepção significativa desde que seja adequada aos conceitos, aos princípios e as regras aplicáveis às relações sociais disciplinadas pelo direito. O aspecto qualitativo do tempo, como expressão directa ou imediata daquilo que faz de cada pessoa única, deve ser sempre “mediatizado” pelo direito e, por conseguinte, pelos conceitos (jurídicos) através dos quais se seleccionam aspectos recorrentes (típicos), como, p. ex., a doença, a pobreza, o desemprego, as necessidades familiares ou as necessidades sociais, abstraindo da individualidade dos sujeitos implicados na relação inter-individual. O jurista corre sempre o risco de incorrer numa abstracção excessiva, distanciando-se da realidade. O pensamento jurídico tem-se esforçado, desde há muito tempo, para desenvolver instrumentos, como o *tipo* (*Typus*), capazes incluir na própria reflexão teórica (designadamente, na própria reflexão sobre os métodos) o substrato vital a que devem aderir os conceitos do sistema jurídico. É um movimento, desenvolvido pelos juristas, de alguma forma ligado a um movimento, porventura mais amplo, de revalorização da filosofia prática. Em todo o caso, na prossecução de tal fim, com o qual concordamos plenamente, o jurista deve ter toda a atenção, para

não abdicar daquilo que lhe é próprio e para não confiar aos outros — aos filósofos, aos economistas ou aos sociólogos — a selecção dos interesses relevantes para a decisão de cada caso concreto.

O jurista que pretenda prevenir-se contra a sensação de que o terreno, sobre o qual se move, foge sob os seus pés não pode, nem por um momento, renunciar aos conceitos ou prescindir dos conceitos. Simplesmente, prescindir dos conceitos não se confunde, nem deve confundir-se, com renunciar à pretensão de estar tão próximo quanto possível da realidade. O jurista e, em especial, o jusprivatista pode referir-se, simultaneamente, aos conceitos e à realidade. Pode fazê-lo desde que evite colocar entre parêntesis, reconhecendo-o, aquilo que representa o próprio fundamento da sua actividade de jurista — as relações entre as pessoas. Em tais relações, cada indivíduo tem uma propensão instintiva ou quase-instintiva para afirmar a sua subjectividade; para actuar a sua vontade de poder. O jusprivatista só pode referir-se à realidade desde que reconheça que a actuação da vontade de poder do indivíduo está sujeita a condições e deve estar sujeita a limites.

O juslaborista deve ir ainda mais longe. O direito do trabalho só se constituiu por ter dado ao direito privado uma dimensão axiológica. Em que consiste tal dimensão?, perguntar-se-á. Em enunciar as regras de julgamento por que há-de atribuir-se e distribuir-se os custos do agir humano, de forma a considerar as situações mais relevantes de limitação da liberdade de cada um, por causa da sua participação na vida económica e na vida social. Os princípios e as regras por que há-de concretizar-se a regra de julgamento devem ter em conta, por um lado, a lógica comutativa de uma relação contratual e, por outro lado, os limites que, dentro da lógica comutativa, o princípio da exigibilidade põe à desequilibrada distribuição de custos. Em todo o caso, ainda que dentro dos limites da exigibilidade e da lógica comutativa do contrato, a dimensão axiológica é algo de essencial, sem o qual o direito do trabalho não pode explicar-se e não pode justificar-se.

Entre os exemplos que poderiam evocar-se para concretizar o argumento deduzido há um caso de particular actualidade — o caso da utilização das tecnologias digitais. O indivíduo sofre, cada vez mais, a pressão da sua presença. Em termos tais que se tornam incompreensíveis os atrasos do pensamento juslaboral em relação a um tema cada vez mais fundamental nas relações de trabalho — o dever do empregador de proporcionar ao trabalhador uma adequada formação. Quando um dos sujeitos da relação sofre a pressão da realidade circundante, instaurando-se o “domínio das coisas sobre os

homens”<sup>198</sup>, o direito deve recordar ao outro sujeito que ser livre “não significa ser livre do dever, mas sim através do dever e da responsabilidade”<sup>199</sup>.

Respondida à pergunta pelo *se* — se pode o direito dar ao tempo a importância que deve dar-lhe —, falta porém responder à pergunta pelo *como*. Como poderá dar-se a devida importância à dimensão qualitativa do tempo, atendendo ao “tempo da vida” ou ao “tempo vivido” por cada um<sup>200</sup>?

Reconhecemos que o direito não pode atribuir relevância, pelo menos relevância directa ou imediata, ao tempo da vida de cada trabalhador.

O pensamento jurídico só pode operar com conceitos e os conceitos só podem operar colocando o tempo da vida na sua ordem cronológica e transformando os factos concretos, de que depende a vida de cada trabalhador, em descrições gerais e abstractas — em *conceitos* —, construídos sem fazer qualquer referência aos traços individuais. Transformar os *factos* em *conceitos* e, sobretudo, transformar os *factos concretos* em *conceitos abstractos e gerais*, é algo que só pode fazer-se por referência a acontecimentos recorrentes, e a acontecimentos recorrentes na vida de uma pluralidade de pessoas (como a doença, a maternidade ou a paternidade).

Reconhecemos, por isso, que o direito só pode atribuir relevância aos factos *recorrentes*, porque só os factos recorrentes são *tipicizáveis*.

c) *Essencialidade para a satisfação das necessidades humanas*. Os comentadores sublinharam, sem excepção, que um dos pontos fortes do livro é a ligação estabelecida entre os contratos de trabalho e os contratos de crédito — entre “temas que só raramente são tratados em conjunto pelos juristas”. Hugh Collins sugere que fundamento de tal ligação está na ideia de que ambos os contratos dão à pessoa a capacidade de gastar. Os primeiros, os contratos de trabalho, através da retribuição do trabalhador e os segundos, através do crédito. David Hiez concorda com a constatação de Hugh Collins que não é habitual considerar em conjunto os contratos de trabalho, os contratos de arrendamento e os contratos de crédito ao consumo, “sobretudo por se tratar de contratos mais ou menos autónomos ente si no sistema do direito privado”. Sem procurar propriamente sugerir uma qualquer explicação ou justificação para o fenómeno, Hiez qualifica a opção por um tratamento unitário dos três tipos de contrato como particularmente fecunda para o desenvolvimento das ideias (*particolarmente eurística*). O tratamento unitário do crédito, do arrendamento e do trabalho coloca em evidência contiguidades que passam,

---

<sup>198</sup> Max Weber, *Der Sozialismus*, Athenäum, Weinheim, 1995, págs. 76 ss.

<sup>199</sup> Karl Polanyi, *Una società umana, un'umanità sociale. Scritti 1918-1963*, Jaca Book, Milano, 1963, pág.136.

<sup>200</sup> E. Borgna, *Il tempo e la vita*, Feltrinelli, Milano, 2015, pág. 59.



ou podem passar, despercebidas a um jusprivatista, pelo facto de as suas classificações dos contratos se sustentarem mais em considerações técnicas que em considerações sociais.

*“Os autores do livro demonstram, de uma forma convincente,” conclui Hiez, “que na actual sociedade de consumo o rendimento constante não é suficiente; que é necessário de quando em quando mobilizar quantias elevadas, para fazer frente a circunstâncias excepcionais, e que tais quantias elevadas só podem ser obtidas através do crédito. O crédito ao consumo acaba por desempenhar uma função análoga ao contrato de trabalho”.*

Javier Arias Varona preocupa-se sobretudo com a relação entre crédito e insolvência, fazendo sobressair a ligação estabelecida entre o direito público e o direito privado — entre o direito da insolvência, na medida em que seja direito público, e o direito do crédito [ao consumo], na medida em que seja direito privado. “A ligação entre o conceito de contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, os contratos de crédito e as instituições da insolvência não é uma ligação evidente — em todo o caso, os autores do livro tornaram-na transparente. Os capítulos sobre o crédito e a insolvência abrem perspectivas para o futuro, ao ligarem o desenvolvimento geral do direito [dos contratos] aos elementos estruturais do direito da insolvência”. O contrato permite, ou pode permitir, uma resolução dos problemas, colocando os processos de insolvência (*ex post*) no contexto das relações contratuais (*ex ante*). O problema estaria tão-só na resistência da legislação e da jurisprudência — o actual direito do crédito ao consumo não estaria, como deveria estar, aberto à aplicação da *clausula rebus sic stantibus* às condições especiais da pessoa.

Em todo o caso, Arias Varona qualifica a perspectiva aberta pelo livro como profundamente original, permitindo-nos apreender o fenómeno da insolvência [das pessoas singulares] de uma forma diferente da habitual.

Explicitando a razão de ser da relação entre os três tipos de contratos, diremos que, na sociedade contemporânea, a relação de trabalho deixou de ser a relação de que depende, em exclusivo, a vida livre e digna de cada pessoa. Se não queremos que tal dignidade e tal liberdade se transformem numa pura e simples utopia, devemos reconhecer a importância dos actos de consumo por que se “gasta” o tempo, presente ou futuro, da vida das pessoas.

Como fizemos, no passado, com as actividades produtivas (como o trabalho), devemos, no presente, dar importância ao consumo e ao tempo.

O nosso trabalho poderá parecer incompleto — grandes áreas do direito, como os serviços financeiros, como as pensões por doença ou por velhice, como os seguros ou como os sistemas de pagamentos, parecem ter

sido arbitrariamente excluídas do conceito de *Life time contracts*. O problema põe-se, analogamente, para os serviços públicos essenciais. O contributo de Frey Nybergh sublinha-o, ao tratar de alguns aspectos do seu regime.

Em resposta à acusação de incompletude, deverá esclarecer-se que os três tipos de contratos seleccionados são só *exemplos*. Os contratos de trabalho, de arrendamento e de crédito ao consumo são só três casos, ainda que paradigmáticos, de contratos que podem e devem coordenar-se ao conceito de contratos duradouros essenciais à existência da pessoa. Não são, se forma nenhuma, — e nunca pretenderam ser — uma enumeração exaustiva. O conceito de *Life time contracts* é, na verdade, mais amplo que os conceitos delimitadores dos três sectores específicos do direito dos contratos.

No direito do trabalho, propusemos a extensão da ideia a todos os contratos em que a actividade intelectual ou manual de uma pessoa (*scl.*, o trabalho) é aplicada para a obtenção de um rendimento (em regra, para a obtenção de um rendimento necessário à vida); no direito dos serviços financeiros, propusemos a inclusão de todos os contratos relacionados com o uso do dinheiro para o consumo pessoal ou para o trabalho; nos contratos de locação, propusemos a inclusão da locação financeira de bens de consumo (*consumer leasing*). Os contratos de locação clássicos, como, p. ex., o contrato de arrendamento [para habitação] constituem um caso paradigmático de contratos duradouros essenciais á existência da pessoa; os contratos de locação novos, como, p. ex., o contrato de locação financeira de bens de consumo, constituem um caso talvez menos paradigmático, todavia não menos significativo. Em todo o caso, os contratos de prestação de serviço necessários para o consumo foram completamente omitidos. O problema poderá ser resolvido criando uma quarta área ou um quarto sector — os contratos de prestação de serviço orientados para a satisfação das necessidades essenciais (como sejam os contratos de fornecimento de bens essenciais, como sejam a água ou a electricidade, ou as comunicações).

Feito o alargamento da categoria dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, poderíamos porventura abandonar a linguagem jurídica e, abandonando-a, definir a área dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa de forma a abranger o acesso a e o uso de diferentes formas de capital, de diferentes coisas e de diferentes serviços: de diferentes formas de capital (do acesso ao acesso ao capital através da do trabalho, da produção e do crédito [dos serviços financeiros]); de diferentes coisas (através dos “antigos” contratos de arrendamento [para habitação] e dos novos contratos de locação financeira de bens de consumo); e de diferentes serviços (como a água, a electricidade, o telefone e as telecomunicações de massa). Os contratos de trabalho, de arrendamento e de crédito são só os exemplos mais

claros e mais distintos de tais contratos, simultaneamente duradouros (da-e-para a vida) e essenciais para a satisfação das necessidades humanas.

O facto de termos incluído na definição de *Life time contracts* uma referência à sua essencialidade para a satisfação das necessidades humanas fundamentais (*basic needs*) carece de alguma explicação.

Deve esclarecer-se, em primeiro lugar, que a referência às necessidades humanas fundamentais não é o critério da classificação.

Os contratos não se subsumem ao conceito de *Life time contracts* por serem contratos essenciais à satisfação das necessidades humanas fundamentais (*basic needs*); só se lhe subsumem se forem contratos duradouros e se, por serem contratos duradouros, tocarem o tempo da-e-para-a-vida (por tocarem o *life time*). Em diferentes termos: A referência às necessidades humanas fundamentais é menos a *causa* que o *efeito* de uma adaptação das formas contratuais ao tempo da-e-para-a-vida.

Deve esclarecer-se, em segundo lugar, que a referência às necessidades humanas fundamentais não é, só por si, suficiente.

David Hiez alega, com alguma razão, que “o critério baseado na conexão entre o contrato e a realização pessoal do contrato é um critério susceptível de uma extensão difícil, quase impossível, de delimitar”.

O problema pode e deve resolver-se através de uma tipificação dos interesses relevantes, para que um contrato deva incluir-se na categoria dos *Life time contracts*. Os termos “relações sociais que têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social” exigem uma densificação e uma especificação jurisprudenciais. Entre os critérios relevantes para tal densificação / para tal especificação encontra-se o critério da conformidade com o sistema de direitos fundamentais. O aplicador do direito deve concretizar os termos da definição, aderindo estritamente aos direitos fundamentais reconhecidos pelas tradições constitucionais.

Em abono da afirmação de que o problema só pode resolver-se através de uma tipificação dos interesses relevantes podem deduzir-se dois argumentos. O primeiro relaciona-se com o princípio geral da certeza e da segurança jurídicas e o segundo, com a regra específica [do direito alemão da responsabilidade civil], de acordo com a qual os danos não patrimoniais só são indemnizáveis nos casos previstos na lei (§ 253 do Código Civil alemão).

Na *Introdução* ao nosso livro, chamámos ao caso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão (do *Bundesgerichtshof*) para darmos um exemplo de uma densificação e especificação jurisprudências dos interesses relevantes. O Supremo Tribunal Federal alemão reconhece um direito à

indenização dos danos não patrimoniais, incluindo os danos contratuais, pela privação ou perturbação do uso (*Nutzungsentziehung*) dos bens e serviços que são essenciais para um estilo de vida económica e financeiramente autónomo (*eigenwirtschaftliche Lebenshaltung*).

O critério do *estilo de vida económica e financeiramente autónomo* deve em todo o caso alargar-se, em termos de incluir todos os casos em que a interrupção do acesso a certos bens e a certos serviços tem um impacto significativo sobre os fundamentos materiais da vida de uma pessoa.

Entre os casos em que o Supremo Tribunal Federal reconhece um direito à indenização encontram-se, p. ex., os danos causados pela interrupção do acesso à Internet, necessário para a utilização do *e-mail*<sup>201</sup>. Os casos de responsabilidade pela privação ou pela perturbação do uso devem de qualquer forma expandir-se, de forma a incluir o uso de um aparelho de televisão, ou de um computador, incluindo de um computador portátil, ou de uma bicicleta, ou de um equipamento de cozinha ou de uma casa de férias.

Entre os casos em que o Supremo Tribunal Federal não reconhece, ou não deve reconhecer, nenhum direito à indenização estão, p. ex., os danos causados pela privação ou pela perturbação do uso de uma piscina privada<sup>202</sup>, de uma autocaravana<sup>203</sup>, de um casaco de peles<sup>204</sup> ou de um barco a motor<sup>205</sup>.

### III. POR QUÊ UM DIREITO DO CONTRATO (SOCIAL) [OU UM DIREITO (SOCIAL) DO CONTRATO]?

Os *Life time contracts* não estão sujeitos a um regime autónomo nos direitos nacionais, nem no direito europeu, nem muito menos no direito comunitário. Os tipos específicos de contrato, como o contrato de arrendamento ou o contrato de trabalho, têm sido regulados pelos direitos nacionais. O tipo geral dos *Life time contracts*, não. [O caso do tipo geral *contratos de longa duração* é, de alguma forma, um caso semelhante.]

Os juristas da Europa (continental) têm-se esforçado por enunciar uma espécie de “parte geral do direito dos contratos e das obrigações para a [protecção da] parte mais fraca” (*allgemeiner Teil des Rechts des schwächeren*

---

<sup>201</sup> BGHZ de 24 de janeiro de 2013 – III ZR 98/12, in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=63259&pos=0&anz=1>.

<sup>202</sup> BGHZ de 28 de fevereiro de 1980 — VII ZR 131/73.

<sup>203</sup> BGHZ de 15 de dezembro de 1982 — VIII ZR 315/80.

<sup>204</sup> BGHZ de 12 de fevereiro de 1975 — VIII ZR 11/73.

<sup>205</sup> BGHZ de 15 de novembro de 1983.

*Partners*)<sup>206</sup>. O problema está em que a construção de um tipo geral a partir da *fragilidade* ou da *vulnerabilidade* das partes suscita duas dificuldades. [Em primeiro lugar,] o critério da *fragilidade* ou da *vulnerabilidade* tende a favorecer, simplesmente, uma *igualdade formal*. O direito da *parte mais fraca* tende a concretizar-se em princípios e em regras por que se pretende compensar a assimetria, designadamente a *assimetria informacional*, entre as partes de um contrato. Em termos práticos, uma *compensação* da assimetria, designadamente da assimetria informacional, corresponderia, tão-só, a uma *generalização* do actual estado de coisas — do actual conjunto dos princípios e das regras do direito comunitário relativos à protecção dos consumidores. [Em segundo lugar,] o critério da *fragilidade* ou da *vulnerabilidade* não parece ser um critério particularmente selectivo (não parece ter uma particular capacidade de selecção). Como afirma Andrea Nicolussi, na sua contribuição para o livro, “nos contratos há sempre, ou quase sempre, uma parte que é mais fraca que a outra”. — O direito da *parte mais fraca* tende a ser um direito de todos os contratos.

Se o contributo da teoria jurídica europeia (continental) falha por convocar um critério que não é adequado, o contributo da teoria económica norte-americana e, em especial, da teoria dos *contratos relacionais*, esse, falha por negar as necessidades existenciais das pessoas envolvidas.

Os economistas dos Estados Unidos, esses, têm-se esforçado por distinguir os contratos transaccionais e os contratos relacionais, enunciando os princípios e as regras gerais de uma teoria dos *relational contracts*.

Ora a teoria dos contratos relacionais tem um aspecto positivo; reconhece uma parte do problema — em todos os *contratos de longa duração*, o direito deve atender à relação; deve atender ao contacto altamente interactivo entre as partes —; não obstante o seu aspecto positivo, a teoria dos contratos relacionais tem um aspecto negativo; não reconhece, como deveria reconhecer, a outra parte do problema. Em alguns contratos de longa duração, como sejam os contratos de arrendamento, de crédito ou de trabalho, o direito

---

<sup>206</sup> F. Gamillscheg, “Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts. Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB”, in: Archiv für die civilistische Praxis, 1976, págs. 197 ss. (= Idem, Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Nomos, Baden-Baden, 2006, págs. 124 ss.); P. Derleder, “Unterlegenenschutz im Vertragsrecht. Ein Modell für das Arbeitsrecht?”, in: Kristische Justiz, 1995, págs. 320 ss.; G. Höhn, Kompensation gestörter Vertragsparität, Beck, München, 1982); E. Roppo, “Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici”, in: Rivista di diritto privato, 2007, págs. 669 ss.; G. Gitti / G. Villa (coord.), Il terzo contratto, Il Mulino, Bologna, 2008.

dos contratos deve atender às necessidades existenciais de uma das partes — como sejam, p. ex., o arrendatário, o devedor ou o trabalhador.

Foram as insuficiências da teoria jurídica e da teoria económica do contrato que nos fizeram desenvolver um conjunto de princípios e de regras gerais, capazes de reger os *Life time contracts*. Não podemos considerar, tão-só, a fase da formação do contrato; temos de considerar, sobretudo, as relações constituídas na fase da execução do contrato. Em especial, não podemos, por considerarmos, tão-só, a fase da formação do contrato privilegiar a vontade das partes. Os *Life time contracts* requerem, sempre, princípios e regras inderrogáveis. O ponto deve enfatizar-se, em resposta àqueles que, como Hugh Collins, consideram que a posição tomada pelos autores do livro não é uma posição particularmente clara.

David Hiez conclui que o *Life time contract* não é (ainda não é) um tipo de contrato. “Trata-se de uma categoria abstracta; trata-se ainda de uma categoria intelectual, mas não se trata de uma categoria jurídica. O seu propósito não é o de produzir consequências jurídicas imediatas. É, sim, o de fazer reflectir sobre a orientação do direito europeu dos contratos. [O trabalho desenvolvido é,] por isso um trabalho de carácter estritamente doutrinal”.

No presente momento histórico, a conclusão ainda é plenamente exacta. Em todo o caso, como é mais ou menos manifesto, temos a esperança de que os nossos princípios sejam recebidos por um direito geral dos contratos, e mais: — temos a esperança de que o sejam num futuro próximo. A globalização mundial está a produzir uma cada vez mais marcada integração indirecta, produzida pelos mercados. É tempo de reflectirmos sobre a oportunidade uma integração directa, produzida pelo direito.

O nosso livro privilegia o direito dos contratos. Entre a nossa perspectiva e as perspectivas preconizadas em trabalhos precedentes, sobre os contratos de longa duração, há uma diferença fundamental: nós concentrámo-nos sobre o direito dos contratos e não, como Grossi, na combinação do direito dos contratos com o direito das coisas<sup>207</sup>, ou, como Gierke, na combinação do direito dos contratos com o direito das pessoas<sup>208</sup>.

O direito do trabalho é a prova de que a forma *contrato* é ainda uma forma *conveniente* e de que é, porventura, uma forma *necessária*.

---

<sup>207</sup> P. Grossi, *Locatio ad longum tempus – Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica di diritto comune*, Morano, Napoli, 1963, pág. 26.

<sup>208</sup> O. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 64 (1914), págs. 24 ss.

Em primeiro lugar, o paradigma do direito dos contratos permite ligar a liberdade e a igualdade (formais) entre as partes.

A aplicação da forma *contrato* às relações de trabalho representa para o trabalhador uma primeira garantia de que é “portador de valores ligados à liberdade do ser humano” (*porteur de valeurs liées à la liberté de l’homme*)<sup>209</sup>.

É evidente que se trata apenas e só de uma *garantia negativa*; em todo o caso, mesmo que se trate apenas e só de uma *garantia negativa*, e mesmo que tal seja evidente, é sempre uma *garantia*. Sem uma *contratualização* poderia dar-se o caso de a relação de trabalho se constituir *ab initio* como uma relação juridicamente desequilibrada; com uma *contratualização*, tal caso não pode dar-se. O contrato é uma *garantia* que a relação não se constitua, pelo menos juridicamente, como uma *relação desequilibrada*.

Em segundo lugar, independentemente do significado *positivo*, a forma *contrato* tem um significado *negativo*. O paradigma do direito das coisas não permite representar a realidade de uma forma adequada e, sobretudo, não permite resolver os problemas postos pela realidade de uma forma justa.

*Não permite, por um lado, representar a realidade de uma forma adequada*: Não pode pensar-se, com realismo, que o trabalhador seja titular de uma posição de proprietário ou, sequer, de uma posição análoga à de proprietário (não pode, p. ex., pensar-se que o trabalhador seja “proprietário” de um lugar de trabalho).

*Não permite, por outro lado, resolver os problemas postos pela realidade de uma forma justa*: O paradigma do direito dos contratos reconhece que a composição das relações entre as partes deve orientar-se por princípios de justiça relacional. O paradigma do direito das coisas não o reconhece. Ora, na parte da realidade seleccionada pelos princípios e pelas regras do direito dos contratos, estão sempre em causa dois, e quase sempre (muito) mais de dois direitos fundamentais<sup>210</sup>. Os princípios e as regras de direitos fundamentais devem ser compreendidos como “princípios” e, como “princípios” devem condicionar quer a conformação dos actos legislativos, quer a conformação dos actos jurisdicionais. Os direitos fundamentais devem aplicar-se (indirecta ou mediamente) às relações jurídico-privadas através, p. ex., da interpretação das disposições legais<sup>211</sup>. Compreendendo-se os

---

<sup>209</sup> G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contract de travail*, in: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 13 (1968), pág. 69.

<sup>210</sup> Redescobre-se, assim, a concepção aristotélica de justiça — vide Aristóteles, *Ética a Nicómaco*.

<sup>211</sup> Cf. C.W. Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184 (1984), págs. 201 ss., concordando com a jurisprudência constitucional da República

direitos fundamentais como “princípios”, a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídico-privadas deve sempre realizar-se sob o signo do balanceamento, da nobre arte do compromisso ou da ponderação, da *proportio* — sob o signo das *exigências relacionais*.

O conceito de *exigências relacionais* contém em si “elementos de orientação” e “elementos de resposta” às *questões sobre os valores*<sup>212</sup>, reconhecendo-se, como deve reconhecer-se, que “as questões sobre os valores [...] podem reduzir-se a questões sobre as consequências das respectivas escolhas, transferindo a discussão para uma ordem de argumentações e de valorações das quais é mais fácil controlar a racionalidade”<sup>213</sup>.

Hugh Collins opõe um último obstáculo à aplicação do paradigma do direito dos contratos às “relações sociais que têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social”.

Estando em causa contratos essenciais à auto-realização pessoal, deveria reconhecer-se a cada ser humano um direito fundamental de acesso às oportunidades proporcionadas pelo mercado. Collins critica, porém, a convicção de que as normas que disciplinam o acesso aos mercados possam ser conformadas como propõem os *Principles on Life Time Contracts* — as normas que disciplinam o acesso aos mercados não seriam suficientemente fortes para proporcionar a cada um um tal acesso, a tais mercados.

O raciocínio de Hugh Collins não deve sufragar-se, por desvalorizar, injustificadamente, a relação entre direito privado e os sistemas de valores colectivos. O direito privado tem necessidade de ser completado / de ser integrado pelas políticas públicas, para que o acesso aos bens, aos serviços, ao trabalho e aos rendimentos necessários para a auto-realização e para a participação na vida social seja, como deve ser, universal.

---

Federal da Alemanha — M. Ruffert, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht”, in: *Juristen Zeitung*, 2008/8, págs. 389-390.

<sup>212</sup> G. Vettori, “Il tempo dei diritti”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pág. 91.

<sup>213</sup> L. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pág. 46, nota n.º 100.





# Uma introdução aos contratos existenciais

Nuno Manuel Pinto Oliveira\*

«Wer den Rechtsstaat will, muß den Sozialstaat befürworten, wer liberale Grundrechte einfordert, muß soziale Rechte anerkennen, und wer die Privatrechtsgesellschaft postuliert, muß deren soziale Verantwortung respektieren»<sup>214</sup>.

## I. INTRODUÇÃO. O DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS COMO DIREITO SOCIAL?

Em *L'État Providence*, François Ewald distingue dois tipos de direito privado. O direito privado “clássico” poderia chamar-se *direito civil*. O direito privado moderno poderia chamar-se, p. ex., *direito social*<sup>215</sup>.

Entre o direito civil e o direito social encontrar-se-ia duas diferenças fundamentais<sup>216</sup>. O direito civil dirigir-se-ia ao indivíduo; o direito social dirigir-se-ia à “classe” ou ao “grupo”; dirigindo-se ao indivíduo, o direito civil seria um direito da igualdade; dirigindo-se à “classe” ou ao “grupo”, o direito social seria um direito de desigualdades<sup>217</sup>. Ewald fala, impressivamente, de um “direito discriminatório” e de um “direito de preferências”<sup>218</sup>.

O actual direito europeu dos contratos inscreve-se (aparentemente) no *direito social*: em primeiro lugar, como direito *dos consumidores*, dirige-se a uma “classe” ou a um “grupo” e, em segundo lugar, como direito *de protecção dos consumidores*, dirige-se à “classe” ou ao “grupo” dos consumidores para os *preferir*. O problema está em que o *projecto* de um direito europeu dos

---

\* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>214</sup> Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, C. H. Beck, München, 1998, pág. 291.

<sup>215</sup> François Ewald, *L'État providence*, Editions Grasset, Paris, 1986 — esp. Capítulo II — *Droit social* (consultado em formato electrónico: epub), págs. 554 ss..

<sup>216</sup> François Ewald fala de três diferenças. As duas primeiras afiguram-se essenciais; a terceira, não. Ewald alega que o fundamento do direito civil é um *fundamento filosófico* e que o fundamento do direito *social* é um *fundamento sociológico* — a alegação é, pelo menos, contestável.

<sup>217</sup> Cf. François Ewald, *L'État providence*, cit., pág. 577 (“droit des inégalités”).

<sup>218</sup> Cf. François Ewald, *L'État providence*, cit., pág. 579.

contratos com os consumidores, como direito de desigualdades, discriminações ou preferências, é hoje um projecto em crise.

O conceito de um *direito social* seria um conceito perigoso, por causa da sua imprecisão<sup>219</sup> — e o projecto de uma *justiça social*, através, p. ex., de um direito de *protecção do consumidor*, seria um projecto perigoso.

Heinrich Honsell critica o princípio de uma *protecção do consumidor*, por contribuir para a *diminuição da qualidade* da legislação de direito privado.

O conceito de *consumidor* seria em si controverso: ao aceitar-se que *todos os membros de uma “classe” ou de um “grupo” carecem de protecção* está a rejeitar-se / está a renunciar-se a uma diferenciação entre os membros da “classe” ou do “grupo” em que há uma *carência de protecção* ou uma *necessidade de protecção* materialmente justificada e os membros da “classe” ou do “grupo” em que não há nenhuma *necessidade de protecção*<sup>220</sup>.

Em texto colectivo, subscrito, p. ex., por Grigoleit, Jansen ou Zimmermann, alega-se que o conceito de consumidor designa exclusivamente uma “função social”; que “os seres humanos não são necessariamente ‘frágeis’ quando desempenham a função social [de consumidores]” — e que a (alegada) *fragilidade dos consumidores* “não proporciona uma adequada fundamentação para que se tomem medidas de protecção dos consumidores, como normas imperativas”. A fragilidade dos consumidores seria, simplesmente, “*a poorly reasoned artefact*”<sup>221 222</sup>.

---

<sup>219</sup> Cf. designadamente Friedrich von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit* — apud Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., págs. 73-74: «Que realmente significa [a palavra ‘social’], ninguém sabe. Sabe-se apenas que uma economia de mercado social não é uma economia de mercado, que um Estado de direito social não é um Estado de direito, que uma consciência social não é uma consciência, que uma justiça social não é uma justiça — e receio que uma democracia social não seja uma democracia».

<sup>220</sup> Heinrich Honsell, em “Die Zukunft des Privatrechts”, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2007, e, sobretudo, em “Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht”, in: *ZIP — Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2008, págs. 621-630 (623-624).

<sup>221</sup> Horst Eidenmüller / Florian Faust / Hans-Christoph Grigoleit / Nils Jansen / Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann, “Towards a Revision of the Consumer-acquis”, in: *Common Market Law Review*, vol. 48 (2011), págs. 1077-1123 (= WWW: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1807943](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1807943)>).

<sup>222</sup> Em termos semelhantes, Jörg Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, cit., pág. 279: O princípio da protecção do consumidor só *em parte*, e *em parte restrita*, pode procurar a sua *legitimação* através do *princípio da protecção da parte mais fraca*. O princípio em causa precisa de ser completado por considerações morais, éticas e pragmáticas — designadamente,

Zimmermann explica que a divisão do direito privado em direito civil e em direito do consumo seria “fatal” para o sistema. O direito civil ficaria “preso” a um princípio de liberdade e a um princípio de igualdade (formais) e o direito dos consumidores, ao tentar “libertar-se” dos princípios de uma liberdade e de igualdade “formais”, ficaria “preso” a um princípio de negação da liberdade, pela protecção do consumidor contra a sua *fragilidade*<sup>223</sup>.

## II. O DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS COMO DIREITO CIVIL?

Entre os contributos do direito europeu para o desenvolvimento do direito dos contratos sobressaem duas directivas — a Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, e a Directiva 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999.

A primeira pronuncia-se sobre o conteúdo dos contratos (sobre as cláusulas abusivas); a segunda pronuncia-se sobre o cumprimento e o não cumprimento dos contratos [de compra e venda de bens de consumo].

Ora o Tribunal de Justiça, em acórdãos recentes sobre as duas directivas, propõe-se superar a tese de que o direito europeu dos contratos é um *direito da desigualdade*, discriminando entre os sujeitos da relação contratual, para proteger o consumidor. *A representação do direito europeu dos contratos como um direito “discriminatório”, ou como um “direito de preferências”, orientado para a protecção dos interesses de um, e só um, dos sujeitos da relação contratual, deveria ser abandonada, em favor da sua representação como um direito “não discriminatório”, orientado para um equilíbrio justo.*

### 1. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A DIRECTIVA 1993/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DE 1993

O acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013 (caso *Aziz*) pronunciou-se sobre o conceito de *cláusula abusiva* do art. 3.º:

*“uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de*

---

pela conveniência de fazer recair o risco sobre a parte que tem a possibilidade de se proteger contra o risco, através de um contrato de seguro.

<sup>223</sup> Reinhard Zimmermann, “Contract Law Reform: The German Experience”, in: Stefan Vogenauer / Stephen Weatherill (coord.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Law, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, págs. 71-87 (84-85).

*boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e [as] obrigações das partes decorrentes do contrato”.*

O primeiro problema consistia em concretizar o requisito do “desequilíbrio significativo”. O Tribunal de Justiça interpretou-o como significando uma *diferença* entre as normas contratuais e as normas legais (dispositivas ou supletivas). Existindo uma *diferença* (significativa?) entre a situação em que as normas contratuais e a situação em que as normas legais (dispositivas ou supletivas) colocariam o consumidor, há um *desequilíbrio significativo entre os direitos e os deveres das partes decorrentes do contrato*<sup>224</sup>.

O segundo problema consistia em concretizar o requisito da desconformidade com a boa fé (“a despeito da exigência de boa fé”). O Tribunal de Justiça interpretou-o como significando uma *diferença injustificada*.

O desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, poderia ser justificado ou injustificado: poderia ser *justificado*, desde que fosse adequado, necessário e proporcionado à prossecução de um fim legítimo do profissional; poderia ser *injustificado*, desde que não fosse adequado, ou não fosse necessário, ou não fosse proporcionado. *O desequilíbrio justificado seria conforme à exigência da boa fé; o desequilíbrio injustificado, não* — dar-se-ia “a despeito da exigência de boa fé”. Se cláusula contratual não negociada causasse um desequilíbrio injustificado, e só se causasse um *desequilíbrio injustificado*, seria uma *cláusula abusiva*.

O conceito de boa fé garantiria o “equilíbrio justo” entre os interesses legítimos do profissional e os interesses legítimos do consumidor: — por um lado, protegeria o “interesse legítimo” do profissional “numa configuração das suas relações contratuais diferente da lei”<sup>225</sup>; — por outro lado, protegeria o

---

<sup>224</sup> Cf. designadamente Stefan Grundmann, “The General Clause or Standard in EC Contract Law Directivas — A Survey on Some Important Legal Measures and Aspects in EC Law”, in: Stefan Grundmann / Denis Mazeaud (coord.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague. 2006, págs. 141-161 (145): “*The most important element in value judgements (abuse of rights!) is where the party setting the standard terms deviates considerably from default rules...*”.

<sup>225</sup> Cf. conclusões da advogada-geral Julianne Kokott no processo C-415/11 (*Aziz*) — n.º 73: com a distinção entre o primeiro requisito (“desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e [as] obrigações das partes decorrentes do contrato”) e o segundo requisito (“a despeito da exigência de boa fé”), “garante-se o princípio da liberdade

“interesse legítimo” do consumidor em que a configuração das contratuais não excedesse os limites da proporcionalidade.

## **2. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A DIRECTIVA 1999/44/CE, DE 25 DE MAIO DE 1999**

O acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2011 (caso Weber / Putz) pronunciou-se sobre duas questões — sobre o conceito de “reposição da conformidade” através da *substituição da coisa*, do art. 3.º, n.º 2, e sobre o conceito de *desproporção* do art. 3.º, n.º 3, da Directiva 1999/44/CE.

O art. 3.º, n.º 2, designa dois modos de “reposição da conformidade” com o contrato — a reparação e a substituição do bem “não conforme”.

Caso o consumidor pudesse optar por qualquer um dos dois modos de “reposição da conformidade”, e o fizesse, o profissional poderá opor-se-lhe alegando a *desproporção relativa*. Caso o consumidor só pudesse optar por um dos dois modos de “reposição da conformidade”, perguntava-se: o profissional poderá opor-se-lhe alegando a *desproporção absoluta*?

O problema dependia da representação da directiva como uma *directiva “discriminatória”*, orientada para a protecção dos interesses de uma, e só de uma, das partes, ou como uma *directiva “não discriminatória”*, orientada para o “equilíbrio justo” entre os interesses das duas partes.

Entendendo-se que o fim da directiva é a protecção do consumidor, a resposta *negativa* seria (deveria ser) evidente. O profissional não poderia opor a *desproporção absoluta*. Entendendo-se que o fim da directiva é, simultaneamente, a protecção do consumidor e do profissional, a resposta *negativa* não seria evidente — ou, pelo menos, tão evidente.

O advogado-geral Jan Mazak dizia que o fim da directiva era, simultaneamente, a protecção do consumidor e do profissional:

*“Como qualquer outro sistema jurídico avançado que regul[asse] os direitos e obrigações do comprador e do vendedor decorrentes de um cumprimento [defeituoso], o esquema de soluções [...] da directiva*

---

contratual e reconhece-se que as partes possuem frequentemente um interesse legítimo numa configuração das suas relações contratuais diferente da lei”.

*não pode[ria], de modo algum, favorecer nem o consumidor nem o vendedor”*<sup>226 227</sup>

O Tribunal de Justiça, ainda que não subscrevesse completamente com as conclusões do advogado-geral<sup>228</sup>, sufragou a tese do “equilíbrio justo”. — O fim da Directiva 1999/44/CE consistiria (teria de consistir) em alcançar um “equilíbrio justo”, atendendo, designadamente, a considerações de ordem económica deduzidas pelo profissional (= deduzidas pelo vendedor)<sup>229</sup>.

O raciocínio do Tribunal de Justiça conduz-nos à conclusão de que as directivas de *protecção do consumidor* são, simultaneamente, directivas de *protecção do consumidor* e directivas de *protecção do profissional*. Entre os direitos atribuídos pelas directivas de *protecção do consumidor* estão (podem estar) *direitos do profissional* (p. ex., *direitos do vendedor*).

Face ao acórdão de 16 de Junho de 2011, poderá, p. ex., perguntar-se se o art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, [alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio,] ao consagrar uma *relação de alternatividade* entre a reparação da coisa, a substituição da coisa, a redução do preço e a resolução do contrato, ainda será compatível com a directiva. O art. 3.º, n.º 6, da Directiva 1999/44/CE não terá porventura pretendido dar ao profissional (ao vendedor) o direito a uma *segunda oportunidade* (*right to cure*)<sup>230</sup>?

---

<sup>226</sup> Conclusões do advogado-geral Jan Mazak nos processos C-65/09 (*Gebr. Weber*) e C-87/09 (*Ingrid Putz*) — parágrafo n.º 30.

<sup>227</sup> Entre os corolários do “equilíbrio justo” estaria a protecção do profissional contra custos desproporcionados ou excessivos. O profissional poderia opor ao consumidor a *desproporção absoluta*.

<sup>228</sup> Entre o advogado-geral e o tribunal havia tão-só uma diferença. O advogado-geral alegava que o “equilíbrio justo” exigia uma protecção do profissional contra os custos desproporcionados ou excessivos. O tribunal decidiu que não — que o profissional não poderia opor ao consumidor a *desproporção absoluta*.

<sup>229</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2011, nos processos C-65/09 (*Gebr. Weber*) e C-87/09 (*Ingrid Putz*) — parágrafo n.º 75.

<sup>230</sup> A favor da tese de que o art. 3.º da Directiva 1999/44/CE dá ao profissional o direito a *duas oportunidades*, Peter Rott, “Minimum Harmonisation for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law”, in: *Common Market Law Review*, vol. 40 (2003), págs. 1107-1135, e, tendencialmente, Stefan Grundmann, “Regulating Breach of Contract — The Right to Reject Performance by the Party in Breach”, in: *European Review of Contract Law*, vol. 2 (2007), págs. 121-149; contra, Andrea Nicolussi, “Etica del contratto e ‘contratti di durata per l’esistenza della persona’”, in: Luca Nogler / Udo Reifner (coord.), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, págs. 123-167 (135):

### III. O DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS COMO DIREITO CIVIL "MATERIALIZADO" ?

O conceito de equilíbrio justo deve compreender-se relacionando-o com a *alteração*, com a *mudança* ou com a *transição* de paradigmas — do paradigma de um *direito privado formal* para um *direito privado material*<sup>231</sup>.

O paradigma de um direito privado formal, centrado em "abstractismos"<sup>232</sup>, ou seja: centrado em conceitos abstractos de pessoa, de dignidade e de liberdade, e dirigido (só) para realização da liberdade individual, tende a ser insensível aos contextos sociais em que a liberdade e a igualdade hão-de realizar-se; tende a afirmar os princípios de uma liberdade formal, de uma igualdade formal e de uma justiça formal (justiça procedimental).

---

*"la garanzia in forma specifica che il consumatore può far valere in base alla disciplina europea della vendita dei beni di consumo non può essere concepita come uno strumento per vincolarlo al contratto, impedendogli di tornare sul mercato, ma la misura più adeguata affinché il venditore si faccia carico della specifico interesse del consumatore al bene"*.

<sup>231</sup> Cf. Franz Wieacker, História do direito privado moderno (título original: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung), 2.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, págs. 679-722; Jürgen Habermas, Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia (título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats), Milan, Guerini, 1996, págs. 463-484; Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts — Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'", in: Archiv für die civilistische Praxis, vol. 200 (2000), págs. 273-364; Graf-Peter Callies, "Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips", in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 2000 — Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar / Dresden, 2001, págs. 85-110; Stefan Grundmann, "European Contract Law(s) — Of What Colour?", in: European Review of Contract Law, vol. 1 (2005), págs. 184-210; Marietta Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenken, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2005; Michael Martinek, "Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch" (2005), in: WWW: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375#sdfootnote7sym>>; Ralf Michaels, "Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht" (2011), in: WWW: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1938441](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938441)>, págs. 29-31; Stefan Grundmann, "The Future of Contract Law", in: European Review of Contract Law, vol. 6 (2011), págs. 490-527 (sobretudo pp. 500-509).

<sup>232</sup> Luís Cabral de Moncada, Filosofia do direito e do Estado, vol. I — Parte histórica, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1955, pág. 367.



O paradigma de um direito privado material centrado em conceitos (mais) concretos de pessoa, de dignidade e de liberdade e dirigido para a realização simultânea da liberdade individual e da justiça social, tende a ser sensível aos contextos sociais em que a liberdade e a igualdade hão-de realizar-se; tende a negar os princípios de uma liberdade formal, de uma igualdade formal e/ou de uma justiça formal (procedimental), para os superar<sup>233</sup>.

Habermas fala impressivamente de uma “mudança na percepção dos contextos sociais nos quais a autonomia [ou a liberdade] de cada um deve encontrar igual realização”<sup>234</sup>, de que decorre uma “regulamentação intencional superior às duas partes”<sup>235</sup>, destinada a *compensar* as disfunções do mercado, favorecendo quem está em posição mais frágil<sup>236</sup>.

Entre a coordenação do direito europeu dos contratos ao *direito civil* —“materializado” — ou ao *direito social* há tão-só uma diferença.

O *direito social* orienta-se por critérios de *carência de protecção* ou de *necessidade de protecção* relacionados com os sujeitos — com as pessoas; com as “classes” ou com os “grupos” de pessoas carecidas de protecção<sup>237</sup>. O *direito civil* orienta-se por critérios de *carência de protecção* ou de *necessidade de protecção* relacionados com as situações — com os “contextos sociais” ou com os “contextos situacionais” da liberdade<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> Criticando o termo “materialização”, François Ewald, *L’État providence*, cit., pág. 764: “L’expression est commode; elle est mauvaise par les confusions auxquelles elle invite. En effet, si de nouveaux sujets et objets deviennent juridiquement pertinents, cela ne tient pas tant à une révolte des faits contre un droit trop formel qu’à une transformation de la rationalité juridique qui permet leur juridicisation”.

<sup>234</sup> Jürgen Habermas, *Fatti e norme*, cit., pág. 474.

<sup>235</sup> G. W. F. Hegel, *Princípios de filosofia do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1997, págs. 204-205.

<sup>236</sup> Jürgen Habermas, *Fatti e norme*, cit., pág. 478.

<sup>237</sup> Jörg Neuner fala de uma compensação de desigualdades determinadas de forma geral e abstracta (*Privatrecht und Sozialstaat*, cit., pág. 276: “Kompensation abstrakter-generell Ungleichheiten”).

<sup>238</sup> Jörg Neuner fala de uma compensação de *deficits* determinados de forma individual e concreta e relacionados com o processo de decisão (*Privatrecht und Sozialstaat*, cit., pág. 274: “Kompensation konkret-entscheidungsbezogener Defizite”).

#### IV. O CONTRIBUTO DOS PRINCÍPIOS SOBRE OS CONTRATOS DURADOUROS ESSENCIAIS À EXISTÊNCIA DA PESSOA PARA A MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Em texto recente, Stefan Grundmann apresenta o *direito dos contratos do futuro* como um direito com uma *diferenciação acrescida* ou *reforçada* dentro de um *sistema de princípios e de regras*. Os actuais critérios de *diferenciação* (entre “classes” ou “grupos” de pessoas) deveriam ser completados por novos critérios — considerando, designadamente, os *tipos de contratos* e os *tipos de situações* em que se encontram os sujeitos da relação contratual.

Grundmann propõe que a sistematização do direito dos contratos em torno de duas distinções. Em primeiro lugar, da distinção entre os contratos negociados e os contratos não negociados. Em segundo lugar, da distinção entre os contratos de execução instantânea (*spot contracts*) e os contratos de execução duradoura (*long-term contracts*)<sup>239</sup>. Os princípios e as regras de direito civil sobre o conteúdo, sobre o cumprimento e sobre o não cumprimento dos contratos de execução instantânea, dos *spot contracts*, não poderiam aplicar-se aos contratos de execução duradoura. A *presunção de semelhança* (*presumptio similitatis*) entre os dois tipos de relações contratuais seria, pura e simplesmente, uma *presunção errada*<sup>240</sup>.

Os *Princípios relativos aos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa* propõem-se integrar as duas distinções desenhadas por Stefan Grundmann com uma terceira distinção — entre os contratos eticamente irrelevantes (eticamente neutros) e os contratos eticamente relevantes, por serem necessários para a auto-realização da pessoa humana<sup>241</sup>.

O paradigma dos *contratos de execução instantânea*, eticamente irrelevantes (eticamente neutros), concentrava-se no *procedimento de conformação do conteúdo do contrato* e nos *resultados do procedimento de conformação do conteúdo do contrato*. O significado da *justiça contratual*, quando aplicada ao *procedimento*, relacionava-se com uma ideia de *liberdade* e, quando aplicada aos *resultados*, relacionava-se com uma ideia de *proporcionalidade* — o resultado seria justo desde que entre a prestação e a

---

<sup>239</sup> Stefan Grundmann, “The Future of Contract Law”, cit., págs. 515-518.

<sup>240</sup> Stefan Grundmann, “The Future of Contract Law”, cit., págs. 523-524.

<sup>241</sup> Cf. desenvolvidamente Luca Nogler / Udo Reifner, “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”, in: Luca Nogler / Udo Reifner (coord.), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, págs. 1-71, e Helena Klinger, “Lebenszeitverträge — Natur und Ethik”, in: Luca Nogler / Udo Reifner (coord.), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, págs. 189-220.

contraprestação houvesse uma relação de proporcionalidade. O paradigma dos contratos (de execução duradoura,) eticamente relevantes, por serem contratos essenciais para a auto-realização da pessoa humana, esse, chama a atenção para pelo menos três coisas:

Em primeiro lugar, para o tema do *acesso ao contrato* (para o acesso, *através do contrato*, aos bens e aos serviços essenciais à auto-realização da pessoa). Em segundo lugar, para o tema da *justiça na relação entre os sujeitos da relação* contratual. Em terceiro lugar, para o tema da *justiça na relação entre todos os sujeitos de todas as relações económicas e sociais*. Estando em causa *contratos existenciais*, cada *relação contratual* é (só) uma fracção da *totalidade de relações da vida económica e social*<sup>242</sup>.

O 1.º *princípio* afirma-o, ao colocar entre os fins dos “contratos existenciais” a *participação na vida social*. O 14.º e o 15.º *princípios* confirmam-no, ao consagrar garantias de um *mínimo de participação na vida económica* e de um *mínimo de participação na vida social*.

Os princípios da liberdade geral de agir e da liberdade específica de contratar não são adequados ou, pelo menos, não são suficientes. O direito, ao *delegar a competência* para decidir o *acesso aos bens e aos serviços fundamentais* na economia, faria com que houvesse um perigo de *discriminação* ou um perigo de *exclusão*; ainda que não houvesse nem discriminação, nem exclusão, sempre poderia haver um perigo de que a *conformação do contrato* pusesse em perigo a *auto-realização da pessoa*, a sua *participação na vida económica* ou a sua *participação na vida social*. Como o 8.º *princípio* propõe que o direito de acesso, *através do contrato*, aos bens e aos serviços essenciais tenha a dignidade de um *direito fundamental*, dir-se-á o seguinte: *os princípios da liberdade de agir e da liberdade de contratar não são ou, pelo menos, podem não ser suficientes para proporcionar um resultado conforme aos direitos fundamentais*.

Entre as afirmações mais comuns está a de que o *personalismo ético* é ou, pelo menos, deve ser o fundamento do direito civil<sup>243</sup>; se o termo

---

<sup>242</sup> Cf. François Ewald, *L'État providence*, cit., pág. 558: “Alors que le contrat classique s’analyse comme la relation immédiate d’individu à individu souverains et autonomes, [...] dans le contrat de droit social, le tout a une existence propre et indépendante des parties — ce n’est plus l’État, mais la société —, et les parties ne peuvent jamais s’obliger directement sans passer par la médiation du tout”.

<sup>243</sup> Cf. Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C. H. Beck, München, 2004, pág. 21: “Hinter dem BGB, seiner Grundbegriffen und seinen grundlegenden Wertungen steht der ethische Personalismus als Menschenbild, den seine Verfasser, ohne es ausdrücklich auszusprechen, als selbstverständlich vorausgesetzt haben”.

*personalismo ético* tem algum significado, só pode ser o seguinte: O direito civil deve contribuir para proporcionar a cada concreta pessoa o acesso aos bens e aos serviços essenciais; deve contribuir para proporcionar a cada concreta pessoa o acesso às relações essenciais para a sua auto-realização e para a sua participação na vida económica e na vida social <sup>244</sup>. Se os contratos eticamente irrelevantes podem ser só *contratos de liberdade*, os contratos eticamente relevantes, essenciais para a *auto-realização da pessoa*, só podem ser *contratos de solidariedade*<sup>245 246</sup>.

---

<sup>244</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Os princípios de um ‘personalismo ético’ como projecto de ‘materialização’ do direito privado”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

<sup>245</sup> Expressão de François Ewald, *L’État providence*, cit., págs. 446 ss. — ainda que dentro de um contexto diferente: Ewald fala de um *contrato social de solidariedade*, no texto fala-se de um *contrato individual de solidariedade*.

<sup>246</sup> Cf. 5.º princípio: “O facto de alguém colocar à disposição de outrem bens ou serviços necessários à satisfação das necessidades essenciais, relacionadas com o consumo ou com a habitação, ou de alguém colocar à disposição de outrem uma quantia em dinheiro, [no quadro de uma relação de crédito ou de uma relação de trabalho,] implica um dever de protecção da pessoa do consumidor ou da pessoa do trabalhador, como partes mais fracas da relação contratual.” — O texto da *versão italiana* é particularmente impressionante, por relacionar o *dever de protecção* com um *dever de solidariedade*, ao referir a “disponibilidade [do prestador de bens ou serviços] para se encarregar, de modo solidário, da protecção da parte mais fraca, considerando a sua integridade física e moral”.



# Será a negociação coletiva desejável no contexto dos *life time contracts*?

António Agostinho Guedes\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. Enunciado da questão. 2. Para que serve o Direito? Valores, normas e conflitos de interesse. 3. Os “princípios” ligados aos *Life Time Contracts*. 4. A negociação coletiva e os seus perigos.

1. Numa aproximação ao conceito de *Life Time Contracts*, Luca Nogler e Udo Reifner apontam para uma ideia de contratos que desempenham um papel fundamental no dia-a-dia e existência das pessoas, contratos que criam relações sociais de longo prazo, através dos quais se adquirem bens e serviços, oportunidades de trabalho e de rendimento, importantes para a autorrealização de cada pessoa e para a sua participação plena na comunidade<sup>247</sup>.

Estariam em causa certos contratos aos quais os autores recusam aplicar a velha lógica liberal do contrato de troca (em sentido amplo) de mercadoria ou de serviços por dinheiro, tratado como uma pura transação comercial de execução instantânea que se esgota e extingue no ato de cumprimento.

Referindo-se às iniciativas das instituições da União Europeia, especialmente às Diretivas sobre proteção dos consumidores, crédito ao consumo e relações laborais, os autores e o restante grupo de trabalho, numa

---

\* O presente estudo corresponde, genericamente, ao registo escrito da comunicação apresentada no âmbito do colóquio denominado “Colóquio Internacional em Torno dos *Life Time Contracts*”, promovido pelo centro de investigação Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, cuja coordenação científica esteve a cargo do Doutor Nuno Manuel Pinto de Oliveira e da Doutora Benedita Mac Crorie e que teve lugar na cidade de Braga em maio de 2015.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), Escola do Porto, e investigador do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito.

<sup>247</sup> *Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations, in Life Time Contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing (versão e-book), pág. 41.

declaração conjunta<sup>248</sup>, criticam o facto de tais iniciativas reduzirem os *Life Time Contracts* a contratos sinalagmáticos relativos a prestações presentes, tomando como ponto de partida o modelo do contrato de compra e venda.

Justamente com o objetivo de pôr em relevo as diferenças entre aqueles contratos e os simples contratos comerciais de troca, o grupo EuSoCo (*European Social Contract*) elaborou um conjunto de princípios (em sentido amplo) que seriam privativos dos *Life Time Contracts* e enunciou-os na obra coletiva que temos vindo a citar<sup>249</sup>.

Nessa enunciação, e para além de muitos outros aspetos relevantes, destacaria a adoção de uma noção de *Life Time Contracts*, segundo a qual estes serão contratos “duradouros essenciais à existência da pessoa [...] relações sociais que têm por objeto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua autorrealização e para a sua participação na vida social”<sup>250</sup>.

Destaco também o princípio enunciado em sétimo lugar (*Collective and ethical dimensions*), de acordo com o qual os “consumidores e os trabalhadores têm o direito de exigir do Estado o reconhecimento de sistemas coletivos de representação (associações de consumidores ou associações sindicais)”, “têm o direito de exigir do Estado o reconhecimento e o respeito pelos sistemas de valores coletivos, como aqueles que são designados pelos conceitos de boa fé e de bons costumes”; estes “sistemas de valores coletivos devem aplicar-se em todas as fases da relação contratual, desde o acesso aos bens e serviços, à conformação do contrato, à sua adaptação/modificação e à sua extinção”<sup>251</sup>.

Este princípio, assim enunciado, levanta algumas dúvidas.

Naturalmente, não sofre contestação a ideia de que consumidores e trabalhadores têm o direito de se organizar em associações ou outros mecanismos de representação coletiva, e que o Estado deve reconhecer a tais organizações legitimidade para essa representação; é, aliás, o que decorre da nossa Constituição, designadamente dos arts. 60.º, 55.º e 56.º.

A questão que se me coloca neste âmbito é a da saber até onde se pode admitir a intervenção de tais associações e mecanismos de representação

---

<sup>248</sup> *Declaration, in Life Time Contracts ... cit, pág. 32.*

<sup>249</sup> Págs. 8 e ss.

<sup>250</sup> Extratos retirados da tradução preliminar para português dos “Princípios Gerais Sobre os Contratos Duradouros Essenciais à Existência da Pessoa”, preparada pelos coordenadores científicos do colóquio e distribuída aos participantes.

<sup>251</sup> Trad. cit.

coletiva, nomeadamente, se essa intervenção deve ser admitida desde logo na própria conformação das normas reguladoras dos *Life Time Contracts* e, desta forma, na própria concretização, através da lei, do que sejam os “valores coletivos” que “devem aplicar-se em todas as fases da relação contratual, desde o acesso aos bens e serviços, à conformação do contrato, à sua adaptação/modificação e à sua extinção”.

São estas as questões sobre as quais me proponho refletir, sendo certo que as respostas encontradas serão necessariamente determinadas pela minha pré-compreensão do fenómeno jurídico e, especialmente, do modo como o legislador se acha vinculado aos valores jurídicos.

2. De uma forma simples, podemos dizer que o primeiro objetivo do Direito é, antes de mais, resolver (e prevenir) conflitos de interesse segundo um critério de justiça<sup>252</sup>.

Na verdade, enquanto ser autónomo, “o homem procura realizar as suas oportunidades conforme os seus interesses próprios (e nem sempre o faz por meios honestos ou processos leais). Mas esta satisfação de interesses só lhe é possível em sociedade, quer dizer, em intercâmbio com outros homens. O homem é um ser social que apenas na convivência com os outros (p. ex., na família, na escola, no trabalho, nos tempos de lazer) pode evoluir e realizar-se. É esta sua natureza ambivalente como indivíduo autónomo e ser social, a ‘sociabilidade não-social’ no dizer de Kant, que explica as diversidades de interesses, as quais podem conduzir a tensões, tensões essas que surgem tanto entre os homens entre si como entre o homem e a sociedade, a comunidade, em que se insere. Estas tensões, resultantes de interesses divergentes, se por um lado se revelam como estimulantes e dinamizadoras podem, por outro lado, assumir a extensão de conflitos”<sup>253</sup>.

Nas sociedades ocidentais, este objetivo de resolver e prevenir conflitos de interesse entre os membros da sociedade é normalmente prosseguido pela criação de normas gerais e abstratas por parte dos órgãos

---

<sup>252</sup> Como bem refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil – Relatório*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXIX (1988), pág. 275.

<sup>253</sup> Heinrich Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 1992, pág. 7.



políticos da comunidade, as quais são depois aplicadas pelos tribunais na resolução dos singulares conflitos de interesse<sup>254</sup>.

Naturalmente que a norma legal não vale apenas por si ou pela legitimidade política do órgão que a criou; essa norma vale, antes de mais, porque encerra uma *pretensão de justiça*, ou seja, porque liga a uma certa situação típica de conflito de interesses (descrita na sua hipótese legal) a solução que o legislador entende ser a solução *justa* para esse tipo de conflito.

Não é este o momento nem o lugar para ensaiar uma definição de *Justiça* no sentido acabado de apontar; aliás, as tentativas de definição da Justiça têm ocupado mais os filósofos do que os juristas<sup>255 256</sup>.

A preocupação destes (dos juristas) tem-se situado mais ao nível da identificação de quais os valores que podem ser deduzidos da ideia de Direito (e, portanto, de uma ideia de Justiça) e que, por essa razão, devem ser considerados os valores jurídicos fundamentais.

Com efeito, a ensaiar uma tentativa de descrição daquilo que deve ser o processo lógico de criação de Direito, ou seja, um sistema de normas visando a resolução de conflitos de interesse segundo um critério de justiça, diria que o primeiro passo seria a escolha, pela comunidade, dos seus valores essenciais.

Claro que, historicamente, não se pode dizer que os vários ordenamentos jurídicos de cada comunidade politicamente organizada tenham resultado, de forma imediata, de escolhas conscientes de certos valores, como resultado de uma reflexão conjunta de todos os seus membros. Pelo contrário, todos os dados históricos disponíveis apontam para que a origem dos primeiros sistemas jurídicos tenha sido a tradição, os usos e o costume, e não tanto processos conscientes e atos explícitos de reconhecimento de certos valores<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Estamos a falar principalmente dos países da Europa continental, sendo certo, porém, que também nos países de cultura anglo-saxónica se tem assistido a um crescimento do *statute law*.

<sup>255</sup> Cfr., a este propósito, o interessante estudo de João Cardoso Rosas, *Concepções da Justiça*, Edições 70, 2011.

<sup>256</sup> Com bem refere Karl Larenz, no seu ensaio *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik* (trad. espanhola de Luis Díez-Picazo, Civitas, 1985, reimp. 1993), “De acordo com uma larga tradição da filosofia ocidental, a tarefa dos filósofos consiste em buscar a ‘unidade’ subjacente à multiplicidade de normas e de decisões. A tarefa do jurista, diversamente, consiste em encontrar decisões justas de casos concretos” (tradução nossa do castelhano).

<sup>257</sup> Sobre as origens do Direito, cfr. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito* (trad. de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros), 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Gulbenkian, 2013, págs. 31 e ss.

A verdade, porém, é que modernamente se tem assistido a um esforço de identificação e revelação dos princípios e valores fundamentais que conferem sentido ao (e legitimam o) Direito legislado; um esforço levado a cabo algumas vezes até pelo próprio legislador<sup>258</sup>.

A tradição humanista, judaico-cristã, das sociedades ocidentais levou, desde logo, a que esse esforço de identificação se dirigisse aos valores relacionados com a dignidade da Pessoa, do qual o melhor exemplo é, sem dúvida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta consagra princípios como a igualdade, liberdade, proteção da vida e da segurança pessoal, a imparcialidade dos tribunais, a presunção de inocência, o princípio *nulla poena sine lege*, a proteção da privacidade e da honra, e alguns outros, todos acolhidos na nossa Constituição.

Mais recentemente, Karl Larenz ensaiou um esforço semelhante mas agora dirigido aos valores fundamentais que podem ser deduzidos da ideia de Direito<sup>259</sup>. Neste contexto, Larenz identifica princípios como o respeito mútuo, a autonomia privada e a auto-vinculação através dos contratos, a equivalência de prestações nos contratos sinalagmáticos, o princípio da confiança (no qual inclui o princípio da boa fé), o princípio da culpa na responsabilidade civil e penal, mas também os princípios da proporcionalidade, da não retroatividade das leis ou os princípios da imparcialidade dos tribunais e do contraditório.

Para além dos valores ligados à dignidade da Pessoa e deduzidos da ideia de Direito, é evidente que cada comunidade protege também certos valores ligados à sua herança cultural, os quais são igualmente refletidos no direito positivo. É o que acontece entre nós com certos valores ligados à solidariedade social, como o princípio da proteção dos mais fracos, social ou economicamente mais débeis, patente em muitas normas relativas ao Direito do Trabalho, ao Direito do Consumo ou ao arrendamento urbano, por exemplo.

Dada a importância destes valores para cada sociedade, é normal que os mesmos sejam enunciados na Lei Fundamental, como acontece entre nós, aliás. A Parte I (Direitos e Deveres Fundamentais) da nossa Constituição enuncia muitos dos valores e princípios acima mencionados, formalizando um certo compromisso entre os membros da sociedade portuguesa sobre um conjunto de valores presentes e futuros.

Este consenso sobre os valores fundamentais da sociedade traduz, assim, o primeiro passo na construção de um sistema de normas jurídicas, e tende a refletir as concepções dominantes na sociedade em certo período

---

<sup>258</sup> V., por exemplo, o art. 5.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, que cria o Sistema Integrado de Gestão e Avaliação de Desempenho na Administração Pública.

<sup>259</sup> *Richtiges Recht...* cit., págs. 55 e ss. e *passim*.

histórico, sejam de natureza moral, filosófica, política, social ou cultural. O Direito é, assim, um resultado da cultura, é uma realidade “historicamente instituída”<sup>260</sup>.

Sobre estes valores importa ainda dizer duas coisas.

Por um lado, estão em causa valores *extralegais*, porque estão acima da lei escrita. Constituem, na expressão feliz de J. Baptista Machado, o “referente fundamental” do direito positivo<sup>261</sup>, no sentido em que cada norma (e portanto o ordenamento no seu conjunto) remete para (refere-se a) esses valores, ou seja, traduz uma ideia ou conceção de justiça (a conceção de justiça do legislador) a qual está *pressuposta* na solução fornecida pela norma; de tal modo que a perfeita interpretação ou compreensão da mesma só é possível quando o esforço do intérprete é também dirigido a conhecer essa conceção ou ideia de justiça traduzida na norma. Numa palavra: a norma só tem sentido quando se toma em conta o valor para que a mesma remete.

Por outro lado, estamos em presença de valores *jurídicos*, pois os mesmos têm vigência justamente através das normas que os concretizam. Valores que não estejam concretizados em normas jurídicas não *vigoram* na ordem jurídica. Recorrendo mais uma vez ao texto de J. Baptista Machado, “este *quid tans-positivo* [o valor] não tem existência *a se* (autónoma), pois só existe ou tem vigência através dos textos positivos e na interpretação e aplicação deles”<sup>262</sup>.

Importa recordar, com efeito, que há muitos aspetos da vida social subtraídos ao Direito mas não subtraídos às regras morais e sociais, estas também inspiradas em valores (morais e sociais); mas justamente porque os conflitos gerados nesses domínios da vida social não são juridicamente relevantes e, portanto, não são dirimidos pelo recurso a normas jurídicas, os valores invocados ou postos em causa em tais conflitos não podem ser considerados *valores jurídicos*.

---

<sup>260</sup> A expressão é de J. Baptista Machado (*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2002, 13.ª reimp., pág. 7).

<sup>261</sup> *Introdução ... cit.*, págs. 206 e ss.

<sup>262</sup> *Introdução ... cit.*, pág. 210. Em sentido semelhante, Karl Larenz, *Richtiges Recht... cit.*, pág. 34. Este aspeto coloca em relevo a ideia de que não basta enunciar nos primeiros artigos de um diploma legal a vinculação desse conjunto de normas a certos valores ou princípios; em rigor, essa enunciação pouco vale se não estiver traduzida em regras de comportamento, porque é dessas regras que se deduzem os tais valores que as mesmas visam concretizar. Enunciar um conjunto de valores ou princípios sem os concretizar em normas de pouco vale.

Dado este primeiro passo, eleição dos valores fundamentais da comunidade, torna-se necessário um segundo passo, agora em nome da praticabilidade e exequibilidade.

A verdade é que se torna muito difícil, em alguns casos praticamente impossível, resolver conflitos de interesse concretos apenas com referência aos valores ou princípios gerais. Estes “são os pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica existente ou possível. Em si mesmos não são ainda regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se em regras. [...] Os princípios indicam apenas a direção [o sentido] da regra que se pretende encontrar. Podemos dizer que são o primeiro passo para a obtenção da regra, que determina os passos posteriores”<sup>263</sup>.

Neste sentido, e no que toca à função de dirimir conflitos de interesse, os princípios carecem de concretização, a qual resulta numa norma e pressupõe uma nova valoração<sup>264</sup>.

Na verdade, enquanto pensamento diretor, um determinado princípio pode comportar (e frequentemente comporta) um conjunto de concretizações todas elas “justas” porque conformes ao princípio em causa, ou seja, contém uma “pluralidade de possibilidades de concretização”<sup>265</sup>. Assim, a criação de uma norma inspirada no princípio (a concretização do princípio) obriga à escolha de uma dessas possibilidades.

Podemos até dizer, com J. Baptista Machado, que as normas “representam [...] ‘interpretações’ do legislador da sua própria conceção de Direito ou da ideia de Justiça a que adere”<sup>266</sup>, isto é, o legislador elege a solução que ele considera *mais justa* de entre as várias soluções justas que o valor permite, pelo que a norma incorpora a *concepção de justiça do legislador*.

Esta escolha, e o juízo de valor que a mesma encerra, é o momento *político* do ato legislativo, e nela o legislador atua em nome do Povo, como resulta do art. 108.º da nossa Constituição. Tal como acontece na definição dos valores constitucionais, nas democracias representativas, a concretização (e interpretação) desses valores é levada a cabo pelos órgãos políticos

---

<sup>263</sup> Karl Larenz, *Richtiges Recht ... cit.*, págs. 32 e 33 (tradução nossa do castelhano).

<sup>264</sup> Karl Larenz, *Richtiges Recht ... cit.*, pág. 33.

<sup>265</sup> Karl Larenz, *Richtiges Recht ... cit.*, pág. 31.

<sup>266</sup> *Introdução ... cit.*, pág. 207.

(nomeadamente a Assembleia da República), os quais atuam em nome do Povo, exercendo uma competência *política*<sup>267</sup>.

A escolha feita pelo legislador resulta da ponderação de vários aspetos.

Num primeiro momento, o legislador deve ponderar desde logo o significado do valor em si, o seu conteúdo material, mas, ao mesmo tempo deve ponderar outros valores igualmente importantes em sede da regulação daquela categoria de conflitos de interesse.

Por exemplo, perante a dúvida de saber se o proponente deve ou não poder revogar ou modificar a sua proposta, a mera consideração do princípio da autonomia privada deveria levar a que se desse uma resposta positiva a tal questão (como resulta do art. 230.º, n.º 2, do Código Civil), uma vez que a proposta só estará em linha com os interesses do declarante se prevalecer a manifestação mais recente da sua vontade; ao mesmo tempo, porém, a consideração do princípio da confiança deve levar a que essa revogação ou modificação só seja admitida nos casos em que ainda não existam expectativas consolidadas por parte do destinatário na versão inicial da proposta (e daí a solução do art. 230.º, n.º 1, do Código Civil).

Ainda neste primeiro momento, a ponderação dos dois aspetos mencionados é “colorida” pelas concepções filosóficas, políticas e sociais do legislador, podendo ainda intervir considerações de política legislativa e/ou ligadas ao momento histórico (como aconteceu nas alterações produzidas no regime do contrato-promessa em 1980 e 1986, por exemplo).

Ao mesmo tempo, o legislador deve levar em conta a necessidade de assegurar a coerência do sistema (a unidade do sistema jurídico de que fala o art. 9.º do Código Civil), evitando contradições com outras normas (contradições lógicas ou teleológicas) ou com outros valores (contradições valorativas).

Arriscaria a dizer que a consideração de todos estes aspetos pesa essencialmente na busca daquela que, na perspetiva do legislador, é a solução *justa* para certo tipo de conflito de interesses. Mas na criação da norma devem ainda intervir outros aspetos, agora ligados a considerações de segurança jurídica e de justiça relativa.

---

<sup>267</sup> É também por esta razão que a enunciação de certos princípios em diplomas legais (cfr. notas 14 e 18) além de inútil pode tornar-se inconveniente, se for entendida como um mandato dado pelo legislador ao tribunal para concretizar esses princípios para além do direito posto; este mandato não poderá deixar de ser considerado uma violação grosseira do princípio da separação de poderes plasmado no art. 111.º da nossa Constituição.

Assim, num segundo momento, o legislador deve ponderar a *exequibilidade* da solução gizada; de nada adianta uma norma que em si mesma é um exemplo de justiça se depois a mesma se revela de aplicação impossível por razões práticas.

Por exemplo, a solução mais justa para resolver os conflitos de interesse relacionados com a capacidade negocial seria, talvez, submeter todas as pessoas singulares a testes destinados a avaliar a sua maturidade, periódicos ou, melhor ainda, previamente à prática de qualquer ato negocial. Ainda que indiscutivelmente justa, esta solução é totalmente inexecúvel, e qualquer norma que a consagrasse se tornaria rapidamente letra morta ou, pior, paralisaria o tráfico jurídico.

Também neste segundo momento, devem intervir considerações ligadas à *proporcionalidade*, considerando o objetivo prosseguido pelo legislador (seja uma mera ordenação da liberdade seja uma intenção conformadora), bem como a necessidade de não causar perturbação nos equilíbrios sociais, por forma a, na medida do possível, preservar a estabilidade do sistema jurídico e, concomitantemente, do sistema social, particularmente nos casos em que o legislador é animado por uma intenção conformadora da sociedade.

Relativamente ao primeiro aspeto, pense-se, por exemplo, nos regimes da nulidade e da anulabilidade. O negócio nulo não produz efeitos nem a nulidade pode ser sanada, porque o que está na base desta invalidade são razões relativas a interesses gerais da comunidade (ou está em causa apenas a aparência de um negócio), circunstâncias que impõem uma reação mais vigorosa da lei. Já no caso da anulabilidade, está em causa a proteção de interesses privados, circunstância refletida no respetivo regime jurídico. Na verdade, não só o negócio anulável produz provisoriamente efeitos, como estes apenas poderão ser destruídos pelo tribunal a requerimento do titular do interesse que a lei visava proteger com a anulabilidade, ficando ainda salvaguardado o direito daquele em *confirmar* o negócio, sanando a invalidade<sup>268</sup>.

Ou seja, o regime jurídico de cada um destes tipos de invalidade reflete uma reação diferente da lei, mais ou menos intrusiva da liberdade individual segundo os valores que a mesma lei visa salvaguardar.

Para o segundo aspeto (estabilidade e previsibilidade), cada vez menos valorizado numa sociedade em que cada maioria no Parlamento (e cada Governo que dela emana) pretende reconfigurar a sociedade e os seus

---

<sup>268</sup> Para uma análise da proporcionalidade como um verdadeiro princípio fundamental de Direito, cfr. António Cortês, *Jurisprudência dos Princípios*, Lisboa, 2010, págs. 270 e ss.

equilíbrios segundo a sua ideologia política ou as modas do momento, basta pensar na importância fundamental da uniformidade de julgados, que obriga (deveria obrigar) a que o legislador, no desenho de cada hipótese legal, eleja com critério os dados juridicamente relevantes para a resolução da questão de direito visada na norma, desvalorizando outros que, embora potencialmente relevantes para uma solução justa dos casos aí contemplados, introduziriam uma insegurança indesejável na aplicação da norma em causa<sup>269</sup>.

Tudo visto, fica então claro que as normas exercem uma função de *mediação* entre os valores e os concretos conflitos de interesse, mediação essa exercida em dois sentidos: por um lado, cada norma traduz uma certa ideia (conceção) de justiça (do legislador), e é através dela (do enunciado linguístico contido na norma) que se revela essa ideia de justiça; por outro lado, é também através da norma que o valor jurídico concretizado na mesma adquire positividade e, portanto, juridicidade<sup>270</sup>.

Sob o ponto de vista da técnica legislativa, a norma descreve, na sua hipótese, uma certa categoria de conflito de interesses (ligando-se deste modo aos concretos conflitos que a mesma norma há de resolver quando convocada pelo tribunal para esse efeito) e, na estatuição, associa a esse tipo de conflito uma solução que revela a concepção de justiça do legislador, a qual resulta já de uma interpretação que o mesmo levou a cabo dos valores do ordenamento.

É desta forma que cada concreto conflito de interesses é solucionado segundo um critério de justiça.

3. O primeiro aspeto a considerar no que aos *Life Time Contracts* diz respeito, é que subjacente à generalidade dos “princípios” identificados pelo grupo de trabalho parece existir uma ideia de proteção da parte contratual mais débil.

É certo que o relevo dado a esta categoria de contratos parece incidir mais na dimensão existencial de cada pessoa; Luca Nogler e Udo Reifner referem que *Life Time Contracts* “são, acima de tudo, aqueles que asseguram um lugar para viver (contratos de arrendamento), bens e serviços (contratos de fornecimento) e rendimento (contratos de trabalho e contratos de financiamento), o que é necessário para viver”<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> A velha tensão entre justiça e segurança; cfr. J. Baptista Machado, *Introdução... cit.*, págs. 56 e ss.

<sup>270</sup> Cfr. J. Baptista Machado, *Introdução ... cit.*, págs. 207 e 292.

<sup>271</sup> Ob. cit., pág. 47.

Porém, a ideia fundamental subentendida no conjunto dos princípios enunciados pelo grupo de trabalho é, sem dúvida, a de que, nesta categoria de contratos, existe uma parte mais débil carecendo de uma proteção específica, dada a importância que tais contratos assumem na existência das pessoas em geral.

Tal ideia é enunciada de forma clara no quinto princípio (“Necessidades Básicas”), quando se refere que o “fornecimento de bens e serviços essenciais para necessidades básicas relacionadas com o consumo e o emprego obriga a levar em conta considerações materiais, sociais e psicológicas tendo em vista a proteção da parte mais fraca do contrato. Uma regulamentação rigorosa ou outras regras coletivas devem assegurar um grau de proteção social adequado em linha com o objeto do contrato, a sua duração e a sua importância na vida das pessoas em causa”<sup>272</sup>.

Isso mesmo é reafirmado noutros “princípios”, quando se menciona as “relações de poder” nos contratos, ou se refere a necessidade de “proteger a confiança mútua”, quando se aponta a “finalidade social do contrato”, quando se exige que os gastos associados a tais contratos sejam “acessíveis e em linha com os custos” ou que a extinção desses contratos seja “socialmente responsável”; mais claramente ainda, quando, relativamente aos contratos que assegurem um rendimento regular, se refere a necessidade de garantir um “nível mínimo de rendimento [...] na forma de pagamentos continuados suficientes para ir ao encontro das necessidades do consumidor” e, ainda, que “os riscos sociais de desemprego, falta de habitação e sobre-endividamento devem ser tidos em conta em todas as formas individuais e coletivas de contrato, considerando as origens sociais da pessoa”.

Podemos dizer que a proteção da parte mais débil do contrato não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico; em vários ramos do Direito, o nosso legislador tem vindo a ensaiar formas variadas de proteção da parte mais fraca do contrato, até no Direito Civil, que continua a ser o ramo do Direito Privado em que tradicionalmente existe uma maior neutralidade política relativamente a este aspeto.

De que forma atua o legislador na *interpretação* deste princípio de proteção da parte mais débil?

Na impossibilidade de determinar em cada caso concreto quem é a parte mais fraca e qual a medida justa da proteção a dispensar-lhe, o legislador identifica situações típicas em que um dos contraentes tende a ter menos poder negocial, social ou económico, seja em termos estatísticos, seja pela interpretação que o próprio legislador faz da realidade social. É o que acontece

---

<sup>272</sup> Ob. cit. págs. 12 e 13.



com a vítima de negócio usurário, com o inquilino nas várias modalidades de contrato de arrendamento, com o trabalhador, com o consumidor, com o pequeno empresário ou com o promitente-comprador de prédios urbanos, para citar os exemplos mais significativos.

Num segundo momento, o legislador cria *normas imperativas* que, por um lado, visam defender o parte mais débil contra a sua própria fraqueza e que, por outro, estabelecem soluções visando alterar a *partilha de risco* que existiria sem esta preocupação. Por partilha de risco, pretendo designar o modo como são distribuídas pelos contraentes as consequências de certos eventos, não causados pelas partes, que afetam negativamente o normal cumprimento do contrato, causando, designadamente, maior dificuldade em cumprir, maior onerosidade da prestação, degradação da situação económica de uma das partes (ou de ambas) ou até impossibilidade de cumprimento.

Um dos riscos mais importantes nesta categoria dos *Life Time Contracts* é, sem dúvida, o chamado risco normal da vida, como sejam, por exemplo, o risco de acidente incapacitante, doença, desemprego, perturbações familiares (separações e divórcios, com todo o seu cortejo de consequências negativas), acontecimentos que podem ter efeitos muitíssimo adversos para a capacidade de a pessoa afetada honrar os seus compromissos contratuais, particularmente aqueles que se destinam a perdurar no tempo.

Ora, algumas das soluções apontadas pelo EuSoCo foram já acolhidas no nosso Direito expressando as preocupações sociais do nosso legislador civil. É o que se passa com a consagração da possibilidade de extinguir ou modificar contratos em consequência de alterações do contexto que as partes não previram e que conduzem a um desequilíbrio das prestações (art. 437.º do Código Civil), ou no efeito não retroativo da resolução do contrato nos contratos de execução duradoura, na proteção do inquilino no arrendamento urbano, ou ainda na proteção do trabalhador na relação laboral (ambas algo atenuadas com as recentes alterações legislativas nestas matérias, é certo). É o que acontece, também, com a garantia de acesso a certos bens e serviços essenciais e com a proteção do consumidor, tanto na fase da contratação como na fase do cumprimento do contrato, com relevo para algumas das mais recentes medidas adotadas para os contratos de crédito à habitação na sequência da crise económica de 2008.

Aquilo que é proposto nos “princípios” dos *Life Time Contracts* é, portanto, retirar da esfera de risco da parte mais fraca as consequências de certos eventos que resultam do risco normal da vida e deslocá-las para a esfera de risco do outro contraente.

4. Parece claro que a proteção da parte mais fraca, e o modo como a mesma é prosseguida, encontra o seu fundamento na necessidade de defender a dignidade da Pessoa, tanto numa perspetiva formal como numa perspetiva material. Trata-se de proteger, de uma forma efetiva, o círculo de direitos fundamentais e a liberdade de cada indivíduo, mas também uma integração plena na sociedade, nomeadamente, assegurando, na medida do possível, que cada um(a) tenha a oportunidade de realizar o seu projeto de vida, pessoal e profissional, assegurando alguma estabilidade económica e o acesso a recursos que permitam a satisfação de certas necessidades básicas<sup>273</sup>.

Ora, dir-se-ia que estas preocupações são legítimas e fazem todo o sentido na perspetiva de considerar cada um(a) em toda a sua dimensão de Pessoa, incluindo a dimensão existencial. Com efeito, não podemos perder de vista que uma regulamentação do fenómeno contratual que tem como horizonte apenas a ordenação da liberdade individual e uma adequada distribuição entre as partes dos benefícios e custos, encarada numa perspetiva puramente económica, corre o risco de considerar apenas certas dimensões parciais, e portanto redutoras, da Pessoa e do próprio objetivo fundamental do Direito no seu conjunto.

Cada pessoa não é apenas “o vendedor”, “o comprador”, “o empreiteiro”, “o dono de obra”, o “proprietário”, o “locatário”, o “profissional” ou o “consumidor”; cada pessoa assume, pontualmente, cada um desses papéis e, muitas vezes, vários desses papéis ao mesmo tempo em diversos contextos, mas nunca podemos dizer que o conjunto desses papéis sociais define ou esgota cada pessoa.

Cada um de nós é mais do que o conjunto das circunstâncias que definem o nosso lugar na sociedade, seja a profissão, o estado civil, a relação familiar, a condição de proprietário ou utilizador. Numa perspetiva humanista cristã, em linha com a nossa herança cultural, uma comunidade de pessoas não pode ser a mera soma de um conjunto de individualidades ligadas por relações de troca, com colunas de “deve” e “haver”; assim, uma adequada regulação da vida em sociedade baseada no respeito mútuo, numa dimensão global, não pode perder de vista essa realidade.

As preocupações expressas nas considerações que serviram de base aos *Life Time Contracts* chamam a atenção para aspetos importantes da vida em sociedade e atingem a própria ideia de Direito, enquanto conjunto de valores e regras que têm em vista a ordenação da vida em sociedade de acordo com

---

<sup>273</sup> Logo no primeiro “princípio”, que contém a definição de *Life Time Contracts*, refere-se a importância fundamental destes contratos para a autorrealização dos indivíduos e para a sua participação na comunidade.

um critério de justiça, e a realidade humana da vida em sociedade não se esgota em relações de troca.

Isto dito, importa também ter presente os perigos que uma regulação demasiado intrusiva da liberdade individual pode gerar nos equilíbrios sociais, tendo em conta que as economias das sociedades ocidentais não assentam em modelos dirigistas mas sim em modelos assentes na liberdade de escolha, em linha, aliás, com os respetivos modelos de organização política e social.

A questão é que ao gizar as normas adequadas a prosseguir um objetivo de proteção da parte contratual mais débil é necessário identificar o valor jurídico que o fundamenta e encontrar a interpretação mais razoável (justa) desse valor, sem perder de vista outros valores igualmente importantes na prossecução das finalidades fundamentais do Direito. Como já disse antes, é necessário ponderar a coerência do sistema, bem como as condições de exequibilidade, oportunidade e proporcionalidade da solução visada.

É também muito importante ter a consciência de que a proteção do contraente mais fraco será prosseguida *à custa da deslocação de certos riscos*, a maior parte das vezes ligados ao *risco normal da vida*, da esfera daquele a quem o evento respeita para a esfera de outra pessoa que não o pode gerir ou controlar e, também por isso, não o quer suportar; ou seja, a proteção de uma parte é conseguida *à custa* da outra parte (no sentido amplo do termo).

Deste modo, independentemente da concepção de justiça subjacente à solução encontrada, torna-se ainda necessário avaliar os efeitos perversos que a mesma pode ter no sistema social e económico<sup>274</sup>. Isto porque num modelo económico assente na liberdade individual, as pessoas podem definir o limite dos riscos que estão dispostos a suportar para atingir os seus objetivos, nomeadamente no exercício de uma atividade profissional ou comercial.

Neste sentido, uma intervenção legislativa tendo em vista uma alteração fundamental do equilíbrio das partes em determinados contratos de bens ou serviços poderá ter como consequência um agravamento da contrapartida exigida por quem fornece esse bem ou serviço, na melhor das hipóteses (para refletir o maior risco em que a parte incorre com a celebração do contrato), ou até a necessidade de ser o Estado a assumir certa atividade (e a inerente socialização do risco) em virtude de nenhum particular estar disposto a fazê-lo tendo em conta os riscos económicos envolvidos.

Por outro lado, no que especialmente diz respeito ao sétimo “princípio” (Dimensão Coletiva e Ética), parece-me não estar em causa um verdadeiro

---

<sup>274</sup> Importa lembrar, por exemplo, que o congelamento das rendas praticamente levou à extinção do mercado de arrendamento.

princípio mas sim uma regra, com algumas matizes de natureza procedimental, ainda que com óbvias repercussões a nível material<sup>275</sup>.

Num primeiro passo, afirma-se o direito que os “consumidores e os trabalhadores” têm de “exigir do Estado o reconhecimento de sistemas coletivos de representação (associações de consumidores ou associações sindicais)”. Para além de um afloramento do princípio da liberdade de associação, esta menção a um “direito de exigir do Estado” remete claramente para uma norma e não propriamente para um princípio.

Depois, refere-se que os mesmos consumidores e trabalhadores “têm o direito de exigir do Estado o reconhecimento e o respeito pelos sistemas de valores coletivos, como aqueles que são designados pelos conceitos de boa fé e de bons costumes”. Mais uma vez está em causa o “exigir do Estado” um determinado comportamento, que, aparentemente, deverá ser traduzido em medidas de caráter legislativo destinadas a assegurar que estes sistemas de valores coletivos se apliquem “em todas as fases da relação contratual, desde o acesso aos bens e serviços, à conformação do contrato, à sua adaptação/modificação e à sua extinção”.

Salvo melhor opinião, assim enunciado o “princípio”, diria que não estamos em presença de um verdadeiro pensamento diretor de uma regulamentação jurídica, mas face a algo que resulta da combinação de uma verdadeira regra de natureza essencialmente adjetiva (negociação coletiva prevalece sobre a negociação individual) com o recurso a conceitos indeterminados (boa fé e bons costumes).

Note-se que este “princípio” não se confunde com o princípio da boa fé; pelo contrário, ele *remete* para o princípio da boa fé, o qual, recorde-se, está consagrado no nosso Direito relativamente à fase da contratação e cumprimento do contrato (arts. 227.º e 762.º do Código Civil) e é ainda relevante em sede de licitude material do conteúdo do contrato, no âmbito das regulamentação das cláusulas contratuais gerais<sup>276</sup>.

Já o conceito de “bons costumes” remete para certos valores morais e deontológicos, e não propriamente para determinado valor jurídico<sup>277</sup>.

A verdade é que mais do que verdadeiros princípios de Direito, os “princípios” enunciados a propósito dos *Life Time Contracts*, remetem para

---

<sup>275</sup> Uma distinção entre “princípio”, enquanto parâmetro normativo, e “regra” (e as dificuldades que a mesma envolve) é ensaiada por António Cortês, ob. cit., págs. 127 e ss.

<sup>276</sup> Cfr. o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

<sup>277</sup> Cfr., por todos, L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 4.ª ed., Lisboa, 2007, pág. 199.

um conjunto de ideias que, no seu conjunto, ajudam a definir o que possam ser estes contratos, descrevendo as suas características, ou apontam certas regras (mais normas do que verdadeiros princípios), mais ou menos concretas, de natureza substantiva ou procedimental.

Talvez não seja descabido dizer que o princípio fundamental subjacente aos *Life Time Contracts* é o da proteção da dignidade da Pessoa, tal como ficou dito antes, e que o conjunto das 16 regras denominadas “princípios” são já concretizações desse princípio fundamental. A ser assim, devemos ter presente que tais concretizações podem não ser politicamente neutras e, mais do isso, poderão, aqui e ali, estar marcadas por uma visão ideologicamente comprometida estando, por isso, abertas a discussão.

Esta perspetiva não prejudica, naturalmente, o carácter consensual de algumas das regras em causa, como sejam, por exemplo, certas normas relativas à extinção dos contratos (décimo primeiro “princípio”, mesmo tendo em conta a necessidade de determinar o que significa, entre outras coisas uma conduta socialmente responsável), à comunicação e informação entre as partes (décimo segundo e décimo terceiro “princípios”) e à proteção dos dados pessoais (décimo sexto “princípio”).

É à luz destas considerações que o sétimo “princípio” deve ser apreciado.

Por princípio, não tenho preconceitos (ideológicos ou outros) contra a negociação coletiva quando a mesma é levada a cabo dentro de um quadro normativo claro e coerente, ou seja, dentro dos limites da lei criada pelos órgãos políticos da comunidade a quem esta conferiu legitimidade para tal. Recentemente, a DECO tem protagonizado a negociação de condições mais favoráveis para os consumidores de contratos de fornecimento de bens e serviços essenciais (e não só) tirando justamente partido do facto de atuar por conta de grupos significativos de consumidores. Digamos que, desta forma, se consegue equilibrar o peso negocial de cada uma das partes envolvidas na negociação e isso é benéfico para todos os envolvidos e para a sociedade em geral, sob qualquer perspetiva.

Porém, se a ideia que está na base dessa negociação coletiva é ganhar peso negocial junto dos poderes públicos para “permear” a lei aos resultados da negociação coletiva, então terei de manifestar a minha total discordância, à luz de tudo o que ficou dito acima sobre o que significa legislar.

Para o poder público será sempre confortável ter grupos sociais organizados a “negociar” as leis que hão de regular a atividade de tais grupos (ou parte dela), na medida em que não terá de fazer escolhas que o exponham à crítica pública (a coragem não costuma ser um dos atributos dos titulares de

cargos públicos) e sempre se poderá desresponsabilizar dos resultados dessa negociação.

A questão é que uma lei raramente diz respeito apenas ao grupo A ou B. Por definição, uma lei diz respeito a toda a comunidade, e quem representa a comunidade são os órgãos políticos que a mesma escolheu de acordo com os mecanismos constitucionais.

Por muito que isso possa custar a alguns setores da nossa sociedade, os sindicatos, as associações de consumidores, as associações de empresários ou as organizações profissionais não têm *legitimidade democrática* para legislar; ninguém lhes conferiu, através de sufrágio universal e direto, legitimidade para, em nome do Povo (de *todo* o Povo), traduzir em forma de lei uma determinada ideia de justiça enquanto interpretação de um princípio jurídico fundamental.

Estas instituições (a que alguns chamam “organizações de classe”) estão essencialmente (diria até unicamente) preocupadas com a defesa dos interesses dos seus associados, tal como normalmente resulta dos seus estatutos, e em refletir na lei a proteção desses interesses. Por definição, a procura de leis justas para todos não está no horizonte das suas preocupações, nem se espera que estejam, em rigor.

Em resultado desta postura de defesa dos interesses de classe, perde-se de vista o essencial. Perde-se de vista a justiça, bem como a ligação aos valores jurídicos fundamentais, perde-se a coerência do sistema (justamente pela ausência de ligação aos princípios) e passamos a ter leis que representam o resultado de uma relação de força sociopolítica.

Quando as leis traduzem apenas uma relação de força transformam-se na “lei do mais forte”, e isso não é Direito.

Os “princípios” informadores dos *Life Time Contracts* devem então ser vistos como *propostas de regulamentação*, inspiradas na proteção da dignidade da Pessoa, que têm o mérito de trazer para o debate juscientífico uma questão de indiscutível importância económica e social.



# A alteração das circunstâncias e os *life time contracts*

*Henrique Sousa Antunes\**

## 1. ENQUADRAMENTO DO TEMA

É sabido que a natureza dos contratos condiciona a aplicação dos princípios e regras contratuais. São diversas as espécies normativas que disciplinam a relação entre as partes em razão da natureza unilateral ou bilateral do contrato, do seu carácter instantâneo ou duradouro, da unicidade ou do fraccionamento das prestações, do alcance comutativo ou aleatório do negócio, da sua dimensão gratuita ou onerosa. Também na alteração das circunstâncias a caracterização é relevante para a aplicação do respectivo regime.

A lei portuguesa prevê, nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil, a possibilidade da modificação ou resolução do contrato por alteração das circunstâncias, excepcionando o princípio *pacta sunt servanda*. O regime parece vocacionado para os contratos duradouros, mas abrange, também, os contratos instantâneos. Neste caso, porém, a sua aplicação afigura-se condicionada pela subsistência de prestações em falta<sup>278</sup>. O instituto alcança, fundamentalmente, os contratos comutativos, mas à revisão do conteúdo do contrato não se julga imune o contrato aleatório, se a boa fé assim o impuser<sup>279</sup>.

É neste contexto de acomodação do regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias às características do contrato afectado que se julga interessante retomar o tema que, em texto, recente, abordámos, então para apreciar criticamente o direito português à luz do direito europeu dos contratos<sup>280</sup>.

O sentido geral da nossa análise concede à boa fé a margem de liberdade que a centralidade do recurso a este critério permite, libertando o julgador da limitação que a invocação do requisito da base do negócio

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>278</sup> Ver, por todos, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Coimbra, 2009, págs. 342 e seguinte.

<sup>279</sup> Ver, por todos, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., págs. 343 e seguintes.

<sup>280</sup> *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, in «Cadernos de Direito Privado», n.º 47, julho/setembro de 2014, págs. 3 e seguintes.



pressupõe. Àquele é permitida a avaliação de todas as circunstâncias, mesmo extracontratuais, que, em razão da alteração verificada, tornam inexigível a prestação. São circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar as circunstâncias existentes ao tempo da vinculação negocial, independentemente de integrarem a base do negócio. Cabe avaliar se, no momento do cumprimento da obrigação, a boa fé escuda o devedor contra esse dever. Concluimos, então: «A prevalência da actuação conjugada da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* com critérios de gravidade ou razoabilidade permitiria evitar os equívocos que, no direito português, a associação do regime do art. 437.º do CC ao conceito de base negocial, previsto no art. 252.º, n.º 2, desse diploma, trouxe. Lembra-se que, segundo a jurisprudência portuguesa, não só a situação económica ou pessoal do comprador ao tempo do cumprimento, ou, em geral, os motivos determinantes da vontade, parecem excluídos do regime da alteração das circunstâncias, como, se diversamente fosse, na delimitação do âmbito de aplicação do art. 437.º do CC é utilizada exigência idêntica à do regime do erro sobre os motivos: o acordo expresso das partes sobre a essencialidade do motivo. Esta orientação deixa sem tutela a alteração de razões extracontratuais, de natureza material ou pessoal, que, pela sua gravidade, merecem essa protecção»<sup>281</sup>.

## 2. O CONCEITO DE *LIFE TIME CONTRACTS*

A temática deste colóquio, na órbita dos *life time contracts*, permite testar a bondade das nossas conclusões a respeito da delimitação das circunstâncias atendíveis por referência à restrição que o conceito de base negocial implica, mas também acerca do requisito negativo do alcance dos riscos próprios do contrato.

O reconhecimento da existência de contratos que, pela natureza das prestações envolvidas e pela sua duração, se revelam conaturais à existência da pessoa humana serve de fundamento à conceptualização dos *life time contracts* e à análise da sua repercussão em diferentes domínios jurídicos. Trata-se de contratos que acompanham a expressão da experiência humana nas suas várias dimensões e que, em razão da sua extensão temporal, imprimem uma marca existencialista, que só o tempo de uma vida permite. São contratos que garantem o substrato da vida do indivíduo, como o trabalho, o arrendamento, os empréstimos de longa duração. Na definição proposta pelo grupo de trabalho liderado por Luca Nogler e Ugo Reifner (*EuSoCo*), «*life*

---

<sup>281</sup> Henrique Sousa Antunes, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, cit., págs. 20 e seguinte.

*time contracts are long-term social relationships providing goods, services and opportunities for work and income creation. They are essential for the self-realisation of individuals and their participation in society at various stages in their life*»<sup>282</sup>. É feliz a tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira, em texto que acompanhamos noutros momentos da nossa exposição<sup>283</sup>: «Os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa são relações sociais que têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social».

No nosso entendimento, esta categoria contratual justificaria uma outra conceptualização, subsidiária, fundada nos reflexos vitalícios de contratos instantâneos. A comercialização de bens pessoais, como a imagem ou a voz, ou os negócios que tenham por objecto a aquisição de bens duradouros são contratos que, em medida relevante, devem beneficiar da tutela que a construção de princípios fundamentais procura assegurar aos *life time contracts*. Estamos perante *life time effects contracts*.

### **3. O ALCANCE DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA***

Na regulamentação genérica dos contratos, predomina a perspectiva relacional, da liberdade de conformação do conteúdo e, assim, da estabilidade dos direitos e deveres acordados. Uma vez nascida a relação obrigacional, o seu cumprimento só muito residualmente pode ser afectado, em razão do princípio *pacta sunt servanda*. Entende-se, em geral, que a vontade das partes cria um espaço de reserva que o salvaguarda das vicissitudes que a socialização justifica.

No direito europeu, a utilização da compra e venda como paradigma da harmonização das regras contratuais acentua, pelo seu carácter instantâneo, a desconsideração dos interesses económicos e sociais que o reflexo existencial de um contrato explica, relevando, neste contexto, a situação dos trabalhadores, arrendatários e consumidores enquanto partes de contratos duradouros.

Em tais hipóteses, a tutela do crédito não pode desconhecer os fins existenciais que acompanham a prestação. Não se trata de introduzir qualquer

---

<sup>282</sup> In «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law» (Luca Nogler/Udo Reifner – eds.), The Hague, 2014, pág. xvii.

<sup>283</sup> *Princípios gerais sobre os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa* (tradução preliminar para português – 1 de maio de 2015, documento distribuído aos participantes no Colóquio).

dirigismo contratual de alcance colectivizante, mas, tão-somente, de reconhecer que se à dimensão económica do contrato acresce um outro interesse, principal, relativo à dignidade da pessoa humana e, assim, de impacto social, o direito deve responder de forma ajustada, apesar do princípio *pacta sunt servanda*.

#### 4. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO PORTUGUÊS

A questão é, em especial, significativa acerca da interpretação dos requisitos da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias no direito português. Desde logo, e como noutra altura salientámos, é preciso romper com a limitação tradicional à base do negócio. As razões extracontratuais são, frequentemente, desconsideradas, impedindo a apreciação dos factos à luz da boa fé. Na verdade, se a variação ocorre em factos alheios aos pressupostos em que assentou a vontade de ambas as partes, o instituto vê a sua aplicação prejudicada, mesmo que a boa fé aconselhasse a revisão.

É emblemático do sentido emprestado ao regime jurídico português o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2014 (Processo 1117/10.9TVLSB.P1.S1; Relator: Granja da Fonseca), a respeito do pedido subsidiário de resolução de um contrato-promessa de compra e venda de duas fracções imobiliárias por alteração das circunstâncias pessoais e económicas dos promitentes-compradores: «Diferentemente do erro, em que a base do negócio é unilateral, respeitando exclusivamente ao errante, na alteração das circunstâncias a mesma é bilateral, respeitando simultaneamente aos dois contraentes (i.e., que se produza uma alteração anormal das circunstâncias em que ambas as partes fundaram a decisão de contratar) (...). De onde decorre, *tout court*, que a alteração das circunstâncias pessoais dos contraentes é insusceptível de preencher o instituto. Designadamente a invocada “diminuição significativa do poder de compra dos autores e a situação de desemprego em que se encontra a autora desde outubro de 2009”. Afloramento aliás da proibição da sua invocação como fundamento para exigir qualquer redução, desconto ou abatimento da dívida, ou dilação da data do seu vencimento, como decorre do *beneficium competentiae* ou *ne egeant* do direito romano». É, ainda, salientado que, sem prejuízo da aplicação do entendimento tradicional da teoria da base do negócio, excluindo, pois, a relevância dos factos considerados, a exigência de imprevisibilidade vedaria o pedido de resolução do contrato com os fundamentos invocados: «(...) o nosso Supremo Tribunal tem vindo a entender que, nas situações de crise, a alteração relevante carece ainda de ser anormal, requisito ligado à imprevisibilidade, pois que, sendo a alteração normal, as partes podiam tê-la previsto e acautelado, na

conclusão do contrato, as suas consequências (...). Ora, as alterações da taxa de juro e de esforço, o desemprego e a desvalorização da moeda, mais a mais desacompanhada da invocação das concretas circunstâncias de vida dos autores à data da outorga dos contratos-promessas, não são fundamentos ligados à ideia de imprevisibilidade»<sup>284</sup>.

É outra a lição do direito europeu, que, adoptando a perspectiva da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, permite submeter à análise de um critério de razoabilidade circunstâncias que, embora alheias à definição do objecto contratual, têm implicações numa dimensão existencial da parte: «(A irrelevância do conceito de base negocial) é o caminho dos instrumentos internacionais mencionados. A determinação da alteração das circunstâncias por referência ao momento do cumprimento possibilita a consideração de factos que se tornaram essenciais depois da celebração do contrato, designadamente no contexto da chamada “grande base negocial”, ou razões diversas da desproporção económica, e, assim, alargar o âmbito dos negócios abrangidos. Estabelece-se um paralelismo com as razões da impossibilidade de cumprimento, permitindo, então, julgar que, embora o requisito da afectação do objecto da prestação distinga os regimes da impossibilidade e da alteração das circunstâncias, os factos que os motivam divergem da base negocial»<sup>285</sup>.

## 5. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO PORTUGUÊS À LUZ DAS REFLEXÕES SOBRE *LIFE TIME CONTRACTS*: AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENDÍVEIS

A abordagem seguida no estudo sobre *life time contracts* a respeito das circunstâncias atendíveis parece-nos equívoca e, porventura, estranhamente errada, ao arripio das opções tomadas nos *Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, nos *Principles of European Contract Law (PECL)* e no *Draft Common Frame of Reference*, que, neste contexto, se afiguram bem mais generosos<sup>286</sup>. As diferentes versões linguísticas do estudo que motiva esta reflexão, embora em sentidos não necessariamente convergentes, acomodam a teoria da base do negócio, em eventual prejuízo do beneficiário da prestação existencial. Por outro lado, no que excede a base do

---

<sup>284</sup> Pode ser consultado nas bases de dados jurídico-documentais do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I.P..

<sup>285</sup> Henrique Sousa Antunes, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, cit., págs. 11 e seguinte.

<sup>286</sup> Ver Henrique Sousa Antunes, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, cit., págs. 3 e seguintes.

negócio, a proposta é, injustificadamente, limitada a circunstâncias materiais ou económicas.

Cita-se a versão inglesa: «10. *Adaptation. If the social and economic circumstances upon which a life time contract is based have changed significantly since the contract was entered into, or if material circumstances from which the parties derived have arisen that are found to be at variance with its original situation to such an extent that the social nature of the contract is jeopardised, and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it on different terms had they foreseen this change, adaptation of the contract may be required if, taking into account all the circumstances of the specific case, and in particular the contractual or statutory allocation of risk and the fundamental obligation of a human being, one of the parties cannot reasonably be expected to continue to comply with the contract without variation of its terms. Collective regulation shall take precedence over individual adaptation*»<sup>287</sup>.

Na tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira («10. Adaptação ou modificação do contrato»): «10.1. Se as circunstâncias sócio-económicas pressupostas pelas partes como fundamento da conclusão do contrato não se verificarem, havendo uma grave divergência entre a realidade e a representação de que as partes partiram, o conteúdo dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser adaptado ou modificado. 10.2. A divergência pode referir-se às circunstâncias presentes ou às circunstâncias futuras (*error in futurum*) e deve ser tão grave que, se as partes tivessem uma representação exacta da realidade, não teriam concluído nenhum contrato, ou teriam concluído um contrato de tipo ou de conteúdo diferente. 10.3. Ao apreciar-se a gravidade da divergência entre a realidade e a representação, deve atender-se ao fim do contrato, à distribuição legal ou contratual do risco e ao significado social da relação. 10.4. O conteúdo do contrato só deve ser adaptado ou modificado desde que a subsistência da relação contratual, sem qualquer alteração ou modificação, seja inexigível. 10.5. Ao avaliar-se a exigibilidade ou inexigibilidade da subsistência da relação contratual, deve atender-se, designadamente, aos deveres fundamentais de uma pessoa humana. 10.6. O consumidor ou o trabalhador devem estar em condições de cumprir os seus deveres fundamentais, como, por exemplo, o dever de assistência aos seus familiares, assegurando-lhes alimento, vestuário e habitação. 10.7. As regulamentações colectivas, alcançadas através dos sistemas de representação dos interesses dos consumidores e dos

---

<sup>287</sup> In «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit., pág. xix.

trabalhadores, devem ter prioridade sobre os resultados de uma adaptação ou de uma modificação individual».

O juízo que agora se faz é, ainda, mais discordante se considerarmos que, na análise das especificidades dos *life time contracts*, o grupo de trabalho (*EuSoCo*) olhou para as relações obrigacionais no seu plano primário de desenvolvimento, ou seja, entre as partes. É paradigmático o princípio relativo ao reflexo da dimensão humana dessas relações no exercício dos direitos e deveres correspondentes «2. *Human Dimension. The subject matter of life time contracts is real-life circumstances. The role of the law governing them is to frame the power relationships of those contracts in terms of human development, so that on-going co-operation rather than the formation of the contract lies at the heart of the contractual relationship. Personal relations (such as the family) have to be taken into account*»<sup>288</sup>. Na tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira («2. Dimensão humana»): «2.1. O ponto central do regime dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser o indivíduo, na sua concreta realidade material e moral. 2.2. O direito deve preocupar-se em disciplinar a conclusão do contrato e as relações de cooperação entre as partes, conformando-as para proteger e para promover o desenvolvimento da pessoa humana. 2.3. Em especial, o direito deve preocupar-se em garantir que o desenvolvimento da pessoa humana não seja nem comprometido, nem sequer deformado, por relações de poder. 2.4. Ao fazê-lo, deve ter em conta que o desenvolvimento de cada indivíduo pressupõe relações pessoais particularmente significativas, entre as quais estão as relações familiares».

Se a existência da pessoa é afectada na dimensão primária referida, pouco interessa saber se a alteração das circunstâncias integra a base negocial. Eis o sentido que se procura, também, emprestar ao direito português. É verdade que a abordagem do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça antes citado tomava por referência a prestação de trabalho remunerado nas implicações que as suas vicissitudes têm noutras vinculações da pessoa, divergindo, pois, da perspectiva do estudo coordenado por Nogler e Reifner. A questão analisa-se, porém, do mesmo modo nos dois planos considerados.

Desrespeita a dignidade humana pretender que os demais negócios em que o indivíduo é parte são imunes à alteração das circunstâncias existentes ao tempo em que as partes celebraram *life time contracts*, ao abrigo da relatividade dos contratos (artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil). Fundando as razões que justificam proteger a relação duradoura nos benefícios que essa relação traz à existência da pessoa, é a relação de causalidade que determina o

---

<sup>288</sup> In «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit., pág. xvii.

contágio das vicissitudes aos proveitos que aquela relação duradoura permitia. Lembra-se que na definição de *life time contracts* a dimensão reflexa dos efeitos permitidos pelo contrato é nuclear: «*They are essential for the self-realisation of individuals and their participation in society at various stages in their life*»<sup>289</sup>. Na tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira, recorda-se: «Os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa (...) têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social».

O regime dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil constitui lei que excepciona a relatividade dos contratos, pois, a nosso ver, a necessidade de valoração da manutenção do contrato sob o prisma da boa fé exclui o conceito de base negocial. É esta avaliação que condiciona a decisão sobre a estabilidade da relação obrigacional. Como também na jurisprudência portuguesa se salienta, «(...) o direito das obrigações é um direito de cooperação social: o negócio jurídico visa realizar determinada cooperação entre os indivíduos nele interferentes. Daqui resulta que o negócio deixará de produzir os seus efeitos típicos, se factos supervenientes tornarem impossível o mínimo de cooperação nele visado. Na determinação e concretização desse mínimo está o princípio da boa fé. É ele que orienta todo o artigo 437.º, envolvendo uma certa atipicidade. A base do negócio na altura da publicação do nosso Código Civil era já na Alemanha uma fórmula vazia (...)» (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de março de 1999, Processo 158/99. Relator: Torres Paulo)<sup>290</sup>.

Há uma eficácia irradiante das vicissitudes dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa humana nas condições em que essa existência se desenvolve ou se expressa. Assim, justifica-se que, num plano secundário de desenvolvimento das relações obrigacionais apreciadas, se situe a afectação de outros contratos se a boa fé, ou outro critério equivalente, o legitimar. As vicissitudes nos *life time contracts* reforçam, pois, a adopção do critério da cláusula *rebus sic stantibus* na aplicação do artigo 437.º do Código Civil.

Entre os princípios desenhados para os *life time contracts*, encontra-se a fundação desta tese. Escreve-se sobre contratos relacionados: «4. *Linked contracts. Life time contracts are embedded in a network of linked contracts to which the law must have regard when legal questions fall to be decided*»<sup>291</sup>. Na tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira («4. Contratos coligados»): «Os

---

<sup>289</sup> In «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit., pág. xvii.

<sup>290</sup> Pode ser consultado nas bases de dados da Colectânea de Jurisprudência.

<sup>291</sup> In «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit., pág. xvii.

contratos duradouros essenciais à existência da pessoa integram-se em redes de contratos, ligados entre si. O legislador e o juiz devem apreciar e resolver os problemas por si suscitados considerando sistematicamente a ligação entre todos os contratos integrados na rede».

É claro que na relação entre outros contratos e os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa podemos encontrar níveis diversos de dependência. No contrato de concessão de crédito, os contratos associados ao objecto ou à actividade financiados estão na órbita contratual daquele. Diverso é o grau de dependência entre os contratos que o salário de uma actividade laboral remunera e a relação de trabalho do devedor. Neste caso, a ausência de determinação da finalidade da prestação cumprida pela entidade empregadora torna a ligação entre o contrato de trabalho e as actividades jurídico-económicas que o trabalhador desenvolve numa relação indirecta. Resta saber se a teleologia em que se desenvolve a doutrina dos *life time contracts* tem a amplitude suficiente para abranger os dois tipos de dependência assinalados. A resposta parece-nos afirmativa.

Em resumo, as vicissitudes dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa reflectem-se nos contratos com aqueles relacionados, directa ou indirectamente, como alterações relevantes nos termos do artigo 437.º do Código Civil. A diferenciação entre os planos primário e secundário daqueles contratos não é, contudo, desprezível, como veremos de seguida.

## **6. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO DIREITO PORTUGUÊS À LUZ DAS REFLEXÕES SOBRE *LIFE TIME CONTRACTS*: O RISCO**

Deve reconhecer-se que uma malha menos apertada se justifica para a relevância da alteração das circunstâncias no contexto dos próprios contratos duradouros essenciais à existência da pessoa. Referimo-nos, em especial, ao requisito negativo de a alteração não estar coberta pelos riscos próprios do contracto. Julgamos, assim, questionável a opção tomada na definição dos princípios aplicáveis aos *life time contracts*. Lembra-se a passagem relevante do princípio 10, sobre *adaptation*: «(...) *taking into account all the circumstances of the specific case, and in particular the contractual or statutory allocation of risk and the fundamental obligation of a human being* (...)». Na tradução, citada, de Nuno Manuel Pinto Oliveira («10. Adaptação ou modificação do contrato»): «10.3. Ao apreciar-se a gravidade da divergência entre a realidade e a representação, deve atender-se ao fim do contrato, à distribuição legal ou contratual do risco e ao significado social da relação».

Exemplifiquemos: a cessação do contrato de trabalho é uma circunstância atendível na ponderação da estabilidade dos negócios celebrados pelo indivíduo com terceiros; o agravamento dos encargos com um



empréstimo destinado a financiar a compra de uma casa é ponderável a respeito da manutenção do respectivo contrato-promessa de aquisição. Em qualquer dos casos, as questões parecem enquadráveis na aplicação do artigo 437.º do Código Civil, implicando a ponderação do risco assumido pelo interessado.

Diversamente, num contrato de crédito à habitação, adquirida a casa, e cessada, portanto, a relação jurídica estabelecida com o vendedor, a legitimidade do exercício do direito de crédito pela instituição financeira é indissociável da dimensão existencial do bem que o financiamento facultou e a instituição conhece. Assim, o incumprimento das prestações pelo aumento das taxas de juro deve ser apreciado na perspectiva das consequências que os meios facultados ao credor para a tutela do seu direito têm na vida do devedor. A tal juízo deve permanecer alheia a imputação do risco, legal ou contratual, ao arrepio do que a aplicação do artigo 437.º do Código Civil determinaria.

É considerando este último enquadramento que se lê, entre os princípios aplicáveis aos *life time contracts*: «15. *Exclusion. The social risks of unemployment, homelessness and over-indebtedness must be taken into account in both the individual and the collective forms of the contract with due regard to its social origin and in line with public law*». Na tradução de Nuno Manuel Pinto Oliveira («15. Mínimo de participação na vida social»): «15.1. O consumidor ou o trabalhador não pode ser privado de um mínimo de participação na vida social. 15.2. No momento da conformação individual e colectiva, como no momento da interpretação dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, deve considerar-se adequadamente os riscos de exclusão social da pessoa do consumidor ou do trabalhador. 15.3. No momento da conformação, como no momento da interpretação do contrato, deve considerar-se, designadamente, os riscos de falta de emprego, de falta de habitação ou de sobreendividamento, relacionando-os com as suas causas sócio-económicas. 15.4. Os princípios e as regras de direito privado por que se pretende prevenir o perigo de exclusão social devem ser completados pelos princípios e pelas regras de direito público». A ideia tem reflexo em medidas avulsas do legislador, inclusivamente o português. Referem-se, designadamente, os regimes estabelecidos nas Leis n.ºs 57/2012, 58/2012 e 59/2012, de 9 de novembro, reforçando a protecção dos mutuários de contratos de crédito à habitação, e no Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio, afastando o regime geral da mora no cumprimento das obrigações em dívidas do beneficiário de uma operação de crédito.

A resposta deve ser, no entanto, mais abrangente. Encontra-se na doutrina que sobre os *life time contracts* se pronuncia o reconhecimento da insuficiência do regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias na determinação de um remédio satisfatório para os

problemas que as vicissitudes naquele âmbito colocam: «(...) *it could be argued that, when a debtor becomes unemployed, or suffers an increase in the interest rates applicable to the finance agreement, or is affected by a global economic crisis such as the current one, the “status quo” of the contract has been breached. The contract should therefore no longer be binding upon the parties by application of the “rebus sic stantibus” clause and the prejudiced party would be entitled to amendment or termination of the contractual relationship. The “rebus sic stantibus” clause, therefore, would allow the ex post, or retrospective, amendment of the terms and conditions initially agreed upon in the contract in order to rebalance the consideration resulting from it. However, the lack of statutory recognition in the majority of legal systems (...) and a doctrinal foundation based on equity principles coupled with a restrictive jurisprudential interpretation puts into question its operative effectiveness*»<sup>292</sup>.

Em nossa opinião, falta uma norma sobre a inexigibilidade da prestação entre os princípios identificados no estudo editado por Luca Nogler e Udo Reifner. Na verdade, na sua ausência, a alteração das circunstâncias fica aprisionada pela assunção dos riscos próprios do contrato.

Exemplifique-se com o direito português (artigo 437.º do Código Civil): verifica-se uma precedência lógica do critério do risco relativamente ao critério da boa fé. A parte que assumiu o risco da alteração das circunstâncias está impedida de invocar a boa fé em seu benefício. Há uma incompatibilidade natural entre a imputação ao declarante da lesão e o reconhecimento de que a manutenção do contrato ofende gravemente o princípio da boa fé. Alguma doutrina admite, ainda assim, que, episodicamente, a boa fé prevaleça sobre a assunção do risco, em razão da especial gravidade da alteração para o lesado. Neste sentido, leia-se Almeida Costa: «Não se exclui, no entanto, a possibilidade da ocorrência de situações excepcionais que apontem para a orientação oposta, visto que também deve ter-se presente o apelo que é feito aos princípios da boa fé. Tudo residirá em demonstrar riscos que excedam essa álea normal definida supletivamente no artigo 796.º. De qualquer modo, apenas se coloca o problema a respeito da

---

<sup>292</sup> Juana Pulgar, *A Contractual Approach to Over-Indebtedness: Rebus Sic Stantibus Instead of Bankruptcy*, in «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit., pág. 534. Ver, ainda, Geraint Howells, *Change of Circumstances in Consumer Credit Contracts – The United Kingdom Experience and a Call for the Maintenance of Sector Specific Rules*, in «Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law», cit. págs. 460 e seguintes.

revisão e nunca da resolução do contrato, ou seja, com vista a uma repartição equitativa dos danos pelas partes»<sup>293</sup>.

A introdução de uma regra de inexigibilidade da prestação permitiria tratar a alteração das circunstâncias em contratos duradouros essenciais à existência da pessoa com a dulcificação que a natureza desses contratos justifica. Retoma-se, aqui, a proposta de Nuno Manuel Pinto Oliveira, que merece o nosso aplauso. Escreve: «O Código Civil poderia e, porventura, deveria conter um artigo (p. ex., um art. 790.º-A) em que se dissesse o seguinte: “Se a prestação é excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta”. O advérbio *gravemente* circunscreveria a aplicação da regra aos casos em que a actuação do direito de crédito excedesse de forma evidente (...) os limites da boa fé, deixando a descoberto o enlace entre os casos de dificuldade excessiva e de abuso do direito»<sup>294</sup>.

Uma cláusula de inexigibilidade subtrairia a alteração das circunstâncias ao procedimento de avaliação do risco, submetendo, de imediato, a apreciação da referida alteração ao critério da boa fé. Esse parece-nos ser o sentido que a legislação portuguesa deverá seguir, acomodando a solução que, na actualidade, tão-só o recurso a argumentos de salvaguarda permitem.

A intervenção da lei que impute o risco ao lesado em contrato essencial à existência da pessoa pode estar ferida de inconstitucionalidade, em razão da tutela da dignidade humana, das condições de que a realização humana concreta depende: «A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas e a copiosa extensão do elenco dos direitos fundamentais, das garantias institucionais e das tarefas do Estado não deve fazer perder de vista esse referencial»<sup>295</sup>. Tratando-se de uma cláusula de

---

<sup>293</sup> *Direito das Obrigações*, cit., pág. 347.

<sup>294</sup> *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, 2011, pág. 571.

<sup>295</sup> Jorge Miranda/António Cortês, *Anotação ao artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa*, in «Constituição Portuguesa Anotada» (coord. por Jorge Miranda/Rui Medeiros), 2.ª edição, Coimbra, 2010, pág. 82.

assunção voluntária do risco, crê-se que o regime do artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil fundamenta a sua ilicitude («É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes»).

Entretanto, reconheça-se que, em geral, o reflexo das vicissitudes dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa noutros contratos, da mesma natureza ou diversa, é apreciado segundo a determinação imediata da boa fé, sem a triagem prévia dos pressupostos relativos às circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar e ao risco próprio do contrato (artigo 437.º do Código Civil).

Na verdade, em relação às circunstâncias contemporâneas do contrato que, porém, se distanciam da sua base negocial, falta em regra, pela sua natureza, qualquer declaração prévia da lei ou das partes a respeito da imputação do débito da lesão à esfera jurídica do próprio lesado. Em sentido diferente do que sucede com a alteração verificada no domínio da base negocial, o risco é um risco de vida que, por essa razão, deve ser apreciado segundo o critério da boa fé<sup>296</sup>.

Admite-se, contudo, que a previsão da lei ou a estipulação das partes possa dispor, validamente, sobre o risco da verificação de factos extracontratuais. Nesse caso, a disposição parece imune aos argumentos de ilicitude atrás invocados, considerando a relatividade dos contratos. Eis o campo de aplicação natural do princípio sobre adaptação ou modificação aplicável aos *life time contracts*, que agora se propõe.

## 7. NOTAS FINAIS

Em suma, mérito seja reconhecido aos promotores desta abordagem que reclama a especificidade dos *life time contracts*. A Luca Nogler e Udo Reifner, os parabéns pela publicação de estudo tão oportuno. Sirva esta intervenção como um desafio, um repto, que convoca o legislador e o aplicador do direito portugueses, mas, espera-se, que também estimule os nossos colegas estrangeiros a uma renovada ambição na conceptualização dos princípios aplicáveis aos contratos essenciais à existência da pessoa humana. A adopção da cláusula *rebus sic stantibus* e a imunidade da apreciação da alteração das circunstâncias à imputação legal ou contratual do risco são as propostas fundamentais que deixamos à reflexão dos interessados. Muito obrigado.

---

<sup>296</sup> Ver Henrique Sousa Antunes, *A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos*, cit., págs. 14 e seguintes.



# As funções do Direito da insolvência no âmbito de *life time contracts*

## (Breve reflexão)\*

Catarina Serra\*\*

**SUMÁRIO:** 1. *Life time contracts*. 2. Contrato de crédito e insolvência. 3. O processo de insolvência como via para o exercício de um direito ao cumprimento (e ao não cumprimento) das obrigações? 4. A extinção dos contratos. O instituto da exoneração do passivo restante. 4.1. Nota histórica 4.2. A exoneração do passivo restante como causa extraordinária de extinção das obrigações. 4.3. O princípio do cumprimento dos contratos e as razões que justificam a exoneração do passivo restante. 4.4. Os abusos de exoneração do passivo restante. 4.5. Sugestões de ajustamentos ao regime da exoneração do passivo restante.

### 1. *LIFE TIME CONTRACTS*

Na preparação desta intervenção, além das naturais dificuldades relacionadas com a falta de tempo, deparei-me com as dificuldades do tema central do Colóquio: *life time contracts*.

A primeira coisa que salta à vista é o facto de as palavras *life* e *time* aparecerem separadas.

Seria “contratos vitalícios” (ou contratos para toda a vida) uma tradução adequada da expressão *life time contracts*?

Lendo o sub-título e as palavras introdutórias dos Professores Luca Nogler e Udo Reifner no livro homónimo coordenado por ambos<sup>297</sup>, percebe-

---

\* O texto que se apresenta corresponde à intervenção oral efectuada no Colóquio Internacional “Em torno de *Life Time Contracts*”, realizado no dia 15 de maio de 2015 na Escola de Direito da Universidade do Minho, com a coordenação científica de Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie.

\*\* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>297</sup> LUCA NOGLER / UDO REIFNER (Eds.), *Life Time contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2014.

se que não. “*Life time*” não se refere – ou não se refere exclusivamente – à duração da relação contratual.

Além de os contratos vitalícios serem contrários a um princípio geral do direito (o princípio segundo o qual ninguém pode ficar indefinidamente vinculado a uma obrigação, disposto, em Portugal, no art. 280.º, n.º 1º, do Código Civil)<sup>298</sup>, verifica-se que o que está em causa são contratos em que a vida e o tempo aparecem como dois objectos distintos da relação contratual, ou seja, os contratos que têm em vista a satisfação de necessidades básicas, como um lugar para viver (contrato de locação), o acesso a produtos e serviços (contrato de fornecimento) e o acesso a rendimentos (contrato de trabalho e contrato de crédito)<sup>299 300</sup>.

A noção de tempo não é, porém, completamente indiferente à caracterização destes contratos. No quadro dos sistemas de *civil law*, eles são geralmente reconduzidos à categoria dos contratos de execução continuada (ininterrupta ou periódica). Um dos traços essenciais destes contratos é, portanto, o de que o seu cumprimento integral depende da duração<sup>301</sup>.

## 2. CONTRATO DE CRÉDITO E INSOLVÊNCIA

Na obra dos Professores Luca Nogler e Udo Reifner, o contrato de crédito aparece como fonte de uma relação contratual necessária e complementar, que permite seja disponibilizar rendimentos à medida das

---

<sup>298</sup> No quadro das obrigações duradouras, “[a] faculdade de denúncia resulta, como a doutrina corrente assinala, da não admissibilidade da existência de vinculações negociais eternas ou excessivamente duradouras que são consideradas contrárias à ordem pública, entendimento que se funda no art. 280.º do C.Civ. (...)”. [cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2007 (4.ª ed.), p. 476].

<sup>299</sup> Cfr. LUCA NOGLER / UDO REIFNER, “Introduction: The new dimension of life time in the law of contracts and obligations”, in: LUCA NOGLER / UDO REIFNER (Eds.), *Life Time contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., pp. 1-6.

<sup>300</sup> Na definição dos *Principles of Life Time Contracts, life time contracts* ou, em português, “contratos duradouros essenciais à existência da pessoa” são “as relações sociais que têm por objecto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua auto-realização e para a sua participação na vida social” [cfr. “Principles of Life Time Contracts”, in: LUCA NOGLER / UDO REIFNER (Eds.), *Life Time contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., xvii-xxx (tradução preliminar de Nuno Manuel Pinto Oliveira)].

<sup>301</sup> Cfr. LUCA NOGLER / UDO REIFNER, “Introduction: The new dimension of life time in the law of contracts and obligations”, cit., pp. 2-3.

necessidades (crédito ao consumo, empréstimos garantidos, sistema de pensões e reformas, apoios à educação, contas bancárias, serviços de pagamentos) seja aceder directamente a certos bens ou serviços (habitação, transporte, luz, água, gás) mediante pagamento diferido ou periódico<sup>302 303</sup>.

Adopte-se esta definição e pense-se na impossibilidade de cumprimento que pode afectar o consumidor dos rendimentos ou dos bens e serviços – a impossibilidade de cumprimento do dever de retribuir as vantagens que o acesso àqueles rendimentos e àqueles bens e serviços representam (pagar o correspondente).

Se essa impossibilidade de cumprimento for uma impossibilidade qualificada, existe insolvência.

Torna-se, então, necessário saber o que fazer com os contratos de crédito.

A dar-se-lhes, sem mais, continuidade, existe o risco de que estes contratos, originariamente pensados para durar mas ainda assim limitadamente, se transmutem em obrigações vitalícias, pesando sobre o sujeito “para o resto da vida” (*debt for life*<sup>304</sup>).

A questão será, então, a de como controlar (limitar ou atenuar) estes efeitos.

A função do Direito da insolvência nestes contextos é óbvia. Ele disponibiliza formas para a adaptação da relação contratual à nova situação do devedor, ou seja, para modificar ou fazer cessar os contratos que não podem ser cumpridos pelo devedor nos termos inicialmente acordados<sup>305</sup>.

Tendo em consideração, contudo, que está em causa o confronto dos direitos de crédito com direitos absolutos de tipo pessoal (direitos de personalidade), pergunta-se: serão o Direito da insolvência e as formas por ele disponibilizadas adequados a estes desígnios?

---

<sup>302</sup> Cfr. LUCA NOGLER / UDO REIFNER, “Introduction: The new dimension of life time in the law of contracts and obligations”, cit., p. 6.

<sup>303</sup> O contrato de crédito assume, então, nesta última modalidade, a forma de um *life time contract* implícito, que emerge no quadro de outros *life time contracts*.

<sup>304</sup> Para usar a expressão de PETER COY [“Student Loans: Debt for Life”, *Business Week*, 2012, 18 (disponível em <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2012-09-06/student-loans-debt-for-life>)].

<sup>305</sup> Não houve, infelizmente, tempo para tratar os instrumentos vocacionados para a renegociação dos contratos no caso de situação económica difícil ou insolvência de pessoa singular, nomeadamente, no quadro da lei portuguesa, o plano de pagamentos aos credores e o plano de revitalização.



### 3. O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA COMO VIA PARA O EXERCÍCIO DE UM DIREITO AO CUMPRIMENTO (E AO NÃO CUMPRIMENTO) DAS OBRIGAÇÕES?

É um facto incontestável que o acolhimento do instituto da exoneração do passivo restante por todas as leis da insolvência europeias<sup>306</sup> aumentou significativamente o número de casos em que o processo de insolvência se abre por iniciativa do devedor e, em geral, o número de processos de insolvência<sup>307</sup>.

As razões para isso são evidentes.

Mas a verdade é que já muito antes de existir o atractivo da exoneração o poder de acção judicial do devedor era associado, sobretudo pela doutrina italiana, a um *diritto* – ao *diritto* de cumprir<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> A última lei foi a espanhola que pela Ley 24/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introduziu a figura da “liberación o remisión de las deudas insatisfechas en el concurso de acreedores de persona física”. A disciplina comporta, porém, uma importante diferença face à disciplina prevista no Direito português (e na maioria dos ordenamentos): a exoneração depende de o devedor ter conseguido satisfazer até ao encerramento do processo de insolvência, além dos créditos sobre a massa e dos créditos sobre a insolvência que beneficiem de garantias, pelo menos 25% dos créditos comuns.

<sup>307</sup> Cfr. LUTHER ZEIGLER, “The Fraud Exception to Discharge in Bankruptcy: A Reappraisal”, *Stanford Law Review*, 1986, 38 (3), p. 891.

<sup>308</sup> Como se assinalou há algum tempo, no plano formal ou processual, a apresentação à insolvência suscitou intensa discussão. A hipótese (inicial) de considerar a iniciativa do devedor como exercício de poder executivo, que se apoiava na concepção (reduzida) da falência como uma execução (o devedor era o sujeito passivo do processo e a sentença de declaração de falência equivalia a uma sentença de condenação), foi excluída dada a impossibilidade processual de se requerer uma execução contra si próprio. Surge, então, a tese do poder de acção judicial, defendida, pese embora com fundamentos e desenvolvimentos diversos, por GUSTAVO BONELLI [Commentario al Codice di Commercio, volume VIII (Del fallimento), Parte I, Milano, Vallardi, s.d., p. 154], ANTONIO BRUNETTI (Diritto fallimentare italiano, Roma, SEFI, 1932, p. 121), CARLO D'AVACK, (La natura giuridica del fallimento, Padova, CEDAM, 1940, pp. 178 e s.), RENZO PROVINCIALI (Manuale di diritto fallimentare, I, Milano, Giuffrè, 1962, p. 345), GIORGIO DE SEMO (Diritto fallimentare, Padova, CEDAM, 1961, p. 135), e PIERO PAJARDI [Manuale di diritto fallimentare (a cura di Manuela Bocchiola e Alida Paluchowski), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 84 e s.]. Todos eles associaram, mais ou menos explicitamente, este direito de acção ao direito de cumprir e ao facto de o processo de falência ser o único meio que permite ao devedor insolvente exonerar-se das suas obrigações. Em Portugal, a tese da apresentação do devedor à falência como exercício do poder de acção foi perfilhada por vários autores, como, por exemplo, PEDRO DE SOUSA MACEDO (Manual de direito das falências, volume I, Coimbra, Almedina, 1964, pp. 315 e 316).

Estará, de facto, o poder de acção do devedor associado ao direito de cumprir – e, logicamente, ao (simétrico) direito de não cumprir<sup>309</sup>?

Em defesa da tese da associação do poder de acção do devedor ao direito de cumprir, dizia-se que, tal como nas situações normais o devedor pode paralisar a acção executiva cumprindo a obrigação (exercendo o direito de cumprir), nas situações em que o devedor está insolvente, portanto, impossibilitado de cumprir (de exercer o direito de cumprir), ele tem, em alternativa, o poder de escolher o tipo de execução mais adequada à sua situação patrimonial especial e ao ónus de respeitar a *par conditio creditorum*. O devedor exerceria, em ambos os casos, o seu direito de cumprir, expressamente tutelado na lei através de institutos como a mora do credor.

A admissibilidade desta tese é duvidosa.

E a razão fundamental para isso é, numa palavra, a de que o processo de insolvência não *assegura* o cumprimento.

Na grande maioria dos casos, o processo de insolvência é encerrado permanecendo embora ainda muitas obrigações por cumprir. O devedor mantém-se, pois, vinculado e pode ser executado a qualquer momento por estas obrigações.

Mesmo quando o pedido de declaração de insolvência é acompanhado por um pedido de exoneração do passivo restante, a exoneração do devedor é sempre só um resultado *possível e limitado* do processo de insolvência, ou seja, primeiro, não é garantido que a exoneração seja concedida<sup>310</sup> e, mesmo quando ela é concedida, deixa sempre algumas categorias de obrigações incólumes<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Enquanto direito ou faculdade, o direito de cumprir envolve a possibilidade de deixar de cumprir.

<sup>310</sup> Excepto no caso de pessoas jurídicas, que, em princípio, se extinguem após o encerramento do processo de insolvência, em sistema nenhum o processo de insolvência garante o devedor um meio de exoneração. Assim é também no Direito português [cfr. art. 233.º, n.º 1, als. c) e d), do CIRE].

<sup>311</sup> Da exoneração são ressalvados certos créditos. Desde logo, implicitamente os créditos sobre a massa insolvente (cfr. n.º 1 do art. 245.º do CIRE, *a silentio*). Depois, expressamente os créditos por alimentos, as indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamados nessa qualidade, os créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contra-ordenações e os créditos tributários [cfr. art. 245.º, n.º 2, als. a), b), c) e d), do CIRE].

#### 4. A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS. O INSTITUTO DA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE

##### a. NOTA HISTORICA

Pode pensar-se que a exoneração é uma aquisição recente mas a verdade é que, tanto quanto se sabe, a primeira referência à *discharge* aparece no Direito inglês logo no início século XVIII, mais precisamente, num estatuto de 1705<sup>312</sup>.

Isto significa que a sua emergência tem fundamentos mais antigos do que as ideias recentes sobre o impacto da sociedade de consumo e a necessidade de uma política protectora (paternalista?) dos consumidores<sup>313</sup>.

Há sinais de que o destinatário da *discharge* era, inicialmente, o comerciante que colaborasse no processo de pagamento aos credores e nem tanto o comerciante desafortunado ou infeliz, mas o certo é que a lei acabou por se fixar na imagem do “insolvente vítima das circunstâncias”.

O âmbito dos beneficiários da *discharge* foi ao longo do tempo sendo sucessivamente alargado até que, em 1861, se estendeu em definitivo a todos os sujeitos<sup>314</sup>.

##### b. A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE COMO CAUSA EXTRAORDINÁRIA DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Em rigor, a exoneração do passivo restante qualifica-se como uma causa de extinção das obrigações, extraordinária relativamente ao elenco de causas tipificado geralmente nas lei civil.

No Código Civil português existe um catálogo (ainda que incompleto) dos factos extintivos além do cumprimento, do qual constam a dação em cumprimento, a consignação em depósito, a compensação, a novação, a remissão e a confusão (cfr. arts. 837.º a 874.º do Código Civil).

---

<sup>312</sup> Isto apesar de se ter mantido a pena de prisão para o comerciante falido até 1869 (e a pena de morte, para os casos de falência fraudulenta) [cfr. VANESSA FINCH (*Corporate insolvency law — Perspectives and principles*, Cambridge, 2009 (second edition), p. 11)].

<sup>313</sup> Na realidade, em particular nas áreas do Direito com repercussão económica (Direito comercial, Direito das sociedades, Direito da insolvência) parece existir a premissa de que as pessoas singulares se opõem às pessoas jurídicas e se encontram face a estas em permanente situação de fragilidade.

<sup>314</sup> Cfr. ROBERT A. HILLMAN, “Contract excuse and bankruptcy discharge”, *Stanford Law Review*, 1990/1991, 43, pp. 109-110.

Deste catálogo resulta mais ou menos claro que os casos em que as obrigações se extinguem por uma causa que não seja o cumprimento são poucos e os casos em que as obrigações se extinguem sem nenhuma contrapartida para o credor são raros (em rigor, apenas a remissão entra nessa categoria).

### **c. O PRINCÍPIO DO CUMPRIMENTO DOS CONTRATOS E AS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE**

A convicção geral é a de que a liberação do devedor deve ficar dependente do consentimento do credor (só ele podendo abdicar do direito a exigir a satisfação do seu interesse) e não pode ser judicialmente decidida<sup>315</sup>. Independentemente do que aconteça depois da celebração do contrato e da constituição do devedor na obrigação (das circunstâncias supervenientes que tornem o seu cumprimento mais oneroso), *pacta sunt servanda*. Caso contrário criar-se-ia uma desconfiança generalizada quanto à força vinculativa dos contratos<sup>316</sup>.

O que está na base desta convicção é uma visão de tipo individualista (*individualistic*), típica de quem raciocina no estrito quadro do Direito dos contratos.

A esta visão sobreveio – e foi-se impondo – uma visão de tipo comunitarista (*communitarian*), típica de um alargamento da reflexão ao Direito da insolvência.

Em defesa desta visão, argumenta-se que o “ganho social” (*net social gain*) alcançado com a exoneração do devedor compensa os prejuízos associados à “expropriação” dos credores<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Este é, justamente, o caso da exoneração, em que os credores são destituídos dos seus direitos de crédito independentemente de consentimento. Como se diz no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23 de outubro de 2008 (relatora: ANA PAULA LOBO) (disponível em <http://www.dgsi.pt>), “a oposição dos credores ao deferimento do pedido de exoneração do passivo restante não é fundamento legal para o indeferimento desse pedido”. Esta é a razão pela qual vem sendo sustentado que o acesso à exoneração é um verdadeiro direito potestativo do devedor (cfr., por todos, JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 69-70 e p. 123).

<sup>316</sup> Cfr. ROBERT A. HILLMAN, “Contract excuse and bankruptcy discharge”, *Stanford Law Review*, 1990/1991, 43, p. 99.

<sup>317</sup> Exclui-se, desde já, qualquer possibilidade de associar a exoneração a um “ganho económico”, ou seja, de ver na exoneração um mecanismo adicional para a satisfação dos credores. Não se adere, assim, a tese de LUÍS MENEZES LEITÃO [*Direito da Insolvência*,

A ideia encontra-se enraizada desde há muito tempo no Direito norte-americano e associa-se a uma outra: a de que não faz sentido (é mesmo injusto) exigir o cumprimento em situações de excessivo sacrifício<sup>318</sup>.

Para este entendimento terá sido decisiva, de início, a “ideologia burguesa”, reclamando o reconhecimento dos riscos inerentes à vida económica e da mais-valia que representa a restituição de um comerciante à actividade produtiva.

---

Coimbra, Almedina, 2009 (2.<sup>a</sup> ed.), pp. 307-308], que afirma que a exoneração não representa grande prejuízo para os credores, que passam a ter uma dupla oportunidade de satisfação: durante o processo de insolvência e durante o chamado “período de cessão”, em que o rendimento disponível do devedor é afectado durante cinco anos ao pagamento dos créditos. Na realidade, com a exoneração, cada credor fica novamente sujeito a um rateio, sendo que, ainda por cima, quanto aos credores da insolvência, o que se reparte é tão-só o remanescente do pagamento aos credores da massa insolvente [cfr. art. 241.º, n.º 1, al. d), do CIRE]. Ora, se não houvesse exoneração, não haveria rateio. A satisfação do credor dependeria apenas da sua diligência processual e da data de prescrição do seu crédito, o que não poucas vezes representaria um aumento significativo do prazo para agir executivamente contra o devedor. O período de cessão não é, além do mais, suficientemente longo para que seja frequente o devedor reconstituir-se *in bonis* e pagar, dentro desse período, a todos os que permaneceram seus credores.

<sup>318</sup> Apesar do *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, tornando mais difícil o acesso à *discharge*, subsiste ainda hoje no Direito norte-americano uma tendência para a desresponsabilização do devedor – “*theory of irresponsability*”, como alguns lhe chamam (cfr. BRIAN ROTHSCILD, “The illogic of no limits on bankruptcy”, *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2007, 2, p. 485) –, para a imputação do desastre económico aos riscos normais da vida como o aparecimento de uma doença que obriga a despesas médicas excepcionais, o despedimento súbito ou até o divórcio. A generosidade do regime legal para com o devedor serviria para compensar o baixo nível de assistência pública. Justamente na cerimónia de assinatura do *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* reconhecia o Presidente George W. Bush “[o]ur Bankruptcy laws are an important part of the safety net of America”. Neste contexto, o *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* foi apontado como uma medida de redução da “rede de segurança social” (cfr. ROBERT M. LAWLESS / ELIZABETH WARREN, “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2007, 6, pp. 405 e ss.). Sobre as causas da conformação da mentalidade norte-americana neste sentido cfr. TERESA A. SULLIVAN / ELIZABETH WARREN / JAY LAWRENCE WESTBROOK, “Less Stigma or More Financial Distress: An Empirical Analysis of the Extraordinary Increase in Bankruptcy Filings”, 2006 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=903355> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.903355>) e RAFAEL EFRAT, “Bankruptcy stigma: plausible causes for shifting norms”, *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2006, 2, pp. 481 e s.

Gradualmente, contudo, os comerciantes deram lugar aos consumidores na posição de beneficiários da protecção da lei da insolvência<sup>319 320</sup>.

Alega-se, depois, que quando o devedor está insolvente a perda é repartida entre os credores e não se repercute apenas em um ou alguns deles.

Em teoria, apesar de opostas, as duas abordagens não são inconciliáveis. O Direito dos contratos não pode permanecer à margem dos interesses da comunidade nem tão-pouco o Direito da insolvência pode desconsiderar completamente as legítimas expectativas dos credores (HILLMAN)<sup>321 322</sup>.

Cumprido, contudo, fazer uma pergunta essencial. São os argumentos que suportam esta segunda visão argumentos irrestritamente válidos?

Em primeiro lugar, que ganho social é esse que alegadamente compensa os danos decorrentes do não cumprimento das obrigações?

Diga-se, desde já, que tudo indica tratar-se de uma mera *convicção* de ganho social – a convicção de que é melhor para a sociedade reintegrar o

---

<sup>319</sup> Cfr. ROBERT A. HILLMAN, “Contract excuse and bankruptcy discharge”, *Stanford Law Review*, 1990/1991, 43, pp. 110-112.

<sup>320</sup> Diga-se, de passagem, que a limitação da responsabilidade dos comerciantes há-de ter contribuído para que eles tivessem deixado de estar no centro das atenções.

<sup>321</sup> Cfr. ROBERT A. HILLMAN, “Contract excuse and bankruptcy discharge”, *Stanford Law Review*, 1990/1991, 43, pp. 101-102 e pp. 129-136. Para uma análise da tese (próxima) do Direito da insolvência como legislação social (*social legislation*) cfr. TODD J. ZYWICKI, “Bankruptcy Law as Social Legislation”, *Texas Review of Law and Politics*, 2000-2001, 5, pp. 395 e ss.

<sup>322</sup> Segundo alguns, a função do Direito da insolvência é precisamente a de compensar as limitações do Direito dos contratos [cfr. UDO REIFNER, “Responsible bankruptcy”, in: LUCA NOGLER / UDO REIFNER (Eds.), *Life Time contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., p. 553]. O autor pergunta-se, no entanto, se o Direito da insolvência pode cumprir esta função. Conclui que o Direito da insolvência só perderá a sua carga destrutiva e poderá contribuir eficazmente para o desenvolvimento económico geral quando o Direito privado e o Direito público se aproximarem e o Direito da insolvência se fundir com o Direito do crédito (a liquidação e a recuperação devem ser princípios separados e este último deve ser integrado no Direito do crédito) e for definido por um novo entendimento de relações creditícias responsáveis e de longo-prazo (ob. cit., p. 555 e pp. 570-571).

devedor na sua posição produtiva do que deixá-lo acorrentado a dívidas que ele não tem a possibilidade de pagar<sup>323</sup>.

O argumento do “ganho social” padece, depois, de um problema quanto aos pressupostos. Pressupondo a irrelevância dos credores, o argumento deverá ser, pelo menos, restringido: é melhor para a sociedade se dela se excluírem os credores, nomeadamente as instituições de crédito, que fazem da concessão de crédito profissão.

Concede-se, no entanto, que as vantagens da exoneração do passivo não se esgotam no *favor debitoris*. Há outras vantagens, de alcance mais geral. Entre elas incluem-se, por exemplo, na possibilidade de a exoneração funcionar como um estímulo à diligência processual do devedor<sup>324</sup> e um mecanismo para a uniformização dos efeitos do encerramento do processo de insolvência<sup>325</sup>.

Mais importante do que isto é o facto de a exoneração (ou a possibilidade de recurso a ela) ter um impacto positivo na economia. Ela provoca uma contracção no crédito e por causa dela reduzem-se os casos de insolvência. Quanto mais restrito é o acesso ao crédito (por ser mais “exigente” quem o concede e por isso ser mais “responsável” quem o pede) menos serão os riscos de insolvência (MICHELOTTI)<sup>326</sup>.

Quanto ao segundo argumento, ele tão-pouco é isento de reservas.

É verdade que no processo de insolvência há uma preocupação essencial de justiça distributiva. A aplicação do princípio *par conditio creditorum* visa precisamente assegurar a justa distribuição do sacrifício, isto é, que se constitui entre os credores uma “comunhão nas perdas”

---

<sup>323</sup> Cfr. ROBERT A. HILLMAN, “Contract excuse and bankruptcy discharge”, *Stanford Law Review*, 1990/1991, 43, p. 100.

<sup>324</sup> Cfr. ALESSANDRO NIGRO, “‘Privatizzazione’ delle procedure concorsuali sie ruolo delle banche”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2006, p. 365, e VALERIO SANGIOVANNI, “La domanda di apertura del procedimento d'insolvenza nel diritto tedesco”, *Il Fallimento*, 2006, 5, p. 504.

<sup>325</sup> Está agora mais diluída, por exemplo, a substancial diferença entre a insolvência de uma sociedade comercial (de qualquer pessoa jurídica) e a insolvência de um comerciante (de qualquer pessoa humana). Se com a sujeição ao processo de insolvência se extingua (se extingue) a sociedade e, consequentemente, se tornava (se torna) inviável a satisfação dos créditos remanescentes, agora é possível suceder coisa idêntica – através da exoneração – no caso do comerciante em nome individual [cfr. FRANCO MICHELOTTI, “L’esdebitazione ex artt. 142, 143, 144 L. Fall.”, p. 3 (disponível em <http://www.dottcomm.ro.it>)].

<sup>326</sup> Cfr. FRANCO MICHELOTTI, “L’esdebitazione ex artt. 142, 143, 144 L. Fall.”, p. 8 (disponível em <http://www.dottcomm.ro.it>).

(*Verlustgemeinschaft*)<sup>327</sup> ou uma “comunhão no risco” (*Risikogemeinschaft*)<sup>328</sup>.

É verdade também, por outro lado, que o princípio *par conditio creditorum* deve ser entendido em sentido material: se o justo é o igual e o injusto o desigual, quando as pessoas não são iguais não devem receber partes iguais (ARISTÓTELES<sup>329</sup>).

Atentando, todavia, na disciplina da exoneração, e em particular nos seus efeitos, percebe-se que há créditos que não são atingidos ou que são ressaltados do efeito exoneratório (na lei portuguesa, por exemplo, os créditos tributários). Em relação a eles existe, de facto, o risco de eles se transmutarem em “contratos vitalícios”, pesando, como se disse, sobre o sujeito “para o resto da vida”.

É duvidoso que esta solução possa ser imputada à (ou justificada com base na) dimensão material do princípio da igualdade e, nessa medida, considerada compatível com a ideia acima referida de justa distribuição das perdas<sup>330</sup>. Ela é até susceptível de comprometer, na prática, a utilidade da exoneração, uma vez que reduz consideravelmente o alcance da exoneração

---

<sup>327</sup> Cfr. OTHMAR JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 1996, p. 172. Diz o A. que o ponto de saída do direito da falência é a ruína económica do devedor; a ordem jurídica reage determinando que todos os credores, quando não possam obter plena satisfação, devem ser satisfeitos de forma paritária, enfim, concebe uma espécie de comunhão de destino e de perdas (*Schicksals- und Verlustgemeinschaft*): nenhum credor, por se antecipar, tem direito a receber mais do que os outros.

<sup>328</sup> Cfr. HANS HEILMANN / STEFAN SMID, *Grundzüge des Insolvenzrechts. Eine Einführung in die Grundfragen des Insolvenzrechts und die Probleme seiner Reform*, München, Verlag C.H. Beck, 1994, p. 16.

<sup>329</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Moral, a Nicómaco* (traducción del griego por Patricio Azcárate, introducción de Luis Castro Nogueira), Madrid, Espasa Calpe, 1993, pp. 209-210.

<sup>330</sup> Se a subtracção ao efeito exoneratório dos créditos por alimentos, das indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamados nessa qualidade, e dos créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contra-ordenações – que nem sempre existem e, quando existem, são pouco significativos na totalidade dos créditos – ainda se pode considerar justificada, não obstante em grau variável, com base nos interesses que estão na base da sua constituição (presumivelmente o carácter alimentar das obrigações de alimentos, a especial censurabilidade das condutas geradoras de obrigações de indemnização e a especial natureza dos interesses em jogo nos casos de sanções pecuniárias por violação do Direito Penal ou do Direito de mera ordenação social), já a dos créditos tributários (que são, além do mais, muito frequentes e têm, na prática, uma grande extensão) pode discutir-se se não será uma generosidade excessiva da lei para com o Estado e conduzirá a uma discriminação injustificada no universo dos credores.



como instrumento de extinção da generalidade das dívidas do devedor (MENEZES LEITÃO)<sup>331</sup>.

#### d. OS ABUSOS DE EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE

Na generalidade dos ordenamentos europeus, a exoneração está ainda circunscrita ao devedor que a mereça – ao “devedor honesto e desafortunado”<sup>332</sup>, pressupondo a inexistência de causas de censurabilidade da conduta do devedor anterior e posteriormente à declaração de insolvência<sup>333</sup>  
334

O período de cessão aparece, de facto, uma espécie de “período experimental”<sup>335</sup> e a exoneração como uma espécie de “liberdade condicional por bom comportamento”<sup>336</sup>. Diz-se, aliás, por isso, que não é rigorosamente

---

<sup>331</sup> Cfr. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Coimbra: Almedina, 2009 (5.<sup>a</sup> ed.), p. 246.

<sup>332</sup> A categoria tem origem na expressão francesa “*débiteur malheureux et de bonne foi*”, usada na codificação napoleónica para qualificar o devedor (não comerciante) admitido à cessão de bens prevista no *Code Civil* (cfr. ALAIN BÉNABENT, “La question de la bonne foi dans les procédures collectives”, *Gazette du Palais*, 2003, n.ºs 57-58 p. 37). Também foi amplamente acolhida nos países anglo-saxónicos sob a fórmula “*honest but unfortunate debtor*” (cfr., por exemplo, BRIAN ROTHCHILD, “The illogic of no limits on bankruptcy”, *Emory Bankruptcy Developments Journal*, 2007, 2, pp. 483 e 502).

<sup>333</sup> Neste ponto divergem, como se sabe, originariamente os ordenamentos europeus e o norte-americano. Para a história da *discharge* no Direito norte-americano cfr. CHARLES JORDAN TABB, “The historical evolution of the bankruptcy discharge”, *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, 65, pp. 325 e ss., e TERESA A. SULLIVAN / ELIZABETH WARREN / JAY LAWRENCE WESTBROOK, “Limiting access to bankruptcy discharge: an analysis of the creditors’ data”, *Wisconsin Law Review*, 1983, pp. 1098-1101. Para um confronto entre os dois sistemas cfr. JACOB ZIEGEL, “Facts on the Ground and Reconciliation of Divergent Consumer Insolvency Philosophies”, *Theoretical Enquiries on Law*, 2006, 7(2), pp. 299 e ss.

<sup>334</sup> Ilustram-no bem, na lei portuguesa, as normas das als. *b)*, *d)* e *f)* e *g)* do n.º 1 do art. 238.º, das als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 243.º, do n.º 2 do art. 244.º e do n.º 1 do art. 246.º do CIRE. A maioria refere-se expressa ou implicitamente (por remissão) à *culpa grave* e / ou ao *dolo* do devedor na prática de certos actos; uma erige em causa de indeferimento liminar a condenação do devedor num dos crimes previstos e punidos nos arts. 227.º a 229.º do Código Penal.

<sup>335</sup> Usa-se esta expressão no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de novembro de 2008 (Relator: TELES DE MENEZES) (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

<sup>336</sup> Não se pode esquecer que o despacho de exoneração pode ser revogado, designadamente a pedido de qualquer credor, até ao termo do ano subsequente ao seu trânsito em julgado (cfr. art. 246.º, n.º 2, 2.<sup>a</sup> parte, do CIRE). A revogação importa a reconstituição de todos os créditos extintos (cfr. art. 246.º, n.º 4, do CIRE).

possível falar de “*fresh start*”, sendo mais apropriado falar de “*earned start*”<sup>337</sup>.

É, portanto, desejável que não ocorram comportamentos abusivos. Mas o sistema não é ainda perfeito.

Pode acontecer que um sujeito se apresente à insolvência com o exclusivo propósito de obter a exoneração do passivo restante e, para que o pedido de declaração de insolvência proceda, colocar-se intencionalmente numa situação de insolvência ou até de aparência de insolvência (transmitindo a pessoas próximas, através de actos fraudulentos, todos os seus bens). O processo de insolvência será aberto mas imediatamente declarado findo por insuficiência de bens. Poderá / deverá o processo de insolvência prosseguir nestes casos para a avaliação dos pressupostos do pedido de exoneração?

É comum admitir-se que o processo prossiga para avaliação da oportunidade do pedido de exoneração<sup>338 339</sup>. Nem sempre será uma boa decisão.

A continuação do processo nestes termos não é compatível com o uso dos instrumentos preordenados a reagir contra os actos prejudiciais à massa

---

<sup>337</sup> Cfr. UDO REIFNER / JOHANNA NIEMI-KIESILÄINEN / NIK HULS / HELGA SPRINGENEER, *Overindebtedness in European Consumer Law: Principles from 15 European States*, Nordesstedt, Books on Demand, 2010, p. 166.

<sup>338</sup> Cfr., por exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 5 de novembro de 2007 (Relator: PINTO FERREIRA) e de 12 de maio de 2009 (Relator: HENRIQUE ARAÚJO) (disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). É, de facto, como se diz no primeiro Acórdão, uma decisão *possível* – o texto do n.º 8 do art. 39.º do CIRE reforça este entendimento.

<sup>339</sup> No quadro da insuficiência do património do devedor há que distinguir duas hipóteses. A hipótese regulada no art. 39.º do CIRE diz respeito à situação em que o juiz, antes de declarar a insolvência, se apercebe de factos que lhe permitem presumir que o património do devedor é insuficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente. Quando assim é, a declaração de insolvência é uma declaração limitada [aos elementos constantes das alíneas *a*) a *d*) e *h*) do art. 36.º do CIRE], pois o fim do processo está iminente [cfr. art. 39.º, n.º 7, al. *b*), do CIRE], mas aquele facto (a insuficiência da massa) não pode deixar de ser mencionado na sentença (cfr. art. 39.º, n.º 1, do CIRE). Distinta desta é a hipótese regulada no art. 232.º, n.º 1, do CIRE, em que o juiz, de nada se tendo apercebido no momento da declaração de insolvência, vem a ser alertado pelo administrador da insolvência de que a massa insolvente é insuficiente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas da massa. Uma vez ouvidos o devedor, a assembleia de credores e os credores da massa insolvente, o juiz declara o encerramento do processo (cfr. art. 232.º, n.º 2, do CIRE). O art. 230.º, n.º 1, al. *d*), do CIRE é claro sobre o momento em que a hipótese tem lugar, incluindo-a nos casos em que o processo prossegue “após a declaração de insolvência”.

insolvente e a recuperar os bens indevidamente subtraídos ao património do devedor (a resolução e a impugnação pauliana)<sup>340</sup>.

Uma vez admitido o pedido de exoneração, bastará ao devedor encontrar um posto de trabalho não excessivamente bem remunerado e permanecer “na sombra”, adoptando um modo de vida modesto durante os cinco anos que dura o período de cessão. Findo este período, ele estará pronto para reaver os bens “postos a salvo” nos patrimónios alheios e “embarcar em novas aventuras”.

Acresce que, existindo embora, em todas as leis, um limite temporal entre exonerações, ou seja, um “período de quarentena”<sup>341</sup>, não existe um limite máximo de exonerações. Nada impede, portanto, que o sujeito beneficie de mais do que uma exoneração, podendo, em última análise, passar parte da vida a contrair dívidas e outra a desembaraçar-se delas.

O perigo de ocorrência destes casos é percebido por FINNIS. Tomando o regime da insolvência como exemplo da justiça diz o autor:

*“(...) the law of bankruptcy can itself be made the instrument of injustice, above all by the bankrupt himself. For it is certainly possible, and in some places not uncommon, that someone who could pay his just debts if he were so minded may choose instead to have them cancelled by bankruptcy, submitting himself to temporary inconvenience for the sake of a future freedom from financial difficulty”*<sup>342</sup>.

#### **e. SUGESTÕES DE AJUSTAMENTOS AO REGIME DA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE**

Em síntese, embora se reconheça a sua “bondade intrínseca” (as razões “humanitárias” subjacentes), talvez não fosse desadequado reequacionar a disciplina da exoneração do passivo restante.

Uma possível alteração seria quanto à duração do período de cessão. Este período deveria ter a duração adequada a possibilitar ao devedor, em cada

---

<sup>340</sup> Não obstante os mecanismos de controlo da conduta do devedor compreendidos nos (mencionados) arts. 238.º, 243.º, 244.º e 246.º do CIRE. Sobrevaloriza-os em certa medida JOSÉ GONÇALVES FERREIRA (*A exoneração do passivo restante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 155).

<sup>341</sup> Na lei portuguesa, o período de quarentena é de dez anos (cfr. al. c) do n.º 1 do art. 238.º do CIRE), sendo o pedido de exoneração liminarmente indeferido quando o devedor tiver beneficiado da exoneração nos dez anos anteriores à data do início do processo de insolvência.

<sup>342</sup> Cfr. JONH FINNIS, *Natural Law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 191.

caso, tentar “liquidar” o essencial do seu passivo restante e “limpar” o seu nome. A exoneração produzir-se-ia, então, na medida em que houvesse, pelo menos, um esforço “bem-intencionado” por parte do devedor, isto é, orientado para cumprir e tendo em vista recuperar o seu bom nome.

A hipótese contrária, aparentemente, a Recomendação da Comissão de 12 de março de 2014, segundo a qual a exoneração dos empresários insolventes deve ter lugar no fim de um período não superior a três anos (cfr. recomendação 30)<sup>343</sup>.

Mas, em primeiro lugar, a duração deste período ainda varia muito de ordenamento para ordenamento e em alguns casos é superior ao recomendado<sup>344</sup>.

Em segundo lugar, a solução proposta não implicaria um prolongamento generalizado do período de cessão mas apenas a possibilidade do seu ajustamento, em concreto, às perspectivas de uma situação financeira compatível com o pagamento aos credores, podendo até ser eliminado (e a exoneração ser imediata) nos casos em que se tivesse alcançado no processo de insolvência um pagamento significativo (qualificado) das dívidas.

Uma segunda alteração seria a determinação expressa de que as obrigações, em vez de se extinguirem, se converteriam em obrigações naturais. As obrigações sobreviveriam, podendo o devedor, se assim quisesse, cumpri-las a qualquer momento (e o credor reter a coisa prestada).

Esta é uma alteração mais consensual, uma vez que, mesmo na inexistência de norma expressa, alguns já entendem que é isso que se passa<sup>345</sup>.

Em ambos os casos tratar-se-ia de funcionalizar o processo de insolvência à realização, não de um direito ao cumprimento – que, já se disse, não se acredita que exista –, mas de direitos de outra natureza, relacionados com o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e tendentes

---

<sup>343</sup> Recomendação C(2014) 1500 final, sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas [disponível (em português) em [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_pt.pdf) e (em inglês) em [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c\\_2014\\_1500\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_en.pdf)]. Sublinhe-se, contudo, a circunscrição da Recomendação aos empresários, ou seja, às pessoas singulares titulares de empresa.

<sup>344</sup> Em Portugal dura actualmente cinco anos. Na Alemanha começou por durar sete anos mas fixou-se posteriormente em seis, podendo excepcionalmente (nos casos em que determinada percentagem dos créditos tenha sido satisfeita) durar apenas três. Em Inglaterra dura geralmente doze meses.

<sup>345</sup> Assim, em Portugal, em face do art. 245.º, n.º 1, do CIRE, JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A exoneração do passivo restante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 119-127.

a garantir um *mínimo de participação na vida económica (mínimo de existência) (securing livelihood)* e um *mínimo de participação na vida social [(preventing) exclusion]*<sup>346 347</sup>.

Tratar-se-ia de garantir, por outro lado, que os institutos são usados para as suas finalidades próprias ou, por outras palavras: de reforçar a ligação devida entre o uso dos direitos e as “boas intenções” dos sujeitos.

Por fim, seria compreensível que a “desresponsabilização” dos empresários operasse em termos diferentes das pessoas singulares não titulares de empresa. Apesar da “democratização” do acesso ao crédito, o primeiro está, teoricamente (ainda) exposto a maiores riscos do que o segundo e, por outro

---

<sup>346</sup> Cfr. “Principles of Life Time Contracts”, in: LUCA NOGLER / UDO REIFNER (Eds.), *Life Time contracts – Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., xvii-xxx (tradução preliminar de Nuno Manuel Pinto Oliveira)].

<sup>347</sup> Propondo um enquadramento da exoneração nos direitos humanos CHRYSTIN ONDERSMA [“A human rights framework for debt relief” (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2390788>)] sustenta que o tratamento da insolvência das pessoas singulares deverá ter em conta os seguintes direitos: nível de vida adequado (*adequate standard of living*), direito à saúde (*right to healthcare*), direito ao trabalho e a uma remuneração justa (*right to work and “favorable” remuneration*), proibição da prisão por dívidas (*prohibition on incarceration for failure to pay debt*), proibição de escravatura por dívidas (*prohibition to debt peonage*), discriminação (*discrimination*), confidencialidade (*privacy*) e dignidade humana (*human dignity*).

lado, é-lhe exigível uma maior responsabilidade<sup>348</sup> <sup>349</sup>. É compreensível, portanto, que o empresário honesto seja qualificado como tal por aplicação de critérios distintos daqueles por que se afere a honestidade ou o mérito de outros devedores<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Em princípio, o exercício do comércio pressupõe uma preparação especial e cuidados particulares. Por força da função económica e social que desempenham, os comerciantes devem actuar com maior responsabilidade, não sendo livres de perseguir o seu interesse pessoal ou de agir conforme lhes parece e tendo de avaliar (e saber avaliar) a situação da sua empresa e conduzir-se de forma a evitar a produção de danos para os interesses particulares e geral. Acresce que no caso de insolvência – risco muito comum na actividade comercial (“*mercatores sunt semper in proximo periculo decoquendi*”) – se produzem, em regra, perturbações mais graves do que quando se trata de sujeitos comuns: se um credor não recebe com pontualidade não pode, por sua vez, pagar pontualmente aos seus credores; a crise de um repercute-se nos outros e pode muito bem espoletar uma crise colectiva ou geral. É essencialmente isso que o legislador se propõe evitar, por exemplo, quando constitui o devedor titular de empresa na obrigação de reagir em prazo útil à sua crise individual (cfr. art. 18.º, n.º 1, do CIRE). No que respeita aos particulares, o seu recurso ao crédito tem vindo a crescer mas a verdade é que, por maior que ele seja, a situação dos particulares e a dos comerciantes nunca se identificarão: sempre serão diversas a motivação para o recurso ao crédito e a função que o crédito desempenha; no crédito ao consumo existem particularidades que são completamente estranhas ao crédito comercial, como, por exemplo, as ofertas de crédito (*solicitations to take credit*); enfim, são distintos os grupos de interesses económicos envolvidos e mercedores de tutela numa e noutra situação.

<sup>349</sup> Por algum motivo a insolvência (a falência) foi durante tanto tempo um regime (quase) exclusivo dos comerciantes. Havendo embora também um regime concursal para os particulares, os regimes divergiam ao nível dos efeitos e também dos pressupostos. No giro comercial, “a insuficiência do activo em face do passivo não constitui, de per si, uma perturbação do mecanismo económico. Há a somar ao activo o crédito pessoal, tantas vezes de um valor igual ou superior ao activo patrimonial, consequência, como é, do saber, do trabalho e da honestidade do indivíduo” [cfr. ponto 4 do Relatório do Diploma Preambular do Código de Falências de 1935 (DL n.º 25 981, de 26 de outubro de 1935)].

<sup>350</sup> Não exige, contudo, que o comerciante honesto seja o (e preencha os respectivos requisitos do) *ehrlicher Kaufmann* de que falava Kant. Segundo Kant, o comerciante devia agir com honestidade por convicção e não para daí retirar vantagens: se o comerciante não engana os seus clientes porque receia perdê-los, a sua conduta não tem valor moral, pois resulta de um desejo ou inclinação egoísta; se, em vez disso, o comerciante procede assim apenas porque julga ter o *dever* de ser honesto, então a sua conduta tem valor moral. Cfr. Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, 1785, disponível em <http://virt052.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/385.html>.



# A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e os contratos de longa duração

*Benedita Mac Crorie* \*

1. Para esta comunicação partimos de um caso concreto, que não é um caso muito recente (a decisão data de 1993), mas que, apesar disso, é um caso que coloca questões de uma grande actualidade e que é muito relevante para a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tema que nos propomos tratar e que por isso será o ponto de partida para toda a reflexão que faremos.

O caso é o chamado caso das fianças, ou o *Bürgschaftsurteil*<sup>351</sup>, e é uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Neste caso, um banco concedeu a um comerciante um empréstimo de 100.000 DM (marcos alemães), na condição de que a filha deste último fosse a fiadora. Quatro anos mais tarde e perante a incapacidade do pai em pagar o empréstimo, o banco veio pedir-lhe este montante acrescido de 60.000 DM (marcos alemães) de juros.

Na altura em que o caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, a fiadora era mãe solteira e não tinha rendimentos. Nas diferentes instâncias a sua pretensão de se escusar a pagar essa quantia foi obtendo respostas diferentes. O Tribunal Regional (*Landesgericht*) considerou que o contrato era válido e que, conseqüentemente, a quantia teria de ser paga; por seu lado, o Tribunal de Recurso (*Oberlandesgericht*) considerou que o funcionário do banco tinha violado o seu dever de informação, uma vez que antes da assinatura se tinha limitado a pedir-lhe para assinar, dizendo-lhe apenas que necessitava da assinatura para os ficheiros. Esta decisão foi revogada pelo Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*), que não considerou que houvesse tal dever, entendendo que qualquer pessoa maior de idade sabe que assinar um contrato de fiança envolve um risco. O pai era solvente na altura em que o contrato foi assinado, pelo que a informação prestada pelo banco foi considerada suficiente.

A filha recorreu então desta decisão para o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), invocando que o Tribunal

---

\* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>351</sup> BVerfGE 89, 214 ss, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html> (28/01/2016).



Federal de Justiça, através da sua decisão, violou o seu direito à dignidade (art. 1º da Constituição Federal) e a sua autonomia privada (que derivaria do parágrafo 1, do art. 2.º, da Constituição Federal, conjugada com o princípio do Estado Social (parágrafo 1, do art. 20.º e parágrafo 1 do art. 28.º da Constituição Federal).

A sua queixa constitucional foi bem sucedida. Na sua fundamentação, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que, em circunstâncias normais, os contratos devem ser assumidos pelos Tribunais como uma expressão por ambas as partes do seu direito fundamental à autonomia privada. No entanto, entendeu também que nos casos em que o desequilíbrio estrutural de poderes negociais leva à celebração de um contrato excessivamente oneroso para a parte mais frágil, os tribunais cíveis têm a obrigação de intervir de modo a garantir a posição da parte mais fraca. No caso em análise, o desequilíbrio negocial existiu porque o banco não informou devidamente a filha dos riscos de ser fiadora, ainda que o risco fosse bastante elevado, atendendo ao seu rendimento.

Entendeu o Tribunal que esta obrigação dos tribunais deriva do seu dever de garantir um direito constitucionalmente protegido à autonomia privada conjugado com o princípio do Estado social. Desta argumentação resulta que ambas as partes – a forte e a fraca – gozam de um direito constitucional à autonomia privada. O caso foi configurado como se tratando de um conflito de direitos fundamentais. Consequentemente, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que o Tribunal Federal de Justiça violou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da requerente (do qual entende que deriva o direito à autonomia privada) na decisão que tomou<sup>352</sup>.

2. Este caso é um dos exemplos mais conhecidos a propósito dos efeitos dos direitos fundamentais no direito privado e nesta decisão há dois

---

<sup>352</sup> OLHA CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, disponível em <http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/20945/full.pdf?sequence=6>, pp. 208 ss; OLHA CHEREDNYCHENKO, “The constitutionalization of contract law: Something New under the Sun?”, in *EJCL*, Vol. 8.1, 2004, pp. 4 – 5; CLAUS DIETER CLASSEN, “Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, in *AöR* 122, 1997, p. 77, CLAUS-WILHELM CANARIS, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, pp. 228 – 229 e IDEM, “Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts”, in *JuS*, Heft 3, 1989, p. 168.

aspectos essenciais que relevam para o tema que está hoje a ser discutido neste colóquio.

Por um lado, o facto de o Tribunal assumir que derivam das normas de direitos fundamentais deveres de protecção do Estado, seja do Estado legislador, seja do Estado juiz, que implicam que este tenha de garantir que os direitos fundamentais dos particulares não são violados por outros particulares, neste caso o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, num primeiro momento vou aprofundar um pouco mais a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de modo a procurar perceber como é que essa vinculação pode eventualmente vir a ter um “efeito corrector” do conteúdo de determinados contratos.

Por outro lado, e intimamente ligada com a questão anterior, o facto de o juiz constitucional ter considerado que este contrato não deveria ser feito valer, invocando para isso o direito à autonomia privada da própria pessoa que se vinculou, parece que poderá consubstanciar-se numa defesa da pessoa contra si mesma, libertando-a de um vínculo jurídico que, pelo menos pretensamente, voluntariamente assumiu. Perante isto, será relevante discutir a questão de saber se é legítimo, em Estado de Direito democrático, que o Estado assuma uma posição paternalista, de defesa da pessoa contra si própria, ou pelo menos, em que situações é que poderá ser de admitir essa defesa.

Ora sendo os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, como é por exemplo o caso dos contratos de crédito a que nos estamos a referir, parece que ainda se colocará neste domínio com maior premência a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Alguns dos princípios aplicáveis aos contratos duradouros parecem precisamente traduzir a influência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. É o caso do reconhecimento da dimensão humana envolvida nestes contratos, o reconhecimento de dimensões colectivas e éticas, o salientar de um dever de informação e transparência, a preocupação com o respeito pelo princípio da igualdade, a garantia de um mínimo de existência, a chamada de atenção para o risco de exclusão da vida social e a própria remissão para as regras e princípios de direito público.

De facto, o acesso a serviços financeiros tornou-se crucial para a possibilidade de os consumidores poderem participar não apenas no mercado, mas também na própria vida social<sup>353</sup> pelo que a questão da

---

<sup>353</sup> OLHA CHEREDNYCHENKO, “Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services”, 09.09.2013, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2475762> (12.01.2016), p. 186.

constitucionalização do direito privado parece ser particularmente relevante nestas áreas.

3. Vamos então começar por tratar a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e vamos fazê-lo tendo em consideração o ordenamento jurídico português. Apesar de a nossa Constituição referir expressamente a vinculação das entidades privadas no n.º 1 do artigo 18.º, tem-se entendido que esta norma não é inteiramente conclusiva.

Quanto a esta problemática as teorias tradicionalmente defendidas são as teorias monistas, as dualistas e a teoria dos deveres de protecção. Em termos sucintos<sup>354</sup>, as teorias monistas defendem que os direitos fundamentais são directamente aplicáveis nas relações jurídicas privadas, ou seja, não carecem da mediação de disposições de direito privado para que possam ser opostas a particulares. Esta doutrina foi formulada, pela primeira vez, por Nipperdey, na altura presidente do Bundesarbeitsgericht (BAG). De facto, a génese e o desenvolvimento mais fecundo da teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais teve como cenário o campo das relações laborais, o que bem se compreende, atendendo ao desequilíbrio de forças que caracteriza esse tipo de relações<sup>355</sup>.

Já as teorias da eficácia mediata desenvolveram-se a partir da formulação de Dürig e defendem que a influência dos direitos fundamentais é apenas indirecta e deverá levar-se a cabo, principalmente, através da densificação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado<sup>356</sup>.

Para a teoria dos deveres de protecção os direitos fundamentais vinculam apenas os entes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitar e concretizar, têm ainda a responsabilidade de os proteger contra quaisquer ameaças, ainda que essas ameaças resultem da actividade de outros particulares. Parte-se aqui da distinção entre direitos fundamentais enquanto

---

<sup>354</sup> Mais desenvolvidamente ver BENEDITA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005; IDEM, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina Coimbra, 2013.

<sup>355</sup> JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., pp. 302 – 305.

<sup>356</sup> GÜNTER DÜRIG, “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, in THEODOR MAUNZ (org.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Isar Verlag, München, 1956, pp. 176 – 177; IDEM, “Art. 1”, in THEODOR MAUNZ – GÜNTER DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 1997, pp. 66 - 68; também ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 511 – 512.

direitos de defesa em relação ao Estado e direitos fundamentais enquanto deveres de protecção<sup>357</sup>. Canaris é um dos principais defensores desta teoria na sua aplicação às relações jurídicas privadas. Segundo ele, o destinatário deste dever de protecção nas relações entre particulares é o legislador de Direito Civil e, particularmente, o julgador do Direito Civil<sup>358</sup>.

No caso que estivemos a analisar a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão seguiu precisamente esta perspectiva de Canaris quanto à problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, partindo de uma ideia de deveres de protecção do Estado. Não é esta a perspectiva que seguimos quanto à problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que entendemos que do art. 18.º da CRP decorre uma “vinculação directa *prima facie*”, na linha do que tem vindo a ser defendido por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>359</sup>, dos particulares aos direitos fundamentais.

Mas independentemente da posição adoptada, hoje a existência de uma vinculação dos particulares, seja qual for a sua forma e o seu alcance, é inquestionável. E apesar das divergências entre as teorias referidas, na prática estas conduzem muitas vezes ao mesmo resultado<sup>360</sup>, ainda que possa haver alguma diferença no que se refere ao alcance do papel do juiz na ausência de lei ordinária. Neste último caso, enquanto a teoria da eficácia imediata aplicará o direito fundamental constitucionalmente consagrado em quaisquer

---

<sup>357</sup> JOÃO JOSÉ NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, pp. 96 e 97; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 248.

<sup>358</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 39 – 43.

<sup>359</sup> INGO WOLFGANG SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *A Constituição concretizada*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 157. Considerando também que nas relações entre particulares, a vinculação dos particulares sem deixar de ser directa é, neste âmbito e dimensão, menos absoluta, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 137.

<sup>360</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 246; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 303.

circunstâncias, a teoria dos deveres de protecção apenas o fará quando esteja em causa um défice de protecção (Untermassverbot)<sup>361</sup>.

Para a reflexão de hoje não é muito relevante a posição que se adopte, seja a teoria dos deveres de protecção ou da vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais, na medida em que a ideia central a reter é a de que os direitos fundamentais podem assumir um papel no controlo que se faz aos contratos celebrados entre particulares e, particularmente, nos contratos de longa duração.

Ainda assim, em defesa da vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais, apenas dizer que esta não implica “negar ou subestimar o efeito de irradiação desses direitos através da lei”. É, de facto, o legislador quem, em primeira linha, deve resolver as situações de conflito de direitos fundamentais que possam surgir<sup>362</sup>. É muito diferente “afirmar que as normas de direitos fundamentais têm eficácia normativa no âmbito das relações entre particulares, sendo os cidadãos titulares de tais direitos reconhecidos na Constituição também nas suas relações jurídico-privadas”, ou considerar “que a Constituição é, por si só, o instrumento adequado e auto-suficiente para regular a vigência dos direitos fundamentais no seio de tais relações”<sup>363</sup>.

Esta perspectiva também não infirma a existência de um dever de protecção do Estado, que o vincula a proteger os particulares de ofensas ou ameaças aos seus direitos fundamentais cometidas por terceiros, uma vez que este dever não é incompatível ou contraditório com a ideia de vinculação imediata. O que nos parece é que, para além disso, poderá ainda existir uma vinculação imediata dos particulares a estes direitos<sup>364</sup>. Trata-se de “uma inequívoca zona de confluência entre a vinculação do poder público (...) e a vinculação - directa - dos particulares”<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, in JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 74 e 75.

<sup>362</sup> JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, cit., p. 317.

<sup>363</sup> RAFAEL SARAZÁ JIMENEZ, *Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2008, disponível in dialnet.unirioja.es, p. 691.

<sup>364</sup> DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 287.

<sup>365</sup> INGO WOLFGANG SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 147. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO – VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 387, entendem que “não é a

Por outro lado, o facto de se admitir uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não significa que estes não devam poder dispor das posições jurídicas subjectivas protegidas pelas normas de direitos fundamentais. Admitir-se a vinculação directa tem como consequência apenas que se terá de analisar a relação jurídico-privada através dos direitos fundamentais.

Assim, a autonomia privada deve ser, de facto, interpretada no sentido de se permitir que as pessoas se vinculem nos termos em que, em consciência, pretendam fazê-lo. Mas tendo em conta a importância dos contratos de longa duração para a própria existência da pessoa pensamos que é fundamental que haja uma preocupação acrescida quanto à influência que os direitos fundamentais devem ter nesta matéria, particularmente para garantir que as pessoas fazem as suas opções efectivamente em condições de plena liberdade e que mantêm a liberdade depois de terem feito essas mesmas opções.

Vimos que no caso que analisámos o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que a sede da protecção constitucional da autonomia privada reside no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Entre nós não há consenso quanto à norma ou normas constitucionais das quais deriva a garantia da autonomia individual (poderá eventualmente ser de distinguir entre liberdade geral de acção e liberdade contratual, considerando que a liberdade contratual não decorre, directamente, de um direito ao desenvolvimento da personalidade, ainda que possa estar implícita em diversas disposições constitucionais, como é o caso da garantia do direito de propriedade privada, a garantia da existência de um sector privado dos meios de produção e da iniciativa económica privada, a liberdade de exercício de profissão e a liberdade de constituir família)<sup>366</sup>. Independentemente disso, a autonomia privada é protegida a nível constitucional e a partir do momento em que

---

mesma coisa falar-se em *vinculação imediata de entidades privadas* (...) ou em dever de protecção (...) dos direitos, liberdades e garantias dos privados contra privados através do Estado”.

<sup>366</sup> Quanto à questão de saber de que forma a autonomia privada é protegida pela Constituição, ver ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 75 e 214 - 216. Também JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Lisboa, 1985, pp. 168 - 169, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, cit., pp. 147 - 148, GUILHERME MACHADO DRAY, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 177 e 178, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 74 e 326, PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 1999, pp. 199 - 206.

consideramos que a autonomia privada goza de protecção jusfundamental, os particulares estão também vinculados ao seu respeito, ou o Estado tem um dever de proteger esta autonomia, seja o Estado legislador, seja o Estado Juiz.

O facto de entendermos que há uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não implica que deva haver uma equiparação total entre pessoas públicas e privadas. Sendo ambas as partes do conflito titulares de direitos fundamentais, a sua solução dependerá sempre das circunstâncias do caso concreto e dos direitos fundamentais em causa, tendo de se levar a cabo uma ponderação de bens ou valores<sup>367</sup>, que foi exactamente o que fez o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Ora um dos critérios fundamentais a ter em conta nessa ponderação é o grau de desigualdade fáctica entre as partes<sup>368</sup>. Quanto mais uma das partes da relação se encontre numa posição de supremacia, maior será a sua vinculação ao respeito do direito fundamental em causa e maior será o dever do Estado de garantir que efectivamente o que está em causa é ainda um exercício de autonomia e não uma conduta heterodeterminada. Entre iguais, a regra deve ser o princípio da liberdade, não sendo em princípio de aplicar neste domínio critérios de proporcionalidade<sup>369</sup>.

No caso *Bürgschaft*, o Tribunal Constitucional Federal alemão diz expressamente que “se o conteúdo do contrato for excessivamente oneroso para a parte mais fraca e desproporcionado, não devem os juízes ater-se à ideia de que contrato é contrato”. A desigualdade das partes foi neste caso considerada decisiva para o Tribunal no reconhecimento de uma violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Passando agora para a segunda questão, que é a de saber se é legítimo, em Estado de Direito democrático, que o Estado assuma uma posição

---

<sup>367</sup> INGO WOLFGANG SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, cit., p. 157.

<sup>368</sup> DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., pp. 302 e 375.

<sup>369</sup> Nesse sentido, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, cit., p. 138; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 314; PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, cit., p. 234, entende que “o acordo dos particulares é, no domínio jurídico-privado, considerado determinante para a ponderação e avaliação do peso relativo de certos bens, sobretudo no domínio patrimonial”. Obviamente desde que respeitados os “limites positivos e negativos” da liberdade contratual.

paternalista, de defesa da pessoa contra si própria, ou pelo menos, em que situações é que poderá ser de admitir essa defesa<sup>370</sup>.

Um dos problemas fundamentais com que o Direito tem inelutavelmente de se confrontar é o de estabelecer um compromisso entre os valores em que uma dada comunidade se revê e visa prosseguir e a liberdade dos indivíduos de poderem escolher o modo de vida que pretendem levar<sup>371</sup>. Admitir-se a defesa da pessoa contra si própria implica que se entenda que é legítimo o Estado proteger os direitos fundamentais do indivíduo para o seu próprio bem e contra a sua vontade, quando não se lesam quaisquer bens de terceiros ou da comunidade. Há uma ligação estreita entre a defesa da pessoa contra si mesma e o paternalismo estadual<sup>372</sup>, na medida em que se considera paternalista um comportamento do Estado que visa impor protecção, independentemente da questão de saber se essa protecção é ou não desejada pela pessoa protegida.

Ora se se restringe a autonomia privada para o bem dos próprios cidadãos, por se considerar que estes poderão não ter em devida conta as consequências desse acto de disposição, estamos perante uma medida paternalista.

Há uma ligação estreita entre a defesa de um mais ou menos abrangente dever de protecção do Estado e a interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na CRP, que se preconiza. Na base da protecção da pessoa contra si mesma encontra-se uma concepção de dignidade enquanto princípio que não só envolve o reconhecimento da liberdade individual mas

---

<sup>370</sup> Sobre esta questão, ver mais desenvolvidamente, Benedita Mac Crorie, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit. e também Benedita Mac Crorie, “O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria”, in AAVV, *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho, Tomo I - Ano de 2012 – Responsabilidade e Cidadania*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Departamento de Ciências Jurídicas Públicas, Braga, 2012, pp. 33 – 45 (e-book, ISBN: 978-989-97970-0-0, disponível in [https://issuu.com/eduminho/docs/final\\_responsabilidade\\_e\\_cidadania/106](https://issuu.com/eduminho/docs/final_responsabilidade_e_cidadania/106)).

<sup>371</sup> MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, in INGO WOLFGANG SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, pp. 108 e 109.

<sup>372</sup> Quando o Estado age de modo paternalista em relação aos seus cidadãos podemos falar de paternalismo estadual, ou, seguindo a expressão inglesa *legal paternalism*, de paternalismo jurídico. KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 11.



que também pode justificar restrições ao exercício das liberdades individuais<sup>373</sup>.

Pensamos que a dignidade não deve ser entendida como um valor objectivo, que se pode, inclusivamente, opor à própria vontade do indivíduo. De facto, justificar a defesa da pessoa contra si própria invocando o princípio da dignidade corresponderia a aplicar este princípio contra a finalidade da sua consagração, pois a dignidade traduz-se precisamente na possibilidade de o indivíduo escolher em liberdade o rumo que pretende seguir na sua vida<sup>374</sup>. Se o princípio da dignidade for entendido neste sentido, só em casos extremos poderá justificar restrições da liberdade: seja quando estamos a falar de pessoas que não têm capacidade de autodeterminação, seja quando possa estar em causa a possibilidade de “autodeterminação futura”<sup>375</sup>.

Talvez não seja, no entanto, de excluir que nas situações em que seja particularmente difícil avaliar a existência ou ausência de autodeterminação e haja uma forte presunção de não-voluntariedade se equacione a possibilidade de pressupor essa ausência<sup>376</sup>. Poderão, pois, excepcionalmente admitir-se restrições graças ao custo associado com a determinação de autonomia caso a caso<sup>377</sup>, embora este tipo de soluções mais gerais possam conduzir a situações injustas.

---

<sup>373</sup> JEAN-PHILIPPE FELDMAN, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, *in Droits*, n.º 48, 2009, pp. 88 e 89.

<sup>374</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Inconstitucionalidade do Artigo 6.º da Lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana”, *in Scientia Iuridica*, n.ºs 286/288, 2000, pp. 260 e 261.

<sup>375</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, “Renúncia a direitos fundamentais”, *in* JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 327 e 330. Considerando também que só em situações limite é que a dignidade pode servir para restringir a liberdade, ver ANSGAR OHLY, “*Volenti non fit iniuria*” – *die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 104.

<sup>376</sup> JESSICA WILEN BERG, “Understanding waiver”, *in* *Houston Law Review*, Vol. 40, n.º 281, 2003, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract\\_id=614522](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=614522) (28/01/2016), p. 299, sustenta que uma das razões para limitar a possibilidade de renúncia é precisamente o grau de dificuldade que pode implicar a prova de que a renúncia preenche “o grau de autonomia exigido em cada caso”. MARGARET JANE RADIN, “Market Inalienability”, *in* *Harvard Law Review*, Vol. 100, n.º 8, 1986/1987, pp. 1909 e 1910, entende que algumas restrições impostas à possibilidade de venda de certos bens no mercado decorrem das grandes dificuldades que implica avaliar todas as transacções de modo a aferir se o consentimento é verdadeiramente livre.

<sup>377</sup> JESSICA WILEN BERG, “Understanding waiver”, *cit.*, p. 325.

Assim, entende-se que a opção por correr determinados riscos se insere no “projeto de vida” do próprio indivíduo, projecto que deve ser escolhido livremente, de acordo com as suas convicções pessoais, porquanto em “sociedades plurais” não é “desejável uma absoluta uniformização dos comportamentos individuais”<sup>378</sup>. Assim, quando o sujeito se coloca em perigo ou mesmo quando provoca uma lesão no seu direito, sendo ele capaz e estando em causa um comportamento autodeterminado, trata-se ainda do gozo de liberdade jusfundamentalmente protegida. Numa sociedade democrática e pluralista deve haver “um direito a errar, a tomar más decisões e a correr riscos”, sem o qual “toda a ideia de autodeterminação perderia sentido”<sup>379</sup>.

Não se coaduna, por isso, com a imagem de Homem pressuposta na Constituição uma concepção que, partindo de uma ideia de deveres de protecção do Estado, considera que este tem legitimidade para proteger o indivíduo de si próprio<sup>380</sup>.

Parece-nos relevante e aplicável à concepção de dignidade que aqui defendemos a perspectiva de Martha Nussbaum, no seu livro “Creating capabilities: the Human Development Approach”. Neste livro a autora defende que o grau de desenvolvimento de uma sociedade e o respeito pela dignidade dos seus cidadãos não se deve medir pelo seu PIB, mas antes pela resposta à seguinte questão: o que é capaz de fazer e ser cada pessoa? Esta é uma perspectiva pluralista quanto a valores porque tem como objectivo criar capacidades mas não impor que as pessoas as utilizem de facto e a ideia básica que defende é a de que certas condições de vida proporcionam às pessoas uma vida que é merecedora da dignidade que elas possuem. Assim, a dignidade é inerente à pessoa, o que implica uma ideia de que todos somos dotados de

---

<sup>378</sup> HELENA PEREIRA DE MELO, “A Igualdade de Oportunidades para Quem Opta pela “Estrada do Tabaco”, in RUI NUNES – MIGUEL RICOU – CRISTINA NUNES (orgs.), *Dependências Individuais e Valores Sociais*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2004, p. 163.

<sup>379</sup> JOEL FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986, p. 62.

<sup>380</sup> Nesse sentido, referindo-se à Constituição alemã, MARTINA DOROTHEE EPPELT, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, GCA-Verlag, Herdecke, 1999, pp. 203 e 204; também CHRISTIAN HILLGRUBER, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Verlag Franz Vahlen, München, 1992, p. 147; JOSEF ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in JOSEF ISENSEE – PAUL KIRCHHOF (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. V, 2ª Edição, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 203, KAI MÖLLER, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 115.

igual dignidade, mas, para além disso, carece de ser desenvolvida através da criação de capacidades<sup>381</sup>.

Em conclusão: num Estado não-paternalista, que se funda na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade individual, a defesa da pessoa contra si mesma não deve, conseqüentemente, justificar a restrição de direitos fundamentais, neste caso do direito à autonomia privada. Tal dever existe apenas em situações extremas ou quando a pessoa em causa não esteja em posição de cuidar de si. Sendo a autonomia um valor central na nossa ordem jurídica e cabendo ao Estado criar condições de autonomia, o titular do direito não deve poder consentir numa intervenção que lhe retire a possibilidade de se autodeterminar livremente no futuro. Parece-nos que o caso analisado também poderia ser visto sob esta perspectiva.

Para além destas situações não é de admitir uma “protecção imposta” que restrinja as possibilidades de actuação do visado<sup>382</sup>, já que tal protecção implica uma violação grave “da presunção de liberdade que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>383</sup>. O que não invalida, evidentemente, que não decorra da própria norma, ou normas constitucionais da qual ou das quais deriva a protecção da autonomia privada, deveres do estado de proteger essa mesma autonomia, legislando no sentido de garantir que esta seja efectivamente exercida em condições de liberdade. Tal pressupõe, por exemplo, que os contraentes sejam devidamente informados de todos os riscos inerentes à celebração de determinados contratos, isto é, há um dever de protecção do legislador que se deve reflectir no estabelecimento de garantias quanto à obtenção de um consentimento que seja verdadeiramente livre e esclarecido.

---

<sup>381</sup> MARTHA NUSSBAUM, *Creating capabilities: the Human Development Approach*, Harvard University Press, 2011, pp. 18 ss.

<sup>382</sup> WERNER FROTSCHER, “‘Big Brother’ und das deutsche Rundfunkrecht”, in *Schriftenreihe der LPR Hessen*, n.º 12, 2000, p. 43. Considerando que a defesa da pessoa contra a autolesão não está incluída no dever de protecção estadual, ver JOSEF ISENSEE, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, cit., p. 190.

<sup>383</sup> CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXLL, n.º 315, 2008, p. 423.

# Os princípios gerais sobre os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa (*life time contracts*)

## Alguns tópicos

*José João Abrantes\**

### 1. INTRODUÇÃO

A oportunidade de um colóquio sobre *life time contracts*; contratos «existenciais», contratos duradouros essenciais à existência da pessoa, *life time contracts*; a ignorada dimensão social do direito europeu dos contratos, por exemplo, no DCFR; crítica.

### 2. JUSTIÇA SOCIAL E CONTRATO

De Fouillé («*qui dit contractuel dit juste*») à actualidade - i. é, da autonomia da vontade e da liberdade contratual sem limites a um *novo conceito de contrato*, marcado pelo cercear crescente daquela autonomia e daquela liberdade. Da liberdade abstracta à liberdade concreta. A funcionalização dos direitos e do contrato. Um contrato «*menos contratual*» (Josserand)?

Da afirmação da igualdade jurídico-formal dos contraentes ao reconhecimento da sua desigualdade real. Dos códigos civis oitocentistas à crítica do liberalismo (v.g., com Otto von Gierke, Philipp Lotmar e Anton Menger, entre outros) e à «*crise do contrato*». A entrada em cena da justiça social.

### 3. A PROTECÇÃO DO CONTRAENTE DÉBIL

Momentos diferenciados dessa protecção: — numa primeira fase, a debilidade contratual encarada apenas como característica individual do contraente: daí a resposta para o problema aparecer centrada sobretudo nas teorias das incapacidades e dos vícios da vontade, no regime dos negócios

---

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

usurários (lesão), nos institutos da imprevisão e do abuso de direito, etc.; — mais tarde é que se passa a encarar essa debilidade como característica de certas *categorias* de contraentes, como o trabalhador, o inquilino, o comprador a crédito ou a prestações, o mutuário, etc.; a tutela do aderente nas *cláusulas contratuais gerais* (*contratos de adesão*); garantia constitucional da autonomia privada.

#### **4. JUSTIÇA CONTRATUAL NOS CONTRATOS «EXISTENCIAIS»: V.G., NO CONTRATO DE TRABALHO**

Constitucionalização, materialização e socialização do direito privado. A Constituição como *objektive Wertordnung* e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (art.º 18.º/1 da CRP). Justiça social no direito dos contratos: breve referência ao DCFR e à invalidade dos *contracts infringing fundamental principles* (art. II.-7:301). O caso do contrato de trabalho: foi sob a égide da ideia de *protecção do contraente débil* que o juslaboralismo ganhou foros de cidadania em relação ao direito civil. Referência aos artigos 14.º e seguintes do Código do Trabalho: algumas questões.

# Os contratos de prestação de serviços públicos essenciais como *life time contracts*

Jorge Morais Carvalho\*

## 1. ENQUADRAMENTO E SEQUÊNCIA

O convite formulado pelo Prof. Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira para participar em colóquio sobre o tema, em Braga, no dia 15 de maio de 2015, foi o meu primeiro contacto com os *Life Time Contracts*<sup>384</sup>, que podem ser designados, em português, como contratos duradouros essenciais à existência da pessoa<sup>385</sup>.

Pensei de imediato em estudar a aplicação dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* aos contratos de prestação de serviços públicos essenciais, suspeitando da sua relevância neste âmbito.

Tal como na apresentação feita no colóquio, também neste texto, depois de indicar quais são, face à lei portuguesa, os contratos de prestação de serviços públicos essenciais, ocupar-me-ei da questão de saber se estes podem ser qualificados como *Life Time Contracts*. Nos pontos subsequentes tratarei de dois problemas específicos que se colocam nos contratos de prestação de serviços públicos essenciais, ambos ligados à cessação do contrato, e que podem e devem ser analisados à luz dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts*. São eles a cessação do contrato pelo utente durante o denominado período de fidelização e a suspensão e posterior cessação do contrato pelo prestador do serviço.

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

<sup>384</sup> AAVV (coordenação de Luca Nogler e Udo Reifner), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014.

<sup>385</sup> Segundo a tradução feita pelo Prof. Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira, que será seguida ao longo do texto nas citações dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts*.

## 2. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Nos termos do artigo 9.º-8 da Lei de Defesa do Consumidor<sup>386</sup>, “incumbe ao Governo adotar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objeto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia elétrica, gás, telecomunicações e transportes públicos”.

A Lei n.º 23/96<sup>387</sup> regula certos aspetos dos contratos relativos a serviços públicos essenciais, não se aplicando apenas aos contratos de consumo. O regime tem um âmbito subjetivo de aplicação mais alargado. Com efeito, o artigo 1.º-1 refere-se “à proteção do utente” e o n.º 3 considera “utente, para os efeitos previstos nesta lei, a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”. Assim, o diploma aplica-se a todos os contratos em que se verifique a prestação de um serviço público essencial, independentemente da natureza jurídica ou da dimensão do utente<sup>388</sup>. Só no caso de o utente ser simultaneamente um consumidor, nos termos da Lei de Defesa do Consumidor<sup>389</sup>, por exemplo, é que se trata de uma relação de consumo<sup>390</sup>, mas em todas as situações o objeto das normas tem

---

<sup>386</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

<sup>387</sup> Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 5/2004, de 10 de fevereiro, 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

<sup>388</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, p. 706.

<sup>389</sup> Segundo o artigo 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. O conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos (embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios): elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 15). Note-se que o elemento teleológico exclui do conceito todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atuam no âmbito de uma atividade profissional, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa. Distinguem-se neste elemento, de forma clara, os conceitos de consumidor e de utente.

<sup>390</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 123.

uma grande afinidade com o direito do consumo, consistindo também na proteção de uma das partes do contrato, precisamente aquela que, no contrato em concreto, não tem conhecimentos específicos na área do serviço em causa. Neste sentido, justifica-se que esta matéria seja normalmente incluída no estudo do direito do consumo<sup>391</sup>.

Apesar da referência a serviços públicos, os contratos a que a Lei n.º 23/96 se refere são contratos de direito privado<sup>392</sup>, independentemente de o prestador de serviço ser uma entidade pública ou privada, sendo competentes para a resolução dos litígios os tribunais comuns e não os tribunais administrativos<sup>393</sup>. Estes contratos são atualmente celebrados, na maioria dos casos, com exceção dos serviços de fornecimento de água, de gestão de resíduos sólidos urbanos e de recolha e tratamento de águas residuais, geridos em regra pelos municípios, entre os utentes e as empresas privadas que prestam os serviços previstos no diploma, ainda que no âmbito de um contrato de concessão<sup>394</sup>. O artigo 1.º-4, aditado pela Lei n.º 12/2008, esclarece que se considera prestador de serviço “toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços [...], independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão”.

O carácter público dos serviços está essencialmente relacionado com o interesse geral nestes serviços, que devem estar acessíveis ao público na sua

---

<sup>391</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações”, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Coimbra, 1999, p. 141; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 407.

<sup>392</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 124. Contra: ALEXANDRA LEITÃO, “A Protecção dos Consumidores no Sector das Telecomunicações”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, 2002, p. 147.

<sup>393</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de maio de 2014, Processo n.º 167178/12.0IYPRT-A.P1 (Judite Pires).

<sup>394</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 340; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 422.



globalidade. Neste sentido, seria porventura preferível a referência a serviços de interesse geral em detrimento de serviços públicos essenciais<sup>395</sup>.

O requisito da essencialidade remete, principalmente, para a sua relevância na vida dos cidadãos, embora possa ser objeto de críticas<sup>396</sup>.

No que respeita aos serviços abrangidos, deve atender-se à lista do artigo 1.º-2 da Lei n.º 23/96. Apesar de se debater acerca do carácter taxativo ou meramente exemplificativo da lista<sup>397</sup>, é muito duvidoso que, face à letra do preceito (“são os seguintes os serviços públicos abrangidos”), possam ser acrescentados serviços na sequência de simples determinação, por via interpretativa, da sua natureza de serviço público essencial<sup>398</sup>.

Na redação originária, o diploma aplicava-se aos serviços de fornecimento de água, de energia elétrica, de gás e de telefone, estabelecendo o artigo 13.º-2 que “a extensão das regras [...] aos serviços de telecomunicações avançadas, bem como aos serviços postais, ter[ia] lugar no prazo de 120 dias, mediante Decreto-Lei, ouvidas as entidades representativas dos respetivos sectores”, o que só veio a suceder em 2008.

O artigo 127.º-2 da Lei das Comunicações Eletrónicas<sup>399</sup> excluiu o serviço de telefone do âmbito de aplicação da Lei n.º 23/96. Esta situação foi retificada pela Lei n.º 12/2008, que alterou o artigo 1.º-2, alargando a lista dos

---

<sup>395</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 139; ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais – A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 137.

<sup>396</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O Anteprojecto de Código do Consumidor”, in *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, p. 707.

<sup>397</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Serviços Públicos, Contratos Privados”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 140 e 141; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 423.

<sup>398</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 339; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 414.

<sup>399</sup> Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (retificada pela Declaração de Retificação n.º 32-A/2004, de 10 de abril), alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n.º 35/2008, de 28 de julho, pelos Decretos-Leis n.ºs 123/2009, de 21 de maio, e 258/2009, de 25 de setembro, e pelas Leis n.ºs 46/2011, de 24 de junho, 51/2011, de 13 de setembro, 10/2013, de 28 de janeiro, e 42/2013, de 3 de julho.

serviços públicos essenciais a que o diploma se aplica. Além de o serviço de telefone se encontrar novamente abrangido pelo regime<sup>400</sup>, incluindo naturalmente todos os serviços ligados a telefone fixo ou móvel, como as mensagens escritas<sup>401</sup>, este acolhe ainda todos os outros serviços relativos a comunicações eletrónicas (em especial, Internet e televisão por cabo<sup>402</sup>) e os serviços postais, de recolha e tratamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos.

Em relação ao telefone, discutia-se, face à redação originária, se os serviços relativos aos telemóveis se encontravam abrangidos pelo regime, questão que se encontra atualmente resolvida, em sentido afirmativo, pela referência a comunicações eletrónicas<sup>403</sup>.

Quanto à compatibilização do regime da Lei n.º 23/96 com o da Lei das Comunicações Eletrónicas, não parecem levantar-se problemas teóricos complexos, uma vez que não se verifica uma contradição entre as normas dos dois diplomas. Os princípios gerais previstos no regime dos serviços públicos essenciais constituem uma boa base para a interpretação das normas específicas sobre proteção dos utentes de serviços relativos a comunicações eletrónicas consagradas na Lei das Comunicações Eletrónicas. A grande vantagem para o utente que resulta da aplicação da Lei n.º 23/96 a estes contratos consiste na sujeição dos prestadores de serviços a normas que não encontram paralelo na Lei das Comunicações Eletrónicas, como a proibição de imposição de consumos mínimos (artigo 8.º) e, em especial, o estabelecimento de um prazo de prescrição relativamente curto do direito de exigir o pagamento do preço do serviço (artigo 10.º)<sup>404</sup>.

No que respeita à água, à eletricidade e ao gás, note-se que o contrato em causa não consiste num simples fornecimento de uma quantidade determinada, caso em que se trataria de simples contratos de compra e venda, mas na disponibilização de um sistema de abastecimento que permite ao utente

---

<sup>400</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de junho de 2013, Processo n.º 122618/08.7YIPRT.L1 (Rosa Maria Ribeiro Coelho)

<sup>401</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de fevereiro de 2014, Processo n.º 155374/12.4 YIPRT.L1-8 (Luís Correia de Mendonça)

<sup>402</sup> ELIONORA CARDOSO, *Os Serviços Públicos Essenciais – A Sua Problemática no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 103.

<sup>403</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Serviços Públicos Essenciais: Alterações à Lei n.º 23/96 pelas Leis n.ºs 12/2008 e 24/2008”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, n.º 3948, 2008, p. 168.

<sup>404</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, pp. 414 e 415.

a utilização de bem com as características acordadas sempre que entenda adequado, sendo, no entanto, devida a quantidade efetivamente consumida<sup>405</sup>. Assim, por exemplo, o contrato que tem por objeto uma garrafa de água não pode ser qualificado como relativo a um serviço público essencial, pois neste caso o bem é vendido isoladamente, fora de um sistema contínuo de fornecimento de água.

### **3. OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS COMO *LIFE TIME CONTRACTS***

Os contratos de prestação de serviços públicos essenciais são, sem dúvida, contratos duradouros essenciais à existência da pessoa.

Assim, por um lado, trata-se de contratos de execução duradoura.

Todos os serviços atualmente consagrados na lista do artigo 1.º-2 da Lei 23/96 pressupõem uma prestação contínua, incluindo os serviços postais, na parte que respeita à deslocação diária do carteiro para entrega de correspondência.

Esta é, aliás, uma característica essencial dos serviços públicos essenciais.

Nos casos da água, da eletricidade, do gás, da televisão por cabo e, parcialmente, do telefone e da Internet, o fornecimento resulta, em regra, de contratos de execução duradoura, que têm por objeto uma prestação de execução continuada, a cargo do prestador do serviço (fornecimento permanente do bem ou do serviço), e uma prestação de execução periódica, a cargo do utente (pagamento do preço)<sup>406</sup>.

Estes contratos envolvem mais do que o simples fornecimento do bem, implicando um serviço correspondente ao acesso a uma determinada rede, pelo que existe uma relação duradoura unitária, determinando-se as prestações concretas em conformidade com o contrato e, em regra, consoante as necessidades e os acessos do utente ao bem, através de atos materiais, como abrir a torneira, acender a luz ou realizar uma chamada telefónica. Estes atos

---

<sup>405</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de novembro de 2013, Processo n.º 35729/11.9YIPRT.L1-2 (Vaz Gomes).

<sup>406</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de julho”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, 2004, p. 423; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 2000), pp. 92 e 93.

não correspondem à aceitação tácita de uma proposta de contrato resultante de um contrato quadro anterior, mas a um pedido (também tácito) do utente, do qual deve resultar, nos termos do contrato previamente celebrado, o seu cumprimento imediato e automático.

A satisfação do interesse das partes é permanente, o que também é característico dos *Life Time Contracts*.

Por outro lado, estes contratos são ainda essenciais à existência da pessoa.

Podem não ter a mesma relevância, em termos da ponderação, do que um contrato de crédito, de arrendamento ou de trabalho, que podem ter efeitos mais prolongados no tempo, mas os bens ou serviços em causa são fundamentais para o nosso modo de vida.

Considerando-se que “os contratos duradouros essenciais à existência da pessoa são relações sociais que têm por objeto proporcionar ao indivíduo os bens, os serviços, o trabalho e os rendimentos necessários para a sua autorrealização e para a sua participação na vida social” (ponto 1.1 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts*), não subsistem dúvidas de que, numa primeira linha, a água, a eletricidade e o gás são bens sem os quais não podemos sentir-nos minimamente realizados e, em segunda linha, o mesmo se pode concluir dos serviços relativos a comunicações eletrónicas. Com efeito, a autorrealização e a participação na vida social passam em grande parte, atualmente, pela comunicação. Sem meios para estabelecer comunicações (telefone, Internet, televisão, etc.), perde-se parte da forma como a existência é entendida na nossa sociedade.

#### **4. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE *LIFE TIME CONTRACTS* A ALGUNS PROBLEMAS RELACIONADOS COM A CESSAÇÃO DO CONTRATO**

Neste ponto, o objetivo passa por testar os princípios gerais sobre *Life Time Contracts* a questões concretas relacionadas com a cessação dos contratos de prestação de serviços públicos essenciais.

Serão abordados dois problemas muito distintos: (a) cessação do contrato pelo utente durante o período de fidelização; e (b) suspensão e cessação do contrato pelo prestador do serviço em caso de incumprimento por parte do cliente.

### **a. CESSAÇÃO DO CONTRATO DURANTE O PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO**

O período de fidelização é o período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, durante o qual os contraentes não lhe podem pôr fim por via de denúncia. O contrato com termo final, em que, por definição, não existe a possibilidade de denúncia, deve ser cumprido integralmente. Os contratos sem e com termo final distinguem-se em função de o contrato continuar ou não a produzir efeitos após o final do período em causa, sendo irrelevante a qualificação dada pelas partes.

O período de fidelização tem fonte contratual (e não legal). Produz efeitos se estiver inserido numa cláusula de um contrato, tratando-se, em regra, de uma cláusula contratual geral, que não pode ser negociada pelo aderente.

A fidelização incide sobre as condições definidas no contrato em que a cláusula se encontra inserida. As partes vinculam-se, assim, a, no período mínimo de vigência do contrato, cumprir pontualmente as condições que foram por si previamente definidas.

Além de definir o período de duração mínima do contrato (elemento relativo ao tempo), a cláusula relativa ao período de fidelização pressupõe a determinação do valor a pagar em caso de incumprimento desse período mínimo. Poder-se-á discutir a qualificação desse valor como *preço* (contrapartida da prestação do serviço relativamente ao conjunto do período de duração mínima do contrato, descontando o que já tiver sido pago pelo consumidor) ou como *indenização* (cláusula penal, que fixa antecipadamente o valor da indenização a pagar em caso de incumprimento).

A natureza da cláusula só pode ser avaliada em concreto, dependendo da interpretação das declarações das partes (artigos 236.º a 238.º do Código Civil e 1.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85<sup>407</sup>). Nos casos em que o valor a pagar equivale à soma do montante das mensalidades acordadas como contrapartida da prestação do serviço até ao termo do período de fidelização, esse valor deverá ser, em princípio, qualificado como preço. Se o valor for inferior, o mais provável será tratar-se de uma cláusula penal. O valor nunca pode ser superior.

A jurisprudência aponta no sentido de que a validade da cláusula que impõe um período de fidelização depende da existência de contrapartidas para

---

<sup>407</sup> O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, foi alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto (retificado pela Declaração de Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto), 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro.

o consumidor<sup>408</sup>, efetivamente compensadas – apenas – pela manutenção do contrato por um período mínimo<sup>409</sup>. Invoca-se o artigo 22.º-1-a) do Decreto-Lei n.º 446/85, que visa proteger o aderente de uma vinculação excessiva irrefletida<sup>410</sup>, evitando que veja a sua liberdade contratual limitada<sup>411</sup>.

Neste sentido, nota-se que o ponto 3.2 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts*, apesar de proibir, em regra, a cessação antecipada do contrato por ato unilateral de uma das partes, excetua “os casos em que a cessação antecipada é necessária para garantir um mínimo de liberdade de ação e de decisão”. Articulado este princípio com o constante do ponto 5.1 (“o facto de alguém colocar à disposição de outrem bens ou serviços necessários à satisfação as necessidades essenciais, relacionadas com o consumo [...], implica um dever de proteção da pessoa do consumidor [...] como parte[...] mais fraca[...] da relação”), protege-se a posição do utente/consumidor por se tratar de um *Life Time Contract*.

O artigo 19.º-c) do Decreto-Lei n.º 446/85 também é relevante neste contexto. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de maio de 2015<sup>412</sup>, considera-se que “a cláusula contratual geral inserida num contrato de prestação de serviços de comunicações electrónicas válido por dois anos que estabeleça que em caso de denúncia antecipada pelo cliente, a operadora terá direito a uma indemnização no valor da totalidade das prestações do preço previstas até ao termo do prazo contratado, impõe consequências patrimoniais injustificadas e gravosas ao aderente e consequentemente é uma cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir”.

Considera-se, portanto, excessiva uma cláusula que preveja o pagamento de um valor correspondente ao preço contratado para a globalidade

---

<sup>408</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 2881/08.0YXLSB.L1-7 (Luís Espírito Santo); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de junho de 2012, Processo n.º 3095/08.5YXLSB.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra), anotado por JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JORGE MORAIS CARVALHO, “Contrato para a Utilização de Instalações e Equipamentos Desportivos – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de junho de 2012”, in *Desporto & Direito – Revista Jurídica de Direito do Desporto*, Ano X, n.º 28, 2012, e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de julho de 2012, Processo n.º 7855/10.9TBOER.L (Teresa Prazeres Pais).

<sup>409</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos Cíveis e Próprios do Fenómeno Desportivo”, in *O Desporto que os Tribunais Praticam*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 69-90, p. 89.

<sup>410</sup> JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 343.

<sup>411</sup> ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 520.

<sup>412</sup> Processo n.º 134839/12.3YIPRT.P1 (Leonel Seródio).

do período contratual mínimo. Não parece ser, assim, admissível a estipulação de uma compensação, por incumprimento do período de fidelização, equivalente ao valor correspondente às mensalidades em falta.

O incumprimento da cláusula de fidelização por parte do consumidor só pode resultar da cessação do contrato, por causa não imputável ao profissional, antes do termo do período mínimo de vigência do contrato definido pelas partes.

Este ocorre em duas situações: denúncia do contrato pelo consumidor dentro do período de fidelização; resolução do contrato pela empresa com fundamento em incumprimento por parte do cliente<sup>413</sup>.

Não há incumprimento da cláusula de fidelização se o cliente declarar à outra parte a resolução do contrato, mas não tiver fundamento para exercer o direito. Neste caso, não há direito de resolução, pelo que a declaração não produz efeitos. O contrato mantém-se, portanto, nos termos anteriores à declaração do consumidor.

Também não há incumprimento da cláusula de fidelização no caso de o consumidor manifestar intenção de não exercer o seu direito de crédito em relação ao profissional, mas não de pôr em causa a manutenção do contrato. Por exemplo, num contrato relativo a comunicações eletrónicas, o pedido de portabilidade ou a alteração da residência do consumidor, nos casos em que impeçam a prestação do serviço pelo profissional, não são incompatíveis com a manutenção do contrato, pelo que o consumidor não incumpe a cláusula de fidelização, podendo (e devendo) continuar a cumprir periodicamente a sua prestação.

Quanto às consequências do incumprimento da cláusula de fidelização – quando esta seja válida – pelo consumidor, o valor a pagar por este nunca poderá exceder o das prestações em falta até ao final do período definido no contrato. Assim, por exemplo, caso o consumidor resolva o contrato 6 meses antes do final do período de fidelização e o valor da mensalidade seja de € 40, o valor máximo que lhe poderá ser exigido é determinado tendo em conta os meses em falta (6 meses) e o valor da mensalidade (€ 40), pelo que não poderá ser superior a € 240.

---

<sup>413</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de maio de 2010, Processo n.º 4294/06.OYXLSB.L1-2 (Neto Neves), e de 30 de junho de 2011, Processo n.º 1410/08.OTJLSB.L1-7 (Luís Lameiras). Não havendo incumprimento definitivo, não há fundamento de resolução, pelo que a cláusula de fidelização não pode ser acionada. Neste sentido, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de fevereiro de 2010, Processo n.º 1591/08.3TVLSB.L1-6 (Márcia Portela).

Em matéria de contratos relativos a comunicações eletrónicas, o Decreto-Lei n.º 56/2010 consagra um regime especial, que se aplica a qualquer utente – conceito definido no artigo 1.º-3 da Lei n.º 23/96 – e não apenas a consumidores.

O artigo 2.º-3 do Decreto-Lei n.º 56/2010 estabelece que “é proibida a cobrança de qualquer contrapartida, além das referidas no número anterior, a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização”.

O artigo 2.º-2 do Decreto-Lei n.º 56/2010 pressupõe – interpretado extensivamente, parcialmente em linha com o artigo 48.º-2 da Lei das Comunicações Eletrónicas – que o período de fidelização tem de estar associado a determinada vantagem.

Essa vantagem pode consistir (i) num desconto, abatimento ou subsídio na aquisição ou posse de equipamento que permite o acesso ao serviço de comunicações eletrónicas, hipóteses constantes da letra do artigo 2.º-2 do Decreto-Lei n.º 56/2010, ou (ii) em outros aspetos, desde que previstos de forma expressa (e clara, no que respeita aos valores) no contrato, nos termos do artigo 48.º-2 da Lei das Comunicações Eletrónicas, na redação dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro.

O já referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de abril de 2014, restringe, no entanto, a aplicação do Decreto-Lei n.º 56/2010 aos casos em que é fornecido um equipamento<sup>414</sup>.

Em sentido diametralmente oposto ao desta decisão, não correspondendo assim à posição intermédia que defendemos neste texto, pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de junho de 2014<sup>415</sup>, que, “se não tiver sido vendido, ou de outra forma fornecido, qualquer equipamento pelo operador da rede pública de comunicações eletrónicas ao utente das comunicações eletrónicas, aquelas normas do corpo do artigo 2.º-2 e do artigo 2.º-3 impedem que o operador cobre o que quer que seja pela resolução do contrato, resolução essa operada pelo utente durante o período de fidelização”. Portanto, segundo esta decisão, que parte do pressuposto de que “a disciplina do Decreto-Lei n.º 56/2010 não foi alterada ou derogada pela

---

<sup>414</sup> Esta orientação teve grande sucesso no Tribunal da Relação do Porto: v. Acórdãos de 13 de maio de 2014, Processo n.º 203179/12.2YIPRT.P1 (Rodrigues Pires), de 16 de setembro de 2014, Processo n.º 27076/13.8YIPRT.P1 (Henrique Araújo), de 20 de maio de 2014, de 28 de abril de 2015, Processo n.º 95926/13.0YIPRT.P1 (Vieira e Cunha), e, embora de forma bastante atenuada quanto às consequências, Acórdão de 7 de maio de 2015.

<sup>415</sup> Processo n.º 28496/12.0YIPRT.P1 (Pedro Lima Costa).



entrada em vigor da Lei n.º 51/2011<sup>416</sup>, a vantagem tem de estar relacionada com um equipamento, sob pena de o prestador de serviços de comunicações eletrónicas não poder impor ao utente o pagamento de qualquer valor pelo incumprimento do período de fidelização.

Parece-nos que a interpretação mais adequada, por corresponder quer à letra quer ao espírito dos dois diplomas, é aquela que permite a sua compatibilização, aplicando-se o Decreto-Lei n.º 56/2010 independentemente de ter sido fornecido um equipamento. No caso de não ter sido fornecido um equipamento, a vantagem para o utente afere-se com base em outros elementos (artigo 48.º-2 da Lei das Comunicações Eletrónicas), desde que previstos no contrato.

Quanto ao valor a pagar em caso de incumprimento da cláusula, o artigo 2.º-2 do Decreto-Lei n.º 56/2010 prevê que, nos primeiros 6 meses a contar do início do período de fidelização, o consumidor deve pagar, no máximo, 100% do valor da vantagem concedida em contrapartida da fidelização; após os primeiros 6 meses (e antes de se chegar ao último ano), o consumidor deve pagar, no máximo, 80%; no último ano do período de fidelização, o consumidor deve pagar, no máximo, 50%. Estas são as percentagens máximas, podendo ser inferiores, uma vez que ao valor da vantagem concedida em contrapartida da fidelização é subtraído, nos termos da norma, o valor das mensalidades entretanto pagas<sup>417</sup>. A solução que permite indexar o valor a pagar ao valor da vantagem tem o mérito de colocar em relevo o nexa quase sinalagmático<sup>418</sup> que existe entre o período de fidelização e a vantagem.

O que acontece se, durante o período de fidelização, o utente fica desempregado, tem de emigrar, muda de residência ou, por qualquer motivo, passa a estar sobreendividado?

A resposta dada pelo direito português é claramente inadequada, não existindo um mecanismo que salvguarde de forma equilibrada a posição do utente. O regime da alteração de circunstâncias, a que se poderia eventualmente recorrer nestes casos, tem pressupostos de aplicação que o

---

<sup>416</sup> Parece-nos correta a ideia de que o Decreto-Lei n.º 56/2010 não foi alterado ou derogado pela entrada em vigor da Lei n.º 51/2011. Com efeito, sendo a Lei das Comunicações Eletrónicas (alterada pela Lei n.º 51/2011) lei geral em relação ao Decreto-Lei n.º 56/2010, parece-nos que a interpretação em sentido contrário, feita na jurisprudência citada na nota 29, não é adequada.

<sup>417</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de maio de 2014.

<sup>418</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de outubro de 2014, Processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1 (Henrique Araújo).

tornam dificilmente aplicável. Com efeito, tem-se entendido que estas situações, diretamente ligadas ao utente, se encontram cobertas “pelos riscos próprios do contrato”.

Relativamente à emigração e à mudança de residência, trata-se de decisões dos utentes, que devem ter em conta na sua atuação a vinculação contratual com terceiros. O desemprego e o sobreendividamento (quando motivado, no todo ou em parte, por razão exterior ao sobreendividamento) não resultam, em regra, de decisões dos utentes, podendo mais facilmente ser invocados no sentido da adaptação ou modificação do contrato.

O princípio 10 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* parece menos exigente do que o artigo 437.º do Código Civil. Com efeito, o ponto 10.1 estabelece que, “se as circunstâncias socioeconómicas pressupostas pelas partes como fundamento da conclusão do contrato não se verificarem, havendo uma grave divergência entre a realidade e a representação de que as partes partiram, o conteúdo dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser adaptado ou modificado”.

A celebração de um contrato de prestação de serviços públicos essenciais, com uma cláusula de fidelização, pressupõe, em regra, uma situação económica estável por parte do utente, que lhe permita cumprir o contrato ao longo da sua vigência.

O ponto 10.2 prevê que “a divergência pode referir-se às circunstâncias presentes ou às circunstâncias futuras e deve ser tão grave que, se as partes tivessem uma representação exata da realidade, não teriam concluído nenhum contrato, ou teriam concluído um contrato de tipo ou de conteúdo diferente”.

Neste caso, estão em causa circunstâncias futuras, relativas à estabilidade da situação socioeconómica do utente, que eram essenciais para a celebração do contrato. Se as partes soubessem que o utente iria emigrar passado seis meses (com um período de fidelização de vinte e quatro meses), não teriam certamente celebrado o contrato.

O ponto 10.3 determina que, “ao apreciar-se a gravidade da divergência entre a realidade e a representação, deve atender-se ao fim do contrato, à distribuição legal ou contratual do risco e ao significado social da relação”.

Se for dada especial relevância ao fim do contrato e à distribuição contratual do risco, podemos aproximar este princípio ao artigo 437.º do Código Civil, enfraquecendo-o significativamente. Prevê-se, no entanto, que tenha igualmente em conta o significado social da relação. Este elemento parece decisivo para concluir que, à partida, este princípio poderá ser aplicável aos casos de desemprego, emigração ou sobreendividamento. Quanto à mudança de residência, a resposta terá de ser menos taxativa, uma vez que

depende de circunstâncias concretas relativas ao caso. Se o utente decidir simplesmente mudar de residência, sem que nada na sua situação socioeconómica o imponha ou aconselhe, não deve ser protegido por este princípio. Já se tiver que mudar de residência devido a uma deslocalização do seu posto de trabalho, provavelmente já deverá ser protegido, não tendo de cumprir a cláusula de fidelização. A análise só poderá ser feita, em qualquer caso, em concreto.

O princípio 10.3 deve ser lido em articulação com o princípio 15.3, do qual resulta que, “no momento da conformação, como no momento da interpretação do contrato, deve considerar-se, designadamente, os riscos de falta de emprego, de falta de habitação ou de sobreendividamento, relacionando-os com as suas causas socioeconómicas”.

Os princípios gerais sobre *Life Time Contracts* estão essencialmente construídos a pensar na proteção da pessoa no sentido da manutenção do contrato<sup>419</sup> e não no da sua resolução. Do ponto 3.1 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* resulta que “a confiança de ambas as partes na continuidade da relação contratual deve ser protegida”. Num contrato de crédito, de arrendamento ou de trabalho, o devedor, o inquilino ou o trabalhador tem de ser protegido, em regra, com vista à manutenção do contrato. Num contrato de prestação de serviços públicos essenciais, o utente tem de ser protegido nos dois sentidos. Já analisamos a questão no que respeita à possibilidade de o utente pôr termo ao contrato. Veremos agora as regras e os princípios aplicáveis à situação inversa, em que é o prestador de serviços a pôr termo ao contrato.

#### **b. SUSPENSÃO E CESSAÇÃO DO CONTRATO PELO PRESTADOR DE SERVIÇO**

A questão a que se procura dar resposta neste ponto diz respeito à consequência da mora do utente relativamente à obrigação de pagar o preço, sendo necessário perceber se e quando a prestação do serviço pode ser suspensa e o contrato resolvido.

O ponto 11 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* ocupa-se da cessação antecipada do contrato. O ponto 11.1 determina que “a cessação antecipada dos contratos duradouros essenciais à existência da pessoa deve ser feita de uma forma transparente, controlável e socialmente aceitável”, acrescentando-se que, “caso seja feita contra a vontade do consumidor [...],

---

<sup>419</sup> LUCA NOGLER e UDO REIFNER, “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”, in *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, p. 43.

deve representar-se como uma medida extrema (*ultima ratio*)”. A responsabilidade social impõe, por exemplo, que o fornecimento de água não possa ser suspenso, salvo em situações-limite, não se devendo considerar como tal a simples mora do consumidor, sem analisar as circunstâncias em que esta ocorreu<sup>420</sup>.

O ponto 11.2 impõe que o ato pelo qual se faz cessar o contrato seja fundamentado, sendo as razões comunicadas “verdadeiras, adequadas e justas, não podendo em caso algum ser razões discriminatórias ou ter resultados discriminatórios”. As razões têm de estar relacionadas, neste caso, com o comportamento do consumidor, que deve ser “tão grave ou significativo que justifique uma rutura” (11.2.1). Assim, por exemplo, num contrato de fornecimento de eletricidade, a falta de pagamento de uma ou mais faturas, numa situação em que o consumidor se encontre impossibilitado de o fazer, por algum evento da sua vida, não deve permitir a suspensão e a cessação do contrato, uma vez que o comportamento do consumidor não é suficientemente censurável a ponto de justificar a rutura.

A lei portuguesa, apesar de proteger o utente de serviços públicos essenciais no que respeita à suspensão do fornecimento, não vai ainda tão longe como o que parece resultar dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts*.

Nos termos do artigo 5.º-1 da Lei n.º 23/96, “a prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior”. Impõe-se, assim, que o prestador de serviço avise previamente o utente de que o fornecimento do serviço poderá ser suspenso. Esta regra protege o utente contra uma suspensão inesperada.

O artigo 5.º-2 regula especificamente os casos de mora do utente, estabelecendo que, sempre que se “justifique a suspensão do serviço, esta só pode ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de vinte dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar”. Esta advertência, “além de justificar o motivo da suspensão, deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais” (artigo 5.º-3). O utente tem, assim, de ser informado da possibilidade de suspensão, com uma antecedência bastante razoável, e dos passos que deve dar se pretender evitar a suspensão ou, já

---

<sup>420</sup> Nota-se que o ponto 14.2 dos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* refere que os contratos que tirem o acesso a rendimento do consumidor, “entregando-o ao fornecedor de bens ou ao prestador de serviços, devem proporcionar à pessoa humana o mínimo necessário para a sua subsistência”.

depois de esta ter tido lugar, se quiser voltar a beneficiar da prestação do serviço.

O artigo 5.º-4 reforça a posição do utente, ao prever que “a prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma fatura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis”. Sendo dissociáveis os serviços, não pode ser suspensa a prestação de um na sequência da falta de pagamento de outro. Por exemplo, se o utente tiver celebrado um contrato de fornecimento de energia elétrica e de gás, mas não pagar a parte da fatura relativa ao gás, o fornecimento de energia elétrica não pode ser interrompido.

No que respeita aos serviços de comunicações eletrónicas, se estiver em causa uma relação de consumo, o regime é consideravelmente menos favorável para o consumidor, sendo mesmo incompreensível no que respeita aos seus objetivos. Aplica-se, neste caso, o artigo 52.º-A da Lei das Comunicações Eletrónicas.

O n.º 1 deste artigo alarga o prazo do pré-aviso para trinta dias.

O n.º 2 determina que o pré-aviso seja comunicado por escrito ao consumidor, impondo o prazo (“dez dias após a data de vencimento da fatura”) e o conteúdo (indicação específica da “consequência do não pagamento, nomeadamente a suspensão do serviço e a resolução automática do contrato, e informá-lo dos meios ao seu dispor para as evitar”). Isto significa que, mesmo que não o queira fazer, o prestador do serviço de comunicações eletrónicas tem o dever de desencadear o mecanismo que conduzirá à suspensão do serviço e, posteriormente, à resolução do contrato, no prazo de dez dias após a data do vencimento da fatura. Não se admite, aparentemente, sequer que as partes acordem numa dilação do prazo para pagamento da fatura, interpretação do preceito que me parece de afastar, por ser inaceitável.

Comunicada ao consumidor a possibilidade de suspensão, este tem trinta dias para pagar. Se não o fizer, o prestador de serviço deve, “obrigatoriamente, no prazo de dez dias após o fim do prazo [...], suspender o serviço, por um período de trinta dias” (n.º 3). A suspensão só pode ser evitada pelas partes se tiverem celebrado um acordo de pagamento por escrito com vista à regularização dos valores em dívida.

A suspensão também não tem lugar, nos termos do n.º 4, nos casos em que “os valores da fatura sejam objeto de reclamação por escrito junto da empresa, com fundamento na inexistência ou na inexigibilidade da dívida, até à data em que deverá ter início a suspensão”.

Se o consumidor pagar os valores em dívida ou se as partes tiverem celebrado um acordo de pagamento por escrito, cessa a suspensão do serviço, devendo este ser resposto no prazo máximo de cinco dias úteis (n.º 6).

O n.º 7 estatui que, “findo o período de 30 dias de suspensão sem que o consumidor tenha procedido ao pagamento da totalidade dos valores em dívida ou sem que tenha sido celebrado um acordo de pagamento por escrito, o contrato considera-se automaticamente resolvido”. Ou seja, mais uma vez, independentemente da sua vontade, o prestador de serviço tem o dever de resolver o contrato.

Este regime parece ter tido como objetivo, por um lado, resolver o problema das pendências nos tribunais portugueses, tendo como pressuposto que estes litígios *entopem* os tribunais, e, por outro lado, combater o sobreendividamento dos consumidores, evitando a acumulação de dívidas.

Não se evita, contudo, a propositura de ações em tribunal, uma vez que será sempre devido, pelo menos, o valor relativo ao mês que desencadeou este procedimento mais o correspondente à prestação do serviço nos quarenta dias seguintes. Teremos, portanto, sempre uma dívida correspondente a um período superior a dois meses. Se o regime ficasse por aqui, ainda se poderia considerar cumprida uma parte dos seus objetivos, pois conter-se-ia a acumulação de dívidas pelo consumidor.

No entanto, o n.º 8 de preceito em análise estabelece que a resolução “não prejudica a cobrança de uma contrapartida a título indemnizatório ou compensatório pela resolução do contrato durante o período de fidelização”. Ou seja, além dos valores relativos aos dois meses em que o serviço não esteve suspenso, o prestador do serviço pode ainda exigir a contrapartida relativa ao incumprimento da cláusula de fidelização. É a própria lei que impõe que se mantêm os efeitos do período de fidelização, mas apenas para o utente. Resulta deste regime, portanto, que o prestador de serviço está obrigado a resolver o contrato, deixando de prestar o serviço, mas mantêm o direito a exigir os valores previstos na cláusula de fidelização. Esta norma nada resolve, assim, como se vê, quer o problema das pendências nos nossos tribunais quer o problema da acumulação de dívidas pelos consumidores, acentuando o desequilíbrio da relação.

Se a empresa decidir continuar a prestar o serviço depois de ultrapassados os prazos aqui referidos, deixa de poder exigir o seu pagamento, sendo também responsável pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito (n.º 10). A consequência é bastante gravosa para o prestador de serviço, que por esta via se vê compelido a suspender o serviço e a resolver o contrato sempre que se verificarem as situações aqui indicadas, independentemente das circunstâncias concretas do caso.

Uma leitura deste regime à luz dos já referidos princípios gerais sobre *Life Time Contracts* permitiria corrigir algumas soluções inadequadas, no sentido da sua aceitabilidade social. Trata-se, assim, de um ótimo exemplo da

importância que a consideração da existência de uma categoria de contratos duradouros essenciais à existência da pessoa e da sua regulação específica pode ter.

# **O contrato de crédito para aquisição de habitação permanente garantido por hipoteca à luz dos princípios de *life time contracts***

*Ana Taveira da Fonseca\**

## **1. QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO PARA AQUISIÇÃO DE HABITAÇÃO PERMANENTE GARANTIDO POR HIPOTECA COMO *LIFE TIME CONTRACT***

O contrato de mútuo para aquisição de habitação própria e permanente pode ser qualificado como um *life time contract*, porque se trata um contrato duradouro essencial à existência da pessoa através do qual, ainda que indiretamente, se proporciona a fruição de um bem fundamental: a habitação. Constitui, por isso, um contrato essencial à realização e integração do indivíduo em sociedade.

Noutra perspetiva, o contrato de mútuo para aquisição de habitação própria e permanente é um contrato de crédito ao consumo com especificidades próprias que decorrem da importância dos montantes envolvidos, da duração do contrato e da finalidade do crédito. Um crédito que se destina a facultar ao mutuário habitação permanente tem para este uma importância diversa de qualquer outro contrato de financiamento.

Ao contrário do que sucede noutros países em que o acesso à habitação é garantido primordialmente pelo arrendamento, em Portugal, em virtude dos incentivos que foram criados para aquisição de casa própria e das taxas de juro historicamente baixas, o modelo passou a ser o da aquisição da propriedade através do recurso ao crédito de longa duração.

Tão importante quanto indagar se o regime jurídico do contrato de arrendamento para habitação está em conformidade com os princípios de *life time contracts*, é averiguar se o contrato de crédito à habitação garantido por hipoteca protege eficaz e efetivamente o consumidor. Essa proteção vinha sendo fundamentalmente assegurada pela imposição de fornecimento detalhado de informação ao mutuário antes da celebração do contrato. Ora, o que a crise económico-financeira, que vem assolando a Europa desde 2008, demonstrou é que essa proteção é insuficiente para atingir os objetivos a que

---

\* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.



se propõe. O paradigma de que o consumidor informado saberá tomar as melhores decisões vem sendo pouco a pouco substituído por um modelo de *responsible lending* em que o mutuante também se responsabiliza pelos riscos da concessão de crédito ao longo de toda a execução do contrato. Por esta via, pretende-se assegurar, na medida do possível, que o mutuário irá contrair um crédito com montantes e condições de reembolso que terá capacidade de cumprir, não obstante tratar-se de um financiamento de muito longo prazo e, por isso, estar sujeito a um conjunto de vicissitudes imprevisíveis e não controláveis no momento da concessão do crédito: umas que podem afetar diretamente a pessoa do mutuário, como por exemplo a diminuição da capacidade financeira provocada por doença ou desemprego involuntário ou a ocorrência de uma qualquer patologia na relação matrimonial; e outras decorrentes da imprevista alteração da conjuntura financeira que conduza, por exemplo, a um aumento das taxas de juros passível de tornar incomportável o serviço da dívida<sup>421</sup>.

O que nos propomos analisar é em que medida os princípios de *life time contracts* se encontram refletidos na nossa legislação, especialmente depois das alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 57, 58, 59 e 60/2012, de 9 de Novembro, e que modificações se vislumbram venham a ser efetuadas

---

<sup>421</sup> Para UDO REIPFNER, “o modelo paternalista” da informação, enquanto meio preferencial de proteção do consumidor, falhou em virtude da incapacidade de os consumidores jogarem corretamente as regras do mercado, para daí concluir que a “*consumer credit protection needs a safe haven in the form of the loan contract as a life time contract*”. Cfr. UDO REIPFNER, “*Darlehensvertrag als Kapitalmiete (Locatio conduction specialis)*”, *Life Time Contracts, Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, (org. Luca Nogler & Udo Reifner), Eleven International Publishing, The Hague, 2014, p. 420. Ainda segundo o mesmo autor, o princípio de *responsible lending* não se pode concretizar simplesmente na disponibilização de informação ao consumidor, porque desta forma se acautela o momento da formação do contrato, mas não o período da sua execução. Segundo REIFNER, é esta concepção de *responsible lending* que está refletida na proposta que veio a dar origem à Diretiva 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação. Cfr. UDO REIPFNER, “*Responsible Bankruptcy*”, *Life Time Contracts, Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, (org. Luca Nogler & Udo Reifner), Eleven International Publishing, The Hague, 2014, p. 570. Sobre a importância da manutenção de obrigações de informação durante o período de execução do contrato de crédito ao consumo no direito do Reino Unido, GERAINT HOWELLS, “*Change of Circumstances in Consumer Credit Contracts – The United Kingdom Experience and a Call for the Maintenance of Sector Specific Rules*”, *Life Time Contracts, Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, (org. Luca Nogler & Udo Reifner), Eleven International Publishing, The Hague, 2014, pp. 454 e ss.

aquando da transposição da Diretiva 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito à habitação garantidos por hipoteca.

## **2. DIMENSÃO HUMANA DO DIREITO**

O princípio primeiro sobre que o qual deve assentar a regulação de um *life time contract* é o da dimensão humana<sup>422</sup>. O regime jurídico aplicável a estes contratos deve, por isso, acautelar o desenvolvimento dos indivíduos que a eles recorrem para assegurar a sua existência. Essa dimensão humana é concretizada em mais princípios, nomeadamente o da exigência de adaptação dos contratos em caso de alteração das circunstâncias e o da cessação do contrato como último remédio em caso de incumprimento. Aquilo que de mais interessante encontramos nestes princípios é exatamente a dimensão humanista do Direito que neles se encontra refletida, mais concretamente o facto de, através deles, se recolocar o indivíduo no centro das preocupações do Direito e não se relativizar a proteção do Homem em nome de outros interesses, mormente os económico-financeiros.

### **2.1. AS EXIGÊNCIAS DE ADAPTAÇÃO IMPOSTAS PELOS PRINCÍPIOS DE *LIFE TIME CONTRACTS* E A SUA COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE REPARTIÇÃO DO RISCO**

2.1.1. A dimensão social deste contrato e a sua importância vital para aqueles a quem um bem essencial é por esta via proporcionado exigem que este possa ser adaptado/modificado se as circunstâncias económicas e sociais, presentes e futuras, pressupostas pelas partes como fundamento da conclusão do contrato não se verificarem, desde que se possa razoavelmente concluir que as partes não teriam celebrado o contrato ou só o teriam feitos em condições diferentes<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Tomamos por base a tradução apresentada por Nuno Pinto de Oliveira em 1 de maio de 2015.

<sup>423</sup> De acordo com o princípio 10 de *Life Time Contracts*, “if the social and economic circumstances upon which a life time contract is based have changed significantly since the contract was entered into, or if material circumstances from which the parties derived have arisen that are found to be at variance with its original situation to such an extent that the social nature of the contract is jeopardised, and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it on different terms had they foreseen this change, adaptation of the contract may be required if, taking into account all the circumstances of the specific case, and in particular the contractual or statutory allocation of risk and the fundamental obligation of a human being, one of the parties cannot reasonably be expected to continue to comply with

O que cabe perguntar é se uma diminuição abrupta da solvabilidade do mutuário deve permitir à luz do princípio enunciado lançar mão dos mecanismos de adaptação do contrato. É preciso, contudo, assinalar que, mesmo de acordo com este princípio, para que o contrato possa ser modificado é necessário que decorra de todas as circunstâncias do caso concreto e, em particular, da distribuição legal e contratual do risco, do fim cooperativo do contrato e de eventuais obrigações fundamentais das partes que não seja exigível que uma delas se mantenha vinculada ao contrato com o conteúdo imodificado.

Segundo JUANA PULGAR, a função deste princípio é alargar o âmbito de aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, prevista no § 313 do BGB, para “*life time circumstances and the social environment*”<sup>424</sup>. Mais concretamente, segundo a autora, quando o devedor fica desempregado, sofre um aumento da taxa de juro aplicável ao seu contrato de financiamento ou é afetado por uma crise económica global como a atual, “*the “status quo” of the contract has been breached. (...) The “rebus sic standibus” clause, therefore, would allow the ex post, or retrospective, amendment of the terms and conditions initially agreed upon in the contract in order to rebalance the consideration resulting from it*”<sup>425</sup>.

A primeira questão que importa equacionar é se é possível recorrer ao regime da alteração das circunstâncias no caso de ocorrer uma deterioração da situação patrimonial do devedor que o impeça de cumprir a obrigação a que se vinculou e, em segundo lugar, se esse regime geral deve sofrer alguma inflexão se se estiver perante um *life time contract*.

Uma vez que, mesmo de acordo com o princípio enunciado, ao apreciar-se a divergência entre a realidade e a representação se deve atender à distribuição legal e contratual do risco, impõe-se, antes de tudo, que se proceda a uma definição dos riscos associados a estes contratos e por conta de quem, na falta de convenção em contrário, é que os mesmos devem correr.

São conhecidas as reservas que, na nossa ordem jurídica, assim como noutras, são colocadas ao risco enquanto pressuposto negativo de aplicação do

---

the contract without variation of its terms. Collective regulation shall take precedence over individual adaptation”.

<sup>424</sup> Cf. JUANA PULGAR, “A Contractual Approach to Overindebtedness: Rebus Sic Standibus Instead of Bankruptcy”, *Life Time Contracts, Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, (org. Luca Nogler & Udo Reifner), Eleven International Publishing, The Hague, 2014, p. 533.

<sup>425</sup> JUANA PULGAR, “A Contractual Approach to Overindebtedness: Rebus Sic Standibus Instead of Bankruptcy”, cit., p. 534.

regime da alteração das circunstâncias. Somos, contudo, de opinião que uma limitação ao princípio da força vinculativa do contrato só se justifica nas hipóteses em que o problema não possa resolver-se por apelo a uma regra razoável de repartição do risco. De outra forma, pôr-se-ia em causa a confiança legítima da parte no cumprimento das obrigações assumidas pela contraparte. De facto, quem se vincula através de um contrato ao cumprimento de uma obrigação, fá-lo-á na perspectiva de obtenção direta ou indireta de um ganho. Tal implica necessariamente a assunção de um risco. Ora, não deve legitimar-se a alteração de um contrato, sempre que se verifique existir uma modificação indesejada para um dos contraentes das condições de cumprimento das obrigações por si contraídas, mas que, ainda assim, esteja a coberto dos riscos que aquele assumiu no momento em que decidiu contratar<sup>426</sup>.

Tudo passa quanto a nós por determinar quais são os riscos próprios do contrato em análise<sup>427</sup>. Estando em causa um *life time contract*, é natural que as regras de repartição do risco sejam diferentes do regime geral aplicável aos demais contratos de mútuo.

2.1.2. O risco de desvalorização do imóvel deve, em princípio, correr por conta do proprietário, porque também será ele o primeiro beneficiado pela sua valorização<sup>428</sup>. Se o imóvel desvalorizar, depois de a propriedade se ter

---

<sup>426</sup> Entendimento diverso é preconizado por HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “A alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 47, julho/setembro 2014, pp. 15 e 16. Segundo o autor, só quando “a lei o preveja, o contrato tenha natureza aleatória ou as partes tenham disposto, de modo expresso, sobre o tema” é que se justificaria um afastamento do regime da alteração das circunstâncias por aplicação das regras do risco. “Solução diversa prejudicaria a adequação da relação entre as partes ao que a boa fé dispõe, legitimaria um grave desequilíbrio que afecta o próprio sentido da justiça contratual. Noutra perspectiva, pressuporia a inversão da primazia do requisito da afectação grave dos princípios da boa fé”.

<sup>427</sup> Sobre a questão, v. FERREIRA DE ALMEIDA, “Erro sobre a base do negócio”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho/setembro 2013, pp. 8 e ss. Para FERREIRA DE ALMEIDA, a repartição do risco resultará, em primeiro lugar, da interpretação do contrato. Sendo este omissivo, a repartição do risco far-se-á por apelo a um conjunto de cânones, em sistema móvel: “2.º Incidência tendencial do risco sobre a parte que controla (ou que está mais “próxima” de) o fator errado ou alterado; 3.º (que pode coincidir com a anterior) Incidência tendencial do risco sobre a parte a quem compete a prestação característica (...); 4.ª Incidência tendencial do risco sobre a parte que atua com motivação especulativa; 5.º Incidência tendencial do risco sobre a parte mais forte (...); 6.º Repartição equitativa sempre que possível, através da modificação, solução que precede a resolução”.

<sup>428</sup> A questão não é muito diferente daquela que, no início dos anos 80, foi amplamente debatida pela doutrina e jurisprudência portuguesas. Em agosto de 1973, as ações de uma determinada sociedade anónima foram vendidas. As ações foram entregues e foi acordado que

transmitido, o risco corre por conta do seu titular, quer este recorra a fundos próprios, quer recorra a um financiamento de terceiro para o adquirir. *Ubi commoda, ibi incommoda*. Se o imóvel passar a valer o dobro, apesar de por essa via a hipoteca, enquanto garantia, ficar reforçada, o beneficiário direto é o proprietário. Essa é, aliás, uma das vantagens de aceder à habitação através da aquisição da titularidade do direito de propriedade com recurso a um financiamento em alternativa à celebração de um contrato de arrendamento. O mesmo resulta do regime geral aplicável à hipoteca. Se existir uma diminuição do valor da coisa hipotecada por facto não imputável ao devedor, o credor pode, ainda assim, exigir que o primeiro a substitua ou reforce (art. 701.º, n.º1,

---

o preço seria pago em prestações. Na prática, o vendedor concedeu por esta via um crédito aos compradores. Antes de essas prestações terem sido integralmente pagas, o Estado português nacionalizou a sociedade vendida em 1973. Os compradores a crédito vieram pedir a modificação do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias em que basearam a decisão de contratar. VASCO LOBO XAVIER defendeu em Parecer que “depois de transmitida por efeito do contrato a propriedade da coisa alienada, o risco do perecimento ou deterioração desta passa a correr por conta do adquirente. Isto significa que, não obstante este perecimento ou deterioração, o adquirente continuará vinculado ao pagamento integral do preço ainda em dívida. Em face disto, o comprador não pode valer-se do art. 437.º nos casos em que alteração das circunstâncias invocada consista na perda ou deterioração da coisa adquirida e em que essa perda ou deterioração se tenha verificado depois da transferência do risco”. Cf. VASCO LOBO XAVIER, “Alteração das Circunstâncias e Risco (art. 437.º e 796.º do Código Civil)”, CJ, 1982, T. II, p. 21. Acolhendo solução idêntica, v. CALVÃO DA SILVA, “Swap de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 143, maio-junho de 2014, pp. 368 e 369. Também nos parece que, em casos como os descritos, o contrato não pode ser alterado por modificação das circunstâncias. De outra forma, teríamos de admitir que o contrato de compra e venda também poderia ser resolvido ou modificado a requerimento do vendedor, na hipótese de a sociedade, no lugar de ter sido nacionalizada, ter passado a valer o dobro por circunstâncias excepcionais com as quais as partes não podiam contar no momento da conclusão do contrato. Contra esta solução tinham-se pronunciado ANTUNES VARELA e HENRIQUE MESQUITA, para quem as regras do risco não podem paralisar o funcionamento do instituto da alteração das circunstâncias. Segundo os referidos autores, o art. 437.º destina-se “a corrigir certas injustiças surgidas no desenvolvimento das relações contratuais e que, nesse plano, se sobrepõe à disciplina estrita estabelecida, em planos diferentes, para as várias espécies de contrato”. Assim, as regras do risco só impediriam a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias quando em causa estivesse um risco normal, mas já não nas situações de risco anormal, como seria o caso de uma nacionalização. Cf. ANTUNES VARELA (com colaboração de HENRIQUE MESQUITA), “Resolução ou Modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias”, CJ, 1982, T. II, pp. 14 e 15. Em sentido idêntico, v. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Alteração das Circunstâncias, Risco e Abuso de Direito, a propósito de um Crédito de Tornas”, *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, t. V. pp. 20 e ss.

do CC); *mutatis, mutandis*, se a coisa se valorizar em mais de um terço do seu valor à data da constituição da hipoteca, pode o devedor requerer a redução judicial da hipoteca (art. 720.º, n.º2, al. b), do CC).

2.1.3. No que concerne aos riscos do crédito, mais concretamente ao incumprimento das prestações devidas pelo mutuário em consequência de uma alteração da sua situação patrimonial, o risco deve ser do mutuário, embora num contexto de crise nos pareçam positivas todas as alterações introduzidas em 2012, quer através do *procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento* (PERSI) criado pelo Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, quer através do *regime extraordinário de proteção dos devedores de crédito à habitação que se encontrem numa situação económica muito difícil* instituído pela Lei n.º 58/2012<sup>429</sup>, de 9 de novembro<sup>430</sup>, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 58/2014, 25 de agosto. De acordo com este último diploma, os mutuários e os fiadores chamados a assumir as obrigações dos primeiros, que reúnam os pressupostos aí previstos, podem beneficiar, a requerimento, de um plano de reestruturação da dívida e medidas complementares a esse plano (arts. 8.º, 10.º e 19.º da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 58/2014, 25 de agosto). Não existindo acordo relativamente à reestruturação da dívida, pode o devedor solicitar a aplicação de medidas substitutivas da execução da hipoteca como a dação em cumprimento do imóvel hipotecado, a alienação do imóvel a um fundo de investimento imobiliário de arrendamento habitacional com opção de compra (*sale and lease back*) ou permuta por imóvel, propriedade do mutuante ou de um terceiro, de valor inferior com revisão do contrato de crédito (art. 20.º da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 58/2014, 25 de agosto).

O financiador passou a estar obrigado a renegociar o contrato por se entender que, nestes casos, se ultrapassou a linha do limite de sacrifício que, com base numa ideia de justa repartição do risco, pode ser imposto a uma parte para a manter vinculada a um contrato sem o modificar.

---

<sup>429</sup> NOTA DE ATUALIZAÇÃO 1: Uma vez que o regime instituído pela Lei n.º 58/2012 tinha um período de vigência inicial que terminou no dia 31 de dezembro de 2015 e não foi prorrogado, afigura-se que o mesmo já não estará em vigor.

<sup>430</sup> Sobre a proteção alcançada no Reino Unido para os devedores sobreendividados, em caso de incumprimento do contrato de crédito à habitação garantido por hipoteca, pela *Pre-Action Protocol for Possession Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property*, v. GERAINT HOWELLS, “Change of Circumstances in Consumer Credit Contracts – The United Kingdom Experience and a Call for the Maintenance of Sector Specific Rules”, cit., p. 462.

A aplicação deste regime tem, contudo, sido diminuta, em virtude dos requisitos que a lei exige estarem reunidos para que o devedor possa recorrer a estes mecanismos de flexibilização e atenuação das suas obrigações contratuais. O devedor tem de pertencer a um agregado familiar que se encontre numa situação económica difícil<sup>431</sup> e o valor patrimonial do imóvel não pode ultrapassar os €100.000, €115.000 ou €130.000 consoante o imóvel hipotecado tenha, respetivamente, um coeficiente de localização até 1,4, entre 1,5 e 2,5 e entre 2,5 e 3,5 (art. 4.º da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 58/2014, 25 de agosto). O alargamento dos potenciais beneficiários deste regime estaria em conformidade com os princípios de *life time contracts*, de acordo com os quais os riscos de doença ou desemprego do mutuário podem/devem, em certa medida, ser transferidos para os mutuantes. Somos, contudo, de opinião que esse objetivo deve ser preferencialmente alcançado através de um alargamento dos beneficiários do regime instituído pela Lei n.º 58/2012 e não pelo recurso à aplicação do regime geral da alteração das circunstâncias<sup>432</sup>. *De iure condendo*, dever-se-á nomeadamente equacionar a extensão deste regime especial a agregados

---

<sup>431</sup> Considera-se, de acordo com o art. 5.º do referido diploma, em situação económica muito difícil, o agregado familiar que reúna cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) Pelo menos um dos mutuários, o seu cônjuge ou unido de facto se encontre em situação de desemprego ou o agregado familiar tenha sofrido uma redução do rendimento anual bruto igual ou superior a 35 %;
- b) Aumento da taxa de esforço para valor igual ou superior a 45%, 50% ou 40% consoante respetivamente o agregado familiar integre ou não dependentes, ou seja considerado uma família numerosa;
- c) O valor total do património financeiro de todos os elementos do agregado familiar seja inferior a metade do rendimento anual bruto do agregado familiar;
- d) O património imobiliário do agregado familiar seja constituído unicamente pela habitação própria e permanente e por garagem e imóveis não edificáveis, até ao valor total de € 20.000;
- e) O rendimento anual bruto do agregado familiar, calculado em função do seu número de membros, não exceda em 14 vezes os valores correspondente à soma de 100% ou 120% do valor do salário mínimo nacional pelo mutuário consoante o agregado seja ou não constituído por mais de uma pessoa, 70% por cada membro maior e 50% por cada membro menor.

<sup>432</sup> Esta parece ser também a posição perfilhada por GERAINT HOWELLS, “Change of Circumstances in Consumer Credit Contracts – The United Kingdom Experience and a Call for the Maintenance of Sector Specific Rules”, cit., pp. 463, quando refere que “some protection around the enforcement of credit contracts may be provided by general provision on good faith and fair dealing; but the consumer credit context seems best served by specific rules. (...) one might be sceptical about the ability of a general rule law to provide meaningful rules that fit each and every life time contract”.

familiares com rendimentos superiores e a imóveis com valores patrimoniais mais elevados.

2.1.4. Apesar de o risco da desvalorização do imóvel e do incumprimento do contrato ser primariamente do mutuário, o mutuante tem a possibilidade de, antes de o crédito ser concedido, proceder a uma avaliação mais rigorosa desse risco do que o mutuário/consumidor. É, neste contexto, que devem ser entendidas as obrigações de avaliação da solvabilidade do mutuário/consumidor e dos imóveis criadas pela Diretiva 2014/17/UE. Aí se estabelece que “os Estados-Membros asseguram que, antes da celebração do contrato de crédito, o mutuante proceda a uma rigorosa avaliação da solvabilidade do consumidor” através da qual se deve apurar a probabilidade de o mutuário cumprir o contrato de crédito, sendo que essa avaliação não deve basear-se predominantemente na circunstância de o valor do imóvel ser superior ao valor do crédito, nem no pressuposto de que o imóvel se vai valorizar, salvo se o crédito se destinar à construção ou à realização de obras nesse mesmo imóvel (art. 18.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2014/17/UE). No que respeita à avaliação dos imóveis, cumpre assinalar que a preocupação que ressalta do art. 19.º, n.º2, da Diretiva 2014/17/UE é a de que esta seja realizada por profissionais “independentes em relação ao processo de negociação e contratação do crédito”. A solução indicia que o legislador comunitário entende que, em regra, a responsabilidade do devedor não está limitada ao valor do imóvel hipotecado e que o risco de desvalorização deste, assim como as alterações da sua situação patrimonial, correm pelo mutuário/consumidor, mas que a incorreta avaliação da solvabilidade deste último e do valor do imóvel hipotecado é um risco do mutuante. Conclusão que se retira da circunstância de, no art. 18.º, n.º4, da Diretiva 2014/17/UE, se estabelecer que os mutuantes não poderão resolver ou alterar o contrato em prejuízo do consumidor com base na incorreta avaliação da solvabilidade deste último, salvo se esta se tiver baseado em informação falsificada por ele.

Interrogamo-nos, contudo, se na transposição da Diretiva não se pode - ou deve - ir mais longe, visto que aí também se prevê que o mutuante só pode disponibilizar crédito ao consumidor se a avaliação de solvabilidade indicar que é provável o cumprimento do contrato de mútuo (art. 18.º, n.º 5, al. a), da Diretiva 2014/17/UE). Nas hipóteses em que esse juízo de probabilidade assentou numa incorreta avaliação da solvabilidade do devedor e do imóvel dado em garantia, sem que tenha havido dolo do mutuário, e essa avaliação gerou no mutuante e no mutuário a expectativa de que o imóvel hipotecado seria suficiente, em caso de incumprimento, para solver o crédito em dívida, parece-nos que a hipótese pode configurar uma situação de erro sobre a base ou de alteração das circunstâncias, consoante o caso concreto, que exigirá uma anulação/resolução ou modificação do contrato. Neste caso, não é possível afastar o regime da alteração das circunstâncias por apelo às regras do risco.



2.1.5. Já, todavia, no que respeita à alteração dos custos do crédito, o risco deve correr por conta do mutuante. O certo é que, as mais das vezes, esse risco é transferido para o mutuário através de cláusulas que permitem ao mutuante alterar unilateralmente o *spread*. Estas cláusulas – ditas de *ius variandi* – parecem estar legitimadas pelo regime jurídico aplicável às cláusulas contratuais gerais<sup>433</sup>. De acordo com o art. 22.º, n.º1, al. c), da LCCG, são proibidas as cláusulas contratuais gerais que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar livremente o contrato, exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado. Porém, tal proibição não se aplica a cláusulas contratuais gerais que "concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração" – cfr. art. 22.º, n.º 2, al. a), da LCCG<sup>434</sup>. A resolução implica, contudo, a obrigação de restituição do capital mutuado de que o mutuário pode não dispor. Ainda que, em abstrato,

---

<sup>433</sup> Partindo do pressuposto que as cláusulas de *ius variandi* são válidas e que, por isso, as alterações ao contrato são legítimas desde que o credor as comunique atempadamente ao devedor, os Tribunais no Reino Unido têm discutido quais os limites que devem ser impostos a este poder de modificação unilateral dos contratos de crédito. A jurisprudência tem sido, a este propósito, bastante permissiva. Desde que a alteração da taxa de juro não tenha um fim ilícito ou não seja desonesta, caprichosa, arbitrária ou discriminatória, a liberdade de comércio imporá aos tribunais que não controlem estas alterações. Para um resumo de diversas decisões judiciais que versam sobre a problemática enunciada, v. GERAINT HOWELLS, "Change of Circumstances in Consumer Credit Contracts – The United Kingdom Experience and a Call for the Maintenance of Sector Specific Rules", cit., pp. 456 e ss. Para GERAINT HOWELLS, "one suspects that the courts will continue to allow a large measure of commercial freedom. (...) Variation is not an issue covered by Consumer Credit Directive beyond the requirement that the borrower be informed of changes in the rate interest. However, controls on the power to vary it are one aspect of the ongoing relationship that could possibly be formulated as a general rule and included in the CFR. (...) However, even if there is a power to control variation of interest rates, the scope of any such rule will have to be worked out in the context of credit contracts, that is, whether it is only arbitrary controls that are restricted or whether any charge must be reasonable, thus interfering with commercial judgments".

<sup>434</sup> De acordo com aquele que é o entendimento do Banco de Portugal, expresso na Carta-Circular n.º 32/2011/DSC, os factos que fundamentam a alteração devem ser especificados pela instituição de crédito. Por outro lado, esses factos devem ser externos ou alheios a esta; e ser relevantes, excepcionais e ter subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objetivo. Cfr. ANDRÉ FIGUEIREDO, "O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários Celebrados com Consumidores", *Subjudice*, n.º 39, junho de 2007, p. 17.

o mutuário possa junto de outra instituição contratar um novo financiamento para amortizar o antigo, não significa que, em concreto, tal seja possível.

Segundo ANDRÉ FIGUEIREDO, “ao contrário do que sucede ao abrigo da regra geral, não se exige aqui que os fundamentos objectivos para o exercício do poder de alteração unilateral do contrato se encontrem elencados na cláusula geral. Se a cláusula especificasse os eventos que legitimariam o exercício do *ius variandi*, estaríamos não no âmbito de aplicação desta norma especial, mas no contexto da própria regra geral”<sup>435</sup>. Somos de opinião que deverão ser consideradas nulas por indeterminabilidade do seu objeto (art. 280.º do CC) as cláusulas contratuais que se limitem a permitir a modificação unilateral do contrato no caso de existir uma variação dos mercados. Quem contrai uma obrigação por 30 ou 40 anos tem de poder determinar a medida da sua responsabilidade, o que não é possível se a uma taxa de juro variável, como a EURIBOR, adicionarmos a possibilidade de alteração ilimitada dos *spreads* em virtude de variações dos mercados a definir unilateral e exclusivamente no futuro pelo credor. Não nos parece que a vaguidade das cláusulas contratuais que legitimam este *ius variandi* seja colmatada por, segundo a Carta-Circular do Banco Portugal n.º 32/2011/DSC, a alteração da taxa de juro ou outros encargos de contratos dever obedecer ao princípio da proporcionalidade e assentar numa relação de causalidade entre, por um lado, o evento invocado e, por outro, o teor e alcance da alteração contratual que a instituição de crédito pretende introduzir. Embora a invocação do princípio da proporcionalidade permita excluir as alterações que conduzam a um desequilíbrio injustificado das prestações, ainda não assim não faculta ao devedor um critério que lhe permita objetivamente mensurar a medida da sua responsabilidade no momento em que o contrato é concluído.

O artigo art. 28.º-A, aditado ao Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro pela Lei n.º 59/2009, de 9 de novembro, apesar de ter limitado as alterações de *spread* em caso de renegociação do contrato<sup>436</sup>, ficou aquém do que seria exigível numa lógica de imputação do risco de aumento dos custos do crédito a quem o concede, mormente quando este se funda numa variação dos mercados, visto que, neste ponto, o regime ficou intocado.

---

<sup>435</sup> Cfr. ANDRÉ FIGUEIREDO, “O Poder de Alteração Unilateral nos Contratos Bancários Celebrados com Consumidores”, cit., pp. 17 e 18.

<sup>436</sup> O que aí se proíbe é simplesmente o aumento dos *spreads* por o mutuário ter arrendado o imóvel a um terceiro em virtude de uma alteração do local de trabalho ou de uma situação de desemprego; ou em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dissolução da união de facto ou falecimento de um dos cônjuges quando se prove que o agregado familiar tem rendimentos que proporcionam uma taxa de esforço inferior a 55% ou 60% consoante este último seja composto por dois ou mais dependentes.

## **2.2. A RESOLUÇÃO E CONSEQUENTE EXECUÇÃO FORÇADA DA DÍVIDA COMO ÚLTIMA MEDIDA/REMÉDIO EM CASO DE INCUMPRIMENTO DO CRÉDITO À HABITAÇÃO GARANTIDO POR HIPOTECA E SUA CONFORMIDADE COM A DIMENSÃO HUMANISTA QUE OS PRINCÍPIOS DE *LIFE TIME CONTRACTS* IMPÕEM À REGULAÇÃO DESTES CONTRATOS**

De acordo com o décimo primeiro princípio de *life time contracts*, a cessação antecipada do contrato deve ser feita de forma transparente, controlável e socialmente aceitável e, caso seja feita contra a vontade do consumidor, deve representar-se como uma medida extrema (*ultima ratio*).

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que na nossa legislação já encontramos refletido o princípio enunciado. Em caso de incumprimento, já se estabelece uma proibição de imediata resolução do contrato de mútuo. De acordo com o art. 7.º-B - aditado pela Lei n.º 59/2012 ao Decreto-Lei n.º 349/98 que regula a concessão de crédito à habitação - é necessário o incumprimento de, pelo menos, três prestações vencidas para que o contrato possa ser resolvido.

Preocupação, aliás, reiterada pelo legislador comunitário quando na Diretiva 2014/17/UE prevê que os Estados-Membros obriguem os mutuantes “a agirem com ponderação adequada” antes de iniciarem um processo de execução (art. 28.º, n.º1). Num contexto geral de crise, não é qualquer incumprimento que deve fazer despoletar a responsabilidade patrimonial. Conforme resulta do preâmbulo da referida Diretiva, “dadas as importantes consequências que a execução da hipoteca tem para os mutuantes, os consumidores e eventualmente para a estabilidade financeira, convém incentivar os mutuantes a tratarem de forma proactiva o risco de crédito logo de início e instituir as medidas necessárias para assegurar que os mutuantes ajam com razoável tolerância e envidem diligências razoáveis para resolver a situação por outros meios antes de intentarem um processo de execução hipotecária”.

Desde que proceda ao pagamento de todas as prestações vencidas e não pagas, juros de mora e demais despesas incorridas pelo mutuante, o mutuário tem a possibilidade de, no prazo de oposição à execução, requerer a retoma do crédito. A lei permite, assim, uma purgação do incumprimento com efeitos retroativos. É que, apesar de a mora se ter convertido em incumprimento definitivo, os efeitos retroativos da purgação do incumprimento permitem a

revivescência de um contrato que cessou (art. 23.º-B aditado pela Lei n.º 59/2012 ao Decreto-Lei n.º 349/98)<sup>437</sup>.

### **2.3. NÃO LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO AO BEM DADO EM GARANTIA E SUA CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA NÃO EXCLUSÃO SOCIAL DO DEVEDOR EM CASO DE INCUMPRIMENTO**

Outro dos traços característicos do nosso regime é a não limitação da responsabilidade do mutuário ao bem dado em garantia, salvo nas hipóteses em que tal foi convencionado por mutuante e mutuário (art. 602.º do CC). Solução que não foi alterada pelo art. 23.º-A, n.º1, do Decreto-Lei n.º 349/98, aditado pela Lei n.º 59/2012, quando determina que, por acordo, podem as partes estabelecer que a venda executiva ou a dação em cumprimento extingue integralmente a dívida. Disposição desnecessária porquanto esta possibilidade de limitação da responsabilidade sempre existiu.

Mesmo quando o mutuário se encontra numa situação económica difícil, para efeitos de aplicação do regime instituído pelo art. 23.º, n.º1, da Lei n.º 58/2012, e vem requerer a dação em cumprimento do imóvel, a dação só extingue totalmente a dívida quando a soma do valor da avaliação atual do imóvel e das quantias entregues a título de reembolso do capital for, pelo menos, igual ao valor do capital inicialmente mutuado, acrescido das capitalizações que possam ter ocorrido ou quando o valor da avaliação atual do imóvel, para efeito de dação, for igual ou superior à quantia em dívida. Nos outros casos, a dívida mantém-se relativamente ao capital remanescente. Só não é possível ao mutuante aplicar condições de crédito piores e beneficiar de novas garantias pessoais ou reais (art. 23.º, n.ºs 2 e 3).

Solução que nos parece conforme ao art. 28.º, n.º 4, da Diretiva quando estabelece que “os Estados-Membros não podem impedir as partes num contrato de crédito de acordarem expressamente que a devolução ou a transferência para o mutuante da garantia ou do produto da respetiva venda é suficiente para reembolsar o crédito”.

Ao contrário do sustentado pelo Tribunal Judicial de Portalegre<sup>438</sup>, na sequência de algumas decisões proferidas por tribunais espanhóis no mesmo sentido, não entendemos que exista abuso de direito quando o mutuante requer a continuação da execução sobre outros bens do mutuário após a adjudicação

---

<sup>437</sup> A revivescência também se encontra prevista no art. 1084.º, n.ºs 3 e 4, do CC para o contrato de arrendamento que foi resolvido por falta de pagamento de rendas.

<sup>438</sup> Cf. Sentença de 14 de janeiro de 2012 do Tribunal Judicial de Portalegre, *in* [http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre\\_creditohipotecario.pdf](http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf).

do imóvel hipotecado por um valor inferior ao da avaliação feita no momento da concessão do crédito<sup>439</sup>. Segundo o Tribunal, a “obrigação de pagamento do simples remanescente da dívida após valor da adjudicação, configuraria uma situação de abuso de direito na modalidade de desequilíbrio no exercício de direito porquanto, sendo titular de um direito de crédito, formal e aparentemente exigível por incumprimento contratual, a sua excecutoriedade e reconhecimento judicial desencadearia resultados totalmente alheios ao que o sistema poderia admitir (...), em consequência do seu normal e regular exercício”. O que o Tribunal parece defender é que o Banco ao conceder um crédito, na sequência de uma avaliação que ele próprio certificou, cria uma situação de confiança de que o valor do imóvel chegará para pagar o empréstimo e, por isso, é abusivo vir pedir a diferença entre o valor da avaliação e o valor da adjudicação.

Não nos parece que, em regra e em abstrato, o exercício do direito a requerer a adjudicação pelo valor mínimo fixado na lei seja ilegítimo por o seu titular exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé quando esse valor for inferior ao da avaliação feita no momento da concessão do crédito, muito menos que haja um investimento de confiança merecedor de tutela que conduza ao mesmo resultado. Tudo depende do que se venha a provar ter ocorrido no caso concreto. O mutuário sabe que a sua responsabilidade não se encontra circunscrita ao bem hipotecado e que o risco de desvalorização do imóvel corre por sua conta, uma vez que será ele também o primeiro beneficiado se este se valorizar.

Desde que, na avaliação para efeitos de venda ou de adjudicação se tenha dado cumprimento aos critérios legalmente estabelecidos, o facto de a adjudicação ser feita por um valor inferior ao da avaliação e o credor exigir a quantia remanescente que esteja em dívida não é de *per si* abusivo. A garantia de que goza o devedor nesses casos é a de que a adjudicação não pode ser feita por um valor inferior a 85% do valor de base dos bens (na data do Acórdão o valor era de 70%) e que esse valor de base é o maior dos seguintes valores: o valor patrimonial tributário com menos de seis anos ou o valor de mercado (art. 816.º, n.º2, do CPC). A posição do devedor não é diferente quando o credor requer a adjudicação daquela em que estaria na hipótese de o bem ser

---

<sup>439</sup> No mesmo sentido, v. ISABEL MENÉRES CAMPOS, “Comentário à (muito falada) sentença do Tribunal Judicial de Portalegre de 4 de janeiro de 2012”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38, abril/junho de 2012, pp. 4 a 9. Sustentando posição contrária, MENEZES LEITÃO, “O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação”, in *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 16, considera que este comportamento do Banco representa um exercício manifestamente abusivo do direito de crédito, mais concretamente um verdadeiro *venire contra factum proprium*.

vendido a um terceiro através de apresentação de proposta em carta fechada, pois o valor mínimo da adjudicação (art. 799.º, n.º3, do CPC) é igual ao valor mínimo de venda (art. 821.º, n.º3, do CPC).

O Tribunal entendeu também que haveria aqui um enriquecimento sem causa na modalidade de *condictio ob rem*, quando o Banco ficou com o imóvel por 70% do seu valor de base. O argumento foi o de que, tendo o contrato de mútuo um fim específico, mais concretamente, a aquisição de um imóvel, o mutuante só teria direito à diferença entre o valor da dívida e o valor do imóvel à data da concessão do crédito<sup>440</sup>.

Cabe perguntar se, *de iure condendo*, não estaria em conformidade aos princípios de *life time contracts* limitar a responsabilidade do mutuário ao valor do bem hipotecado. Temos dúvidas que essa limitação seja defensável. Em primeiro lugar, esta solução nunca protegeria a casa de morada de família. Sendo o único bem que responderia pela dívida, mais facilmente seria executado. Em segundo lugar, apesar de proteger o restante património do mutuário, a solução não tem em conta que o risco de não ser possível uma dação em cumprimento, uma adjudicação ou uma venda judicial pelo valor do crédito, deve correr por conta do mutuário, porque é sobre ele que recai o risco de desvalorização do imóvel.

Embora não nos pareça imperativo à luz dos princípios de *life time contracts* restringir a garantia à hipoteca, somos de opinião que devem criar-se condições e incentivos para que os consumidores, para além do seguro de vida e do imóvel, possam também fazer seguros para garantia de situações de desemprego ou de alteração do nível de rendimentos por motivos de saúde. Apesar de os custos decorrentes da subscrição deste tipo de coberturas serem elevados, as vantagens, para o consumidor e para a solvabilidade do sistema bancário em geral, associadas à socialização destes riscos serão certamente superiores. E isto sobretudo se os seguros não forem contratados com companhias pertencentes ao mesmo grupo (jurídico ou económico) do mutuante.

O que se prevê na Diretiva é que os “Estados-Membros devem instituir procedimentos ou tomar medidas que permitam a obtenção do melhor preço pelo imóvel objeto de execução hipotecária”. Se, depois de executada a hipoteca, subsistirem montantes em dívida, os Estados-Membros asseguram a

---

<sup>440</sup> MENEZES LEITÃO, em comentário à referida decisão, considera que não haverá aqui um enriquecimento sem causa, posto que “a aplicação da *condictio ob rem* não tem lugar sempre que esteja em causa um contrato, como é neste caso o crédito à habitação”. Cfr. MENEZES LEITÃO, “O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação”, cit., p. 16.

adoção de medidas que facilitem o reembolso, a fim de proteger os consumidores. (cfr. art. 28.º, n.º5, da Diretiva 2014/17/UE).

A este propósito é necessário registar que, desde 2012, o valor mínimo de venda judicial ou pelo qual pode ser requerida a adjudicação passou de 70% do valor de base dos bens para 85%. É desejável que o legislador aumente ainda este valor.

Pode também pensar-se na criação de incentivos de natureza fiscal a quem adquira imóveis, através de vendas judiciais, a fim de estimular e alargar a procura e, deste modo, potenciar que o produto da liquidação do bem seja o da avaliação. Mais concretamente propõe-se que as isenções previstas, no art. 8.º do CIMT, para as instituições de crédito ou para as sociedades comerciais cujo capital seja direta ou indiretamente dominado pelas primeiras sejam alargadas a todos os adquirentes de imóveis em processo execução ou de insolvência.

Apesar de o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/99 e de o art. 5.º, n.º4, que subseqüentemente foi introduzido no Código de Registo Predial, terem aparentemente excluído do conceito de terceiros para efeitos de registo as aquisições de direitos sobre imóveis que não derivem de um ato voluntário do seu titular, subsiste na jurisprudência alguma incerteza relativamente à oponibilidade ao comprador de boa fé - que adquiriu um determinado imóvel através de venda judicial e registou a sua aquisição - de um direito anterior incompatível, mas não registado antes da penhora<sup>441</sup>. No seguimento do que já defendemos anteriormente, entendemos que, em face do disposto no art. 824.º, n.º2, do CC, com a venda executiva caducam todos os direitos constituídos antes da penhora mas não registados até essa data<sup>442</sup>.

No que respeita à garantia do reembolso do remanescente, o que o legislador nacional terá de equacionar no momento da transposição da Diretiva

---

<sup>441</sup> Sobre o tema, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de fevereiro de 2013 (LOPES DO REGO), processo n.º 3326/09.4TBVFR.P1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). De acordo com o referido aresto, o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/99 “não decidiu, nem tinha que decidir, a questão da natureza jurídica da venda judicial, em termos de apurar se o Estado nela actua em nome próprio, no exercício de um poder coercitivo autónomo, ou se, pelo contrário, o transmitente do bem vendido judicialmente continua ainda a ser o devedor/ executado, actuando o Estado em verdadeira sub-rogação deste – e dependendo decisivamente desta configuração normativa da venda judicial a qualificação do adquirente do bem como *terceiro*, por ter adquirido a propriedade de um *mesmo transmitente comum*”.

<sup>442</sup> Cfr. ANA TAVEIRA DA FONSECA, “Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 20, outubro/dezembro de 2007, pp. 16 e ss.

é se o regime vigente é suficiente para acautelar as situações de exclusão social do devedor sobreendividado que perde a habitação. Será, nomeadamente, necessário determinar se o regime das impenhorabilidades e da exoneração do passivo restante (arts. 235.º e ss. do CIRE) é suficiente para acautelar esse perigo ou se, depois de executada a hipoteca, será necessário assegurar por via legal uma modificação do contrato de crédito que permita ao devedor solver o remanescente em dívida e ao mesmo tempo reorganizar a sua vida. O incumprimento e a insolvência não podem determinar “a morte do devedor” quando este é uma pessoa individual.

#### **2.4. EXECUÇÃO DA HIPOTECA E PROTEÇÃO DA CASA DE MORADA DE FAMÍLIA**

A garantia do mínimo de subsistência do executado, outra das preocupações refletida nos princípios de *life time contracts*, não vai ao ponto de impedir a penhora/venda da casa de morada de família<sup>443</sup>.

Importa, por isso, refletir se, à luz deste princípio, tem sentido que a execução comece obrigatoriamente pelo bem hipotecado, como parece resultar do disposto no art. 752.º do CPC. De facto, o agente de execução parece estar obrigado a começar a penhora pelo imóvel hipotecado para garantia do crédito exequendo, mesmo que esta não possa ser considerada adequada (art. 751.º, n.º3, do CPC) e proporcional ao valor da quantia exequenda (art. 735.º, n.º3, do CPC). Afigura-se-nos que, embora a penhora deva começar pelo bem onerado para garantia da obrigação exequenda (art. 752.º, do CPC), nada impede o executado de requerer a sua substituição por outro bem que, permitindo ao exequente receber a prestação a que tem direito, seja menos onerosa para o executado, devendo o juiz, em caso de oposição do exequente à substituição, tomar em devida consideração a importância do bem para o executado (art. 751.º, n.º4, al. a) e n.º5 do CPC). O que resulta do regime substantivo é que o devedor que for dono da coisa hipotecada tem o direito de se opor à penhora de outros bens, enquanto não for reconhecida a insuficiência daquela para solver o crédito exequendo (art. 697.º do CC). Muito embora a *ratio* da disposição seja a de evitar que o património do devedor continue onerado, enquanto outros bens do devedor estão a ser penhorados e vendidos, por tal ser, em geral, contrário ao interesse do devedor, tal poderá não suceder

---

<sup>443</sup> NOTA DE ATUALIZAÇÃO 2: Com a entrada em vigor da Lei n.º 13/2016, de 23 de maio, deixou de ser possível a venda, em sede de execução, dos imóveis destinados exclusivamente a habitação própria e permanente do devedor que tenham sido penhorados por dívidas fiscais. Nestes casos, depois da penhora, a venda fica suspensa, o que não significa que o imóvel não possa ser vendido se vier a ser novamente penhorado, no âmbito, por exemplo, de uma execução por incumprimento de um contrato de crédito para aquisição de habitação própria e permanente garantido por hipoteca.



quando o que está em causa é a casa de morada de família. Devia, por isso, pensar-se na possibilidade de o regime previsto no art. 752.º do CPC não se aplicar quando o bem onerado fosse a habitação do executado.

É verdade que o regime da ação executiva para pagamento de quantia certa contempla várias formas de proteção da casa de habitação efetiva do executado, especialmente desde 2013. Aí se prevê que recaindo a penhora sobre a casa de habitação efetiva do embargante, a requerimento deste, pode, por decisão judicial, sem necessidade de prestação de caução, a venda ficar suspensa até à prolação da decisão em primeira instância sobre os embargos deduzidos pelo executado, quando tal venda seja suscetível de causar prejuízo grave e dificilmente reparável (art. 733.º, n.º5, do CPC). O mesmo sucede, com as necessárias adaptações, se houver dedução de oposição à penhora do imóvel que seja a habitação efetiva do executado (art. 785.º, n.º4, do CPC) ou se a sentença que estiver a servir de base à execução estiver pendente de recurso (art. 704.º, n.º4, do CPC).

Contudo, ao contrário do previsto no art. 864.º do CPC e no art.15.º-N do NRAU para o despejo do arrendatário, não está prevista a possibilidade de se requerer a suspensão provisória da entrega do imóvel por motivos de razão social imperiosa após a venda judicial do mesmo. É certo que, nestes casos, o executado é constituído depositário depois da penhora (art. 756.º, n.º1, al. a) do CPC), mas depois da venda pode necessitar de algum tempo para encontrar outra habitação e a lei não contempla essa possibilidade. A lei somente estabelece que o agente de execução deve comunicar antecipadamente o despejo à câmara municipal e às entidades assistenciais competentes se existirem dificuldades sérias de realojamento do executado e permite que a execução se suspenda quando a entrega do imóvel puser em risco de vida a pessoa que aí habita por razões de doença aguda (arts. 828.º, 861.º e 863.º, n.º3, do CPC).

# Proporcionalidade e adaptabilidade: a jurisprudência do TEDH no equilíbrio da relação entre senhorio e inquilino

*Sandra Passinhas\**

## 1. INTRODUÇÃO: A RELAÇÃO DE ARRENDAMENTO

São elementos essenciais do contrato de arrendamento a cedência temporária do gozo de uma coisa e o pagamento de uma retribuição por esse mesmo gozo. Considerações de política social, mas também de equidade ou justiça social, levaram os legisladores dos vários países europeus a implementarem normas que afectam cada um destes elementos, em especial no arrendamento para habitação: medidas relativas a limitações ao montante inicial da renda ou congelamento dos aumentos posteriores, limitações na escolha da pessoa do arrendatário, impossibilidade de extinção do contrato por vontade do senhorio, não caducidade do contrato de arrendamento pelo decurso do prazo ou ainda diferimento da desocupação do imóvel após o termo do contrato.

A protecção do arrendatário e do seu direito à habitação foi sendo desenhada como uma limitação aos poderes do senhorio<sup>444</sup>, em regra proprietário do imóvel, a favor do contraente mais fraco e vulnerável: o arrendatário. Esta circunstância não pode obliterar, contudo, que a intervenção material no contrato é uma opção do legislador na conformação da política pública de acesso à habitação.

O direito à habitação, em Portugal, é um direito constitucionalmente garantido, no artigo 65.º da CRP. Na sua *vertente positiva*<sup>445</sup>, aquela que está

---

\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>444</sup> No acórdão R & L, S.R.O e outros c. República Checa (Queixas n.ºs 37926/05, 25784/09, 36002/09, 44410/09 e 65546/09), de 3 de julho de 2014, pode ler-se, no §102, que uma das dimensões de um direito real é precisamente a determinação das condições em que um terceiro pode usar a coisa.

<sup>445</sup> Na vertente negativa, o direito à habitação consiste no direito de não ser arbitrariamente privado da habitação ou de não ser impedido de conseguir uma, revestindo então a forma de direito de defesa, determinando um dever de abstenção do Estado e de terceiros, e apresentando-se, nessa medida, como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias. A chamada *dimensão negativa* do direito à habitação traduz-se num mero dever de abstenção

aqui em causa, o direito à habitação consiste no direito de *a obter*, traduzindo-se na exigência das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objectivo. Neste sentido, constitui um verdadeiro e próprio ‘direito social’, que justifica e legitima a pretensão do cidadão a determinadas prestações<sup>446</sup>, implicando determinadas obrigações positivas do Estado. O conteúdo do direito à habitação não está pré-determinado ao nível das opções constitucionais, mas antes pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, e cuja efectividade está dependente da chamada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), em termos políticos, económicos e sociais<sup>447</sup>. A intervenção do Estado pode incidir sobre aspectos tão variados como a requalificação urbana, o financiamento da aquisição própria, a promoção da construção imobiliária, o incentivo ao arrendamento, etc<sup>448</sup>. Esta intervenção pode ser *directa*, através o

---

do Estado e de terceiros em ordem a não praticarem actos que possam prejudicar a efectiva realização daquele direito. Cfr., por todos, J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., pp. 345 e 346

<sup>446</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., pp. 345 e 346. Na jurisprudência, vide o Acórdão TC n.º 101/92, de 17 de março, onde se lê: “Com efeito, a vertente mais significativa do direito à habitação enquanto ‘direito económico, social e cultural’ contém-se na sua dimensão positiva, isto é, no direito dos cidadãos às medidas e prestações estaduais adequadas à concretização do objectivo ali enunciado – o direito a obter uma habitação adequada e condigna à realização da condição humana, em termos de preservar a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, e o Acórdão TC n.º 131/92, de 1 de abril: “O ‘direito à habitação’, ou seja, o direito a ter uma morada condigna, como direito fundamental de natureza social, situado no Capítulo II (direitos e deveres sociais) do Título III (direitos e deveres económicos, sociais e culturais) da Constituição, é um direito a prestações”. Considera este aresto que o direito à habitação, como direito social que é, quer seja entendido como um direito a uma prestação não vinculada, reconduzível a uma mera pretensão jurídica (na senda de Vieira de Andrade) ou, antes, como um autêntico direito subjectivo inerente ao espaço existencial do cidadão (na opinião de Gomes Canotilho), não lhe confere um direito imediato a uma prestação efectiva, já que não é directamente aplicável, nem exequível por si mesmo.

<sup>447</sup> Por todos, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 162 e ss.

<sup>448</sup> Da parte do particular, o acesso à habitação passa, em geral, pela escolha entre dois meios privilegiados, a compra e o arrendamento. A opção por este último convoca razões tão diversas como o facto de a compra não ser viável (não ter meios para custear a compra de uma casa ou não ter credibilidade bancária), não ser adequada às necessidades habitacionais (mudança frequente do local de trabalho, vida familiar instável) ou existir uma opção expressa do particular nesse sentido.

fornecimento de habitação ou *indirecta*, através de regulação, subsídios e incentivos<sup>449</sup>.

No âmbito da política de acesso à habitação<sup>450</sup>, alternativas como a construção de habitação pública e o desenvolvimento do arrendamento social têm tido, no nosso país, um carácter marcadamente residual. A intervenção sobre o arrendamento habitacional tem sido, sobretudo, realizado de forma *indirecta*, através da regulação do regime do arrendamento urbano. Da intervenção legislativa, resulta, todavia, a oneração do senhorio/proprietário com os custos dessas políticas, nomeadamente inscrevendo-os na *função social da propriedade*.

Numa altura em que se assiste a uma certa revitalização do mercado do arrendamento, cabe reflectir sobre os vectores essenciais de uma política de habitação a longo prazo, indagar da necessidade de uma mudança das atitudes e vontade políticas e propor a superação de eventuais barreiras regulatórias.

O que pretendemos destacar neste texto é a relevante inversão do caminho decisório no TEDH: de uma política pró-inquilino, baseada num primeiro momento de reconhecimento de uma ampla margem de apreciação aos Estados Contratantes, o TEDH passou a uma análise mais profunda da proporcionalidade das restrições impostas aos proprietários, vindo a considerar que as políticas de habitação, de enorme importância económica e social, não podem violar os parâmetros de protecção da CEDH<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Cfr. DAVID MULLINS e ALAN MURIE, “Introduction”, *Housing Policy in the UK, Public Policy and Politics*, 2005, p. 1.

<sup>450</sup> Note-se que a habitação tem características que determinam a política pública e que a distinguem de outras políticas públicas: para além de ter um custo alto por referência ao rendimento corrente, reflecte padrões de investimento de 60-100 anos anteriores. Cfr. DAVID MULLINS e ALAN MURIE, “Introduction”, *Housing Policy in the UK, Public Policy and Politics*, 2005, p. 1.

<sup>451</sup> Já analisámos a protecção da propriedade pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos no nosso “The protection of Property under European Law Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?”, Florença, 2010, pp. 134 e ss, disponível em [https://www.google.pt/search?q=sandra+passinhas+cadmus&ie=utf-8&oe=utf-8&gws\\_rd=cr&ei=zYKvVoD-LMj5aIaIlegO](https://www.google.pt/search?q=sandra+passinhas+cadmus&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=zYKvVoD-LMj5aIaIlegO). Mais recentemente, vide o nosso “Fundamental rights in actions to protect immovable”, in SONIA MARTIN SANTISTEBAN e PETER SPARKES, *Protection of Immovables in European Legal Systems*, CUP, 2015, pp. 31-62.

## 2. A PROTECÇÃO DA PROPRIEDADE NO TEDH

Como no decurso dos trabalhos preparatórios da CEDH não foi possível chegar a acordo quanto à oportunidade de inserir a tutela da propriedade numa Convenção, os Estados Contratantes acordaram que esta protecção seria reenviada para a adopção de um protocolo posterior. É neste contexto que vem a surgir o Protocolo 1, cujo artigo 1.º é a única disposição da Convenção que tem como objecto expresso um direito patrimonial. A norma vem a ser aceita<sup>452</sup>, com o objectivo limitado de evitar os actos de confisco arbitrário da propriedade privada, sem excluir o poder conformador dos Estados sobre a propriedade, a fim de garantir a realização da sua função social.

O artigo 1.º do Protocolo 1, estabelece que:

*“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem o direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é a sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas na lei e pelos princípios gerais do direito internacional.*

*As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.”*

Esta norma garante o direito de propriedade<sup>453</sup> e tem sido entendida<sup>454</sup> como compreendendo três regras distintas<sup>455</sup>: a primeira, expressa na primeira frase do primeiro parágrafo, consagra o princípio do gozo pacífico dos bens como uma norma de natureza geral; a segunda, na segunda frase do mesmo parágrafo, abrange a privação da propriedade e sujeita-a a determinadas condições; a terceira, contida no segundo parágrafo, reconhece que os estados podem, entre outras coisas, controlar o uso da propriedade para

---

<sup>452</sup> Sobre a origem da norma, vide MARIA LUISA PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione dei Diritti dell’Uomo*, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 1 e ss.

<sup>453</sup> Acórdão Marckx c. Bélgica (Queixa n.º 6833/74), de 13 de junho de 1979, §63.

<sup>454</sup> Sobre os princípios que regem a interpretação da Convenção, MARIE-BÉNÉDICTE DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights – Reflecons on the European Convention*, CUP, 2006, pp. 21 e ss.

<sup>455</sup> Veja-se o Acórdão Sporrang e Lönnroth c. Suécia (Queixas n.º 7151/75; 7152/75), de 23 de setembro de 1982, § 61.

a realização do interesse geral, através de leis<sup>456</sup> que considerem necessárias para esse fim. O Tribunal cabe controlar a conformidade do exercício deste poder de regulamentação do uso dos bens com os princípios da legalidade e da proporcionalidade, surgindo, assim, o direito de propriedade como *uma garantia negativa* perante a acção do poder estatal.

As regras enunciadas, contudo, estão interrelacionadas: a segunda e a terceira regras constituem instâncias de interferência com o gozo pacífico da propriedade, e portanto, devem ser concretizadas em função do princípio geral enunciado na primeira regra<sup>457</sup>.

A problemática do arrendamento tem sido tratada pelo TEDH no âmbito específico da terceira regra (segundo parágrafo), ou seja, no poder dos Estados de regulamentarem o uso dos bens<sup>458</sup>. Ainda que os senhorios houvessem ficado privados do uso e fruição do imóvel, não o pudessem alienar, etc, em nenhum dos casos analisados houve medidas que implicassem a transferência do título de propriedade. O Tribunal parece, assim, atribuir relevância à finalidade última do regime, considerando como uma simples regulamentação do uso dos bens qualquer medida que, embora restringindo – temporária ou definitivamente – alguns dos poderes do proprietário, não aparece finalizada numa privação da propriedade.

---

<sup>456</sup> No que respeita ao seu conteúdo, o respeito pelo princípio da legalidade pressupõe uma dupla determinação: relativa à existência das normas de direito interno e à conformidade das medidas concretas com essas normas. Cfr. MARIA LUISA PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milão, 2003, p. 182. O Acórdão R & L, S.R.O e outros c. República Checa (Queixas n.º 37926/05, 25784/09, 36002/09, 44410/09 e 65546/09), de 3 de julho de 2014, versou sobre um esquema de controlo de rendas que não cobria os custos de reparação, reconstrução e manutenção dos apartamentos em causa. As normas em causa haviam sido declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, pelo que a interferência com os direitos do titular não tinha base legal.

<sup>457</sup> Inter alia, ver o Acórdão Lithgow e Outros c. Reino Unido (Queixas n.º 9006/80; 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81), de 8 de julho de 1986, § 106. Sobre o fundamento filosófico destas normas, ver Ali Riza Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, pp.137-138.

<sup>458</sup> Na verdade, nunca o TEDH considerou que a legislação do arrendamento conduzisse a uma expropriação de direito ou de facto. Cfr. *Mellacher e outros contra Áustria* (Queixas n.º 10522/83; 11011/84; 11070/84), de 19 de dezembro de 1989; *Scollo contra Itália* (Queixa n.º 19133/91), de 28 de setembro de 1995, § 27; *Ghigo c. Malta* (Queixa n.º 31122/05), de 26 de setembro de 2006, §49; *Immobiliare Saffi contra Itália* (Queixa n.º 22774/93), de 28 de julho de 1999, § 46; *Spadea and Scalabrino contra Itália*, (Queixa n.º 12868/87), de 28 de setembro de 1995, § 28.

Especificamente no que respeita ao poder de regulamentação do uso dos bens para a realização do interesse geral, são de referir duas notas.

- (1) O TEDH reconhece uma ampla margem de apreciação aos Estados para definir o que é o ‘interesse geral’ (isto é, quanto à análise e reconhecimento do problema e quanto à escolha concreta das medidas adequadas para a solução do problema)

Segundo a jurisprudência europeia, a margem de apreciação atribuída aos Estados varia em função do contexto<sup>459</sup>: entre os elementos que o TEDH toma em consideração, figuram a natureza e a importância do direito protegido e o tipo de comportamento no caso concreto<sup>460</sup>. Os órgãos de controlo não podem exercer um controlo de mérito quanto a tal avaliação, no pressuposto de que os Estados gozam de um amplo espaço de avaliação em função dos objectivos de política económica e social a realizar. A não ser que seja desprovida de uma base razoável, ou seja, se revele manifestamente infundada, o Tribunal não pode substituir-se<sup>461</sup> à avaliação da autoridade nacional. Assim sendo, o limite constituído pelo interesse geral assume significado enquanto se consubstancie numa *garantia de racionalidade* (coerência lógica e racionalidade), mais do que numa garantia de conteúdo<sup>462</sup>.

- (1) O princípio da proporcionalidade.

O princípio do justo equilíbrio ou da proporcionalidade não tem nenhuma referência textual e é de origem exclusivamente jurisprudencial. No âmbito do artigo 1.º do Protocolo 1, este princípio aplica-se quer a medidas de desapossamento (segunda regra) quer nas hipóteses de meras interferências com o direito de propriedade (terceira regra)<sup>463</sup>:

*“o segundo parágrafo do Artigo 1 do Protocolo 1 (P1-1) deve ser construída à luz do princípio da primeira frase desse artigo. Assim, a interferência deve respeitar um equilíbrio justo entre as exigências do interesse geral e os requisitos da protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos”.*

---

<sup>459</sup> Sobre a margem de apreciação, em geral, vide FRANCESCO BILANCIA, I diritti fondamentale come conquiste sovranazionali di civiltà: Il diritto de proprietà nella Convenzione europea, Giappichelli, Turim, 2002, pp. 113 e ss.

<sup>460</sup> Acórdão Buckley c. Reino Unido (Queixa n.º 20348/92), de 29 de setembro de 1996, § 74.

<sup>461</sup> James e outros c. Reino Unido (Queixa n.º 8793/79), de 21 de fevereiro de 1986, §46.

<sup>462</sup> Em Mellacher et al c. Áustria, § 45.

<sup>463</sup> Cfr. Sporrang e Lönnroth c. Sweden, §69, e Mellacher et al c. Áustria, §48; James e Outros c. Reino Unido, §50.

O princípio do justo equilíbrio exige que cada medida de privação ou de regulamentação do direito individual (no nosso caso, a propriedade) obedeça a uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objectivo da medida<sup>464</sup>. Este critério - que tem um alcance mais amplo do que o da exigência do pagamento de um montante indemnizatório<sup>465</sup> - permite equilibrar em concreto os direitos individuais protegidos pela Convenção com os interesses da colectividade que justificam a sua compressão.

Dito de outro modo, a avaliação da proporcionalidade constitui o instrumento que permite coordenar o respeito pelas obrigações resultantes da Convenção com o exercício dos poderes soberanos de que os Estados são titulares. Neste sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade acaba por desenvolver uma função complementar<sup>466</sup> à da doutrina da margem de apreciação estadual: enquanto o recurso a esta última permite atribuir ao Estado uma certa esfera de discricionariedade na determinação dos pressupostos que permitem a tomada de medidas limitativas ou de regulamentação dos direitos individuais, a avaliação da proporcionalidade diz respeito à congruência das medidas concretas relativamente ao fim a atingir, permitindo controlar que as medidas adoptadas pelo Estado no exercício do poder discricionário não comprimam excessivamente a posição jurídica do indivíduo<sup>467</sup>.

Assim entendido, o princípio da proporcionalidade constitui não apenas um princípio substancial ou informador, mas também um *esquema composto de valoração*, que permite equilibrar interesses e valores de natureza heterogénea, assumindo eventualmente conteúdos distintos em função do tipo de interferência, bem como da importância do direito individual e do interesse colectivo que justificam a restrição.

É quanto a este último aspecto que o controlo do tribunal se mostra mais incisivo, transformando-se num *controlo de mérito* que tem em conta todas as circunstâncias do caso concreto. O critério do justo equilíbrio e o da

---

<sup>464</sup> Acórdão *Beyeler c. Itália* (Queixa n.º 33202/96), de 5 de janeiro de 2000, §114.

<sup>465</sup> Vide MARIA LUISA PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 212 e ss.

<sup>466</sup> Cfr. MARIA LUISA PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milão, 2003, p. 233. Fala em função *correctiva*, ALI RIZA ÇOBAN, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, p. 204.

<sup>467</sup> O controlo da proporcionalidade incide sobre os efeitos que a medida concreta de interferência ou regulamentação comporta em relação ao caso concreto: permite verificar se o indivíduo (o senhorio) sofre um sacrifício excessivo e exorbitante. Cfr. *Hakansson e Sturesson c. Suécia* (Queixa n.º 11855/85), § 51.



proporcionalidade tornam-se nas mãos do tribunal um instrumento de política judiciária extremamente dúctil, que permite a este último alcançar as soluções mais variadas.

### **3. AS POLÍTICAS NACIONAIS DE ARRENDAMENTO SUJEITAS A ESCRUTÍNIO: O RECONHECIMENTO DE UMA AMPLA MARGEM DE APRECIÇÃO AOS ESTADOS CONTRATANTES**

Vamos começar por analisar a jurisprudência do TEDH no caso Mellacher, em que o Tribunal escrutinou medidas austríacas de controlo de rendas.

#### **I. CASO MELLACHER ET AL. C. ÁUSTRIA, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1989: RENDAS CONTROLADAS**

Este é um caso paradigmático na jurisprudência do TEDH, cujas linhas orientadoras estiveram na base da posterior evolução jurisprudencial. Discutiam-se no caso concreto determinadas medidas legislativas - com base na Lei do Arrendamento Austríaca de 1981 (*Mietrechtsgesetz*), em especial o § 44 - através das quais o Estado havia transformado contratos de arrendamento de duração limitada, com rendas livremente negociadas entre as partes, em contratos de duração indeterminada e com renda limitada, que, em alguns casos, dificilmente permitia cobrir os custos de manutenção dos imóveis<sup>468</sup>.

Mr. Mellacher e os outros requerentes, que eram proprietários de um prédio, relativamente ao qual haviam celebrado contratos de arrendamento, queixaram-se de que as autoridades austríacas interferiram com a sua liberdade contratual e privaram-nos do recebimento das rendas. A Lei do Arrendamento, alegaram, tornara-os meros administradores das suas propriedades a troco de uma retribuição controlada pelas autoridades públicas.

Não se colocaram no caso concreto dúvidas quanto à base legal da intervenção, e na medida em que o Estado Austríaco alegou que a Lei visava reduzir a disparidade de rendas para apartamentos equivalentes e combater a especulação imobiliária, tornar mais fácil o alojamento a preços razoáveis para

---

<sup>468</sup> Para a fixação do montante de renda por metro quadrado, a Lei do Arrendamento dividia os arrendamentos em quatro classes, de acordo com o seu nível de conforto e independentemente da sua localização geográfica. Esta divisão era muito desvantajosa para os senhorios de casas com menos condições, criando situações de desigualdade.

uma população menos afluente, e ao mesmo tempo incentivar melhoramentos nos imóveis, o Tribunal considerou que a medida visava prosseguir um objectivo de interesse geral<sup>469</sup>.

Restava<sup>470</sup> então a questão da proporcionalidade: saber se a intervenção em causa respeitava o equilíbrio (*fair balance*) entre as necessidades de interesse geral da comunidade e a protecção dos direitos fundamentais dos indivíduos, equilíbrio esse que se manifesta numa adequada proporcionalidade entre os meios empregues e o objectivo perseguido. O juízo do Tribunal foi positivo: apesar do montante avultado das reduções, estas *não constituem um ónus desproporcionado*, e o facto de as rendas terem sido acordadas previamente de acordo com os valores de mercado não impede que o legislador as considere inaceitáveis do ponto de vista da justiça social.

Se esta decisão respeita integralmente a margem de apreciação do Estado Contratante no que respeita à intervenção no equilíbrio das prestações contratuais, vamos agora ver as especificidades dos casos em que estava em causa a legislação italiana no âmbito do arrendamento.

## II. CASOS CONTRA ITÁLIA

Desde 1947 que o legislador italiano intervinha no arrendamento urbano, quer através do controlo e congelamento das rendas, quer pela prorrogação legal dos arrendamentos em vigor e pelo *adiamento, suspensão ou escalonamento da execução das ordens de despejo/desapossamento*.

Diploma nuclear deste regime foi a Lei 392 de 27 de julho de 1978, que estabelecia um limite da prorrogação legal dos arrendamentos até 31 de dezembro de 1982, 30 de junho de 1983 ou 31 de dezembro de 1983, consoante as circunstâncias. Este diploma estabelecia na Secção 56 que o magistrado fixava a data para a execução da ordem de desapossamento, tendo em consideração as circunstâncias particulares do inquilino e do senhorio e a causa de extinção do arrendamento. A execução não poderia ser diferida por mais de seis meses, ou de doze, em casos excepcionais.

---

<sup>469</sup> Cfr. § 47.

<sup>470</sup> O Tribunal reconheceu, no § 51, que na legislação social, sobre o controlo de rendas, o legislador pode tomar medidas que afectem a execução de contratos celebrados em data anterior de modo a prosseguir o objectivo pretendido. Também não ajuizou a possibilidade de medidas alternativas. Na medida em que o Estado aja nos limites da sua margem de apreciação, não cabe ao Tribunal avaliar em que medida a legislação em causa representa a melhor solução para lidar com o problema ou em que medida a discricionariedade legislativa deveria ter sido exercida noutra maneira.

Desde 1983, todavia, várias normas vieram prorrogar a suspensão dessas ordens de reapossamento (*ordinanze di sfratto*)<sup>471</sup>. A Lei 118, de 5 de abril de 1985, na sua Secção 1(3) viria a determinar que as suspensões não seriam aplicáveis se a repossessão houvesse sido ordenada por incumprimento do pagamento das rendas. Também não poderia ser ordenada a prorrogação da suspensão do despejo se: (a) após a conclusão do contrato, o senhorio requeresse o imóvel para uso (residencial, comercial ou profissional) próprio, do cônjuge, filhos ou netos, e se oferecesse ao inquilino acomodação similar com uma renda comportável e que não ultrapassasse os 20% da renda inicial, pagando ainda os custos da mudança do inquilino; (b) quando o senhorio tivesse necessidade urgente do imóvel para seu alojamento, dos seus filhos ou dos seus ascendentes.

Estas medidas foram sancionadas pelo Tribunal, no Acórdão *Spadea e Scalabrino c Itália*<sup>472</sup>. No que respeita ao objectivo da interferência, o Tribunal considerou que as medidas legislativas que suspendiam os despejos durante o período 1984 a 1988 eram adequadas para lidar com o elevado número de extinção de contratos de arrendamento entre 1982 e 1983 previsto, devido ao levantamento das suspensões de execução pela Lei 392/1978, e justificava-se pela necessidade de permitir que os inquilinos afectados encontrassem novo alojamento ou obtivessem habitação social. A execução simultânea de todas as ordens de despejo, considerou-se, originaria uma considerável tensão social e poria em causa a ordem pública<sup>473</sup>.

Quanto à proporcionalidade da interferência, face ao propósito da intervenção – proteger os inquilinos com baixos rendimentos e evitar o risco de perturbação da ordem pública – o Tribunal avaliou em que medida foi respeitado o equilíbrio entre o interesse dos requerentes e o interesse público. Considerando que, na situação concreta, a única causa para o desapossamento

---

<sup>471</sup> Mais concretamente, o Decreto Legislativo 795, de 1 de dezembro de 1984, cujas normas foram incorporadas no Decreto Legislativo 12, de 7 de fevereiro de 1985, que mais tarde se tornou Lei 118, de 5 de abril de 1985, e que cobria o período de 1 de dezembro de 1984 a 30 de junho de 1985. Uma segunda suspensão resultou do Decreto Legislativo 708, de 29 de outubro de 1986, que veio a tornar-se a Lei 899 de 23 de dezembro de 1986, e que cobria o período entre 29 de outubro de 1986 e 31 de março de 1987. Uma terceira suspensão foi introduzida pelo Decreto Legislativo 26, de 8 de fevereiro de 1988, que se tornou a Lei 108, de 8 de abril de 1988, e que cobria inicialmente o período de 8 de fevereiro de 1988 a 30 de setembro, mas depois foi prorrogado até 31 de dezembro de 1988. Finalmente uma última suspensão foi introduzida pelo Decreto Legislativo 551, de 30 de dezembro de 1988, que se tornou Lei 61, de 21 de fevereiro de 1989, e que cobria o período até 30 de abril de 1989.

<sup>472</sup> Acórdão *Spadea e Scalabrino c. Itália* (Queixa n.º 12868/87), de 28 de setembro de 1995.

<sup>473</sup> Para. 31.

era a caducidade do contrato de arrendamento, e que não se verificava nenhuma situação de excepção à suspensão do despejo – apesar de os requerentes terem sido obrigados a comprar um novo apartamento e não terem recuperado o imóvel senão após a morte de uma arrendatária e após a saída voluntária da outra –, o Tribunal considerou que as medidas não eram desproporcionadas mas antes cabiam na margem de apreciação reconhecida ao Estado italiano pelo segundo parágrafo do artigo 1 do Protocolo 1.

No Acórdão *Scollo c. Itália*, de 28 de setembro de 1995<sup>474</sup>, o requerente tinha uma ordem judicial para a desocupação do imóvel pelo inquilino em 30 de junho de 1984. A pedido do inquilino, o magistrado deferiu, ao abrigo da Lei 94, de 25 de março de 1982, a desocupação para 31 de outubro de 1984. Como o inquilino permaneceu no imóvel, o requerente iniciou o procedimento de despejo. Entretanto, o Decreto de 17 de fevereiro de 1985 (que viria a ser a Lei n.º 118 de 5 de abril de 1985) entrou em vigor, suspendendo os despejos até 30 de junho de 1985. Entre 1 de julho de 1985 e a entrada em vigor do Decreto Legislativo 708 de 29 de outubro de 1986, que suspendeu os despejos até 31 de março de 1987, o requerente fez nove tentativas para despejar o inquilino. Entre 1 de abril de 1987 e 8 de fevereiro de 1988, data em que uma nova série de diplomas veio suspender os despejos até 30 de abril de 1989, o senhorio fez nove tentativas para despejar o inquilino. Entre 1 de maio de 1989 e 15 de outubro de 1991, o senhorio (diabético, com 71% de incapacidade e desempregado) fez dezoito tentativas infrutíferas para despejar o inquilino. Em 1 de dezembro de 1989, o senhorio inicia um processo judicial contra o inquilino, invocando que a suspensão do despejo não era aplicável ao caso concreto, pois o inquilino, desde Novembro de 1987, não pagava parte da renda. O inquilino regularizou a situação e o processo foi arquivado. Scollo viria a recuperar o imóvel a 15 de janeiro de 1995.

A respeito do propósito da interferência, o Tribunal repetiu o raciocínio já referido no Acórdão *Spadea e Scalabrino v Itália*, e considerou que a execução simultânea de todas as ordens de despejo originaria uma considerável tensão social e poria em causa a ordem pública.

Quanto à proporcionalidade, o Tribunal começou por aceitar que a necessidade urgente de Scollo em recuperar o seu imóvel não se verificou durante todo o período em causa, mas não aceitou as conclusões que o Governo retirou desse facto. Apesar da declaração solene do requerente da necessidade da casa, proferida a 30 de novembro de 1987, que lhe daria prioridade na assistência policial para executar o despejo, nunca houve uma ordem administrativa nesse sentido. Igualmente, apesar de o seu advogado ter contactado duas vezes o Comité da Prefeitura em setembro de 1994 -

---

<sup>474</sup> Acórdão *Scollo c. Itália* (Queixa n.º 19133/91), de 28 de setembro de 1995.

sublinhando que o caso do seu cliente deveria ser resolvido rapidamente, já que ele precisava do apartamento, não tinha emprego e tinha uma incapacidade de 71%, para além de o inquilino não pagar a renda desde 30 de novembro de 1987 - as autoridades administrativas competentes não agiram de forma a responder a estes pedidos.

Ainda que, no caso concreto, as condições legais para a execução do despejo estivessem verificadas, o requerente não recuperou a propriedade até 15 de janeiro de 1995, e apenas porque o inquilino deixou o apartamento de livre vontade. Nesse período, o requerente não só foi obrigado a comprar outro apartamento como ainda teve de propor uma acção judicial para resolver o problema do não pagamento das rendas.

Concluiu o Tribunal que<sup>475</sup>, ao adoptar as medidas de emergência e ao estabelecer determinadas excepções à sua aplicação, o legislador italiano poderia razoavelmente considerar que, de acordo com a necessidade de encontrar um justo equilíbrio entre os interesses da comunidade e o direito dos senhorios, e do requerente, em particular, que os meios escolhidos eram apropriados para alcançar o objectivo pretendido. No entanto, a restrição ao uso do apartamento por parte do requerente resultante da não aplicação, pelas autoridades competentes, dessas normas, foi contrária aos requisitos do segundo parágrafo do Artigo 1 do Protocolo 1. Consequentemente, houve uma violação dessa norma.

O Tribunal apreciou ainda a existência de uma violação do artigo 6.<sup>o476</sup>, §1, que estabelece:

*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em*

---

<sup>475</sup> Para 40.

<sup>476</sup> Sobre as relações entre o artigo 1.º do Protocolo 1 e o artigo 6.º, Ali Riza Çoban, Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights, Ashgate, 2004, pp. 244 e ss.

*circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

O Tribunal considerou, em primeiro lugar, que a norma era aplicável: o objectivo dos procedimentos era resolver um litígio entre o requerente e o inquilino. Em segundo lugar, o Tribunal sublinhou que entre a notificação do inquilino para o despejo e a desocupação (voluntária) do imóvel decorreram onze anos e dez meses. Ao não ultrapassar as dificuldades práticas criadas com a execução de um elevado número de despejos, considerou o Tribunal que a inércia das autoridades administrativas competentes gerou responsabilidade do Estado italiano, nos termos do artigo 6.º, n.º 1.

No Acórdão *Immobiliare Saffi v Itália*<sup>477</sup>, um caso, entre muitos, julgados pelo Tribunal<sup>478</sup> relativos à já referida Lei 61, de 21 de fevereiro de 1989, que entrou em vigor no mês de março desse mesmo ano – estava em causa a distinção entre os despejos prioritários e os não prioritários. Esta Lei estabelecia que a partir de 1 de maio de 1989 o pedido de assistência policial para os despejos seria tratado segundo uma ordem de prioridade, estabelecida de acordo com critérios fixados pelo prefeito. Entre os casos com prioridade, contavam-se aqueles em que não era, legalmente, possível suspender a execução, especialmente os casos em que os senhorios precisavam de alojamento para si próprios, para os cônjuges, descendentes e ascendentes. Para todos os outros casos, a assistência policial deveria ser providenciada no máximo até quarenta e oitos meses contados a partir de 1 de janeiro de 1990, ou seja, até dezembro de 1993. Na sequência desta lei, e relevante para o caso, entraram na Perfettura de Livorno 1186 casos de pedido de assistência policial para despejos (354 casos de atrasos no pagamento da renda, 58 denúncias para habitação, 722 porque terminou o contrato, 55 outras).

Se os casos não prioritários deveriam ter lugar num período máximo de 4 anos, a contar de 1990, ou seja, até dezembro de 1993, na prática, todavia, até os despejos urgentes se tornaram muito difíceis, e o pedido de assistência policial tornou-se um momento autónomo no despejo, com a possibilidade de o prefeito poder suspender a ordem dada pelo magistrado. Em dezembro de 1993, o prazo foi prorrogado até 31 de dezembro de 1995, depois até 26 de fevereiro de 1996 e finalmente até 26 de abril de 1996. De 31 de dezembro de 1993 até 31 de dezembro de 1995 (Decreto Legislativo n.º 330/93); de 31 de dezembro de 1995 até 29 de fevereiro de 1996 (Decreto Legislativo n.º 546/95;

---

<sup>477</sup> Acórdão *Immobiliare Saffi c Itália* (Queixa n.º 22774/93), de 28 de julho de 1999.

<sup>478</sup> *Stornelli e Sacchi c. Itália*, 28 de outubro de 2005; *Lunari c Itália*, 11 de abril de 2001; *Edoardo Palumbo c Itália*, 1 de março de 2001; *Molteni e Ghisi c Itália*, 28 de outubro de 2005.

de 29 de fevereiro de 1996 até 26 de abril de 1996 (Decreto-Legislativo n.º 81/96); de 26 abril 1996 até 25 de junho de 1996 (Decreto Legislativo n.º 217/96; e desde essa altura até 31 de dezembro de 1996 (Decreto Legislativo n.º 335/96). São ainda de referir as posteriores Lei 566, de 4 de novembro de 1996, os Decretos Legislativos 172/1997, 7/1998 e 375/1998, e a Lei 431, de 9 de dezembro de 1998.

No caso concreto, depois de ter sido dada notícia de despejo em 1983, e de entre 15 de dezembro de 1988 e janeiro de 1996 terem sido feitas onze tentativas de recuperar o imóvel, sem sucesso, por o requerente não ter direito a assistência policial, o reapossamento acabou por ter lugar apenas em abril de 1996, na sequência da morte do inquilino.

O Tribunal considerou que o escopo desta legislação, que se enquadrava no segundo parágrafo do Artigo 1.º do Protocolo 1, era lícito, já que a legislação impugnada tinha um objectivo de interesse geral, como requerido pelo segundo parágrafo do Artigo 1.º (o já mencionado objectivo de evitar a tensão social e o perigo para a ordem pública eventualmente resultante da extinção de um elevado número de contratos entre 1982 e 1983, devido ao levantamento das suspensões de execução das ordens de despejo, e o de permitir que os inquilinos afectados encontrassem novo alojamento ou obtivessem habitação social)<sup>479</sup>.

No que à proporcionalidade da medida dizia respeito, o tribunal reiterou que esta deve respeitar o justo equilíbrio (*fair balance*) entre as necessidades do interesse geral e a protecção dos direitos dos indivíduos, reconhecendo ao Estado uma ampla margem de apreciação quer na escolha dos meios de concretização desse fim, quer na questão de saber se as consequências dessa concretização são justificadas pelo objectivo da lei em questão<sup>480</sup>. Nesse sentido, reiterou que *um sistema de suspensão temporária ou escalonamento de execução de ordens judiciais* seguidas da reinstalação do senhorio na sua propriedade não é, só por si, susceptível de crítica, tendo em consideração a margem de apreciação permitida pelo segundo parágrafo do artigo 1<sup>481</sup>.

Todavia, este sistema comporta o risco de impor aos senhorios um ónus excessivo em termos de disposição da sua propriedade e *deve dar garantias procedimentais* que salvaguardem a operatividade do sistema e que o impacto nos direitos do proprietário não seja arbitrário nem imprevisível. O Tribunal considerou que o sistema italiano era inflexível: ao estabelecer que os casos em que o arrendamento havia cessado com fundamento na necessidade urgente do

---

<sup>479</sup> § 47.

<sup>480</sup> § 49.

<sup>481</sup> § 54.

imóvel do senhorio tinham prioridade, tornou a execução das ordens não-urgentes dependentes da inexistência de ordens prioritárias. Na medida em que existia sempre um largo número de pedidos prioritários, as ordens não prioritárias praticamente não foram executadas mesmo após Janeiro de 1990. Dito de outro modo, *o fornecimento de assistência policial ficava sempre dependente do número de pedidos prioritários e do número de agentes policiais disponíveis*. O Tribunal sublinhou ainda que na fase administrativa, *nenhum tribunal tinha jurisdição para apreciar o impacto que os atrasos causados pelo sistema tinham nos casos concretos*: a actividade do perfeito era autorizada e cabia no âmbito da legislação em vigor. O Tribunal considerou, em último lugar, que *as medidas de emergência adoptadas não tinham nenhum limite temporal*, findo o qual fosse assegurado o reapossamento do senhorio.

No caso concreto, o juiz ordenou ao inquilino que restituísse o imóvel ao senhorio até 30 de setembro de 1984. Nos seis anos seguintes, a execução das ordens de despejo não urgentes foi sendo sucessivamente suspensa. Em 1989, Immobiliare Saffi obteve o direito a assistência policial entre 1 de janeiro de 1990 e o final de 1993. Mas este prazo foi sendo prorrogado e o requerente só recuperou o imóvel a 11 de abril de 1996, após a morte do inquilino.

O tribunal considerou que durante onze anos, a situação causou um estado de incerteza jurídica quanto ao momento da restituição do apartamento. O requerente não poderia requerer tutela judicial ao juiz que tratou do processo de execução, que considerou ser de admitir uma prorrogação, nem ao tribunal administrativo, que não poderia afastar a decisão do prefeito de dar prioridade a casos urgentes, já que a decisão era legítima. O requerente não tinha modo de compelir o governo a tomar em consideração as dificuldades surgidas em virtude da prorrogação. Do mesmo, a empresa não tinha perspectivas de obter uma indemnização do Governo italiano pelo período da prorrogação, durante o qual esteve incapaz de vender ou arrendar o seu apartamento a valor de mercado. Consequentemente, o Tribunal concluiu que as medidas tomadas pelo legislador italiano impuseram um ónus excessivo à empresa requerente e afectaram o equilíbrio entre a protecção do direito de propriedade e as exigências do interesse geral, consubstanciando uma violação do artigo 1 do Protocolo 1.

Os requerentes também invocaram a violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. A este respeito, o Tribunal tomou em consideração que a requerente pediu ao magistrado de Livorno uma ordem confirmando a extinção do arrendamento e requerendo que o inquilino restituísse o imóvel. Como o inquilino não contestou o despejo, a única questão era verdadeiramente a restituição do imóvel; a recusa em restituir o imóvel consubstanciava uma extensão de facto do arrendamento e uma limitação do direito de propriedade do requerente, o que constituía um “litígio” para efeitos do artigo 6.º. O Tribunal considerou ainda que o direito a um tribunal seria ilusório se uma



decisão doméstica pudesse manter-se inoperativa em detrimento de uma das partes. Seria inconcebível que o artigo 6.º previsse garantias processuais dos litigantes – processos justos, públicos e céleres – sem proteger a execução das decisões; construir o artigo 6.º como dizendo respeito apenas ao acesso aos tribunais e com o decurso do processo seria uma violação do Estado de Direito. A execução de uma decisão judicial cabe ainda no conceito de “causa” do artigo 6.º, como é jurisprudência constante e antiga do Tribunal<sup>482</sup>.

Relativamente ao caso concreto, o Tribunal sublinhou, em primeiro lugar, que a decisão administrativa relativa à concessão de assistência policial se baseava nos mesmos factores já tomados em consideração pelo magistrado, ao abrigo da Lei 392/78. Em segundo lugar, o Tribunal observou que a decisão administrativa não estava sujeita a controlo judicial. Por último, o Tribunal considerou que a prestação de assistência policial foi sendo adiada por períodos de seis meses, ao longo de quase nove anos, fazendo pressupor que as autoridades italianas não procuraram soluções alternativas para as questões de ordem pública na área da habitação. Consequentemente, o Tribunal declarou uma violação do artigo 6.º da Convenção.

#### **4. A VIRAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH: DA INSUFICIÊNCIA ADJECTIVA OU PROCEDIMENTAL À INTERFERÊNCIA SUBSTANTIVA**

Se nos casos contra Itália o Tribunal declarou a violação do artigo 1.º do Protocolo 1 com base em razões objectivas ou procedimentais<sup>483</sup>, vamos agora analisar a viragem jurisprudencial do Tribunal, em casos em que estava em causa o equilíbrio substancial<sup>484</sup> da relação entre senhorio e inquilino<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> Acórdão *Hornsby c. Greece* (Queixa n.º 18357/91), de 19 de março de 1997, § 40.

<sup>483</sup> Assim como no Acórdão *Schirmer c. Polónia* (Queixa n.º 68880/01), de 21 de setembro de 2004, sobre a oferta de residência alternativa como requisito de execução de uma decisão de despejo.

<sup>484</sup> Em sentido divergente quanto à natureza desta viragem, mas quanto a nós sem razão, como resulta do que vimos de dizer, David Magalhães, “Propriedade privada e cessação do arrendamento urbano: uma compatibilização possível?”, *BFD* 86 (2010), p. 690. Afirma o autor que o acompanhamos num texto que havia escrito anteriormente, em 2005 - “As restrições ao direito de propriedade decorrentes do vinculismo arrendatício: uma perspectiva jusfundamental”, *BFD* 81 (2005), pp. 967-1007 -, o que não é verdade, como claramente resulta da presente exposição.

<sup>485</sup> Sobre o que consideram o abandono da autocontenção judicial do Tribunal, ver CHRISTOPH SCHMID, JASON R. DINSE e MARTA SANTOS SILVA, “Rumo a um núcleo comum do arrendamento urbano para fins habitacionais da Europa?”, *BFD* 89 (2013) pp. 422 e ss.

**I. OS ACÓRDÃOS HUTTEN-CZAPSKA V POLÓNIA, 35014/97, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2005 E 19 DE JUNHO DE 2006 (GRAND CHAMBRE)**

Começamos por algumas notas sobre o contexto polaco. O Decreto de 21 de dezembro de 1945 sobre Gestão Pública da Habitação e Controlo do Arrendamento<sup>486</sup>, que entrou em vigor a 13 de fevereiro de 1946, introduziu a *Política de Gestão Pública da Habitação*, que se aplicava aos arrendamentos para habitação e para comércio de imóveis privados. O Decreto sobre o Arrendamento (*Dekret o najmie lokali*)<sup>487</sup>, de 28 de julho de 1948, que entrou em vigor em 1 de setembro de 1948, estabelecia a competência das autoridades estaduais para administrar o arrendamento, quer no sector público, quer no sector privado. Para o efeito, foi-lhes concedido poder para atribuir a um particular um apartamento, num imóvel privado. A afectação de uma habitação (*przydział lokalu*) equivalia, para todos os efeitos práticos, a ‘conceder’ o direito a arrendar uma habitação (ou uma instalação comercial). Estes diplomas também continham normas sobre controlo de rendas.

A Lei da Habitação (*Prawo lokalowe*), de 10 de abril de 1974<sup>488</sup>, entrou em vigor em 1 de agosto e substituiu o Decreto 1945 sobre a Gestão Pública da Habitação e do Controlo do Arrendamento, pelo *Regime Especial do Arrendamento (Ocupação e Uso das Instalações e Edifícios)*. Todavia, não modificou substancialmente os princípios em que se baseava a política de arrendamento, em particular, o direito de arrendar um apartamento (para habitação ou para fins comerciais) num edifício sujeito a ‘gestão pública’ não tinha origem num contrato privado mas era conferido ao inquilino através de uma decisão administrativa. O dono do edifício continuava a não ter uma palavra a dizer sobre quem podia viver na sua casa, nem por quanto tempo.

Manteve-se ainda o regime das rendas controladas. Estas normas que restringiam drasticamente o montante de renda cobrável tiveram origem numa distribuição de recursos habitacionais excepcionalmente rígida que caracterizou os primeiros trinta anos do regime comunista na Polónia. As

---

<sup>486</sup> *Dekret z 21 grudnia 1945 r. o publicznej gospodarce lokalami i kontroli najmu* - <http://www.lego.pl/prawo/dekret-z-dnia-21-grudnia-1945-r-o-publicznej-gospodarce-lokalami-i-kontroli-najmu/?on=26.08.1950>).

<sup>487</sup> <http://www.lego.pl/prawo/dekret-z-dnia-28-lipca-1948-r-o-najmie-lokali/?on=16.08.1958>

<sup>488</sup> <http://www.lego.pl/prawo/ustawa-z-dnia-10-kwietnia-1974-r-prawo-lokalowe/?on=12.10.1987>

circunstâncias, todavia, não se modificaram substancialmente depois de 1989. No início de 1990, a situação habitacional na Polónia apresentava-se particularmente difícil, em resultado de uma diminuição do alojamento disponível e do elevado custo de aquisição de um apartamento. O montante da renda controlada pelo Estado, que também era aplicada a edifícios privados, cobria apenas 30% do custo de conservação dos edifícios.

A *Lei de 2 de julho de 1994, sobre o Arrendamento Residencial e Subsídios à Habitação*, que entrou em vigor em 12 de novembro do mesmo ano, pretendia estabelecer uma nova regulamentação das relações entre inquilinos e senhorios, e por isso aboliu o Regime Especial do Arrendamento e introduziu um novo regime de controlo de renda. Todavia, embora tivesse abolido o regime de renda controlada e viesse a permitir que as rendas fossem livremente negociadas, este regime *mantinha a renda controlada* para os arrendamentos residenciais que houvessem tido na sua origem decisão administrativa. Por outro lado, introduziu o regime da *renda regulada (czynsz regulowany)* e regulamentou pormenorizadamente o cálculo da renda para arrendamentos residenciais que tivessem estado sujeitas ao Regime Especial do Arrendamento. Estabeleceu ainda um conjunto de *normas que visavam proteger inquilinos, em situação difícil*, durante a transição de um sistema de controlo estadual para um sistema de mercado, e que se permaneceriam em vigor até 31 de dezembro de 2004. Relativamente a esses contratos, criados administrativamente, manteve-se o direito de sucessão no arrendamento e, com ligeiras modificações, as normas que protegiam os inquilinos (mesmo os inadimplentes) contra a extinção dos arrendamentos.

Em geral, a relação de arrendamento, sob a Lei 1994, continuava a ser constituída através de uma decisão unilateral do estado. A renda a receber era estabelecida em valores muito baixos, que não cobriam os custos médios de manutenção da propriedade. Por outro lado, os proprietários estavam obrigados a levar a cabo dispendiosos trabalhos de manutenção e o senhorio enfrentava fortes limitações na extinção dos arrendamentos.

De acordo com um relatório de 1998, quatro anos depois da introdução do regime da renda regulada, a renda média cobria apenas 60% dos custos de manutenção dos edifícios residenciais. A diferença era suportada pelos senhorios. A escala do problema era grande, já que nessa altura 2.960.000 residências (25,5% de todos os recursos habitacionais do país) estavam submetidas a este regime de renda controladas (600 000 eram propriedade privada). Sendo que o número de apartamentos na Polónia era de 11,600,000, os apartamentos privados sujeitos ao regime de controlo de renda constituíam 5,2% dos recursos habitacionais do país.

A Lei de 2 de julho de 1994 veio a ser apreciada pelo Tribunal Constitucional Polaco, nos Acórdãos de 12 de janeiro e de 10 de outubro de

2000, que considerou que a Secção 9 - estabelecendo os deveres dos senhorios - era incompatível com os princípios constitucionais da protecção da propriedade e da justiça social, já que os onerava excessivamente; um encargo que, de modo nenhum, era proporcional ao proveito resultante da renda controlada. O Tribunal decidiu ainda que a Lei deveria ser revogada até 11 de julho de 2001.

Em 21 de junho de 2001, o parlamento adoptou uma nova Lei da Protecção dos Direitos dos Inquilinos, Recursos Habitacionais dos Municípios e Alterações ao Código Civil (*Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego*)<sup>489</sup>, que entrou em vigor a 10 de julho. Esta Lei revogou o anterior regime da renda controlada e substituiu-o por um outro regime legal de *controlo de renda*, mas que restringia a possibilidade de o senhorio aumentar as rendas. De resto, esta Lei não modificou substancialmente o regime do arrendamento: manteve quase todas as restrições na extinção dos arrendamentos, e as obrigações quanto à conservação da propriedade agravaram a situação dos senhorios, em parte devido ao congelamento das rendas a níveis considerados inaceitáveis (3% do valor de reconstrução do edifício).

A Lei de 2001 foi sucessivamente alterada. A alteração mais importante foi a adoptada pelo Parlamento em 17 e 22 de dezembro de 2004, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2005. Em virtude das alterações de 2004, as autoridades prolongaram a aplicação das regras impondo restrições no montante das rendas para além do final de 2004 – o que veio a ser considerado pelo Tribunal Constitucional Polaco como uma séria violação do Estado de Direito.

No caso concreto, a casa da condessa Maria Hutten-Czapska, construída em 1936 como uma moradia familiar, com rés-do-chão e primeiro andar, foi usada durante a Segunda Guerra Mundial pelos oficiais do Exército Alemão, e em 1945 foi ocupada por oficiais do Exército Vermelho. Em maio de 1945, o Director do Departamento da Habitação de Câmara de Gdynia (*Kierownik Wydziału Mieszkaniowego Magistratu Miasta Gdynia*) emitiu uma ordem atribuindo o primeiro andar a *A. Z.* que se mudou definitivamente em outubro do mesmo ano. Por ordem cronológica, são de destacar os seguintes factos:

- A 13 de fevereiro de 1946, a casa ficou sujeita ao regime da ‘Gestão Pública da Habitação’, e em 1 de agosto de 1974, ao Regime Especial do Arrendamento.

---

<sup>489</sup> <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20010710733>.

- A 8 de julho de 1975, o Mayor da Gdynia autorizou *W.P.* a mudar o apartamento de que era arrendatário, sob o Regime Especial do Arrendamento, pelo rés-do-chão da casa da requerente, por um período de tempo indeterminado.

- A 24 de outubro de 1975, o Director do Gabinete da Câmara de Gdynia para a Administração Local e o Ambiente (*Kierownik Wydziału Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska Urzędu Miejskiego w Gdyni*) ordenou que a casa ficasse sujeita a gestão estadual (*przejęcie w zarząd państwowy*), a partir de 2 de janeiro de 1976.

- A 3 de agosto de 1988, o Tribunal Judicial da Gdynia (*Sąd Rejonowy*) julgou que, em virtude da morte de *A. Z.* os seus herdeiros sucederiam no direito de arrendar o 1.º andar.

- Em outubro de 1990, o Mayor da Gdynia restituiu a gestão da casa à requerente, que desde então procura recuperar a casa, para aí instalar a sede da Amber Trail Foundation (*Fundacja Bursztynowego Szlaku*).

A requerente queixou-se ao TEDH de que o Estado Polaco tinha violado o artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. A situação criada pela aplicação de leis que *lhe impunham relações de arrendamento e estabeleciam um inadequado nível de renda* constituía uma violação contínua do direito ao ‘respeito dos seus bens’. O seu direito de propriedade foi substancialmente afectado já que ela *não só não retirava nenhum proveito da sua propriedade*, como também, em virtude das restrições à extinção do arrendamento, *não readquiria a posse ou o uso da sua propriedade* (as condições legais para recuperar a casa, por exemplo, providenciar habitação substituta para o inquilino). Era dona só no papel. *Não tinha possibilidade de decidir quem e por quanto tempo habitaria a casa*. E por último, o facto de a renda fixada não ter *razoavelmente adequada aos custos para manter a propriedade em bom estado*, resultou numa significativa descida do valor e estado de conservação da sua casa<sup>490</sup>.

Reunido em secção, o Tribunal considerou que, em análise, estava uma medida que regulamentava o uso da propriedade e não uma expropriação, apesar de a requerente não ter a detenção material da casa e de os seus direitos relativos ao arrendamento da casa, incluindo o seu direito a receber as rendas e a extinguir os arrendamentos, estarem sujeitos a uma série de limitações.

---

<sup>490</sup> O funcionamento do regime da renda controlada já afectou 100 000 senhorios, cuja propriedade esteve sujeita às mesmas limitações que constam do presente caso. Entre 600 000 a 900 000 inquilinos na Polónia beneficiaram destas regras especiais sobre o montante da renda e a extinção dos contratos. A decisão do caso presente teve, pois, consequências nos direitos de um grande número de indivíduos.

Assim, a decisão deste caso foi colocada no âmbito do segundo parágrafo do Artigo 1.º.

Quanto à prossecução do interesse geral, o Tribunal reiterou que são as autoridades nacionais que estão melhor posicionadas para apreciar o que é o interesse geral. São elas que fazem a avaliação inicial quanto à existência de um problema público, que requer a adopção de medidas que afectem o direito de propriedade<sup>491</sup>. Decisões sobre se e quando o arrendamento deve ser controlado pelo Estado ou deixado às regras do mercado, bem como a escolha das medidas para assegurarem as necessidades habitacionais da comunidade e o momento para a sua implementação, envolvem a consideração de aspectos sociais, económicos e políticos necessariamente complexos. O Tribunal, relembramos, aceita, por princípio, a decisão do legislador nacional sobre o que é do interesse geral, a não ser que ela, no caso concreto, se mostre totalmente desprovida de fundamento.

O controlo das rendas teve origem numa escassez contínua de habitação, devido à diminuição de casas para arrendar e aos altos custos de aquisição de um apartamento. Foi implementado para assegurar a protecção social dos inquilinos e assegurar, especialmente relativamente a inquilinos em difícil situação financeira, uma transição gradual de rendas controladas pelo estado para um arrendamento plenamente negociado, durante a reforma do país a seguir ao colapso do regime comunista. O Tribunal aceitou, pois, que naquele contexto económico e social, a legislação impugnada servia um interesse geral.

Quanto à proporcionalidade, ainda que na discricionariedade dos Estados Contratantes caiba o poder de tomar medidas sobre o controlo das rendas (sancionadas em *Mellacher*), o Tribunal sublinhou que esta discricionariedade não é ilimitada no seu exercício, mesmo no contexto da mais complexa reforma do Estado, e não pode afrontar os parâmetros da Convenção. Em particular, nada justifica que não se assegurasse ao requerente durante todo o período em análise, pelo menos, as quantias necessárias para cobrir os custos de manutenção.

O Tribunal lembrou as palavras do Tribunal Constitucional Polaco, no Acórdão de 12 de maio de 2004<sup>492</sup>, segundo o qual, “*o regime da renda controlada baseada em normas que, necessária e inevitavelmente, acarretavam prejuízos para os senhorios, resultou numa distribuição*

---

<sup>491</sup> Para 149.

<sup>492</sup> <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20041221289&min=1>

*desproporcionada, injustificada e arbitrária do ónus social envolvido na reforma habitacional, e essa reforma foi feita, principalmente, à custa dos senhorios*". O Tribunal Constitucional havia considerado que as medidas adoptadas consubstanciavam uma violação contínua do direito de propriedade, porquanto a maneira como as rendas eram calculadas tornava impossível que os senhorios tivessem algum proveito com as rendas ou que, ao menos, conseguissem recuperar os custos de conservação dos imóveis.

Nessas circunstâncias, considerou o TEDH, e na linha das decisões do tribunal constitucional, as autoridades polacas tinham o dever de eliminar ou ao menos remediar com prontidão a situação que foi considerada incompatível com os requisitos do direito fundamental da propriedade. Acresce que o princípio da legalidade do Artigo 1.º do Protocolo 1, e a previsibilidade do direito resultante dessa norma exigiria do Estado que tivesse revogado o regime do controlo de renda, o que não era incompatível com a adopção de medidas para protecção do inquilino. Em suma, o Tribunal considerou que as autoridades impuseram à requerente um encargo desproporcionado e excessivo, que não era susceptível de justificação pelo interesse geral.

Foi a primeira vez que o TEDH declarou uma determinada restrição dos direitos dos proprietários, operada através da interferência no contrato de arrendamento, como inadmissível. As reacções não se fizeram esperar, marcadas pela tentativa de reduzir o impacto do Acórdão ao estabelecimento de um montante das rendas que constituísse uma 'restrição injustificada' ao direito de propriedade.

O acórdão da *Grand Chamber*, de 19 de junho de 2006, veio confirmar esta decisão. Mas acrescentou que a violação do direito de propriedade no caso em questão não resultava exclusivamente da questão do montante da renda; pelo contrário, consistia no efeito combinado de normas de determinação da renda e de várias restrições quanto aos direitos dos senhorios a respeito da *extinção dos arrendamentos, dos encargos financeiros* que lhes foram impostos e da *ausência de meios legais para tornar possível compensar ou mitigar os prejuízos em que incorriam com a conservação da propriedade ou de terem obras subsidiadas pelo Estado em casos justificados*<sup>493</sup>.

---

<sup>493</sup> O Tribunal considerou que a situação polaca não era semelhante a outros casos julgados anteriormente. Em *Mellacher and Others*, a legislação doméstica restringia a renda cobrável mas nunca abaixo dos níveis de conservação da propriedade e os senhorios podiam aumentar a renda de modo a cobrir as necessárias despesas de conservação. Esta norma permitiu aos senhorios austríacos manter a sua propriedade em boa condição, ao passo que o regime polaco não o permitiu, nem fornecia nenhum outro procedimento para obter contribuições para a conservação ou subsídios estaduais, causando inevitável deteriorações na propriedade por

O Tribunal sublinhou que se, se era verdade que o Estado polaco herdou do regime comunista uma escassez grave de alojamentos disponíveis com rendas comportáveis, sempre teria de equilibrar as questões particularmente difíceis e socialmente sensíveis com a resolução do conflito entre inquilinos e senhorios. Cabia-lhe assegurar a protecção dos direitos de propriedade dos senhorios e o respeito pelos direitos sociais dos inquilinos, frequentemente vulneráveis, o que requeria uma distribuição justa dos encargos sociais e financeiros envolvidos na transformação e reforma da política de habitação. Este encargo, contudo, não poderia ser imputado apenas a um grupo social específico, independentemente dos interesses específicos do outro grupo ou da comunidade como um todo.

## II. A CONSOLIDAÇÃO: OS CASOS CONTRA MALTA

Ao abrigo da Lei da Habitação, as casas eram requisitadas pelo Governo de Malta através do Director da Habitação Social. Passado algum tempo, era dado conhecimento aos proprietários de que a casa teria sido dada de arrendamento a um inquilino. Por exemplo, no caso *Ghigo c. Malta*<sup>494</sup>, a detenção prolongou-se por vinte e dois anos, no caso *Fleri Soler e Camilleri c. Malta*<sup>495</sup>, por sessenta e cinco anos, e no caso *Edwards c. Malta*<sup>496</sup>, por mais de trinta 30 anos. Vejamos os dois primeiros casos<sup>497</sup>.

No Acórdão *Ghigo v. Malta*, quanto ao objectivo da interferência, o TEDH considerou que as medidas de requisição e de controlo de rendas visavam assegurar uma distribuição justa e um igualmente justo uso de recursos habitacionais, num país em que o solo disponível para habitação não chegava para responder à procura<sup>498</sup>.

---

falta dos adequados investimento e modernização. Em *Spadea and Scalabrino*, embora o Estado tivesse suspenso temporariamente os despejos de apartamentos privados, os senhorios mantinham o direito de extinguir os arrendamentos. No caso em análise, pelo contrário, o legislador polaco condicionou a extinção dos arrendamentos, limitando seriamente os direitos dos senhorios a esse respeito.

<sup>494</sup> Acórdão *Ghigo v. Malta* (Queixa n.º 31122/05), de 26 de setembro de 2006.

<sup>495</sup> Acórdão *Fleri Soler e Camilleri c. Malta* (Queixa n.º 35349/05), de 26 de setembro de 2006.

<sup>496</sup> *Edwards c. Malta* (Queixa n.º 17647/04), de 24 de outubro de 2006.

<sup>497</sup> Sem esquecer outros Acórdãos como *Amato Gauci c. Malta* (Queixa n.º 47045/06), de 15 de setembro de 2009; *Gera de Petri Testaferrata Bonici Ghaxaq c. Malta* (Queixa n.º 26771/07), de 5 de abril de 2011 (90 anos); *Saliba et al. c. Malta* (queixa n.º 20287/10), de 22 de novembro de 2011.

<sup>498</sup> § 58.



Quanto à proporcionalidade, o Tribunal reiterou que, ao apreciar o respeito pelo Artigo 1.º, era necessário um exame global dos vários interesses em causa, considerando que a Convenção visa salvaguardar a efectividade dos direitos. Esse exame, quando se trata da legislação relativa à habitação, envolve, não apenas as condições de redução da renda recebida pelos senhorios e a extensão da interferência estatal na liberdade contratual e nas condições do mercado de arrendamento, mas também a existência de garantias procedimentais de que o sistema e o seu impacto nos direitos do senhorio não são arbitrários nem imprevisíveis. A incerteza - legislativa, administrativa ou resultante das práticas das autoridades - é um factor a ter em conta na avaliação da conduta do estado<sup>499</sup>.

No caso concreto, a casa havia sido requisitada sem aviso prévio pelo Governo em 31 de março de 1984 e só quase cinco meses depois, em 23 de agosto do mesmo ano, o requerente foi informado de que a casa tinha sido atribuída a um determinado inquilino. Os senhorios não tinham nenhuma influência na escolha do inquilino ou nos elementos essenciais do arrendamento. O senhorio também não podia impedir o arrendamento com base na necessidade da casa para habitação própria. Por último, o requerente nunca recebeu nenhuma compensação pela perda de controlo sobre a sua propriedade. O valor da renda estabelecido pelo Gabinete de Avaliação de Imóveis era de MTL 23 anuais (mais ou menos 55 Euros), o que, reconhecidamente, não reflectia o valor de mercado dos imóveis afectados. O Tribunal considerou que a restrição ao proprietário que apenas lhe permitia receber menos de 5 euros por mês pela sua propriedade não salvaguardava o seu direito a fruir a sua propriedade.

O Tribunal reiterou que nas esferas como a política de habitação, os Estados necessariamente gozam de uma ampla margem de apreciação, não apenas quanto ao reconhecimento da existência de um problema, mas também quanto à escolha de medidas e da sua forma de implementação. O controlo do Estado sobre as rendas é uma dessas medidas, e da sua aplicação normalmente resulta reduções significativas no montante da renda a receber. Mesmo em situações onde o controlo de renda pelo legislador envolve consequências tão vastas para numerosos proprietários e tem consequências económicas e sociais para o país, como um todo, as autoridades dispõem de uma discricionariedade considerável não apenas na escolha da forma e na decisão da extensão do controlo sobre o uso da propriedade, mas também em decidir sobre o momento apropriado para a execução das leis necessárias. Todavia, a discricionariedade do estado, ainda que considerável, não é ilimitada e o seu exercício não pode levar a consequências contra os parâmetros da Convenção.

---

<sup>499</sup> Cfr. § 62.

O Tribunal considerou que, considerando o *extremamente baixo valor da renda fixada*, o facto de o imóvel do requerente ter sido *requisitado por mais de vinte e dois anos*, o facto de o *proprietário não participar na escolha do arrendatário nem poder influenciar os termos do contrato*, fora imposto um ónus excessivo e desproporcionado ao requerente, que havia suportado os custos sociais e financeiros do alojamento do inquilino, e, nessa medida, declarou uma violação do Artigo 1 do Protocolo 1.

No caso *Fleri Soler e Camilleri c. Malta*<sup>500</sup>, o imóvel dos requerentes foi requisitado a 4 de setembro de 1941 e afectado, primeiro, ao Departamento de Educação e, posteriormente, ao Ministério da Indústria e Agricultura. O edifício foi usado como repartição pública durante 65 anos. A renda devida era de 89 Libras Maltesas (aproximadamente 213 Euros) anuais, tendo sido aumentada, em 1989, para 340,53 libras maltesas (aproximadamente 817 Euros) por ano.

O TEDH considerou que a interferência era legal e cumpria um objectivo de interesse geral, já que os imóveis foram afectados a entidades públicas, que prosseguiram interesses da comunidade como um todo. O Tribunal considerou, todavia, que as rendas eram extremamente baixas e não poderiam compensar o uso de um imóvel grande o suficiente para alojar repartições públicas. A ponderação das consequências da limitação das rendas sempre seria diferente pelo facto de o imóvel visar a instalação de repartições públicas, e não assegurar o bem-estar social dos inquilinos, o que impõe um escrutínio mais apertado por parte do TEDH.

Considerando o *baixo montante da renda paga*, o proveito mínimo que o proprietário poderia tirar do imóvel, *o facto de a propriedade ter sido ocupada por mais de sessenta e cinco anos*, *a restrição na escolha do arrendatário e nas estipulação das condições do contrato*, *a inexistência de garantias procedimentais*, o Tribunal declarou a existência de um encargo desproporcionado e excessivo sobre o requerente, que não respeitava o equilíbrio entre o interesse geral da comunidade e a protecção dos seus direitos fundamentais.

Em face da jurisprudência analisada, que reforça a posição do senhorio no âmbito do contrato de arrendamento, cabe indagar do respeito pelos princípios gerais sobre contratos duradouros essenciais à existência das pessoas. É o que veremos no próximo ponto.

---

<sup>500</sup> Acórdão *Fleri Soler e Camilleri c. Malta* (Queixa n.º 35349/05), de 26 de setembro de 2006.

## 5. OS PRINCÍPIOS GERAIS SOBRE CONTRATOS DURADOUROS<sup>501</sup>

O arrendamento é um contrato duradouro<sup>502</sup> essencial à existência da pessoa<sup>503</sup> porquanto tem por objecto proporcionar ao indivíduo (na sua concreta realidade material e moral) um bem, alojamento, necessário para a sua auto-realização e participação na vida social. O objecto dos contratos duradouros são as circunstâncias da vida real, sendo que o papel das normas que regulam estes contratos consistirá sempre em enquadrar as relações de poder resultantes destes contratos em termos de desenvolvimento humano, de modo a que seja a contínua cooperação, mais do que a formação do contrato, a estar no centro da relação contratual.

O fim do contrato, impede que aquele que coloca à disposição de outrem bens necessários à satisfação de necessidades materiais aja de modo a pôr em perigo a sua fruição ou o próprio significado social da relação. A dimensão temporal do contrato de arrendamento e a protecção da confiança das partes na continuidade da relação contratual requer que, a não ser que exista uma necessidade de garantir um mínimo de liberdade de acção e decisão, a cessão antecipada de um contrato por acto unilateral não deve ser permitida. A dimensão colectiva destes contratos requer, da sua parte, a aplicação do sistema colectivo de valores a todas as fases da realção contratual, desde o acesso aos bens e serviços, à conformação do contrato, à sua modificação e extinção. Se, por um lado, o acesso, mediante o contrato, aos bens e serviços essenciais à existência da pessoa, é assegurado por uma política de não discriminação, destacamos, por outro lado, que a prestação e a contraprestação não devem ser gravemente desproporcionadas; o preço deve ser acessível, não discriminatório e proporcionado aos custos.

Além de aspectos procedimentais relativos à comunicação entre as partes, e da consagração de direitos à informação, transparência e

---

<sup>501</sup> Dispensamo-nos neste momento de aprofundar a temática dos princípios gerais sobre contratos duradouros necessários à existência humana e à Declaração EuSoCo, por já ter sido tratado noutra sede.

<sup>502</sup> Vide LUCA NOGLER e UDO REIFER, “Introduction”, em *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, 2014, p. 1 e ss, sobre as diferentes dimensões do tempo, e correspondente importância, nas relações contratuais.

<sup>503</sup> Sobre a ética do contrato nesta sede, vide ANDREA NICOLUSSI, “Etica del contratto e ‘Contratti “di durata” per l’esistenza della persona””, e HELENA KLINGER, “Lebenszeitverträge – Natur und Ethik”, em LUCA NOGLER e UDO REIFER, *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., pp. 123 e ss, e 189 e ss, respectivamente.

confidencialidade, os princípios versam ainda sobre os mínimos de participação, quer na *vida económica* (os contratos que atingirem os rendimentos do consumidor, por lhe tirarem o acesso a tal rendimento, entregando-o ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, devem proporcionar à pessoa humana o mínimo necessário para a sua subsistência), quer na *vida social* (no momento da conformação e no momento da interpretação do contrato, deve considerar-se os riscos da falta de emprego, de falta de habitação ou de sobreendividamento, relacionando-os com as suas causas sócio-económicas).

Face a este quadro, necessariamente breve, a jurisprudência do TEDH pode surgir como contraditória com estes princípios, porquanto a viragem recente, que descrevemos, se deu no sentido de tutelar a posição do senhorio proprietário que, em virtude de medidas públicas, viram a sua posição individual intoleravelmente afectada em função do interesse social do contrato. Em nossa opinião, contudo, *tal contradição é meramente aparente*. Na verdade, a jurisprudência do TEDH – partindo do pressuposto de que habitação é essencial para a auto-realização dos indivíduos e para a sua participação social em várias fases da vida, e que o inquilino é normalmente uma parte vulnerável - está alinhada com os princípios gerais sobre contratos duradouros. Vejamos.

O *princípio da remuneração* exige, em primeiro lugar, que as obrigações mútuas dos contratos duradouros não devam ser desproporcionadas. Os preços devem ser claros e não discriminatórios e os encargos devem ser comportáveis e alinhados com os custos a suportar com o bem. Ora, a jurisprudência recente do TEDH condenou os Estados por imporem legislativamente limites de renda extraordinariamente baixos, que não permitiam aos seus proprietários suportarem os custos com a manutenção e a conservação dos imóveis<sup>504</sup>.

O *princípio da adaptação* sugere que se as circunstâncias em que um contrato duradouro foi celebrado se alterarem significativamente ou se as circunstâncias materiais em que as partes fundaram a sua vontade variaram de tal maneira que a natureza social do contrato é posta em causa, e se as partes não teriam contratado agora ou não teriam contratado em termos diferentes se tivessem previsto a mudança, a adaptação do contrato pode ser necessária se, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, e em particular a afectação do risco, não se pode razoavelmente esperar de uma das partes que continue a cumprir o contrato nos mesmos termos. Igualmente na jurisprudência do TEDH encontramos o sancionamento de medidas estatais que impedem esta adaptação: não só quanto à actualização das rendas, mas quanto à

---

<sup>504</sup> Relembremos os casos contra a Polónia e contra Malta.

impossibilidade de obter a restituição do imóvel, ainda que houvesse necessidade dele para habitação própria ou que entretanto tivesse mudado o contexto sócio-político do país<sup>505</sup>.

Analiseemos ainda um outro aspecto, agora relativo à *extinção do contrato*: a cessação antecipada deve ser transparente, controlável e socialmente responsável. Também aqui o TEDH veio declarar como contrárias à CEDH medidas que impediam a cessação do contrato de arrendamento, quer criando dificuldades procedimentais (Itália e Malta), quer desconhecendo as necessidades habitacionais do proprietário do imóvel (Itália, Polónia e Malta).

Na verdade, o fim social dos contratos duradouros necessários à existência da pessoa exigem um *apurado equilíbrio entre as prestações das partes*, numa valoração específica de *proporcionalidade*. A ideia de proporcionalidade *lato sensu* representa, hoje, uma importante limitação ao exercício do poder público, servindo a garantia dos direitos e liberdades individuais<sup>506</sup>. Consagrada no artigo 18º, n.º 2, da CRP, no que às restrições a direitos, liberdades e garantias diz respeito, a exigência de proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito e impõe os limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado (legislador

---

<sup>505</sup> Em especial nos casos contra a Itália e a Polónia.

<sup>506</sup> Na jurisprudência, o Tribunal Constitucional tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, o princípio da proporcionalidade. Veja-se o Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA] (inconstitucionalidade do artigo 132º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio), de 4 de novembro; o Acórdão TC n.º 274/98 [Relator: ARMINDO RIBEIRO MENDES], de 9 de março (não inconstitucionalidade de norma que pune o não acatamento de ordem de demolição); o Acórdão TC n.º 451/95 [Relator: GUILHERME DA FONSECA], de 6 de julho (inconstitucionalidade de norma que estabelece a impenhorabilidade total de bens anteriormente penhorados pelas repartições de finanças em execuções fiscais); Acórdão TC n.º 758/95 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 20 de dezembro (inconstitucionalidade de norma que impede a participação pessoal, na assembleia geral dos bancos, e em certas condições, de accionistas que não disponham de 1/300 da soma dos votos possíveis); Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de novembro (inconstitucionalidade de normas sobre custas nos tribunais tributários); Acórdãos TC n.º 176/00 [Relator: BRAVO SERRA], de 22 de março e Acórdão TC n.º 202/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 4 de abril (sobre a perda dos instrumentos do crime); o Acórdão TC n.º 484/00 [Relator: PAULO MOTA PINTO], de 22 de novembro (indeferimento tácito do pedido de legalização de obras).

ou administrador) adequar a sua acção aos fins pretendidos, não tomando medidas desnecessárias ou excessivamente restritivas.

São subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*): entendido como princípio da justa medida<sup>507</sup>. O primeiro destes princípios requer que a medida adoptada para a realização do interesse público a proteger deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes<sup>508</sup>. A exigência de conformação pressupõe que o acto do poder público seja apto para e conforme aos fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität Zwecktauglichkeit*). Pressuposta a legitimidade do fim consignado na norma, a idoneidade traduz-se na existência de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente teria de estar em correspondência com ele. A liberdade de conformação do legislador, recorde-se, é muito ampla neste campo e deve ser tomada em consideração ao estabelecer a relação de adequação meio-fim. Por último, o princípio da exigibilidade ou da necessidade impõe que o cidadão cujo direito esteja a ser restringido tenha *direito à menor desvantagem possível*. Destaca-se como elemento operativo a ideia de exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais. A necessidade do meio significa que é aquele, entre todos os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, que melhor satisfaz em concreto, com menos custos, a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser tomada. Como decidiu o Tribunal Constitucional<sup>509</sup>: “*essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato*”.

Os tribunais nacionais, e referimo-nos especificamente aos tribunais constitucionais, não podem ignorar estes princípios. O cerne do debate ao nível constitucional está na relação a estabelecer entre o direito à habitação e o direito de propriedade, a que subjaz uma opção legislativa de raiz: a quem cabe

---

<sup>507</sup> SEGUIMOS GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 270. Em formulação semelhante, para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional IV*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 308, o princípio da proporcionalidade decompõe-se nos três subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e da racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.

<sup>508</sup> Cfr., por todos, o Acórdão TC n.º 1182/96 [Relator: SOUSA BRITO], de 20 de novembro (inconstitucionalidade de normas sobre custas nos tribunais tributários).

<sup>509</sup> Acórdão TC n.º 634/93 [Relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA], de 4 de novembro.

suportar os custos de uma política de habitação baseada no arrendamento<sup>510</sup>. Como JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS<sup>511</sup> acentuam, o direito à habitação tem, fundamentalmente, como sujeito passivo o Estado em sentido amplo e não, ao menos em princípio, os proprietários ou senhorios. O direito à habitação “*não se move, à partida, no círculo das relações entre particulares, antes tem como alvo o Estado, no sentido de que cabe a este a responsabilidade política de planear, adoptar e executar providências tendentes a criar as condições necessárias para todos poderem ter habitação condigna*”. Por isso, os destinatários do direito a habitação são o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais e não, ao menos em princípios, os proprietários de habitações ou os senhorios. Também JOSE CASALTA NABAIS<sup>512</sup> nos ensina que os deveres de direitos fundamentais recaem predominantemente ou exclusivamente sobre o Estado, consoante se trate de direitos, liberdades ou garantias ou de deveres de direitos sociais. Relativamente a estes últimos, os deveres do estado são o dever de concretização legal dos direitos sociais, o dever de não retroceder no respeitante àquele nível de concretização legal já sedimentado na consciência comunitária e o dever de prestar nos termos da concretização constitucional (se e na medida em que a houver) e da concretização legal respectiva. Na opinião do autor, os particulares não são sujeitos passivos de direitos sociais, não podendo a lei impor-lhes a realização dos mesmos como se desencadeassem uma *Drittwirkung*. “*Por isso, quando a lei obriga os particulares à realização de prestações sociais, como de algum modo sucede entre nós com as tradicionais leis do arrendamento urbano para a habitação por força da conjugação do congelamento das rendas com a inflação verificada nas últimas décadas, ela está a infringir a Constituição: é que, a realização do direito social à habitação implica para o estado, e não para os particulares, a título de propriedade, de arrendamento ou de qualquer outro, de uma habitação para cada família a custos adequadamente suportáveis pelos respectivos agregados familiares, atendendo aos respectivos rendimentos e encargos. Numa outra perspetivação, isto quer dizer que os direitos sociais, numa sociedade que pretende manter-se aberta devem ser realizados através do estado fiscal (através do sistema de impostos), e não por*

---

<sup>510</sup> Sobre a histórica permeabilidade da disciplina do arrendamento urbano a factores de política económico-social, vide MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento plural: Quadro normativo e natureza jurídica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 51 e ss.

<sup>511</sup> JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 65.º, págs. 669-670, III.

<sup>512</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998 (3.ª reimpressão, de 2012), págs. 66-67, nota 140.

*via do estado dirigista como foi a solução concretizada nas célebres leis do inquilinato”.*

O Tribunal Constitucional português, que começou por apresentar uma orientação mais lúcida, veio posteriormente a sancionar decisões políticas que oneravam o proprietário/senhorio, fundamentando as suas decisões na *“hipoteca social que onera a propriedade”*. Vejamos.

#### **I. ACÓRDÃO TC N.º 101/92, DE 17 DE MARÇO**

“Ora, no plano desta vertente do direito à habitação não pode aceitar-se como constitucionalmente exigível que a realização daquele direito esteja dependente de limitações intoleráveis e desproporcionadas de direitos de terceiros (que não o Estado), direitos esses, porventura também constitucionalmente consagrados, como sucede, aliás, com o direito de propriedade privada, elencado no título constitucional correspondente aos direitos económicos, sociais e culturais.

Escreveu-se a este propósito no acórdão recorrido, que «o facto de a Constituição reconhecer a todos o direito à habitação não implica que os proprietários de casas tenham de entregá-las a quem as não tem e muito menos que o tenham de fazer para todo o sempre, como se os seus verdadeiros donos fossem os respectivos arrendatários e seus sucessores (...)”.

Na verdade, não existe qualquer exigência constitucional impondo à lei ordinária o dever de consagrar uma transmissão sucessiva e ilimitada da posição jurídica de arrendatário mortis causa, sendo manifesto que a norma do artigo 65.º da Constituição não obriga a semelhante entendimento, mesmo quando se entenda que o direito à habitação deve prevalecer sobre o direito de uso e disposição da propriedade privada.

A isto acresce que a solução consagrada na norma sob controvérsia garante um quadro de transmissão do arrendamento no qual se contempla e protege suficientemente a dimensão social mais premente do direito à habitação, acautelando os interesses do cônjuge sobrevivente e dos parentes ou afins na linha recta do de cujus, os quais, aliás, beneficiam, em certos casos, do regime de rendas subsidiadas instituído pela Lei n.º 46/85.

Há-de dizer-se que, neste domínio de particular sensibilidade social, uma dialéctica fundada nos interesses conflitantes que aqui se colocam (os do inquilino e do direito à habitação e os do senhorio



e do direito de uso e disposição da propriedade privada), pode conduzir a opções de política legislativa diversas daquela que hoje se contém na norma do artigo 1111.º do Código Civil. Simplesmente, deve reconhecer-se que a solução vigente poderá sofrer contestação neste domínio mas não já seguramente por vício de violação do artigo 65.º da Constituição.”

## **II. ACÓRDÃO TC N.º 131/92, DE 1 DE ABRIL**

“O direito à habitação tem, assim, o Estado – e, igualmente, as regiões autónomas e os municípios – como único sujeito passivo – e nunca, ao menos em princípio, os proprietários de habitações ou os senhorios. Além disso, ele só surge depois de uma interpositio do legislador, destinada a concretizar o seu conteúdo, o que significa que o cidadão só poderá exigir o seu cumprimento, nas condições e nos termos definidos pela lei. Em suma: o direito fundamental à habitação, considerando a sua natureza, não é susceptível de conferir por si mesmo ao arrendatário um direito, jurisdicionalmente exercitável, de impedir que o senhorio denuncie o contrato de arrendamento quando necessitar do prédio para sua habitação.

Estas considerações são suficientes para demonstrar que a norma da primeira parte da alínea a) do n.º 1 do artigo 1096.º, bem como as dos artigos 1097.º e 1098.º, todos do Código Civil, nunca poderão infringir o disposto no artigo 65.º da Constituição.”

## **III. ACÓRDÃO TC N.º 151/92, DE 8 DE ABRIL**

*A concretização do direito à habitação - o facultar a cada pessoa uma morada condigna - é, pois, uma tarefa cuja realização - gradual, como se disse - a Constituição comete ao Estado.*

Mas, fundando-se o direito à habitação na dignidade da pessoa humana (ou seja, naquilo que a pessoa realmente é - um ser livre com direito a viver dignamente), existe, aí, um mínimo que o Estado sempre deve satisfazer. E para isso pode, até, se tal for necessário, impor restrições aos direitos do proprietário privado. Nesta medida, também o direito à habitação vincula os particulares, chamados a serem solidários com o seu semelhante (princípio de solidariedade social); vincula, designadamente, a propriedade privada, que tem uma função social a cumprir.

É a esta luz que hão-de ser avaliadas normas como aquelas que, como já atrás se referiu, subtraem o contrato de arrendamento para habitação à regra da liberdade contratual e o submetem à regra da

renovação automática e obrigatória. Nelas, o legislador, conhecendo como conhece, a falta de casas para habitação, sacrifica um direito do senhorio a favor do direito do locatário a dispor de uma casa para sua habitação. De facto, retira àquele o direito que, em princípio, lhe assistiria de denunciar livremente o contrato de arrendamento celebrado - direito este que está compreendido, seja no direito de iniciativa económica privada (artigo 61º, nº 1, da Constituição), seja no direito de propriedade privada (artigo 62º, nº 1, da Constituição).

A legislação sobre arrendamento para habitação é fortemente vinculística, sendo um domínio onde a hipoteca social que recai sobre a propriedade é, talvez, mais forte.

#### **IV. ACÓRDÃO TC N.º 263/2000, DE 3 DE MAIO**

“Em face desta parametrização, ponderando que já se concluiu que o ‘núcleo’ ou dimensão essencial do direito de propriedade do senhorio não é posto em crise pelos normativos *sub specie*, que aos interesses dos cidadãos em serem garantido o seu direito à habitação não é alheia a vinculação dos particulares, chamados, com o seu direito de propriedade, a cumprir a função social decorrente daquele direito à habitação, a par com as incumbências que o Estado deve prosseguir, e que a escassez do mercado habitacional reclama a adopção de medidas tendentes a conseguir a preservação do direito de habitação, como um valor indubitavelmente protegido pela Lei Fundamental, igualmente se haverá de concluir que as normas em apreço, ao conferir características vinculísticas ao contrato de arrendamento para habitação, designadamente no que se reporta à sua livre revogação por banda do senhorio e às limitações quanto à actualização da contrapartida pelo desfrute do arrendado, se não configuram como ultrapassando um modo adequado e proporcionado de resolução do conflito que, à partida, se postaria entre um e outro daqueles direitos.

E, justamente por isso, não violam elas, designadamente, os artigos 62º, 13º e 18º da Lei Fundamental.

Não cabe a este Tribunal indicar se, de entre as várias formas virtualmente possíveis de hipotisar e tendentes a tal resolução, outro deveria ser o trilho a seguir pelo legislador. Cabe-lhe, isso sim, aferir se a solução normativa adoptada, na óptica do quadro unitário da Constituição e da prossecução do desiderato da menor compressão dos direitos ou valores em jogo, é adequada e proporcionada, questão à qual, como se viu já, se deu resposta afirmativa.

Não são, pois, inconstitucionais, as normas colocadas à sindicância deste Tribunal no presente recurso.

#### **V. ACÓRDÃO TC N.º 420/2000, DE 11 DE OUTUBRO**

Como atrás se referiu – apenas com a excepção dos contratos de duração limitada –, o legislador subtraiu o contrato de arrendamento para habitação à regra da liberdade contratual e submeteu-o à da renovação obrigatória e automática. Fê-lo, porque, conhecendo como conhece a falta de casas para habitação, decidiu sacrificar um direito do senhorio – o direito de denunciar livremente o contrato, que se compreende seja no direito de iniciativa económica privada, seja no direito de propriedade - a favor do direito à habitação do locatário, ou seja, do direito que este tem de dispor de uma casa para nela habitar.

É que o direito à habitação, embora seja um direito cuja realização – uma realização gradual, pois é um direito colocado "sob reserva do possível" – constitui, essencialmente, tarefa do Estado (cf. artigo 65º, n.º 2, da Constituição), funda-se na dignidade da pessoa humana. E, por isso, como há um mínimo incompressível desse direito cuja concretização o Estado deve assegurar, o legislador, com esse objectivo, impõe restrições ao proprietário privado, que, desse modo, é chamado a ser solidário com o seu semelhante, em nome, desde logo, da função social da propriedade, sobre a qual recai uma verdadeira hipoteca social, a qual, numa certa visão das coisas, se funda no destino universal dos bens.

#### **VI. ACÓRDÃO TC N.º 196/2010**

Tem sido entendido que os preceitos que desde o princípio do século XX estabelecem as regras do arrendamento de prédios urbanos, vêm consagrando um regime de severas limitações à liberdade contratual, impondo importantes restrições e vínculos à autonomia da vontade privada, de modo a assegurar uma política de justiça social. Neste domínio as partes não são encaradas pela lei como contraentes, mas enquanto membros de um determinado grupo social (inquilinos e senhorios), cujos interesses, pela sua relevância na dinâmica da sociedade, importa reger em abstracto, independentemente do acto que deu origem à situação em concreto.

É este carácter público e de forte incidência político-social da legislação sobre o contrato de arrendamento que exige que também ele seja encarado ao lado de institutos onde a vontade das partes cede

perante os interesses comunitários, sendo por isso a lei nova de aplicação imediata aos contratos pré-existentes.

## 6. CONCLUSÃO

Seria desejável que o Tribunal Constitucional, numa perspectiva necessariamente dialógica, repensasse a sua metodologia decisória à luz dos desafios lançados pela recente jurisprudência do Tribunal Europeu. Mais do que encarar a tutela do inquilino como um encargo do proprietário/senhorio, configurada esta como um limite inerente à função social da propriedade, sugere-se uma metódica centrada na valorização das duas posições em confronto na situação concreta: a do inquilino (quer se enquadre a sua pretensão no âmbito do direito social à habitação, quer se qualifique a sua posição como “propriedade” [*property*], em termos de tutela internacional) e a do senhorio (no âmbito da permissão normativa que lhe confere o seu direito real). A solução da antinomia pragmática entre os direitos do senhorio e do inquilino<sup>513</sup> tem de ser pensada através de um processo ponderativo de concordância prática, em que a cada um dos direitos seja reconhecido o seu espaço próprio de operatividade, segundo o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio jurídico fundamental, objectivamente conformador de toda a actividade do Estado, incluindo a actividade judicial. E, sempre, note-se, no respeito pela repartição de competências constitucionalmente estabelecida. Será assim ainda que *aparentemente*, repetimos, *só aparentemente*, o contrato de arrendamento se torne menos social.

---

<sup>513</sup> Que ainda vai deixando vestígios, no nosso ordenamento, sobretudo nos regimes transitórios. Para uma análise geral, vide MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano Anotado*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.



# **Breves reflexões sobre o exercício (extrajudicial) do direito de resolução do contrato bilateral sinalagmático, em particular, sobre as exceções ao “princípio das duas oportunidades”**

## **O caso particular das relações contratuais duradouras**

*Maria João Sarmento Pestana de Vasconcelos \**

### **INTRODUÇÃO**

Nas últimas décadas temos vindo a assistir a uma importância crescente das relações contratuais duradouras e complexas, assentes numa relação de confiança recíproca e de colaboração mútua entre as partes, nas quais as qualidades pessoais dos contratantes e, porventura, também, a sua solidez financeira, se afiguram essenciais<sup>514</sup>.

Não obstante, as várias legislações nacionais, e os vários diplomas normativos de fonte comunitária, que constituem o alicerce do denominado “Direito Europeu dos Contratos”, continuam a assentar no paradigma do contrato de compra e venda – contrato de execução instantânea por excelência -, consagrando, assim, uma regulamentação que nem sempre reflete as peculiaridades das relações contratuais duradouras. Refira-se, a título de exemplo, a Diretiva 1999/44/CE sobre a venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, bem como o a opção seguida pelo legislador alemão, que aproveitou a necessidade de transposição do referido diploma comunitário para reformar o Código Civil, estendendo o regime nele consagrado para a venda de bens de consumo, a todo o direito da compra e venda e, ainda, ao regime geral das perturbações da prestação. Aliás, uma das críticas que tem sido apontada à reforma do BGB de 2001/2002<sup>515</sup>, é justamente o facto de o

---

\* Assistente da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>514</sup> Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, in Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira Ribeiro, pp. 343 a 411, p. 356.

<sup>515</sup> Cfr. STEFAN GRUNDMANN, “Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach”, in ERCL 2/207, pp. 121 a 149. O Autor critica o facto de o legislador alemão não ter aproveitado a Reforma de 2001/2002 para tomar em

legislador alemão ter tomado como paradigma de todo o direito contratual, o contrato de compra e venda.

A nossa intervenção neste Colóquio, subordinado ao tema “Life Time Contracts”, pretende ser uma breve reflexão sobre o exercício extrajudicial do direito de resolução do contrato bilateral sinalagmático, em particular, sobre as exceções ao chamado “princípio das duas oportunidades” no âmbito das relações contratuais duradouras.

Numa primeira fase, procuraremos responder à seguinte questão: sendo o cumprimento ainda possível, em que circunstâncias poderá o credor exercer *imediatamente* o direito potestativo de resolução do contrato bilateral sinalagmático, sem ter de dar ao devedor inadimplente uma segunda oportunidade para cumprir? Posteriormente, procuraremos refletir sobre esta questão no âmbito das relações contratuais duradouras e complexas, a fim de averiguar em que medida é que a ponderação de interesses subjacente ao referido “princípio das duas oportunidades” se adapta às peculiaridades destas relações.

## **1. O “PRINCÍPIO DAS DUAS OPORTUNIDADES” COMO REQUISITO DO VÁLIDO EXERCÍCIO DO DIREITO POTESTATIVO DE RESOLUÇÃO**

Na eventualidade de o devedor não realizar a prestação a que está adstrito, sendo o cumprimento ainda possível, o credor só poderá, em princípio, exercer o direito subjetivo propriamente dito ao cumprimento, através do qual obtém o mesmo resultado prático que teria conseguido através do cumprimento pontual e voluntário<sup>516</sup>. A razão pela qual o credor não pode, neste caso, escolher se quer ficar vinculado ou desvincular-se do contrato, prende-se com o facto de o princípio da prioridade do cumprimento visar simultaneamente a proteção do credor e do devedor<sup>517</sup>.

---

consideração os contratos de prestação de serviços e os contratos duradouros, de uma forma mais substancial, como um segundo paradigma, ao lado da compra e venda e dos contratos de execução instantânea.

<sup>516</sup> Neste sentido, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 141. Como observa o Autor, através do cumprimento e execução *in natura*, “satisfaz-se de forma específica e *in natura* o interesse primário do credor, proporcionando-lhe não uma qualquer vantagem mas a vantagem bem determinada e por si esperada, finalidade e razão de ser da própria obrigação”.

<sup>517</sup> Neste sentido, v. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 810. O Autor defende que, por esta razão, a relação entre o cumprimento e a resolução do contrato não é uma relação de alternatividade, mas de

O “princípio das duas oportunidades” surge como uma solução de compromisso entre a proteção dos interesses de cada um dos sujeitos da relação jurídica obrigacional. Em termos gerais, podemos afirmar que de acordo com este princípio, o devedor que não cumpre *à primeira* (no tempo devido) deve ter a oportunidade de cumprir *à segunda* – dentro de um prazo razoável, depois do tempo devido<sup>518</sup>. Isto significa que, sendo o cumprimento ainda possível, o credor só poderá desvincular-se do contrato, exercendo o direito potestativo de resolução se, decorrido o referido prazo, o devedor não tiver realizado a prestação devida.

O “princípio das duas oportunidades”, ainda que com contornos diversos, é comum a muitos ordenamentos jurídicos nacionais, sistemas de Direito uniforme – como é o caso da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias – tendo sido, ainda, reaproveitado pelo legislador comunitário.

### 1.1. O “PRINCÍPIO DAS DUAS OPORTUNIDADES” NA DIRETIVA 1999/44/CE, DE 25 DE MAIO DE 1999

Na Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, o legislador comunitário regula o não cumprimento da obrigação de entrega de bens em conformidade com o contrato, individualizando, no artigo 3.º, os quatro direitos que o consumidor pode exercer e estabelecendo entre eles uma hierarquia<sup>519</sup>. Embora caiba ao consumidor o direito de escolha, esta escolha deve respeitar a ordem hierárquica estabelecida pelo legislador comunitário, na qual podemos distinguir dois níveis, com dois direitos cada. Num primeiro nível, encontramos os direitos *primários* (que o consumidor pode e deve exercer preferencialmente), que são os direitos orientados para o cumprimento: o direito à reparação e o direito à substituição da coisa; num segundo nível, encontramos os direitos *secundários*: o direito à redução adequada do preço e o direito à *rescisão* do contrato.

A transição de um nível para o outro é regulada pelos n.ºs 5 e 6 do artigo 3.º do referido diploma comunitário. Aquilo que resulta destas normas é que, sendo a reparação ou a substituição ainda *possíveis*, sem *grave*

---

subsidiariedade. Isto significa que, sendo o cumprimento ainda possível, o credor não poderá escolher se quer ficar vinculado ou desvincular-se.

<sup>518</sup> V. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, cit., p. 810.

<sup>519</sup> Sobre a Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, v., por todos, PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo”, in Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra, 2000, pp. 197 e ss. e “Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, in Themis, ano II, n.º 4, 2001, pp. 195 a 218.



*inconveniente* para o consumidor, os direitos à redução adequada do preço ou à *rescisão* do contrato só podem ser exercidos depois de ter expirado um *adicional e razoável período de tempo, destinado a dar ao vendedor uma segunda oportunidade para cumprir*, isto é, para repor os bens em conformidade com o contrato através da reparação ou da substituição. Neste sentido, podemos afirmar que o princípio das duas oportunidades constitui a peça central da ordem hierárquica estabelecida pela Diretiva.

## 1.2. O “PRINCÍPIO DAS DUAS OPORTUNIDADES” NA LEI ALEMÃ

A Diretiva sobre a venda de bens de consumo esteve, como já referimos, na génese da reforma do BGB, de 2001/2002<sup>520</sup>.

Esta reforma incidiu de forma particular no regime das perturbações da prestação.

No que toca à questão que nos ocupa, o (atual) n.º 1 do § 323 BGB passou a estabelecer como ponto de partida, em caso de não cumprimento, a necessidade de conceder ao devedor um prazo adicional para cumprir, antes de o credor poder exercer o direito subjetivo propriamente dito a uma indemnização substitutiva da prestação - § 282 – ou o direito potestativo de resolução do contrato bilateral - § 324.

No entanto, enquanto que na Diretiva 1999/44/CE este prazo começa a correr *automaticamente*, o BGB exige que este prazo seja *fixado pelo credor*, embora já não se exija, ao contrário do que resultava do § 326 (versão anterior do BGB) que a fixação do referido prazo seja acompanhada de uma advertência de que não aceitará a prestação fora de prazo (*Ablehnungsandrohung*)<sup>521</sup>. Consequentemente, perante a versão reformada do BGB, decorrido o prazo adicional sem que o devedor tenha realizado a prestação em falta, o credor mantém a faculdade de optar pelo cumprimento, pela indemnização ou pela resolução do contrato.

---

<sup>520</sup> Sobre a Reforma do Código Civil alemão, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da Modernização do Direito Civil”, I, Aspectos Gerais, 2004, Almedina, Coimbra, 2004, em especial, pp. 70 e ss.

<sup>521</sup> Uma importante consequência da supressão deste requisito que se encontrava expressamente previsto no § 326 BGB v. ant. é que, decorrido o prazo adicional, sem que o devedor tenha realizado a prestação em falta, o credor mantém a faculdade de optar pela ação de cumprimento, pela indemnização ou pela resolução do contrato. Sobre este ponto, v. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Estudos sobre o não cumprimento das obrigações”, III, *Contributo para a interpretação do artigo 808.º do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 61.

O § 323 do BGB contempla, ainda, determinados casos em que o credor pode *resolver imediatamente* o contrato. Entre eles contam-se: (1) a recusa definitiva e séria de cumprimento, feita pelo devedor ao credor (§ 323, n.º 2, al. 1)); (2) os casos em que a prestação de torna *inútil* por perda de interesse do credor na prestação, o que acontece nos casos em que a prestação não seja realizada dentro do prazo ou termo essencial; (3) os casos em que, atendendo às circunstâncias concretas e à ponderação dos interesses de ambas as partes, se justifique a *resolução imediata*. Nestes casos, o requisito da concessão de um prazo adicional ao devedor, para que este cumpra, é substituído por um aviso prévio (*Abmahnung*).

A possibilidade dada ao credor de resolver imediatamente o contrato nos casos em que “atendendo às circunstâncias concretas e à ponderação dos interesses de ambas as partes, se justifique a *resolução imediata*” afigura-se especialmente importante no âmbito das relações contratuais duradouras e complexas e abrange casos que entre nós só poderiam caber numa cláusula geral de resolução do contrato por inexigibilidade de subsistência da relação contratual.

### 1.3. O “PRINCÍPIO DAS DUAS OPORTUNIDADES” NO DIREITO PORTUGUÊS

Ao contrário do BGB, o Código Civil português não consagra (ainda) uma noção ampla de incumprimento. O não cumprimento é regulado num enquadramento sistemático que tem como polos de referência a impossibilidade (total ou parcial) e a mora<sup>522</sup>. Consequentemente, também o regime da resolução do contrato bilateral sinalagmático se encontra construído em torno desta dicotomia.

No que respeita à questão que nos ocupa, o ponto de partida do direito português é diferente do ponto de partida do direito alemão. Enquanto que o direito alemão parte, como já vimos, do requisito da concessão ao devedor de um prazo adicional para cumprir, antes de o credor poder exercer o direito à resolução do contrato, os artigos 801.º, n.º 2 e 802.º do Código Civil português consideram explicitamente a impossibilidade como causa (*a causa*) da *resolução imediata* do contrato bilateral sinalagmático<sup>523</sup>. No entanto, também de acordo com o direito português, nos casos em que o incumprimento não revista a forma de impossibilidade (casos de mora, em que o cumprimento posterior ainda é possível), o credor não goza de um direito de *resolução imediata*: terá de dar ao devedor (em mora), nos termos do artigo

---

<sup>522</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, cit., p. 344.

<sup>523</sup> O artigo 801.º contempla os casos de impossibilidade (definitiva) total; o artigo 802.º contempla os casos de impossibilidade (definitiva) parcial.

808.º, n.º 1 do Código Civil, uma segunda oportunidade para cumprir. O “princípio das duas oportunidades” consubstancia-se, pois, na necessidade de o credor fixar ao devedor (em mora) um prazo *razoável* para que este cumpra. Antes de o credor fixar este prazo e de ele terminar, o credor continua vinculado ao conteúdo originário da relação contratual o que significa que só poderá atuar o direito subjetivo propriamente dito ao cumprimento. Depois de o prazo terminar, sem que o devedor tenha realizado uma prestação conforme ao contrato, o credor adquire o direito potestativo de resolução do contrato, podendo escolher se quer ficar vinculado ao contrato ou desvincular-se exercendo o direito potestativo de resolução do contrato. Neste sentido, o direito potestativo de resolução do contrato bilateral sinalagmático, previsto nos artigos 801.º, n.º 2 e 802.º do Código Civil, só pode em princípio ser exercido desde que o devedor desaproveite duas oportunidades para cumprir<sup>524</sup>.

O artigo 808.º, n.º 1, 2.ª alternativa, consagra, porém, uma exceção ao princípio das duas oportunidades. Trata-se do caso em que a prestação se torna *inútil* por perda (objectiva) do interesse do credor na prestação: “se o credor, em consequência da mora perder o interesse que tinha na prestação”. O n.º 2 do artigo 808.º, por sua vez, acrescenta que “a perda do interesse do credor na prestação é apreciada objectivamente”. Isto significa que o artigo 808.º do Código Civil se deve aplicar aos casos em que o credor não possa realizar os fins da prestação, por causa do não cumprimento temporário ou transitório imputável ao devedor<sup>525</sup>.

Em segundo lugar, embora não resulte expressamente da lei, o credor pode ainda desvincular-se do contrato, sem necessidade de conceder ao devedor um prazo adicional para cumprir quando o devedor recuse de forma categórica, clara e definitiva o cumprimento da obrigação<sup>526</sup>. Neste caso, seria *inútil* intimar para cumprir dentro de um prazo adicional ou suplementar um devedor que já declarou definitivamente que não cumprirá. Por outro lado, por parte do devedor, a alegação de que o credor não lhe deu uma segunda oportunidade para cumprir consubstanciaria um abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*.

---

<sup>524</sup> V. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, cit., p. 810.

<sup>525</sup> V. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, cit., p. 863.

<sup>526</sup> V. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, cit., p. 827.

## 2. A RESOLUÇÃO DO CONTRATO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DURADOURAS

Diferentemente dos contratos de execução instantânea, os contratos duradouros (nomeadamente os contratos de execução continuada ou periódica), criam uma relação contratual mais complexa que apresenta aspectos particulares e que poderá reclamar a adopção de um critério especial para avaliar a gravidade do inadimplemento susceptível de justificar a resolução do contrato.

A particular natureza dos contratos duradouros<sup>527</sup> faz com que cada prestação ou cada inadimplemento, não devam ser tomados e valorados isoladamente, mas, antes, com referência à relação contratual no seu todo. Assim, por um lado, em regra, não bastará o inadimplemento de uma só prestação para fazer desaparecer o interesse do credor na subsistência da relação e para legitimar a resolução. O credor terá normalmente interesse nas prestações subsequentes.

Mas, por outro lado, um inadimplemento, ainda que de menor importância já poderá legitimar a resolução se, pela sua natureza e pelas circunstâncias de que se rodeou (p. ex. desordem nos negócios do devedor, desorganização da empresa fornecedora) for de molde a fazer desaparecer a confiança do credor no exato cumprimento das prestações subsequentes, ou das obrigações contratuais em geral para o futuro. Esta perda de confiança não deve ser valorada tendo em vista a gravidade do inadimplemento, do ponto de vista do prejuízo que dele advenha para o credor<sup>528</sup>. Aqui, o que se pergunta é se ao inadimplemento de uma só prestação se pode (ou não) atribuir este valor *sintomático*<sup>529</sup>.

O problema do incumprimento *sintomático*, ainda no âmbito dos contratos de execução duradoura pode estar relacionado com o não cumprimento de deveres de prestação ou com o não cumprimento de deveres acessórios de conduta. Assim, por exemplo, nos contratos de execução continuada que pressuponham uma relação de confiança mútua e de

---

<sup>527</sup> Cfr. BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, cit., p. 356.

<sup>528</sup> Isto não significa que numa relação nascida de um contrato de execução continuada ou periódica não possam surgir inadimplementos cuja valoração deve ser feita tendo em vista o prejuízo que desses inadimplementos advenha para o credor, ou que, o critério especial do desaparecimento da confiança possa valer como critério concorrente ou subsidiário.

<sup>529</sup> Por exemplo, um atraso na realização de uma só prestação pode não ser suficientemente grave, mas o conjunto de atrasos sim. O cumprimento defeituoso ou imperfeito pode não ser suficientemente grave, mas o conjunto de cumprimentos imperfeitos, sim.

colaboração estreita entre as partes<sup>530</sup>, deve entender-se, como ensina Baptista Machado, que todo o comportamento que afecte gravemente essa relação põe em perigo o próprio fim do contrato, abala o fundamento deste, e pode justificar, por isso, a resolução<sup>531</sup>.

A possibilidade conferida ao credor de resolver *imediatamente* o contrato bilateral sinalagmático, sem ter de dar ao devedor uma segunda oportunidade para cumprir, com fundamento na inexigibilidade de subsistência da relação contratual, afigura-se, pois, especialmente relevante no âmbito das relações contratuais duradouras e complexas. O nosso Código Civil, porque toma como paradigma o contrato de execução instantânea, e porque regula a resolução com base na dicotomia impossibilidade/mora, não prevê, no regime geral do não cumprimento, a resolução do contrato por inexigibilidade. Contudo, acolhe esta ideia de inexigibilidade da subsistência da relação contratual no regime específico de alguns contratos típicos – de execução duradoura – por exemplo, do contrato de arrendamento, do contrato de sociedade, do contrato de trabalho, ou do contrato de agência. Em todos estes contratos, a inexigibilidade surge associada à noção de “justa causa” (cfr. art. 1003.º, al. a) e 1083.º, n.º 2, do Código Civil, art. 351.º, n.º 1 do Código do Trabalho e no art. 30.º do Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de julho).

Nuno Pinto Oliveira, na esteira da posição defendida entre nós por Baptista Machado, interpreta estas normas como afloramentos de um princípio geral, aplicável não apenas às relações contratuais duradouras, mas a todas as relações contratuais, de acordo com o qual o credor deverá dispor de um direito potestativo de resolução do contrato bilateral sinalagmático sempre que se dê “qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual”. Ao esquecer-se de consagrar este princípio, o legislador português teria causado uma lacuna que deveria, pois, ser integrada através de uma analogia geral (*analogia juris*)<sup>532</sup>.

O BGB reformado, afigura-se, no que toca a este ponto, mais ajustado às peculiaridades das relações contratuais duradouras. O § 323, 3 BGB admite a resolução do contrato nos casos em que haja circunstâncias especiais (*besondere Umstände*) e em que a resolução *imediate* do contrato se explique/se justifique atendendo ao balanceamento ou ponderação dos interesses contrapostos de cada uma das partes (*unter Abwägung der beiderseitigen Interessen*). O § 324 BGB, por sua vez, admite a resolução do

---

<sup>530</sup> Poderá tratar-se de contratos celebrados *intuitu personae* mas não necessariamente.

<sup>531</sup> BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da Resolução por Incumprimento”, cit., p. 359

<sup>532</sup> Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Princípios de Direito dos Contratos”, cit., p. 870.

contrato sempre que a inobservância de deveres acessórios de conduta torne *inexigível* a subsistência da relação contratual.

Estas normas, embora sejam aplicáveis a todas as relações contratuais, introduzem uma abertura e uma flexibilidade que se afiguram especialmente relevantes no âmbito das relações contratuais duradouras<sup>533</sup>. Para além disso, funcionando, como exceções ao “princípio das duas oportunidades”, estas normas poderão também contribuir para disciplinar o devedor de uma forma mais eficiente, já que lhe retiram, em parte, a segurança jurídica que o princípio das duas oportunidades lhe outorga: o devedor sabe que não terá uma segunda oportunidade de cumprir se o seu comportamento abalar a relação de confiança mútua na qual assenta a relação contratual, tornando assim *inexigível* a sua subsistência.

### **3. O MODELO CONSAGRADO NA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 SOBRE A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS**

#### **3.1. A NOÇÃO DE VIOLAÇÃO FUNDAMENTAL DO CONTRATO**

Nos termos da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias, o direito de rescisão do contrato é concedido ao comprador em duas hipóteses previstas no artigo 49.º, n.º 1 da Convenção: quando a falta de cumprimento de qualquer obrigação pelo vendedor constituir uma violação fundamental do contrato, ou quando o vendedor não faça a entrega das mercadorias findo o prazo suplementar que foi fixado pelo comprador nos termos do artigo 47.º (ou, ainda, no decurso deste se o vendedor declarar categoricamente que não fará a entrega dentro de tal prazo). Deste modo, excetuado o caso em que haja falta de entrega, o direito de rescisão que o comprador pode exercer, nos termos da Convenção, repousa na noção de “*violação fundamental*” do contrato ou *fundamental breach*, utilizando a expressão anglo-saxónica<sup>534</sup>. Esta noção serve para traçar a fronteira entre as

---

<sup>533</sup> Defendendo que “[e]ntre a flexibilidade do Código Civil alemão e a inflexibilidade do Código Civil português deve preferir-se a primeira”, v. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Estudos sobre o não cumprimento das obrigações”, cit., p. 69.

<sup>534</sup> A consagração da noção de “*violação fundamental*” do contrato pode ser vista como uma aproximação aos sistemas do *Common Law* em que a faculdade de resolução é limitada aos casos em que há uma violação grave do contrato. O legislador internacional terá entendido que a solução do *Common Law* representa o melhor equilíbrio entre o interesse da parte faltosa em não sofrer as consequências da rescisão em caso de uma violação de gravidade menor e o interesse da parte lesada em não se ver obrigada a aceitar uma prestação em que não tem (ou

formas de incumprimento menos graves, que não põem em causa a subsistência do contrato, e situações mais graves que permitem à parte lesada a rescisão do contrato.

O artigo 25.º da convenção determina que uma violação do contrato cometida por uma das partes é *fundamental* quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prevê substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

A expressão “prejuízo” não é aqui utilizada no seu sentido técnico, mas como desvantagem resultante do incumprimento à luz do interesse do credor. Assim, já se entendeu que não constitui uma violação fundamental a existência de defeitos de conformidade numa pequena parte da mercadoria ou que não excluam uma utilização alternativa sem fazer incorrer o comprador em despesas elevadas. Por outro lado, não só o incumprimento da obrigação principal, mas também o incumprimento de obrigações acessórias pode ser considerado uma violação fundamental se tiver suficiente importância para a outra parte. Assim, por exemplo, o desrespeito pelo vendedor de um direito de exclusividade reconhecido ao comprador pode, dependendo do conteúdo do contrato e das circunstâncias concretas do caso, consubstanciar uma “*violação fundamental*” do contrato<sup>535</sup>.

Não basta, porém, a existência de um prejuízo substancial. É necessário que a parte faltosa tenha previsto a produção desse prejuízo ou que ele fosse previsível por uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação. Incumbe à parte faltosa provar que o prejuízo substancial causado à outra parte não foi previsto nem seria previsível. Assim, por exemplo, o atraso na entrega da mercadoria só constituirá uma violação fundamental se causar um prejuízo substancial ao comprador e se o vendedor puder aperceber-se da sua gravidade. Nesta hipótese, porém, o comprador pode, nos termos do artigo 49.º, n.º 1, alínea b), fixar um prazo suplementar ao vendedor e resolver o contrato se a entrega não tiver lugar dentro desse prazo, sem necessidade de demonstrar que o atraso na entrega da mercadoria constitui uma violação fundamental do contrato.

---

já não tem) interesse. V. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 278.

<sup>535</sup> V. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, cit., p. 279.

### **3.2. O DIREITO DE DECLARAR A RESOLUÇÃO NOS CONTRATOS COM PRESTAÇÕES SUCESSIVAS**

O artigo 73.º da Convenção consagra um regime especial aplicável à resolução do contrato por inexecução de alguma das obrigações quando a prestação de qualquer das partes se protele no tempo. Tal regime contempla as consequências que resultam de uma tal inexecução, quer no que diz respeito à entrega não efectivada, quer no que concerne à sua repercussão sobre os demais atos de entrega, futuros ou já efetuados<sup>536</sup>. No caso de contratos em que as prestações se achem fracionadas, como é o caso de contratos de compra e venda com entregas sucessivas, o princípio geral é o de que, se o incumprimento de uma obrigação referente a uma entrega constituir uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode resolvê-lo no âmbito correspondente a esta entrega (artigo 73.º, n.º 1). Neste caso, o direito de resolução é limitado à prestação em causa e só existe nos termos gerais: quando se verifique uma violação fundamental do contrato.

O n.º 2 do artigo 73.º da Convenção prevê a hipótese em que o incumprimento de uma das prestações singulares de entrega dá à outra parte sérias razões para pensar que ocorrerá uma violação fundamental na parte correspondente às futuras entregas. Assim, autoriza-se a parte lesada a, num prazo razoável, declarar a resolução de toda a relação duradoura para o futuro. Neste caso, prescinde-se do carácter fundamental da violação ocorrida para se exigir apenas que ela funde o receio justificado de outras violações futuras, que possam revestir aquele carácter.

Embora não exista na nossa lei uma norma semelhante, poderemos admitir, como defende Baptista Machado, que o inadimplemento de uma prestação, neste tipo de contratos, pode ter valor sintomático, legitimando então a resolução do contrato se tal inadimplemento “for de molde a fazer desaparecer a confiança do credor no exato e fiel cumprimento das prestações subsequentes”.

O n.º 3 do artigo 73.º prevê a hipótese em que, tendo o comprador resolvido o contrato em relação a uma das entregas, as demais (passadas ou futuras) não podem mais ser utilizadas para os fins tidos em vista pelas partes no momento da celebração do contrato, em virtude da sua íntima conexão com a prestação em falta.

Há aqui uma analogia com o regime especial dos efeitos da resolução do contrato previsto na nossa lei, para as chamadas obrigações de execução

---

<sup>536</sup> Cfr. os números 2 e 3 do artigo 73.º da Convenção de Viena de 1980.



continuada ou periódica, no que diz respeito às prestações já efetuadas (v. artigo 434.º, n.º 2 do Código Civil).

## CONCLUSÕES

A análise que empreendemos permite-nos concluir que quer na Diretiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, quer nos Códigos Civis português e alemão, quer na Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, existe uma diferenciação entre incumprimentos *essenciais* (em que a prestação já *não é possível* ou é *inútil* do ponto de vista da satisfação do interesse do credor), e incumprimentos *não essenciais* (em que a prestação ainda é *possível e útil*).

A razão de ser desta diferenciação é a seguinte: sendo a prestação ainda *possível e útil*, importa encontrar um equilíbrio entre o interesse do devedor em cumprir e o interesse do credor em desvincular-se do contrato, exercendo o direito potestativo de resolução. O equilíbrio entre estes dois interesses alcança-se através do “princípio das duas oportunidades” ou seja, do requisito da fixação ao devedor de um prazo adicional para cumprir e, assim, impedir a resolução do contrato.

O “princípio das duas oportunidades” tem vantagens para ambas as partes: para o credor, porque lhe permite exercer o direito potestativo de resolução do contrato, mesmo nos casos em que o cumprimento posterior ainda é possível; para o devedor pela certeza e pela segurança que lhe proporciona: ele sabe que se não cumprir à *primeira* poderá, ainda, cumprir à *segunda* e tem ainda a garantia de que enquanto aquele prazo adicional não terminar, o credor não poderá exercer o direito de resolução do contrato (a não ser que no decurso desse prazo o devedor declare, de forma definitiva e categórica, que não cumprirá).

Nos casos em que a prestação já *não é possível* ou é *inútil* – o interesse do credor em desvincular-se do contrato, exercendo o direito potestativo de resolução, é claramente preponderante, razão pela qual, faz sentido admitir que este possa *resolver imediatamente* o contrato, sem ter que dar ao devedor uma segunda oportunidade para cumprir<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> O artigo 9:301 (1) PECL determina que uma das partes pode resolver o contrato se o incumprimento da outra parte constituir um incumprimento essencial. Assim, nos casos de incumprimento essencial existe um direito de resolução imediata. Não existindo um incumprimento essencial, o credor só poderá resolver o contrato se previamente tiver concedido ao devedor um prazo adicional para este cumprir e o respectivo prazo terminar, sem que o devedor tenha realizado a sua prestação. O artigo 9:301 (2) PECL estabelece que, em

A ponderação de interesses subjacente ao princípio das duas oportunidades nem sempre se afigura adequada às peculiaridades das relações contratuais duradouras e complexas, as quais reclamam uma maior flexibilidade afigurando-se, pois preferível o regime consagrado no Código Civil alemão, o qual permite abranger todos os casos em que o princípio da ponderação de interesses justifique a resolução do contrato, ou ainda, o regime consagrado na Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, o qual, para além de permitir a resolução imediata sempre que haja uma violação fundamental do contrato, contém regras próprias, aplicáveis apenas a relações contratuais duradouras e, como tal, particularmente ajustadas às suas peculiaridades.

---

caso de mora, o credor pode resolver o contrato em virtude do 8: 106 (3) PECL. Esta norma determina que se o atraso no cumprimento não constituir um não cumprimento essencial, e se o credor tiver concedido ao devedor um prazo adicional para este cumprir poderá resolver o contrato se esse prazo decorrer de forma infrutuosa.



**Colóquio “O princípio da dignidade da  
pessoa humana e o direito privado.  
Repensar os direitos de personalidade?”**

*Braga, 14 de dezembro de 2015*



# Os direitos de personalidade como direitos fundamentais

*Joaquim de Sousa Ribeiro\**

1. A Constituição da República Portuguesa (CRP) confere plena centralidade valorativa à pessoa, como objeto de proteção.

O primado desse conceito, como conceito de valor a preservar e a promover, fica logo expresso, com evidência, no artigo 1.º, ao reconhecer a *dignidade da pessoa humana* como uma das bases da República Portuguesa. Esta ideia regulativa básica pré-enuncia, em si mesma, todo um programa normativo, não só de fixação de limites de atuação aos poderes públicos, mas também de imposição de tarefas e de incumbências prestacionais, teleologicamente direcionadas a conformar a vivência em sociedade como “*livre, justa e solidária*”, de acordo com o segmento final daquele preceito.

Esse programa é desenvolvidamente explicitado por toda a Constituição, com destaque, naturalmente, para os “princípios fundamentais” e para a parte I, atinente aos direitos fundamentais. O valor matricial da dignidade da pessoa humana funda e dá unidade de sentido a todas as previsões de direitos da pessoa que aí se contêm, cobrindo as diversificadas situações existenciais em que a sua personalidade se constrói e se exprime. O imperativo de respeito pelo modo de ser concreto de cada indivíduo, sem sujeição a um modelo ideal predeterminado em abstrato, alimenta um conceito de liberdade de cunho substancialista, como autodeterminação efetiva em todos os domínios da existência. O que, por sua vez, e em conexão, postula uma dimensão essencial da igualdade como direito à diferença. Na verdade, como já noutra sede escrevemos, «a autodeterminação como direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” é indissociável do tratamento como igual daquele que faz opções de vida divergentes dos padrões dominantes. Digna de igual reconhecimento e respeito é a pessoa como ser único e diferenciado, portadora de necessidades, aspirações, desejos e atributos que a individualizam na circunstância histórica do seu viver» (A tutela de bens da personalidade na Constituição e na jurisprudência constitucional

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Presidente do Tribunal Constitucional.

portuguesas”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, III, pág. 852).

A pessoa é protegida, não apenas enquanto tal, mas também como cidadão e como trabalhador, formando-se, assim, a trilogia de categorias de direitos, liberdades e garantias que, no seu conjunto, disponibilizam uma tutela global à pessoa: direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores.

A estrutura da proteção constitucional da pessoa completa-se com a fixação aos poderes públicos de incumbências concretas de atuação prestativa, no âmbito da efetivação de direitos fundamentais sociais, económicos e culturais. Para além do seu significado específico, atinente a cada um dos bens objeto de tutela, esses direitos, no seu conjunto, dão substância aos valores cimeiros da liberdade e da igualdade, procurando assegurar a todos condições reais minimamente igualitárias de integração e de participação autónoma na vida social. Função essencial, neste domínio, cumpre o *direito a um mínimo de subsistência condigna*, não expressamente consagrado, mas que o Acórdão n.º 509/2002, do Tribunal Constitucional, fez diretamente entroncar no princípio do respeito da dignidade humana.

Partindo da pessoa, a Constituição não abandona esse eixo nuclear na própria modelação da organização económica. Ela foi constitucionalmente concebida como instrumental ao objetivo de promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e da igualdade real entre os portugueses – uma das tarefas fundamentais do Estado, assim expressa na alínea d) do artigo 9.º da CRP. Reforçando esse ponto de vista valorativo, a alínea a) do artigo 81.º estabelece como incumbência prioritária do Estado, no âmbito económico e social, «promover o aumento de bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas (...)».

2. Esta densa malha protetiva, a nível da Lei Fundamental, eleva a um novo patamar o reconhecimento normativo dos direitos da pessoa, no ordenamento português, sendo de lhe atribuir um profundo significado sistémico.

A tutela dos bens da personalidade já tivera um anterior momento marcante, com a consagração, no Código Civil de 1966, de “direitos de personalidade”. Compondo toda uma secção integrada no título III da Parte Geral, dedicado às “relações jurídicas” (artigos 70.º a 81.º), aí encontra expressão forte a visão “personalista” de que cada indivíduo vale como pessoa, o que implica a disponibilização, pela ordem jurídica, de instrumentos de proteção dos modos de ser por que se manifesta a sua irredutível identidade e individualidade. Proteção que, nesse plano do direito civil, lhe foi

extensamente concedida, através de uma cláusula geral muito aberta (artigo 70.º, n.º 1), de tutela “contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, articulada com algumas previsões específicas, em salvaguarda de concretos bens da personalidade.

Mas, e não obstante todo o realce e encómios que a consagração legislativa de direitos de personalidade, no nosso Código Civil, indiscutivelmente merece, não pode ignorar-se que deles transparece uma compreensão estritamente individualista e abstratizante da pessoa, como “ente centrado sobre si próprio”, sem ter em conta as posições relacionais e os papéis que ela assume na esfera da convivência social.

Este “isolamento” dos direitos de personalidade foi muito favorecido pela sistemática germânica que o Código adotou, com a compartimentação da matéria civilística em blocos normativos separados (em “livros”), por critérios estruturais e funcionais que nada têm a ver com o percurso vivencial da pessoa. Colocados dentro do regime geral da relação jurídica, os direitos de personalidade revelam-se aí quase como um “corpo estranho”, pois, nesse contexto, a personalidade é predominantemente equiparada à subjetividade, sendo a pessoa encarada como mero elemento da relação jurídica, como centro de imputação dos efeitos jurídicos que ela comporta.

Em resultado de tudo isto, e ainda que o reconhecimento de direitos de personalidade seja uma componente da parte “geral” do Código, eles não tiveram qualquer projeção valorativa nos outros sectores da regulação civilística.

Pense-se, por exemplo, no regime da “emissão de fumo, produção de ruídos e factos semelhantes” (artigo 1346.º). O proprietário de um imóvel pode opor-se a esses factos, provenientes de prédio vizinho, «sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam». É notório que a ponderação legislativa incidiu exclusivamente sobre a relação entre imóveis, entre o prédio gerador daqueles factos e o prédio por eles afetado. Numa ótica exclusivamente patrimonialista, contrapôs-se as utilidades propiciadas pelo primeiro aos prejuízos sofridos pelo segundo, com alheamento absoluto das ofensas ao direito ao repouso ou à integridade pessoal do titular deste, à perda da qualidade de vida por ação lesiva sobre o meio circundante e ambiental da pessoa. Sobressai, neste critério de solução, a salvaguarda, sem qualquer ressalva, da “utilização normal” do prédio de onde proveem os factos lesivos.

Se uma interpretação sistemática, que entre em linha de conta com o disposto no artigo 70.º, ainda pode contrariar esta conclusão – e a nossa jurisprudência não hesitou em seguir essa via –, o mesmo já não acontece com as autênticas antinomias valorativas criadas por opções tomadas no âmbito do



direito da família. Na redação originária do Código, anteriormente às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, a matéria foi tratada numa perspetiva puramente institucionalista, como se o casamento e a família nada tivessem a ver com a autodeterminação e a realização da pessoa – os valores determinantes da garantia do livre desenvolvimento da personalidade contida na tutela geral reconhecida no artigo 70.º Daí, entre outros aspetos, a indissolubilidade por divórcio dos casamentos católicos celebrados desde 1 de agosto de 1940 (artigo 1790.º) e, em múltiplos pontos, o estatuto inferiorizado da mulher, submetida ao “poder marital” do marido, como “chefe de família” (artigo 1674.º), com as restrições e as condicionantes decorrentes.

Por isso mesmo, a nova ordem constitucional implicou, nesta área, uma radical reconfiguração normativa do direito ordinário. Só então o regime jurídico-civil do casamento, da família e, dentro dela, da filiação passou a estar ajustado às ideias de valor da autodeterminação, de integridade, e de igual dignidade das pessoas – ideias que, dando conteúdo a princípios constitucionais e a direitos fundamentais, são também fundantes da consagração de direitos de personalidade. E a forma conseqüente como foi levada a cabo essa tarefa de ajustamento do direito ordinário aos parâmetros constitucionais manifesta-se bem no tratamento dos filhos menores: de acordo com o grau de maturidade destes, os pais “devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” (artigo 1878.º, n.º 2).

3. Este o primeiro e grande *apport* da consagração constitucional dos direitos da pessoa como direitos fundamentais situados no vértice do sistema jurídico. Nessa qualidade, beneficiam da força jurídica que o artigo 18.º da CRP atribui aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias. Vinculando as entidades públicas e privadas, impõem-se ao próprio legislador, como padrões de referência normativa a respeitar em todas as áreas de intervenção legislativa. As conformações de cunho restritivo só são admissíveis dentro dos parâmetros fixados nos n.ºs 2 e 3 daquela disposição, devendo, em particular, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos” e não afetar o “núcleo essencial” dos direitos, liberdades e garantias.

Com o reconhecimento constitucional, os direitos da pessoa, não só estendem a sua esfera de proteção – na medida em que são também, e em primeira linha, direitos de defesa contra intromissões lesivas do Estado –, como ganham uma eficácia vinculativa irradiante para todo o sistema jurídico. Não há campo normativo que se lhes possa subtrair, não há razões específicas de nenhum setor de regulação infraconstitucional que se possam sobrepor aos

imperativos que os direitos fundamentais incorporam, em termos de validarem soluções que os contrariem. Não mais são possíveis visões parcelares desconectadas da unidade de sentido tutelador que a Constituição confere aos direitos da pessoa, nos vários “palcos” em que esta desenvolve a sua atividade.

Os critérios material-valorativos modeladores do estatuto jurídico-constitucional da pessoa têm projeção universal em todo o ordenamento, pela posição supraordenada que nele ocupam, sem prejuízo das específicas dimensões protetivas que, no plano do direito ordinário, são concretizadas nos vários sectores da ordem jurídica, de forma ajustada à índole própria das esferas existenciais neles reguladas. Aqueles critérios constitucionais permeiam a conformação normativa também das relações jurídico-privadas, servindo simultaneamente de padrão de controlo da validade das estatuições infraconstitucionais.

Ganha-se, assim, uma visão integrada, sistemicamente coerente, do conjunto multifacetado da estrutura de proteção da pessoa, sem compartimentações estanques entre si, em total correspondência com a natureza una e indivisível da personalidade humana.

Dessa visão não podem ser excluídos pelo menos alguns dos direitos económicos e sociais. Tendo, é certo, o seu núcleo mais caracterizador nas relações com o Estado, como direito a prestações, alguns desses direitos desempenham também uma função de defesa e de proteção contra agressões nas relações jurídico-privadas. Nessa vertente defensiva, complementam os clássicos direitos pessoais – é o caso, por exemplo do direito económico-social à habitação (artigo 65.º da CRP), com relevantes projeções valorativas, bem patentes na jurisprudência constitucional, sobre a disciplina do arrendamento – ou têm, mesmo incidência, sobre o âmbito de proteção destes direitos, enriquecendo-o e alargando-o. Exemplo expressivo desta interconexão horizontal de sentido tutelador é-nos dado pela associação do direito à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP), ao direito à saúde (artigo 64.º), bem como ao direito a um ambiente sadio e a qualidade de vida (artigo 66.º). Essa associação contribuiu para potenciar uma compreensão mais exigente, mesmo na esfera jurídico-privada, como direito da personalidade, do direito à integridade física e psíquica, ampliando o bem protegido, de forma a abarcar, não apenas os atentados diretos ao ser da pessoa, mas também as ações que inquinam o seu meio vivencial, afetando o seu bem-estar. Uma rica e diversificada jurisprudência civilística documenta bem essa extensão do âmbito de tutela.

**4.** A proteção constitucional integrada e unificada de todos os atributos que garantem ao indivíduo “valer como pessoa” comunica-se, assim, a todo o

sistema jurídico, funcionando como pólo agregador dos regimes sectorizados que têm esse objeto de tutela e impulsionador da sua efetiva aplicação, de modo conforme aos valores constitucionais.

Fica patente que mecanismos de proteção díspares entre si, por obedecerem ao *ethos* normativo próprio da área do jurídico onde se situam, apresentam um étimo comum, por todos serem expressão dos imperativos de tutela que, por força da ordenação axiológica jusfundamental, sobre o Estado recai. Na verdade, de acordo na estrutura complexa dos direitos fundamentais, neles não cabem apenas *deveres de respeito*, limites à intrusão na esfera protegida – deveres que, no que se refere ao Estado, ganham particular evidência quando este é o único potencial agressor, como sucede em todo o vasto campo do exercício do direito de punir. Cabem também *deveres de proteção*, bem expressos no segmento da caracterização genérica da República Portuguesa como “Estado de direito democrático” (artigo 2.º), que nele integra, como sua componente essencial, a “garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”, e em previsões específicas dispersas por vários preceitos (cfr., por exemplo, a parte final do n.º 1 e os n.ºs 2 e 3 do artigo 26.º).

Com respeito pelo princípio da proporcionalidade, o legislador goza de ampla liberdade na escolha do meio de proteção mais adequado. A proteção mais intensa (mas também a mais exposta ao risco de excesso, e daí a sua sujeição estrita ao critério da necessidade naquele princípio contido) é dada pelas incriminações de direito penal, com a criminalização de condutas lesivas de bens da personalidade. Os “crimes contra as pessoas” é uma tipificação que todos os códigos penais contêm, e não podem deixar de conter, como parte destacada do seu catálogo de ações puníveis. Mas, se esse é um *locus obligatus* desses complexos normativos, a moderna compreensão do direito penal, que seleciona como bens dotados de dignidade penal “só bens jurídicos de nível constitucional” os “bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade” (nesse sentido, Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte Geral*, t. I, 2.ª ed., Coimbra, 2007, págs. 117-123), veio inocular-lhe uma nova carga valorativa, como componente imprescindível de um sistema protetor, na íntegra e em todas as dimensões, da personalidade humana.

No Código Penal português, esta matéria ocupa todo o título I da Parte Especial, estendendo-se do artigo 131.º ao artigo 201.º A “correspondência de sentido” com a ordem constitucional de tutela da pessoa manifesta-se, desde logo, em certas previsões com direta atinência a garantias constitucionais, designadamente as do capítulo respeitante aos “crimes contra a reserva da vida privada” (artigos 190.º a 198.º) e à tipificação do crime de “gravações e fotografias ilícitas” (artigo 199.º).

Mas manifesta-se também, e com especial valor sintomático, na reconfiguração dos crimes sexuais, no fundamento material-valorativo, conteúdo e lugar sistemático das incriminações que a eles respeitam. Na versão inicial do Código Penal de 1982, estes crimes ainda figuravam no Título III (“Dos crimes contra interesses e valores da vida em sociedade”), e, dentro dele, no Capítulo I, sob a epígrafe “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade”. Com a revisão de 1995, tais crimes passaram a ser perspetivados como “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” das vítimas, como consta da designação do Capítulo V do Título respeitante aos crimes contra as pessoas. A mudança não é apenas de nome, mas de toda a axiologia imanente na identificação dos bens protegidos: a tutela é recentrada na pessoa, tendo como objeto os bens constitutivos e expressivos da sua personalidade, na área do comportamento sexual, em vez de estar direcionada, como até aí, para valores de ordenação social, de acordo com o padrão dos “bons costumes”.

5. No setor que especialmente diz respeito ao tema em análise – o das relações interprivadas, pois é este o campo de exercício dos direitos de personalidade, em sentido próprio, técnico-jurídico –, também aí teve sensível impacto e influxo conformador a previsão constitucional de direitos, liberdades e garantias pessoais como direitos fundamentais. Para além de fator de aglutinação sistémica – como já acima se explanou – dessas previsões resultou uma tutela mais extensa e mais intensa dos bens da personalidade.

Mais extensa porque, a nível constitucional, há uma maior e mais atualizada especificação dos bens de personalidade garantidos. A enumeração que o Código Civil contém dos concretos modos de ser em que a personalidade se projeta é parca e algo desatualizada. Basta atentar em que, dos dez preceitos atinentes a particulares objetos de tutela (artigos 72.º a 81.º), quatro referem-se a cartas e outros escritos. Há de convir-se que, num juízo atual, este âmbito normativo de proteção incide sobre uma dimensão da personalidade em progressiva perda de significado pessoal e social, não se justificando este detalhe regulador. Em contrapartida, são silenciadas dimensões hoje expostas a riscos sérios de ação lesiva, como, por exemplo, em toda a área de utilização de meios informáticos e das tecnologias de informação e comunicação.

É certo que esta maior extensão das previsões constitucionais não deve ser sobrevalorizada, pois não nos podemos esquecer que o Código Civil contém uma cláusula geral de tutela (artigo 70.º) que, funcionando como “norma de recolha” (*Anfangsvorschrift*) permite “captar” normativamente, como objeto de proteção, aspetos da personalidade não especificamente regulados.

Mas, justamente, a consagração, na Constituição, de um catálogo de direitos pessoais que vai para além do catálogo dos direitos de personalidade constante da legislação civil deu um impulso concretizador àquela cláusula geral, contribuindo para uma densificação consistente do seu alcance. E a progressiva interiorização, pela generalidade dos operadores judiciais, de uma “cultura de constitucionalidade”, de que fazem destacadamente parte as opções de valor expressivamente manifestadas nesses direitos fundamentais, estimulou a efetiva aplicação de todos os instrumentos de tutela da pessoa. O notório enriquecimento da jurisprudência civilística nesta matéria, a partir da década de oitenta do século passado, é testemunho disso mesmo.

São expressamente consagrados, para além do direito à vida e do direito à integridade pessoal, sob a epígrafe “outros direitos pessoais” (artigo 26.º), e para referir apenas os que têm expressão dominante na esfera privada, os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade (introduzido na revisão de 1997), à capacidade civil (resultante da 1.ª revisão, de 1982), ao bom nome e reputação, à imagem (introduzido igualmente na 1.ª revisão), à palavra (introduzido pela 2.ª revisão, de 1989), e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Neste quadrante normativo se insere também a tutela dos bens da pessoa que podem ser afetados pela utilização da informática (artigo 35.º). Em graus variados, avulta, neste bloco, a defesa da integridade dos bens inerentes à pessoa, perante a potencial ação agressiva dos outros.

Estamos aqui na área normativa de correspondência direta entre os objetos de direitos fundamentais e de direitos de personalidade. Parcialmente, no caso dos direitos também consagrados especificamente na esfera civilística – o direito ao bom nome e reputação (indiretamente, pelo artigo 484.º do Código Civil), à reserva da intimidade da vida privada e à imagem – há uma sobreposição normativa praticamente total, sem prejuízo, naturalmente, de, enquanto direitos fundamentais, estes direitos valerem também contra o Estado, assim se fechando o círculo, em todas as direções, de proteção da pessoa. De âmbito muito heterogéneo, os direitos reconhecidos no artigo 26.º têm de comum o integrarem (com exclusão do direito à cidadania) o núcleo “mais pessoal” da personalidade, se assim se pode dizer. Estão em causa atributos pessoais, em si mesmos, em que, tal como nos direitos de personalidade, há uma conexão direta e exclusiva entre o ser da pessoa, como sujeito, e a sua personalidade individual, como objeto.

Entre estes direitos tem lugar destacado o *direito ao desenvolvimento da personalidade*, ou, como mais expressivamente o nomeia o artigo 2.º da *Grundgesetz*, ao *livre desenvolvimento da personalidade*. Pela amplitude e indeterminação do seu âmbito de proteção, este direito desempenha, no plano constitucional, uma função tuteladora de alcance geral, idêntica à que cabe à

previsão do artigo 70.º do Código Civil. Recolhendo a ideia básica e fundante de que a pessoa goza de autonomia na conformação identitária da sua personalidade (liberdade de formação da personalidade) e de liberdade de exteriorização dos seus modos de ser, este direito é verdadeiramente um “direito matriz”, onde, de forma mais ou menos direta, vão entroncar todas as ramificações descentralizadas de tutela de concretos atributos da pessoa. Nessa medida, o direito ao desenvolvimento da personalidade pode albergar os direitos pessoais que, não obstante o detalhe regulador do capítulo a eles respeitante, permaneçam inominados (por exemplo, os direitos à autodeterminação corporal e à autodeterminação sexual). E assim, com a constitucionalização do direito ao desenvolvimento da personalidade, se reforça, no âmbito dos direitos pessoais, a abertura do sistema de direitos fundamentais, mesmo em face do disposto no artigo 16.º, n.º 1, pois, por essa via, o reconhecimento de direitos de tal natureza não tem que se cingir, como estabelece esta norma, aos direitos “constantes das leis e das regras aplicáveis em direito internacional”.

Mas a Constituição não se limitou a consagrar o direito ao desenvolvimento da personalidade, contendo também a específica tutela de múltiplas formas de comportamento que o concretizam. Para além do direito de constituir família e contrair matrimónio (artigo 36.º), estão consagradas liberdades, em distintos campos de atuação da pessoa: liberdade de expressão e informação (artigo 37.º), de imprensa e meios de comunicação social (artigo 38.º), de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º), de criação cultural (artigo 42.º), de aprender e ensinar (artigo 43.º), de associação (artigo 46.º), de escolha de profissão e acesso à função pública (artigo 47.º).

Coenvolvendo, nalguns casos, dimensões institucionais, em todas estas previsões transparece a perspetiva de que a tutela da pessoa não fica completa sem a conformação, desse ponto de vista valorativo, das esferas relacionais onde a sua identidade se constrói e se afirma. Está em causa a liberdade de cada um conduzir a sua existência de acordo com aquilo que é (ou quer ser), perseguindo os fins que almeja, pelo modo que eleger, assim se realizando como pessoa. Protegido é o *ser com os outros*, o agir humano no meio social.

A maior abrangência e intensidade da tutela resultante da transposição, para a esfera das relações interprivadas, dos direitos, liberdades e garantias pessoais revela-se, com particular evidência, nos casos em que o objeto do direito de personalidade só parcialmente cobre uma área de interesse relevante para a tutela da pessoa. O *direito ao nome* (artigo 72.º do Código Civil) fornece um bom exemplo. Assim identificado o objeto do direito, com ele só se garante a não confundibilidade pessoal. Mas, abarcando essa componente, o *direito à identidade pessoal* (artigo 26.º da CRP) é de conteúdo mais rico e multifacetado, garantindo que o titular possa conhecer e fazer valer a verdade

de todos os traços da sua individualidade própria, incluindo das suas raízes genéticas, sociais e culturais. Dele se extrai o *direito ao conhecimento da progeneritura*, de que é instrumento qualificado a ação de investigação da paternidade. O parâmetro valorativo deste direito incidiu sobre o regime desta ação, em particular sobre o prazo-regra de propositura da ação, o qual, na redação inicial do artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, era de dois anos, a partir da maioridade. Foi decidido que esse prazo representava uma restrição inadmissível do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, o que levou a uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, pelo Acórdão n.º 23/2006. Na sequência, a Lei n.º 14/2009 alargou o referido prazo para dez anos.

6. Concluiremos reiterando e reforçando uma ideia-força de toda esta comunicação. Olhar para os direitos da pessoa a partir da Constituição faculta uma compreensão integrada e global do conjunto diversificado de instrumentos de tutela. Sendo certo que algumas previsões constitucionais quanto aos direitos, liberdades e garantias pessoais ultrapassam a área estrita dos direitos de personalidade, todas elas nos dão, a nível supraordenado, o enquadramento e a envolvência normativa da proteção da pessoa, integrada comunitariamente, em todas as áreas do seu viver multidimensional. Para além do enriquecimento da estrutura protetiva, assim se ganha unidade de sentido e coerência valorativa, que devem estar presentes nas múltiplas especificações sectorizadas – com tendência a expandir-se, do que é relevante manifestação a consagração de direitos de personalidade no Código de Trabalho, desde a versão originária, de 2003.

# A (ir)renunciabilidade dos direitos de personalidade

Benedita Mac Crorie\*

## 1. INTRODUÇÃO

O tema que hoje pretendemos tratar prende-se com uma das características que é normalmente associada aos direitos de personalidade: a sua irrenunciabilidade.

Os direitos de personalidade são um conjunto de direitos subjectivos que incidem sobre a própria pessoa ou, nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, sobre “os vários modos de ser, físicos ou morais”, dessa personalidade<sup>538</sup>. Trata-se de direitos gerais, isto é, de direitos de que são titulares todos os seres humanos e de direitos absolutos porque se lhes contrapõe uma obrigação universal. É ainda entendimento dominante na doutrina que estes direitos não são alienáveis nem renunciáveis”, podendo o titular, no entanto, consentir em alguma medida na sua limitação<sup>539</sup>.

Vamos, num primeiro momento, tentar distinguir os dois conceitos em análise, a renúncia e a limitação voluntária dos direitos de personalidade, para, num segundo momento, procurar dar uma resposta quanto ao papel que desempenha, ou que achamos que deve desempenhar, o princípio da dignidade

---

\* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>538</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 208.

<sup>539</sup> Estes direitos exprimem o “‘*minimum*’ necessário e imprescindível” do conteúdo da personalidade, sendo, por isso, essenciais. Nesse sentido, ADRIANO DE CUPIS, *Os Direitos de Personalidade*, Morais Editora, Lisboa, 1961, p. 17. Ver, mais desenvolvidamente, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 207 ss; JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *Los Derechos de la Personalidad*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 23; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários Desenvolvidos*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 89; PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXIX, Coimbra, 1993, pp. 482 e 483; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “A Constituição e os direitos de personalidade”, “A Constituição e os direitos de personalidade”, in JORGE MIRANDA (coor.), *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 94 – 98; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Pessoas. Sumários Desenvolvidos das Lições ao Primeiro Ano do Curso de Licenciatura em Direito*, Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2008, pp. 10 – 15.



da pessoa humana na determinação do alcance do poder de dispor sobre direitos de personalidade, e que é a questão central da nossa intervenção. Finalmente, vamos dedicar-nos à questão da eventual necessidade de admitir alguns desvios às regras civilísticas relativas à declaração negocial no que concerne à declaração de limitação voluntária.

A admissibilidade da renúncia aos direitos de personalidade não pode ser analisada à margem da problemática da renúncia a direitos fundamentais, uma vez que as normas de direito privado não podem hoje estar desligadas da sua relação com a Constituição, tendo de se conformar com os princípios constitucionais e, particularmente, com os direitos fundamentais, sem que com isso queiramos evidentemente retirar autonomia ao direito privado. Na verdade, nas palavras de Jorge Reis Novais, as “normas positivas que no Direito ordinário admitem ou excluem a renúncia a direitos sobre bens protegidos por normas de direitos fundamentais são elas próprias sindicáveis à luz da sua conformidade aos princípios constitucionais” relativos a esta matéria.<sup>540</sup> Ora como vimos nas intervenções anteriores, há, de facto, uma grande coincidência entre as normas de direitos fundamentais e os direitos de personalidade.

## 2. OS CONCEITOS DE RENÚNCIA E DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

A distinção que se estabelece entre renúncia e limitação voluntária parece assentar na ideia de que a figura da renúncia implica a extinção de um direito<sup>541</sup>, enquanto na limitação voluntária estará apenas em causa um compromisso do indivíduo de não invocar temporariamente uma determinada posição jurídica tutelada por um direito de personalidade. A questão terminológica tem relevância precisamente porque tem consequências quanto à extensão do poder de disposição, sendo que a propósito da renúncia a direitos fundamentais também se discute se o termo renúncia é o mais adequado.

---

<sup>540</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 264.

<sup>541</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., p. 270; LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 371. Sobre a renúncia abdicativa e o seu efeito extintivo do direito, ver, mais desenvolvidamente, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995; ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 848.

Gomes Canotilho considera, por exemplo, que não pode haver renúncia a direitos fundamentais mas apenas “limitação voluntária ao exercício de alguns direitos”<sup>542</sup>.

Jorge Miranda, por seu lado, considera que, por princípio, ninguém pode renunciar a direitos fundamentais, apenas se concebendo que o próprio titular deste ou daquele direito venha a estabelecer uma “auto-restrição” ou “auto-suspensão”, para fins não contrários aos princípios do Estado de Direito democrático<sup>543</sup>.

A este propósito, tivemos já oportunidade de nos pronunciar noutra sede<sup>544</sup> e considerámos ser de seguir a perspectiva de Jorge Reis Novais, que defende a manutenção do conceito de renúncia para designar o poder de dispor sobre posições jurídicas de direitos fundamentais. Se delimitarmos à partida este poder, considerando que não pode haver uma renúncia total a um direito fundamental como um todo, estamos a restringir esse poder, que é também jusfundamentalmente protegido, antes sequer de atentarmos nos limites dessa mesma renúncia.

Consequentemente, estamos de acordo com o Autor, na medida em que considera que o conceito de renúncia deve também abarcar, pelo menos à partida, as situações de renúncia que impliquem a extinção do direito, não fazendo sentido adoptar uma concepção restritiva *a priori* do conceito, o que implica que não se devem excluir, à partida, situações de renúncia que impliquem a extinção do direito<sup>545</sup>.

Sendo esta a posição que defendemos a propósito da renúncia a direitos fundamentais, a primeira questão que colocamos é a de saber se assumir de uma forma absoluta a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não será uma solução demasiado restritiva e que não se coaduna com a resposta que nos parece ser de retirar do texto constitucional quanto à possibilidade de o indivíduo voluntariamente dispor das suas posições subjectivas de direitos fundamentais perante terceiros.

Apesar disso, e pondo de parte a questão terminológica, tem-se defendido que a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede

---

<sup>542</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 464.

<sup>543</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 384 e 385.

<sup>544</sup> BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Almedina, Coimbra, 2013.

<sup>545</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., pp. 270 – 272.

a relevância do consentimento do lesado<sup>546</sup>, isto é, admite-se a limitação voluntária destes direitos, partindo da ideia de que os direitos de personalidade, enquanto direitos subjectivos, se traduzem em “posições de liberdade” reconhecidas ao seu beneficiário, pelo que se devem considerar disponíveis<sup>547</sup>.

Vamos, então, agora olhar para a segunda questão que nos propusemos tratar, que é a de saber até onde pode ir a limitação voluntária a direitos de personalidade, particularmente atendendo ao papel a desempenhar pelo princípio da dignidade da pessoa humana nesta matéria.

No que diz respeito à limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade, o n.º 1 do art. 81.º do CC determina que esta é nula quando contrarie os princípios da ordem pública<sup>548</sup>, pelo que, antes do mais, convém concretizar o conceito de ordem pública.

Tem-se entendido por ordem pública, mais uma vez nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, “o conjunto de princípios basilares de uma dada ordem jurídica (...) que regulam interesses gerais e fundamentais da colectividade”<sup>549</sup> e que, pela importância que assumem, “devem prevalecer sobre as convenções privadas”<sup>550</sup>. Esta compreende, nas palavras de Luísa Neto, “as normas que servem à realização e à protecção dos valores e bens fundamentais para a vida em comunidade e que encontramos nomeadamente

---

<sup>546</sup> ADRIANO DE CUPIS, *Os Direitos de Personalidade*, cit., p. 53.

<sup>547</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, *Parte Geral*, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, p. 107.

<sup>548</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 268. Considerando que no Direito Civil a declaração de limitação voluntária pode “ser anulada ou objecto de uma declaração de nulidade quer com fundamento nas regras sobre incapacidade (...) quer (...) com fundamento na sua ilicitude ou contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes, ver PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – IRINEU CABRAL BARRETO – TERESA PIZARRO BELEZA – EDUARDO PAZ FERREIRA (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora, 2001, p. 54; ORLANDO CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Sumários Desenvolvidos*, cit., p. 91; 0; PIRES DE LIMA – ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 110 e 304.

<sup>549</sup> ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, cit., p. 707.

<sup>550</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 557 e 558.

na Constituição”<sup>551</sup>. Consequentemente, o consentimento deve considerar-se contrário à ordem pública sempre que ofenda “princípios constitucionais”<sup>552</sup>.

Verifica-se, de facto, a tendência de densificar os conceitos indeterminados do direito civil, como sejam os conceitos de ordem pública ou bons costumes, através das disposições constitucionais. Sendo que a concretização dos bons costumes e da ordem pública se tem vindo a fazer através do recurso aos direitos fundamentais<sup>553</sup>, no fundo do que se trata é de avaliar se a limitação voluntária é conforme aos princípios e regras constitucionais. Nesse sentido, a ordem pública e os bons costumes podem inclusivamente ser “fundamento para a disponibilidade”<sup>554</sup>.

Paulo Mota Pinto, a propósito da limitação voluntária ao direito à reserva da intimidade da vida privada, defendeu que a invocação dos bons costumes e da ordem pública como limites ao consentimento não poderá servir

---

<sup>551</sup> LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, cit., p. 478. Ver também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008 p. 591.

<sup>552</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Pessoas. Sumários Desenvolvidos das Lições ao Primeiro Ano do Curso de Licenciatura em Direito*, cit., p. 61; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 523.

<sup>553</sup> Considerando que seguindo “uma perspectiva liberal-democrática são precisamente os direitos fundamentais que constituem a essência da própria ideia de ordem pública”, ver LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, in *Persona y Derecho*, n.º 45, 2001, pp. 133 e 134. FRANZ JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. I, 3ª Edição, Verlag C. H. Beck, München, 1993, p. 1139, entende, por sua vez, que “os direitos fundamentais são um elemento especialmente importante para a concretização dos bons costumes através do ordenamento interno”. DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.ª Edição, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, p. 269, defende que “os valores da Constituição, sobretudo os direitos fundamentais, têm efeitos na validade de negócios jurídicos”, “através da cláusula geral de bons costumes”. Também MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 846, nota 940, faz referência a um preenchimento da cláusula dos bons costumes” à luz da protecção constitucional dos direitos fundamentais” e ao facto de que vários princípios jurídicos fundamentais obtêm realização através dela. Finalmente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, cit., pp. 508, em relação ao conceito de ordem pública, entende que “são contrários à ordem pública negócios que atinjam valores constitucionais importantes”.

<sup>554</sup> LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, cit., p. 475.

para uma pretensa protecção da pessoa contra si própria ou para impor um determinado “conceito objectivo de ‘dignidade humana’”<sup>555</sup>.

Ora estamos completamente de acordo com esta posição, que nos remete para o grande tema deste colóquio: o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com o direito privado.

### 3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DE DIREITOS DE PERSONALIDADE

Quanto à dignidade da pessoa humana enquanto limite à renúncia a direitos fundamentais, a questão que em grande medida se discute é a de saber se a definição da dignidade depende essencialmente do entendimento que o próprio tem acerca do que é para si mais ou menos digno, ou se o Estado pode impor limites a essa autodefinição. Por conseguinte, não está tanto em causa apurar se o indivíduo pode renunciar à dignidade, mas antes até que ponto lhe cabe decidir o que é ou não atentatório da sua dignidade<sup>556</sup>. Em virtude disso, os principais problemas quanto à determinação deste princípio levantam-se “quando a dignidade e o direito à autodeterminação se confrontam”<sup>557</sup>. Estas considerações parecem-me aplicáveis também à limitação voluntária de direitos de personalidade.

Entendemos que a dignidade é atribuída ao Homem porque este deve ser concebido como um “ser autónomo, capaz de autodeterminação”<sup>558</sup>. Desse

---

<sup>555</sup> Nesse sentido, PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 547. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 173 e 174, também nota 1, considera que “não raro, na experiência histórica, a invocação da ‘ordem pública’ tem sido feita como conceito (...) beligerante contra a liberdade. No entanto, a ordem pública “só vale enquanto permite a realização do bem comum, aferido pelo equilíbrio entre liberdade e autoridade”.

<sup>556</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., p. 329.

<sup>557</sup> GERHARD SPIESS, *Der Grundrechtsverzicht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 92.

<sup>558</sup> MARTIN NETTESHEIM, “Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und blosser Abwägungstopos”, in *AöR*, n.º 130, 2005, pp. 93 e 100 ss. Este Autor entende que aquilo que Dürig pretendia no seu comentário à Constituição era a “formulação de um princípio fundamental ético-estadual”. Ao dizer que o princípio da dignidade proíbe que se transforme a pessoa em objecto, Dürig “formula uma regra ético-estadual” que deve apenas vincular os titulares de poder público. A confusão que se gerou a partir daí deve-se ao facto de se ter transposto esta interpretação do princípio da dignidade para as relações entre privados, ou seja, ter-se considerado que também decorre do princípio da dignidade o dever do Estado de evitar que os indivíduos, nas suas relações privadas, se

modo, a dignidade “é apenas algo indisponível para o Estado e não já para o indivíduo”, pelo que o dever de protecção que incumbe aos poderes públicos vincula-os a “respeitar e proteger a dignidade”, mas já não os obriga “a forçar comportamentos conformes à dignidade”. Uma tal obrigação transformaria o sentido deste princípio no seu oposto<sup>559</sup>.

Como já tivemos oportunidade de referir noutros escritos<sup>560</sup>, defendemos que a dignidade deve servir, essencialmente como fundamento da liberdade e só excepcionalmente como fundamento de restrições à liberdade. Para a concretização do princípio da dignidade parece-nos relevante a consagração de um direito ao desenvolvimento da personalidade na CRP, que em situações de dúvida deve ser entendido como estabelecendo “uma presunção a favor da liberdade”, mais uma vez nas palavras de Paulo Mota Pinto<sup>561</sup>.

Assim, o princípio da dignidade deve ser interpretado em conformidade com as normas constitucionais que conferem ao indivíduo a

---

transformem em objectos. Por outro lado, este Autor defende que o conteúdo jurídico-constitucional do princípio da dignidade “não se esgota na fundamentação de obrigações ético-estaduais fundamentais”. A par com “uma dimensão ético-estadual”, existe também “uma dimensão liberal e jusfundamental, cujo objectivo é a defesa de lesões concretas da dignidade humana”. Na sua “dimensão liberal” o princípio da dignidade garante a liberdade individual, bem como a capacidade do sujeito para realizar a sua personalidade. Nesta dimensão já não será, no entanto, de aplicar a fórmula do objecto.

<sup>559</sup> DETLEF MERTEN, “Der Grundrechtsverzicht”, in HANS-DETLEF HORN, *Recht Im Pluralismus, Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 2003, p. 64.

<sup>560</sup> BENEDITA MAC CRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, cit., p. 168. Considerando também que “a partir do texto constitucional e da doutrina se pode dizer que a dignidade da pessoa humana (...) aponta para o *livre desenvolvimento da personalidade*”, ver ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 128. Também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A dignidade da pessoa humana e o fundamento dos direitos humanos”, in *ROA*, Ano 68, Vol. I, 2008, p. 117, sustenta que a dignidade do homem se funda na “capacidade” e no “encargo de auto-construção” em que se traduz o direito ao desenvolvimento da personalidade.

<sup>561</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, cit., pp. 157 - 161.

possibilidade de eleger o seu modo de vida, com autodeterminação e sem a ingerência estadual<sup>562</sup>.

Tal não significa, no entanto, que não haja situações em que a vontade individual tenha de ceder sem que tal origine necessariamente uma lesão da dignidade<sup>563</sup>. O princípio da dignidade não é forçosamente violado através de qualquer medida ou regulamentação estatal que restrinja a liberdade individual<sup>564</sup>. O que se retira, então, do princípio da dignidade da pessoa humana é que apenas se poderá limitar a autonomia individual quando haja fins de interesse colectivo que o justifiquem<sup>565</sup>.

É, então, legítima a protecção de terceiros ou da comunidade, mas já não o serão, em princípio, as restrições da liberdade que visem proteger a pessoa de si própria ou que pretendam fazer face a uma concepção duvidosa de dignidade, uma vez que não é função do Estado corrigir os cidadãos<sup>566</sup>. Se o princípio da dignidade for entendido neste sentido, só em casos extremos poderá justificar restrições da liberdade: seja quando estamos a falar de pessoas que não têm capacidade de autodeterminação ou quando possa estar em causa a possibilidade de “autodeterminação futura”<sup>567</sup>.

---

<sup>562</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Pessoas. Sumários Desenvolvidos das Lições ao Primeiro Ano do Curso de Licenciatura em Direito*, cit., pp. 64 e 65.

<sup>563</sup> INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4.<sup>a</sup> edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, p. 135, entende que “partindo-se de um conceito mais restrito de dignidade”, segundo o qual “apenas uma grave violação da condição da pessoa” se traduz em violação da dignidade, todas as outras condutas restritivas deixariam de ser reconhecidas “como verdadeiras restrições à dignidade” passando a ser encaradas como “ofensas a outros direitos fundamentais específicos”.

<sup>564</sup> HANS HOFMANN, “Artikel 1” in BRUNO SCHMIDT-BLEIBTREU – HANS HOFMANN – AXEL HOPFAUF, *Kommentar zum Grundgesetz*, 11.<sup>a</sup> Edição, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 110.

<sup>565</sup> CARLA AMADO GOMES, *Defesa da saúde pública vs. Liberdade individual*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1999, p. 21.

<sup>566</sup> ERNST BERNA, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, cit., p. 144.

<sup>567</sup> JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, cit., pp. 327 e 330. Segundo o Autor, só se verificará uma violação da dignidade quando o indivíduo “anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura, ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos. Considerando também que só em situações limite é que a dignidade pode servir para restringir a liberdade, ver ANSGAR OHLY, “*Volenti non fit iniuria*” – *die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, p. 104.

Por tudo o que vimos, parece-nos que o princípio da dignidade, nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, “não é, e não deve ser, a fórmula por que se dificulta a institucionalização da liberdade; não é, nem deve ser, a fórmula por que se facilita a institucionalização das restrições à liberdade”, pelo que “o ónus da argumentação recai sempre, ou deve recair sempre, sobre quem propõe a restrição da liberdade”<sup>568</sup>. Entende-se que “a liberdade [se] justifica (...) a si própria”, ao contrário das restrições à liberdade, que apenas podem ter lugar quando haja interesses públicos ou de terceiros que o justifiquem<sup>569</sup>.

Assim, na limitação voluntária aos direitos de personalidade, só excepcionalmente o princípio da dignidade da pessoa deverá servir para limitar o poder de dispor sobre direitos de personalidade.

Como já referimos, pensamos que a dignidade não deve ser entendida como um valor objectivo, que se pode opor à própria vontade do indivíduo. De facto, justificar a defesa da pessoa contra si própria invocando o princípio da dignidade corresponderia a aplicar este princípio contra a finalidade da sua consagração, pois a dignidade traduz-se precisamente na possibilidade de o indivíduo escolher em liberdade o rumo que pretende seguir na sua vida.

Nas situações em que o próprio consente deverá, então, prevalecer a sua vontade, ressalvados os limites que já referimos. É em primeira linha o indivíduo que deve determinar o que é ou não violador da sua dignidade, o que leva a uma “necessária relativização do alcance deste princípio também como base para a limitação do poder de disposição”<sup>570</sup> sobre direitos de personalidade.

#### **4. APLICABILIDADE DAS REGRAS CIVILÍSTICAS SOBRE A DECLARAÇÃO NEGOCIAL À DECLARAÇÃO DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA**

Finalmente, gostaríamos ainda de terminar colocando algumas questões a propósito das regras que valem no direito civil quanto à declaração negocial em que se expressa o consentimento para a limitação voluntária<sup>571</sup>.

---

<sup>568</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética”, in *Lex Medicinæ*, n.º15, 2011, pp. 32 e 33.

<sup>569</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das Pessoas. Sumários Desenvolvidos das Lições ao Primeiro Ano do Curso de Licenciatura em Direito*, cit., p. 65.

<sup>570</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2006, p. 321.

<sup>571</sup> Agradecemos ao Doutor Nuno Pinto Oliveira a chamada de atenção para estas questões, bem como todos os ensinamentos e sugestões de leitura.



Este consentimento está sujeito ao regime geral previsto no Código Civil (CC). Assim sendo, defende-se que “são aplicáveis, quer o princípio da liberdade declarativa (...), quer o princípio da liberdade de forma”. Para além disso, a declaração de consentimento para a limitação voluntária pode ser expressa ou tácita, impondo-se “que se preste especial atenção à verificação da *integridade do consentimento*”, atendendo à “natureza pessoal dos interesses em causa”<sup>572</sup>. Ainda que o consentimento seja válido, “não poderá ter lugar uma execução em forma específica” e este pode sempre “ser revogado, com indemnização dos prejuízos causados às expectativas legítimas da outra parte”<sup>573</sup>.

De facto, tem-se entendido que no consentimento para a limitação voluntária “a tutela dos interesses do comércio jurídico ou da contraparte não merece (...) a protecção que se dá no domínio dos negócios jurídicos em geral, admitindo-se (...) a livre revogabilidade do consentimento a todo o tempo”<sup>574</sup>. Finalmente, também se considera que a declaração de limitação voluntária pode “ser anulada ou objecto de uma declaração de nulidade (...) com fundamento nas regras sobre (...) falta ou vício de vontade”<sup>575</sup>.

Parece-nos que na limitação voluntária se justificariam alguns desvios às regras civilistas relativas à declaração negocial, uma vez que parece não dever bastar a aparência da vontade para que se considere válida essa declaração.

Também quanto à interpretação da declaração negocial, “o objectivo da solução aceite na lei civil é [precisamente] o de proteger o declaratório, conferindo à declaração o sentido que seria razoável presumir em face do comportamento do declarante, e não o sentido que este lhe quis efectivamente

---

<sup>572</sup> PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 539.

<sup>573</sup> CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 216; PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., pp. 552 – 554; FERNANDO PIRES DE LIMA – JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 110.

<sup>574</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 154; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 208 e 209.

<sup>575</sup> PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, cit., p. 540; FERNANDO PIRES DE LIMA – JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., pp. 110 e 304.

atribuir”, consagrando-se uma doutrina tendencialmente “*objectivista*”<sup>576</sup>. Colocamos, no entanto a questão de saber se na interpretação da declaração de limitação voluntária não faria sentido aplicar-se uma regra de interpretação mais subjectivista<sup>577</sup>.

A especificidade da limitação voluntária também tem consequências no regime da falta e dos vícios da vontade, o que talvez devesse acarretar alguns desvios em relação ao regime de Direito Civil no sentido de alargar as possibilidades de invocação da invalidade da declaração<sup>578</sup>.

---

<sup>576</sup> FERNANDO PIRES DE LIMA – JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 223. O art. 236.º do CC estabelece que “o sentido decisivo da declaração negocial é aquele que seria apreendido por um destinatário normal. (...) Exceptuam-se apenas os casos de não poder ser imputável ao declarante, razoavelmente, aquele sentido (...), ou de o declaratório conhecer a vontade real do declarante”.

<sup>577</sup> LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL, *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*, disponível in [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/5](http://works.bepress.com/leticia_martel/5), pp. 254 ss, seguindo a perspectiva de Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, considera que a tendência para uma tese subjectivista se baseia na necessidade de evitar o risco de se utilizar a manifestação de quem consente “como uma máscara que impede a visualização da sua intenção (subjectiva)”. Para a Autora, a “tendência” para o subjectivismo justifica-se particularmente na disposição de posições subjectivas de direitos fundamentais pessoais, dada a delicadeza das relações em causa.

<sup>578</sup> Ilustrando essa diferença, por exemplo, nos casos de erro na declaração (art. 247.º CC), a exigência da essencialidade do erro para a anulabilidade da declaração parece ser questionável nas declarações de vontade de renúncia. O mesmo se deverá aplicar aos casos de erro na transmissão (art. 250.º CC) e erro sobre a pessoa ou objecto do negócio (art. 251.º CC), na medida em que estas disposições remetem para o regime do erro obstáculo, ou seja, erro na declaração. Por outro lado, quanto ao erro sobre os motivos (art. 252.º CC), este só é relevante se as partes tiverem reconhecido, por acordo, a essencialidade do motivo. Ora temos também dúvidas que esse regime deva ser extensível à declaração de renúncia. MARTINA DOROTHEE EPELT, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, cit., p. 47, considera, no entanto, que por razões de segurança jurídica um erro que se refira apenas a questões laterais não deve excluir a voluntariedade da renúncia. Também nos casos de dolo (art. 253.º CC), temos dúvidas que a distinção estabelecida nesta disposição entre *dolus bonus* e *dolus malus* seja relevante para a declaração de renúncia. Ainda nas situações de dolo de terceiro (art. 254.º, n.º 2) parece não haver razões para proteger expectativas do destinatário, assim como quanto à coacção moral (art. 255.º CC) deverá eventualmente considerar-se que qualquer das situações enunciadas no artigo poderá influenciar a formação da vontade. Finalmente, as exigências de gravidade do mal e fundamento do receio nos casos de coacção de terceiros parecem não fazer sentido para as situações de renúncia. Sobre a falta e vícios da vontade ver, mais desenvolvidamente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, *Parte Geral*, Tomo I, cit., pp. 575 ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS,

Há aqui claramente uma preocupação com exigências de certeza e segurança jurídicas que não devem ter a mesma relevância numa limitação voluntária<sup>579</sup>, pelo que a protecção plena do bem jurídico autonomia, subjacente a essa limitação, talvez devesse implicar o afastamento das regras de Direito Civil dirigidas à protecção das expectativas da contraparte<sup>580</sup>.

Para além disso, quanto à capacidade de exercício de direitos tem sido defendido, particularmente por André Dias Pereira, que deve ser de erigir, “paralelamente às regras gerais do negócio jurídico”, um “*regime específico* para a limitação de direitos de personalidade”. Tal perspectiva não se coaduna com a letra do art. 123.º do CC, uma vez que esta norma consagra, para menores e interditos, “uma *incapacidade geral de exercício*” que se aplica quer a “direitos patrimoniais” quer a “direitos pessoais”. Apesar disso, a própria lei prevê excepções em matéria de casamento, perfilhação ou testamento, parecendo estabelecer uma distinção entre “actos jurídicos patrimoniais” e “actos jurídicos pessoais”<sup>581</sup>. Assim, coloca-se a questão de saber se essa diferenciação não deveria reflectir-se em termos mais gerais nas regras vigentes quanto à capacidade para consentir.

---

*Teoria Geral de Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 653 ss; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pp. 457 ss.

<sup>579</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, cit., p. 139, por exemplo, no que se refere ao consentimento para a prática de actos médicos, considera que este se consubstancia num “*simplex acto jurídico*” e, nessa medida, não lhe são aplicáveis as normas da doutrina geral do negócio jurídico, que “são inspiradas pela tutela da confiança dos declaratórios e dos interesses gerais do tráfico”.

<sup>580</sup> PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, cit., pp. 426 e 427, entende que “a tutela das expectativas” está presente “na dogmática jurídico-negocial”. Ainda que o regime do negócio jurídico se inspire na ideia de autodeterminação, é evidente a preocupação do legislador com a “*tutela da confiança especificamente negocial*”.

<sup>581</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, cit., pp. 163 – 166; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, cit., pp. 216 – 218.

## Direitos (fundamentais) de personalidade?

*Luísa Neto* \*

A comunicação apresentada correspondeu a sinopse de trabalho de anotação dos artigos relativos aos direitos de personalidade do Código Civil (anotações em projecto integrado na linha de investigação Dimensão Económica e Social do Direito Privado do CEDIS da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, no prelo, e a publicar até final de 2016 e que, por razões editoriais, aqui não se apresentam em forma completa). O iter das referidas anotações pretende realçar o distinguo entre direitos fundamentais com locus constitucional e os direitos de personalidade. A previsão destes últimos – sem alterações desde 1966 – reclama hoje uma interpretação actualista que integre os desafios de acomodação dogmática mais recentes dos direitos fundamentais.

Assim, e nestes termos, foram os seguintes os passos salientados, aqui apenas apresentados de forma tópica:

1. Se a teoria geral dos direitos fundamentais é uma teoria dos direitos fundamentais positivados na Constituição, tais princípios constitucionais são imperativos de otimização. Ora, se é verdade que é a lei que se deve mover no âmbito dos direitos fundamentais e não o inverso, mesmo sem afirmar que o código civil seja, nesta parte, substancialmente constitucional, são os direitos fundamentais que fornecem um padrão de aferição para a lei ordinária e não o contrário. A lei ordinária há de mover-se no quadro e no âmbito dos direitos fundamentais previamente previstos na constituição dirigente.

2. Assim, a irradiação das normas constitucionais de 1976 impõe, porventura, repensar os direitos de personalidade já antes reconhecidos no Código Civil, atendendo aliás à declarada eficácia vertical e horizontal e aplicabilidade direta ditada pelo nº1 do artigo 18º da Constituição para os direitos liberdades e garantias – e para os direitos fundamentais, se adotarmos a teoria da dogmática unitária.

3. Pensamos que se justifica uma maior articulação entre esta matéria e os direitos fundamentais. Por um lado, protegem-se no Código Civil direitos como cartas missivas confidenciais e/ou pseudónimo e minimizam-se (ou remetem-se para o direito geral da personalidade) aspetos muito mais

---

\* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

relevantes dessa mesma personalidade. Por outro lado, bem mais relevante para a equação social atual e como se acentuará v.g. quanto à previsão dos artigos 69º e 80º e 81º, a correta destrição entre renúncia, autolimitação e consentimento deve ser trazida à luz da discussão, especialmente a propósito das denominadas vagas de consentimento, em que a permissão de lesão é dada genericamente por determinado circunstancialismo histórico e social.

4. Uma das matérias em que mais releva convocar os *indirizzos* constitucionais aplicáveis diz respeito à das situações de colisão – confronto entre um direito e um bem da sociedade ou do Estado –, ou conflito – em que se embatem duas posições jurídicas subjetivas de titulares diversos. Recorde-se que há muito já se abandonou um critério hierárquico de solução de conflitos e colisões: o referido critério da concordância prática incide sobre o tipo e intensidade da lesão em causa, que pode muitas vezes ser mínima, ancorado fortemente no princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso. Acresce que as restrições não são um fim em si mesmo – servem um propósito que é a resolução de um conflito ou a resolução de uma colisão. Assim, ante o próprio conflito de direitos – também previsto no artigo 335º do Código Civil - deve ter-se em conta o conteúdo essencial de cada um deles e tratar de buscar a sua coordenação, evitando que um elimine o outro, porque a congruência e a completude são elementos essenciais do ordenamento jurídico; haverá então prevalência, mas de índole casuística e concreta, de uns direitos sobre os outros e que atenda ainda ao tipo da lesão.

# Tomando a sério o personalismo ético\*

Nuno Manuel Pinto Oliveira\*\*

## I.

1. Larenz colocou o termo *personalismo ético* no centro do discurso sobre o direito privado e, em particular, sobre o direito civil:

«Por trás do Código civil [alemão], por trás dos seus conceitos fundamentais, dos seus princípios e das suas valorações est[aria] o personalismo ético»<sup>582</sup>.

Enquanto *princípio filosófico*, ele estaria (ainda) por trás do sistema de direito civil; enquanto *princípio jurídico*, estaria (já) por cima do sistema de direito civil. O personalismo ético *positivar-se-ia* através do princípio (constitucional) da dignidade da pessoa humana. Larenz diz, p. ex., que “[o] personalismo ético, com o reconhecimento da pessoa e da sua dignidade, é hoje, através do art. 1.º da Constituição alemã, o princípio mais alto (*oberstes Prinzip*) do sistema jurídico, considerado no seu conjunto”<sup>583</sup>. O personalismo ético seria a *face filosófica* do princípio de dignidade da pessoa humana e o princípio de dignidade da pessoa humana seria a *face jurídica* do personalismo ético.

---

\* O presente texto actualiza e, em alguns aspectos, desenvolve os argumentos deduzidos em Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Os princípios de um ‘personalismo ético’ como projecto de ‘materialização’ do direito privado”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

\*\* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

<sup>582</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C. H. Beck, München, 2004, pág. 21: “*Hinter dem BGB, seiner Grundbegriffen und seinen grundlegenden Wertungen steht der ethische Personalismus als Menschenbild, den seine Verfasser, ohne es ausdrücklich auszusprechen, als selbstverständlich vorausgesetzt haben*”.

<sup>583</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 22.

## II.

2. Os contributos para a (re)construção do conceito de *personalismo ético* compreenderiam, *designadamente*, a filosofia de Kant<sup>584</sup> e de Hegel<sup>585</sup>. Larenz sugere que o princípio fundamental da filosofia do direito de Kant — “cada ser humano tem um direito subjectivo a que todos os outros o respeitem e, correspondentemente, tem um dever [jurídico] de respeito por todos os outros” — corresponde a um princípio fundamental da filosofia do direito de

---

<sup>584</sup> Sobre a filosofia de Kant em geral, *vide p. ex.* Alexandre Fradique Morujão, “Kant”, in: *Logos. Enciclopédia luso-brasileira de filosofia*, vol. 3, Verbo, Lisboa, 1991, cols. 110-144; Simon Blackburn, “Kant” e “Imperativo categórico / hipotético”, in: *Dicionário de filosofia*, Gradiva, Lisboa, 1997, págs. 241-243 e 223-24, respectivamente; Bertrand Russell, *History of Western Philosophy and Its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, George Allen and Son, London, 1946, págs. 728-745; Anthony Kenny, *História concisa da filosofia ocidental*, Temas & Debates, Lisboa, 1999, págs. 325-348; sobre a filosofia do direito de Kant em particular, *vide* Giorgio del Vecchio, *Lições de filosofia do direito*, 5.<sup>a</sup> ed., Arménio Amado, Coimbra, 1979, págs. 126-142; Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1955, págs. 249-270; Arthur Ripstein, “Kant’s Legal Philosophy”, in: *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, in: WWW: <[http://ivr-enc.info/index.php?title=Kant%27s\\_Legal\\_Philosophy](http://ivr-enc.info/index.php?title=Kant%27s_Legal_Philosophy)>; e, com maior desenvolvimento, Ernest J. Weinrib, “Law as a Kantian Idea of Reason”, in: *Columbia Law Review*, vol. 87 (1987), págs. 472-508, e Winfried Brugger, “Grundlinien der kantischen Rechtsphilosophie”, in: *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus — Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*, Nomos, Baden-Baden, 1999, págs. 143-161.

<sup>585</sup> Sobre a filosofia de Hegel em geral, *vide p. ex.*, Michel Renard, “Hegel”, in: *Logos. Enciclopédia luso-brasileira de filosofia*, vol. 2, Verbo, Lisboa, 1990, cols. 1026-1046; Simon Blackburn, “Hegel”, in: *Dicionário de filosofia*, cit., págs. 199-200; Bertrand Russell, *History of Western Philosophy*, cit., págs. 758-773; Anthony Kenny, *História concisa da filosofia ocidental*, cit., págs. 350-355; Edward Caird, *Hegel*, J. B. Lippicott Company, Philadelphia, 1883; Raymond Plant, *Hegel*, George Allen & Unwin, 1973; Charles Taylor, *Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975; Peter Singer, *Hegel. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1983; sobre a filosofia do direito de Hegel em particular, *vide* Giorgio del Vecchio, *Lições de filosofia do direito*, cit., págs. 151-157; Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., págs. 279-301; Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London / New York, 2002; Thom Brooks, *Hegel’s Political Philosophy. A Systematic Reading of the Philosophy of Right*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007; Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Benno Zabel, “Hegel, Georg Wilhelm Friedrich”, in: *EZR — Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, in: <[http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/Joomla/index.php?option=com\\_joomlawiki&Itemid=98](http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/Joomla/index.php?option=com_joomlawiki&Itemid=98)>.

Hegel — “sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”<sup>586</sup>. Entre as duas fórmulas, haveria só uma diferença de palavras<sup>587</sup>: a fórmula de Kant seria mais analítica e a fórmula de Hegel seria mais sintética<sup>588 589</sup>.

3. Interpretando-se a filosofia do direito de Hegel como um personalismo (ético), disse-se, p. ex., que os conceitos de “pessoa” e de “personalidade” de Hegel podem e, porventura, devem considerar-se como um indício do desenvolvimento cultural da Europa<sup>590</sup>; — que “[a] síntese pessoa / ser humano susceptível de acompanhar o desenvolvimento liberal obteve uma fórmula de excelência em Hegel”<sup>591</sup>; que todo o sistema jurídico pode e, porventura, deve considerar-se um desenvolvimento do imperativo, do “pressuposto” ou do “postulado”, de Hegel<sup>592</sup>; ou que, através da “fórmula de

---

<sup>586</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios de filosofia do direito* (tradução portuguesa de: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*), Martins Fontes, São Paulo, 1997, pág. 40 (§ 36).

<sup>587</sup> Na *Allgemeiner Teil*, Larenz dá, aparentemente, (alguma) prioridade à fórmula de Kant; o pensamento de Kant é tratado com maior e o pensamento de Hegel, com menor desenvolvimento; no *Richtiges Recht*, não lhe dá prioridade alguma: as fórmulas de Kant e de Hegel seriam “uma tradução para a linguagem da sua ética ou da sua moral de umas considerações genuinamente cristãs e das consequências que daí decorrem para o direito”, não devendo dar-se prioridade a nenhuma [cf. *Derecho justo. Fundamento de ética jurídica* (tradução espanhola de: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*), Civitas, Madrid, 1985, pág. 58).

<sup>588</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 22; sendo mais sintética, a fórmula de Hegel seria mais impressiva.

<sup>589</sup> Sobre o significado das filosofias de Kant e de Hegel, no contexto da história da filosofia do século XIX (e do século XX), vide p. ex. Louis Millet, “L’*évolution de la philosophie — La philosophie en Europe*”, in: *Histoire [du développement culturel et scientifique] de l’Humanité*, Robert Laffont / UNESCO, Paris, 1969, págs. 583-620.

<sup>590</sup> Horst Ehmann, “Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht”, in: *Festschrift für Georgiades*, 2006, págs. 113 ss., consultado através de: WWW: < <http://www.jusmeum.de/uploads/documents/apr-georg.pdf> >: “*Dieser Persönlichkeitsbegriff Hegels kann als eine aus der Wesensschau unserer europäischen Kulturentwicklung gewonnene Vorstellung des Wertes der Persönlichkeit und als Grundlage von Art. 1 und 2 GG und der gesamten sonstigen Rechtsordnung verstanden werden, ist aber weder identisch mit dem APR [allgemeinen Persönlichkeitsrecht]-Grundrecht noch mit dem bürgerlich-rechtlichen APR [allgemeinen Persönlichkeitsrecht]*”.

<sup>591</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. I — *Parte geral*, tomo III — *Pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 19.

<sup>592</sup> Horst Ehmann, “Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht — Zur Transformation unmoralischer in unerlaubte Handlungen”, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. I, C. H. Beck, München, 2000, págs. 613 ss., consultado através de:



*excelência*” obtida em Hegel, a “síntese pessoa / ser humano” se assumiu “como fonte da própria juridicidade”<sup>593</sup>. Ora, concorde-se ou não com as críticas de um Russell<sup>594</sup> ou de um Popper<sup>595</sup> à filosofia de Hegel<sup>596</sup>, a aproximação entre Kant e Hegel é *pelo menos* duvidosa.

4. O princípio “*sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas*” deve contextualizar-se. Os *Princípios de filosofia do direito* relacionam-no exclusivamente com o direito *abstracto* e, por conseguinte, *formal*:

“*É a personalidade que principalmente contém a capacidade do direito e constitui o fundamento (ele mesmo abstracto) do direito abstracto, por conseguinte formal. O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas*”<sup>597</sup>.

Ora o sistema de Hegel distingue *três momentos* na “realização efectiva da liberdade”<sup>598</sup>: o *direito abstracto*, a *moralidade subjectiva* e a *moralidade objectiva*<sup>599</sup>. O *direito abstracto* seria o primeiro momento, a *moralidade subjectiva* o segundo e a *moralidade objectiva* o terceiro — como primeiro momento o *direito abstracto* seria a *tese*, como segundo momento a *moralidade subjectiva* seria a *antítese* e como terceiro momento a *moralidade*

---

WWW: <<http://www.jusmeum.de/uploads/documents/fg-50bgh.pdf>>: “*Die gesamte Rechtsordnung kann freilich verstanden werden als eine Entwickelung dieses Hegel’schen Postulats*”.

<sup>593</sup> António Menezes Cordeiro, *tratado de direito civil português*, vol. I — *Parte geral*, tomo III — *Pessoas*, cit., pág. 19.

<sup>594</sup> Bertrand Russell, *History of Western Philosophy*, cit., págs. 769-773 — concluindo com a afirmação de que a filosofia de Hegel ilustra uma “importante verdade”: “*the worse your logic, the more interesting the consequences to which it gives rise*”.

<sup>595</sup> Karl R. Popper, *A sociedade aberta e os seus inimigos*, vol. II, cit., esp. págs. 33-80.

<sup>596</sup> Contestando a interpretação de Russell e, sobretudo, de Popper, Plant escreve, nem mais, nem menos, que o seguinte: “*Conceived in ignorance of Hegel’s philosophical achievements, Popper’s discussions of Hegel is a conjecture which has bad in the past, and also receives in the present work, a firm refutation. The refutation supplied in this book is, however, implicit—to have explicitly challenged Popper at each point in his interpretation would have credited his work with more importance than it deserves*” (Raymond Plant, *Hegel*, George Allen & Unwin, 1973, págs. 9-10).

<sup>597</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios de filosofia do direito*, cit., pág. 40 (§ 36).

<sup>598</sup> Jean Hyppolite, prefácio a Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, cit., pág. 9.

<sup>599</sup> Expondo sucintamente os três momentos da (auto-)realização da liberdade, vide Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., págs. 287-293.

*objectiva a síntese.* O processo de realização efectiva da liberdade implicaria a supressão do direito abstracto para que, superando-o, se realizasse a moralidade subjectiva e, sobretudo, a moralidade objectiva. — Se Hegel fala do direito abstracto (do direito da “*pessoa*” e da “*propriedade*”), é só para o superar<sup>600</sup>:

*“Em face do direito mais formal e portanto mais abstrato e mais limitado, o domínio e a fase do espírito em que os ulteriores elementos contidos na ideia de liberdade [ou seja: a “moralidade subjectiva” e a “moralidade objectiva”] alcançam a realidade possuem um direito mais elevado porque mais concreto, mais rico e mais verdadeiramente universal”*<sup>601</sup>.

O indivíduo só poderia realizar-se integrando-se na sociedade e no Estado. Hegel diz que “[o] direito que os indivíduos têm de estar subjectivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objectiva”<sup>602</sup> e, em particular, quando eles pertencem à “realidade moral objectiva” *Estado*: “é numa tal objectividade”, e só numa tal objectividade, “que reside a verdade da certeza [*sic!*] da sua liberdade e na realidade moral possuem eles realmente a sua essência própria, a sua íntima universalidade”<sup>603</sup>.

5. Entre o personalismo de Kant e o (pseudo-)personalismo de Hegel, há uma diferença fundamental. O personalismo ético de Kant é um personalismo final ou intransitivo; o valor da pessoa humana, por ser um valor absoluto e incondicionado, não depende em nada da sua integração na sociedade (civil) ou no Estado; o (pseudo-) personalismo ético de Hegel é um personalismo instrumental ou transitivo; o valor da pessoa humana, por ser (só) um valor condicionado, depende da sua integração na sociedade (civil) e no Estado:

*“Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o fim supremo para que se reúnem, do que resulta ser facultativo ser membro de um Estado. Ora,” diz Hegel, “é muito diferente a sua relação com o indivíduo.*

---

<sup>600</sup> Cf. Jean Hyppolite, prefácio a Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, cit., pág. 20: “Il a voulu en parler pour le dépasser comme une abstraction”.

<sup>601</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principios de filosofia do direito*, cit., pág. 32 (§ 30).

<sup>602</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principios de filosofia do direito*, cit., pág. 148 (§ 153).

<sup>603</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principios de filosofia do direito*, cit., pág. 148 (§ 153).

*Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade*”<sup>604</sup>.

Os textos de Hegel, quase sempre tão obscuros, são agora absolutamente claros<sup>605</sup>. O indivíduo livre só poderia realizar-se, ou pelo menos só poderia realizar-se como indivíduo livre, dentro de uma colectividade (de um Estado)<sup>606</sup>. Em cada um dos dois pólos, no pólo do indivíduo e no pólo da colectividade (do Estado), o desenvolvimento completo da liberdade faria com que se representassem a si próprios como instrumentos da *razão universal*<sup>607</sup>. Entre a liberdade *particular, subjectiva*, de cada indivíduo e a liberdade *universal, objectiva*, da colectividade (do Estado) haveria uma *relação de complementaridade*: a liberdade particular, subjectiva, só poderia actualizar-se dentro de uma colectividade, — dentro de um Estado,— por que se realizasse a liberdade universal, objectiva (= dentro de um Estado racional).

Hegel representa a colectividade, institucionalizada no Estado, como a *forma de vida colectiva* por que se concretiza a liberdade<sup>608</sup>: sem o Estado, o indivíduo não poderia actualizar-se como pessoa; sem o Estado, a liberdade *particular* ou *subjectiva* de cada indivíduo não poderia desenvolver-se; com o Estado, e só *como membro do Estado*, poderia o indivíduo realizar-se como

---

<sup>604</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Princípios de filosofia do direito*, cit., pág. 217 (§ 258)

<sup>605</sup> Cf. contudo Raymond Plant, *Hegel*, cit., pág. 182 — “*Certainly, the point is not unambiguous*” —, concordando com uma interpretação do § 258 em termos compatíveis com os princípios estruturantes de um Estado constitucional, democrático e pluralista, *vide* Michael Quante, “‘The Personality of the Will’ as the Principle of Abstract Right: An Analysis of §§ 34-40 of Hegel’s *Philosophy of Right* in Terms of the Logical Structure of the Concept”, *in*: Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 81-100, e sobretudo Ludwig Siep, “Constitution, Fundamental Rights, and Social Welfare in Hegel’s *Philosophy of Right*”, *in*: Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 268-290, esp. nas págs. 283-287. Siep reconhece, em todo o caso, que Hegel dá um tratamento desequilibrado ao perigo dos *poderes públicos* e dos *poderes privados*: a protecção do indivíduo contra os *poderes privados*, dos indivíduos e dos grupos, seria algo de essencial, a protecção do indivíduo contra os *poderes públicos* e, em particular, contra o poder do Estado não o seria (pág. 287).

<sup>606</sup> Charles Taylor, *Hegel*, cit., pág. 120: “*the free individual cannot realize himself as free outside the state*”.

<sup>607</sup> Taylor escreve: “*as the vehicle of universal reason*” (*Hegel*, cit., pág. 120).

<sup>608</sup> Cf. Charles Taylor, *Hegel*, cit., pág. 120: “*Freedom is only real (wirklich) when expressed in a form of life, and since man cannot live on his own, this must be a collective form of life; but the state is the collective form of life which is backed by the power of the community; and thus freedom must be embodied in the state*”.

pessoa; com o Estado, e só *como membro do Estado*, poderia a liberdade *particular* ou *subjectiva* de cada indivíduo desenvolver-se, de forma a alcançar a sua *objectividade* ou *universalidade*, reconciliando-se com a *liberdade universal* do Estado.

O conceito abstracto e formal de pessoa, designando as “pessoas-números”<sup>609</sup>, deveria ser superado<sup>610</sup>. O direito abstracto e formal da pessoa, disciplinando “[as] relações entre [...] pessoas-números com iguais direitos”<sup>611</sup>, deveria ser superado pelo direito (concreto e material?) do Estado<sup>612</sup> — e, por isso, o princípio fundamental do direito abstracto e formal da pessoa, consignado na fórmula “*sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas*”, deveria ser superado pelos princípios fundamentais do direito (concreto e material?) do Estado.

Ou seja: O *aparente* personalismo ético de Hegel é, *em substância*, um *supra-personalismo* ou um *trans-personalismo*, em que o valor *particular* e *transitivo* de cada pessoa se realiza, e só se realiza, através do valor *geral* e *intransitivo* do Estado. Em que o Estado, e só o Estado, é *absolutamente fim-de-si-mesmo* (*Selbstzweck*)<sup>613</sup>.

### III.

6. Em alguns textos, mais antigos e mais recentes, tem sido sugerida uma re-leitura da *filosofia do direito e do Estado* de Hegel. Em lugar de um *inimigo da liberdade* — ou, pelo menos, um *inimigo da liberdade particular e subjectiva* —, Hegel seria um *amigo da liberdade*, de toda a liberdade,

---

<sup>609</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 289.

<sup>610</sup> Cf. Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 289 (nota n.º 1): “[o] conceito jurídico, puramente abstracto, de pessoa, sobre o qual os romanos construíram o direito privado é para Hegel algo de vazio e de despresível”.

<sup>611</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 289.

<sup>612</sup> Cf. Jean Hyppolite, prefácio a Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, cit., pág. 9: “O direito da família e o direito do Estado elevam-se muito por cima deste direito abstracto, que se formulou pela primeira vez — e sob uma forma imperfeita [...] — no mundo romano”.

<sup>613</sup> Cf. Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 292: “O Estado é [...] uma *unidade ética substancial* e, como tal, absolutamente fim-de-si mesmo (*Selbstzweck*). Aí a liberdade atinge a sua realização máxima, cabendo-lhe por isso o mais sagrado direito sobre todos os seus membros, bem como a estes o mais sagrado dever de neles se integrarem”.

objectiva ou subjectiva, particular ou universal. A filosofia do direito de Hegel seria, em última análise, a filosofia do direito de uma sociedade livre, de um Estado democrático — em última análise, a filosofia de um Estado de direito liberal<sup>614</sup>. — Knowles chega a defender que deveríamos representar Hegel como o maior e o mais sofisticado dos filósofos da liberdade (“*as the greatest and most sophisticated of philosophers of freedom*”)<sup>615</sup>.

O traço mais original do pensamento de Hegel relacionar-se-ia, precisamente, com a *superação* de uma certa imagem do ser humano. Contestando a representação do ser humano como um ser isolado, Hegel reconhecê-lo-ia como ser social (como *ser em relação*).

Cada ser humano representar-se-ia, e deveria representar-se, a si próprio simultaneamente na sua *particularidade* e na sua *universalidade*. Representar-se-ia a si próprio, por um lado, na sua *particularidade*. Cada ser humano pensar-se-ia como indivíduo — representar-se-ia como um ser essencialmente diferente dos demais. Representar-se-ia a si próprio, por outro lado, na sua *universalidade*. Cada ser humano pensar-se-ia como membro de uma colectividade, de uma comunidade — de uma sociedade. Knowles fala de uma “sociedade organicamente unificada”<sup>616</sup>.

O sentido da *teoria da integração*, ou da *teoria do reconhecimento por integração*, propugnada por Hegel, aproximar-se-ia substancialmente do sentido da *teoria do reconhecimento* preconizada por Fichte. Knowles refere-se à *ideia central*, subjacente à teoria do reconhecimento, como sendo a seguinte: a *actualização da pessoa*, de que decorre o seu *reconhecimento* como *pessoa*, depende de um “processo de socialização ideal, em que valores como a autonomia ou a liberdade individuais têm um lugar importante”<sup>617</sup>. Ora Hegel refere-se explicitamente ao problema do reconhecimento:

“*O ser humano procura o reconhecimento*” — escreve Kojève —  
“*Não se satisfaz em atribuir a si próprio um valor. Quer que esse particular valor lhe seja atribuído por todos. Quer que esse*

---

<sup>614</sup> Robert Pippin, “Introduction”, in: Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 1-18 (2). “*ultimate defense of liberal democratic society itself*”.

<sup>615</sup> Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, cit., pág. 27.

<sup>616</sup> Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, cit., pág. 79.

<sup>617</sup> Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, cit., pág. 93.

*particular valor, que o seu próprio particular valor, lhe seja reconhecido por todos os seres humanos, universalmente*”<sup>618</sup>.

Como cada ser humano quer que o seu valor particular seja reconhecido por todos os seres humanos, universalmente, o problema do reconhecimento é um problema político. Os adeptos de uma interpretação democrática, ou quase democrática, da filosofia hegeliana alegam que a racionalidade exige duas coisas ao Estado: que se subordine ao direito <sup>619</sup> e que, subordinando-se ao direito, trate cada ser humano como um sujeito (= como um fim em si mesmo)<sup>620</sup>.

7. Se a construção de Plant, de Taylor ou de Knowles estivesse correcta, — se o Estado ideal / racional de Hegel fosse (tivesse de ser) um Estado capaz de proporcionar a cada um dos indivíduos uma “esfera externa de liberdade”<sup>621</sup>, — a *integração* ou o *reconhecimento por integração* deveria representar-se como algo de *condicionado*.

Em primeiro lugar, o indivíduo só teria de se integrar no Estado, desde que o Estado fosse um Estado constitucional, democrático e pluralista e, em segundo lugar, o indivíduo, ainda que se integrasse no Estado, teria direitos contra o *Estado*, teria direitos contra o *direito* — teria direitos contra o *direito do Estado*<sup>622</sup>. Em tal contexto, e só em tal contexto, poderia falar-se, com propriedade, de “reivindicações formuladas ao direito pela personalidade humana”<sup>623</sup>.

---

<sup>618</sup> Alexandre Kojève, *Introduction to the Reading of Hegel. Lectures on the Phenomenology of Spirit*, Cornell University Press, Ithaca / London, 1969, pág. 58.

<sup>619</sup> Charles Taylor, *Hegel*, cit., pág. 375: “rationality [...] requires that the state be ruled by law”.

<sup>620</sup> Charles Taylor, *Hegel*, cit., pág. 375: “rationality requires that man be treated as a rational subject, as, in Kant’s formulation, an end, and not only as means”.

<sup>621</sup> Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right*, cit., pág. 112.

<sup>622</sup> Cf. designadamente Robert Pippin, “Introduction”, cit., pág. 8 — ao fazer uma síntese do texto de Quante —: “Hegel defends the normative claim that human beings are owed treatment as ‘persons’, rights-bearing human beings just qua individuals (or ‘abstractly’, no matter a person’s status, background, talents, and so forth, even while he presents the issue so as to argue that there are numerous questions that the claim to ‘person’ status raises that cannot be answered ‘abstractly’, but only by consideration of such person within a legal system”.

<sup>623</sup> Expressão de Orlando de Carvalho, *Teoria geral do direito civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, págs. 160-167 e 185.

A relação de reconhecimento entre o indivíduo e o Estado seria uma relação de reconhecimento *recíproca*. O indivíduo teria de reconhecer o Estado — representando a sua *autoridade* como uma *autoridade legítima* — e o Estado teria de reconhecer o indivíduo.

O caso é que o conceito de direitos do ser humano contra o direito, contra o Estado, ou contra o direito-do-Estado, — o caso é que o conceito de reivindicações do ser humano contra o direito ou contra o Estado, — é de todo em todo estranho ao pensamento de Hegel.

O movimento filosófico, de que Hegel faz parte (com Fichte ou Schelling, p. ex.) foi sobretudo um movimento, uma tentativa de *superação* dos princípios da autonomia e da liberdade subjectivas<sup>624</sup>. Knowles reconhece-o:

*«a root-and-branch examination of the credentials of the authority claimed by the state is not possible, given our nature as citizens»*<sup>625</sup>.

Em Hegel, a *integração* ou o *reconhecimento por integração* deve representa-se como algo de *incondicionado*. O indivíduo deve integrar-se no Estado, ainda que o Estado não seja um Estado racional — ainda que não seja nem um Estado de direito, nem um Estado constitucional, nem tão-pouco um Estado democrático.

O indivíduo tem de reconhecer o Estado. — Se a história do mundo é, simplesmente, a história do progresso da ideia de liberdade, a ideia de liberdade concretizar-se-ia na instituição do Estado<sup>626</sup>. — O Estado não tem, de forma nenhuma, de reconhecer o indivíduo.

Em lugar de uma *interpretação* do pensamento de Hegel, Plant ou Taylor, como Quante, Siep ou Knowles propõem uma *correção, por via interpretativa*, do pensamento de Hegel: pode discutir-se se a correção é, ou não é necessária; pode afirmar-se que sim, que é *necessária*<sup>627</sup>, ou pode negar-

---

<sup>624</sup> Cf. designadamente Edward Caird, Hegel, J. B. Lippicott Company, Philadelphia, 1883, pág. 3: “[Hegel’s movement] was, above all, an attempt to find a way through the modern principles of subjective freedom [...] to a reconstruction of the intellectual and moral order on which man’s life had been based in the past”.

<sup>625</sup> Dudley Knowles, Hegel and the Philosophy of Right, cit., pág. 112.

<sup>626</sup> Cf. designadamente Peter Singer, Hegel. A Very Short Introduction, Oxford University Press, Oxford, 1983, pág. 53: “the universal law is embodied in the concrete institutions of the state”.

<sup>627</sup> Como admite Knowles, “Hegel does not give sufficient recognition to the possibility that the law might be an ass or, worse, a tyrant” (Dudley Knowles, Hegel and the Philosophy of Right, cit., pág. 282).

se que o seja; não pode porém discutir-se e, sobretudo, não pode porém negar-se que é uma *correção*<sup>628</sup>.

#### IV.

8. Larenz, ao sugerir que o princípio fundamental da filosofia do direito de Kant “cada ser humano tem um direito subjectivo a que todos os outros o respeitem e, correspondentemente, tem um dever [jurídico] de respeito por todos os outros” corresponde a um princípio fundamental da filosofia do direito de Hegel — “sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas” —, pode estar a sugerir uma de três coisas.

- pode estar a sugerir, por um lado, que o personalismo ético de Kant deve ser suprimido, para que possa ser superado;
- pode estar a sugerir, por outro lado, que o supra-personalismo ou trans-personalismo ético de Hegel deve ser suprimido;
- pode estar a sugerir, por último, que a alternativa Kant / Hegel é uma *falsa alternativa*<sup>629</sup>.

O primeiro termo da alternativa significaria que o direito abstracto, orientado pelo princípio do respeito pela pessoa, pode e deve “ser ultrapassado[], superado[], para desembocar[] numa realidade mais plena”<sup>630</sup>; o segundo, que o direito abstracto não deve ser ultrapassado, e não pode ser superado, “para desembocar[] numa realidade mais plena”; o terceiro, que a

---

<sup>628</sup> O Estado ideal / racional de Hegel está ainda demasiado próximo de um Estado real; pode discutir-se se há, ou não, diferenças fundamentais entre a ideia de Estado de Hegel e a realidade do Estado em que Hegel vivia [criticando a afirmação de Popper, de que a ideia de Estado racional de Hegel era, tão-só, uma abstracção da realidade do Estado, não-democrático e não-racional, emm que Hegel vivia, — e criticando a afirmação de Popper com a explicitação das diferenças entre os dois Estados, *vide* Peter Singer, *Hegel. A Very Short Introduction*, cit., págs. 58-59]; não pode, porém, discutir-se que, ainda que haja diferenças fundamentais entre a ideia e a realidade, Hegel não era um dos liberais, nem um precursor dos liberais, no sentido que hoje damos à palavra [cf. designadamente Peter Singer, *Hegel. A Very Short Introduction*, cit., pág. 59: “[*These differences*] do not however make Hegel any kind of liberal in the modern sense”].

<sup>629</sup> Cf. Karl-Otto Appel, “Kant, Hegel and the Contemporary Question Concerning the Normative Foundation of Morality and Right”, *in*: Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 49-77.

<sup>630</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., págs. 295-296.



relação entre o direito abstracto da pessoa e o direito (concreto?) do Estado deve representar-se como uma relação de reconhecimento recíproco:

*“O homem só pode[ria] ser autenticamente satisfeito, e a história só pode[ria] terminar, pela formação de uma Sociedade, de um Estado, em que o valor estritamente particular, pessoal, individual de cada um [fosse] reconhecido como tal, na sua particularidade, por todos, pela universalidade concretizada no Estado como tal, e em que o valor universal do estado [fosse] reconhecido e realizado pelo particular como tal, por todos os particulares”*<sup>631</sup>.

O primeiro termo da alternativa, a *supressão* do personalismo de Kant, deve excluir-se. Se o “regresso a Hegel”<sup>632</sup> significasse a *supressão* do personalismo *final* e *intransitivo* de Kant, teria de dar-se razão (teria de dar-se toda a razão) a Popper — um renovado “regresso a Hegel” significaria, simplesmente, uma renovada “perversão” dos ideais de liberdade e de igualdade entre todas as pessoas<sup>633</sup>.

Excluído o primeiro termo da alternativa, por ser insustentável, Larenz inclinar-se-ia seguramente para sustentar que a alternativa entre Kant e Hegel é uma *falsa alternativa*<sup>634</sup>. O princípio kantiano do respeito pelo ser humano como *fim em si mesmo* só se actualizaria desde que as instituições da sociedade e do Estado dessem a cada ser humano uma *concreta capacidade* e uma *concreta liberdade*.

Os termos de Larenz devem em todo o caso criticar-se, ao desvalorizarem, como desvalorizam, a *diferença* entre os contributos de Kant e de Hegel para a determinação dos princípios de um personalismo ético. Kant propõe-nos que a autoridade do Estado seja uma *autoridade condicionada*. O Estado fundar-se-ia na liberdade *particular* e *subjectiva* — na liberdade de cada ser humano. Entre o personalismo ético e a filosofia prática de Kant há

---

<sup>631</sup> Alexandre Kojève, *Introduction to the Reading of Hegel. Lectures on the Phenomenology of Spirit*, cit., pág. 58.

<sup>632</sup> Cf. José Lamego, “Nótula do tradutor”, cit., págs. 701-707 — sobre as tendências da filosofia do direito e do Estado alemãs dos anos 20 e 30

<sup>633</sup> Karl R. Popper, *A sociedade aberta e os seus inimigos*, vol. II, cit., esp. pág. 52. — Popper descreve a filosofia de Hegel como “*perversão mesquinha de tudo quanto é decente*”, e em particular “*da razão, da liberdade, da igualdade e das outras ideias da sociedade aberta*”.

<sup>634</sup> Cf. José Lamego, “Nótula do tradutor”, cit., pág. 712: “A continuidade de uma atitude de rejeição de um pensamento formalista abstracto ao longo das mais distintas conjunturas económicas e políticas [...] e a sua defesa de um pensamento metodológico ‘compreensivo’ e orientado a valores permitiram a Larenz uma transição do compromisso totalitário a um personalismo ético de pendor ‘institucionalista’”.

uma *convergência (quase) total*. Hegel propõe-nos que a autoridade do Estado seja uma *autoridade incondicionada*. O Estado fundar-se-ia na liberdade *universal e objectiva*. Entre o personalismo ético contemporâneo e a filosofia do direito de Hegel há, por isso, uma *convergência parcial* — há uma *relação de semelhança* entre palavras, não entre ideias<sup>635 636</sup>.

## V.

9. Larenz prossegue sugerindo, explícita ou implicitamente, que há uma relação de continuidade entre o personalismo dos séculos XVIII e XIX e o personalismo do século XX. O *personalismo ético* seria, simultaneamente, a “imagem de homem” que os redactores do código civil alemão pressupunham que se adquirira — considerando-a como algo de “evidente”<sup>637</sup> — e a “imagem do homem” que os redactores da constituição alemã propunham que se (re)adquirisse, ao afirmarem que o princípio da dignidade da pessoa humana é o “princípio mais alto (*oberstes Prinzip*) do sistema jurídico, considerado no seu conjunto”<sup>638</sup>:

*“a imagem de homem [desenvolvida pelo personalismo ético] arranca do ser humano como uma pessoa determinada ética e racionalmente, a qual, segundo a sua natureza, é colocada em posição de conformar livre e responsavelmente o seu ser e o seu mundo, no quadro das possibilidades que lhe são dadas; de pôr a si própria os seus fins e de impor a si própria os seus limites”*<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> Riley fala de uma relação de tensão entre o “liberalismo kantiano” e o “comunitarismo hegeliano” — vide Stephan Riley, “Human dignity: comparative and conceptual debates”, in: *International Journal of Law in Context*, vol. 6 (2010), págs. 117–138 (127).

<sup>636</sup> Cf. Karl-Otto Appel, “Kant, Hegel and the Contemporary Question Concerning the Normative Foundation of Morality and Right”, in: Robert Pippin / Otfried Höffe (coord.), *Hegel on Ethics and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, págs. 49-77 (50): “The considerations that motivated the constantly repeated return from Hegel to Kant were [...] justified in themselves”.

<sup>637</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 21: “Hinter dem BGB [...] steht der ethische Personalismus als Menschenbild, der seine Verfasser, ohne es ausdrücklich auszusprechen, als selbstverständlich vorausgesetzt haben”.

<sup>638</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 22.

<sup>639</sup> Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 21: “Dieser Menschenbild geht vom Menschen als ethisch unvernunftmässig bestimmte Person aus, die ihrer Natur und Bestimmung nach darauf angelegt ist, ihr Dasein und ihre Umwelt im Rahmen der ihr jeweils gegebenen Möglichkeiten frei und verantwortlich zu gestalten, sich Ziele zu setzen und selbst Schranken des Handelns aufzuerlegen”.

O texto esquece a relatividade histórico-cultural dos conceitos de dignidade e de liberdade. Entre os dois personalismos há *relações de continuidade* e *relações de descontinuidade*. O personalismo dos séculos XVIII e XIX, concretizado, p. ex., na(s) filosofia(s) do direito de Kant, pressupõe “o recalçamento ou *subestimação do indivíduo empírico*, em benefício de um *eu racional e transcendental*, identificado com a *Razão*”<sup>640</sup>: afirmando o valor de uma liberdade racional, nega o valor da liberdade empírica, afirmando o valor de uma liberdade abstracta, nega o valor da liberdade concreta<sup>641</sup>; afirmando o valor de um sujeito racional, nega o valor do sujeito empírico; ou seja: *afirmando o valor de uma pessoa abstracta, nega o valor da pessoa concreta*<sup>642</sup>. O personalismo dos séculos XX e XXI, esse, propõe-se precisamente re-afirmar o valor da concreta e empírica liberdade de uma concreta e empírica pessoa.

10. O século XX terá dado, nas sugestivas palavras de Cabral de Moncada, “um golpe de timão, no sentido da vida, da vida real e concreta, profunda e rica de conteúdos, voltando-se para uma existência concreta, imediata e total e afastando-se daquilo a que podemos chamar o ‘abstractismo’ dos séculos XIX e XVIII”<sup>643</sup>.

O paradigma de um homem abstracto, racional, foi aprofundado<sup>644</sup>, com a “descida ao real” — ao paradigma de um homem concreto, “em situação”<sup>645</sup>. Entre os fundamentos históricos e ideológicos — entre os fundamentos éticos e morais — dos sistemas de direito privado dos séculos

---

<sup>640</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 267.

<sup>641</sup> Russell, ao apresentar a filosofia do direito e do Estado de Hegel, acentua “*the very odd sense in which Hegel uses the word ‘freedom’*”, dizendo que “*‘freedom’, for him, means little more than ‘the right to obey the law’*” — *History of Western Philosophy*, cit., pág. 764.

<sup>642</sup> Como diz, p. ex., Margaret Jane Radin “*Hegel’s person is the same as Kant’s—simply an abstract autonomous entity capable of holding rights, a device for abstracting universal principles and hence by definition devoid of individuating characteristics*” [cf. “Property and Personhood”, in: *Stanford Law Review*, vol. 34 (1982), págs. 957-1015 (972)]:

<sup>643</sup> Luís Cabral de Moncada, *Filosofia do direito e do Estado*, vol. I — *Parte histórica*, cit., pág. 367 — itálico no original.

<sup>644</sup> Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, Centelha, Coimbra, 1981, pág 71: “O queurgia, ante o homem abstracto do jusnaturalismo racionalista, era um aprofundamento ou uma densificação — não um esvaziamento ou uma formalização”.

<sup>645</sup> Orlando de Carvalho, *A teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, cit., pág 72: “O que se exigia era, em suma, uma descida ao real, ao homem em situação — não uma fuga para fórmulas geométricas, ainda mais ocas e impunemente alienantes”.

XVIII e XIX e os fundamentos ideológicos dos sistemas de direito privado dos séculos XX e XXI há diferenças absolutamente decisivas: Se o(s) personalismo(s) dos séculos XVIII e XIX — entre os quais o personalismo de Kant — representava(m) a dignidade como valor intrínseco de um ser humano abstracto (como o valor intrínseco da *humanidade*), o(s) personalismo(s) dos séculos XX e XXI representa(m)-na como valor intrínseco de um ser humano concreto.

O confronto entre os discursos de Kant e de Dürig sobre o conceito de dignidade da pessoa humana é *elucidativo*: Kant afirmava um dever moral de nunca tratar a humanidade *somente como um meio*; Dürig, ao reconstruir o dever moral como um dever jurídico, convola o dever de nunca tratar a *humanidade* como um meio no dever de nunca tratar a *pessoa humana concreta* somente como um meio: “a dignidade da pessoa humana [seria] atingida se a pessoa humana concreta [fosse] reduzida à condição de objecto, de simples meio, de elemento substituível”. — Kant, como os filósofos do século XVIII e do século XIX dizia-nos: que a dignidade da pessoa humana era algo que pertencia à *humanidade*, como abstracção<sup>646</sup>; Dürig, como os filósofos do século XX e do século XXI, diz-nos: — *que a dignidade da pessoa é algo que pertence a cada pessoa humana concreta*.

**11.** O problems está em que o paradigma de um homem concreto, “em situação”, convoca simultaneamente os *aspectos ou momentos de verdade*<sup>647</sup> das duas filosofias, da de Kant e da de Hegel — convoca o *aspecto* ou *momento de verdade* da filosofia de Kant, por referir sempre a autoridade do Estado ao reconhecimento e ao respeito da dignidade de cada indivíduo, e convoca o *aspecto* ou *momento de verdade* da filosofia de Hegel, por referir sempre a autoridade do Estado à conformação das instituições, como a família ou a sociedade, em que a dignidade de cada indivíduo há-de realizar-se.

O(s) personalismo(s) dos séculos XVIII e XIX representava(m) a dignidade e a liberdade (racional) de cada ser humano como algo que lhe foi

---

<sup>646</sup> Dietmar von der Pfordten, “Zur Würde des Menschen bei Kant”, cit., págs. 1-2: a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) seria, simplesmente, “dignidade da humanidade” (*Würde des Menschheit*) — e, como a essência da humanidade seria a racionalidade, a “dignidade da pessoa humana” seria a “dignidade de uma essência racional” (*Würde eines vernünftigen Wesens*)

<sup>647</sup> Expressão de Benedetto Croce, *Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel*, Laterza, Bari, 1907, págs. 207-208: “ogni pensatore, e ogni movimento storico di pensiero, non può esser passato senza frutto, senza deporre un elemento di verità, che fa parte, consapevole o no, del pensiero vivo e moderno”.

dado pela “natureza”, o(s) personalismo(s) dos séculos XX e XXI representa(m) a dignidade e a liberdade (empírica) como algo que pode, ou não, ser-lhe dado pela civilização ou pela cultura; ao representar(em) a dignidade e a liberdade (racional) de cada ser humano como algo que lhe foi dado pela *natureza*, o(s) personalismo(s) ético(s) dos séculos XVIII e XIX cometia ao direito em geral e ao direito civil em particular uma *função essencialmente negativa* — o direito deveria, simplesmente, *admitir* ou *reconhecer* a liberdade —; ao representar(em) a dignidade e a liberdade (empírica) de cada ser humano como algo que pode, ou não, ser-lhe dado pela *civilização* ou pela *cultura*, o(s) personalismo(s) ético(s) dos séculos XX e XXI comete(m) ao direito uma *função essencialmente positiva* — de tornar possível a *actualização da liberdade* e, através da liberdade, de tornar possível a *actualização da dignidade* de cada pessoa<sup>648</sup>.

**12.** O *personalismo ético* só poderá ser plenamente *tomado a sério* desde que as confusões conceptuais sejam desfeitas.

Em primeiro lugar, deve afastar-se toda a confusão entre a filosofia de Kant e a filosofia de Hegel. O personalismo ético relaciona-se com *toda* a filosofia do direito de Kant e com *uma parte, só com uma parte*, da filosofia do direito de Hegel — a *filosofia do direito abstracto*. O personalismo de Kant pode ser o *fundamento histórico e filosófico* do sistema de direito civil; o supra-personalismo ou trans-personalismo de Hegel não pode, porém, sê-lo. Em segundo lugar, deve afastar-se toda a confusão entre o personalismo das filosofias dos séculos XVIII e XIX e o(s) personalismo(s) das filosofias dos séculos XX e XXI. O personalismo de Kant só pode ser o *fundamento histórico e filosófico* do sistema de direito civil desde que se adapte, corrigindo-se a sua tendência para o *abstractismo*. Em terceiro lugar, ao adaptar-se o *aspecto* ou *momento de verdade* do pensamento de Kant deve atender-se ao *aspecto* ou ao *momento de verdade* do pensamento de Hegel. O ser humano pode actualizar-se ou realizar-se de uma forma mais completa, *mais plena*, desde que tenha

---

<sup>648</sup> Vide, p. ex., Martha Nussbaum, “The Supreme Court 2006 Term — Foreword: ‘Constitutions’ and Capabilities: ‘Perception’ Against Lofty Formalism”, cit., pág. 7: “*This normative approach, the “Capabilities Approach” (CA), holds that a key task of a nation’s constitution, and the legal tradition that interprets it, is to secure for all citizens the prerequisites of a life worthy of human dignity — a core group of “capabilities” — in areas of central importance to human life*”.

uma relação harmoniosa com a totalidade social — com as instituições sociais e políticas<sup>649</sup>.

---

<sup>649</sup> Como explica Bertrand Russell, “a totalidade social é uma totalidade em que o indivíduo não desaparece, antes adquire uma mais plena realidade, e a adquire através de uma relação harmoniosa com um organismo maior que si próprio” (*History of Western Philosophy*, cit., pág. 769).



# Austeridade e dignidade da pessoa humana\*

*Joaquim Freitas da Rocha* \*\*

1. A abordagem de duas coordenadas materiais distintas e aparentemente distanciadas dificilmente poderá ser efetuada sem a delimitação dos respetivos pressupostos terminológicos, metodológicos e axiológicos, por forma a eliminar espaços discursivos de ambiguidade e a minorar a exposição a conclusões impulsivas e precipitadas. No quadro de tais pressupostos, impõe-se enfatizar que a abordagem aqui empreendida revestirá natureza eminentemente jurídico-normativa, no sentido em que terá por objeto e referência normas jurídicas (princípios, regras), válidas e operativas no concreto ordenamento jurídico português.

2. A dignidade da pessoa humana constitui o pináculo de qualquer ordenamento e até de qualquer outro modelo de existência que se queira reputar de aceitável. Em termos jurídicos, e em referência ao Estado de Direito, trata-se de um postulado inafastável — sendo por tal motivo erigido à categoria de princípio jurídico fundamental — que num enfoque material não é facilmente definível, mas que convoca algumas coordenadas axiologicamente insubstituíveis: (i) a pessoa humana é insuscetível de valoração (preço), (ii) é inviolável, e (iii) é sujeito do Direito, e não o seu objeto. Além disso, na estruturação de qualquer arranjo jurídico-organizatório sobrelevam as considerações a si atinentes e apenas depois se consideram as referências aos termos de organização e competência. Como princípio jurídico fundamental que é, invalida qualquer solução que a coloque em crise.

Importa enfatizar que a consideração dessa fundamentalidade arrasta uma exigência - a sobriedade. Vale isto por dizer que a sua invocação deve ser reservada para situações absolutamente excecionais nas quais a pessoa humana esteja realmente em causa e nas quais o restante arsenal principiológico densificador (eg., princípios da proporcionalidade, da igualdade, da segurança jurídica, da proteção da reserva da vida privada) não seja suficiente ou adequado. Caso contrário, enfrenta-se o perigo da

---

\* O presente texto pretende apenas materializar em forma escrita a intervenção proferida no âmbito do evento ao qual a presente obra se refere, assumindo, por isso, uma estrutura eminentemente coloquial.

\*\* Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho.



banalização, pois a contínua — e por vezes exageradamente repetida — alusão à sua importância introduz o risco da desvalorização axiológica e jurídica.

3. A austeridade também não é uma realidade fácil de identificar e menos ainda de concetualizar, atendendo a que quando se convoca tal termo se alude frequentemente a uma pluralidade heterogénea de estados, factos, atos ou situações que podem não ter entre si elementos unificadores bastantes. Em todo o caso, é possível dizer que a austeridade pode ser vista como um período (temporal), como uma concreta medida — de natureza restritiva e ablativa — ou como uma política<sup>650</sup>. Neste último sentido — que será aquele que mais relevará no contexto das presentes considerações — a austeridade pode ser perspectivada como o *conjunto de medidas de política orçamental de natureza restritiva que têm por objetivo a disciplina económico-financeira*, não sendo difícil de extrair de tal conceito os seguintes elementos constitutivos:

- i) Um elemento quantitativo - a política de austeridade materializar-se-á sempre numa realidade plural e não numa única medida isoladamente considerada;
- ii) Um elemento lógico-sistemático - as diversas medidas da política de austeridade deverão elas próprias enquadrar-se num conjunto de opções integradas e consistentes, de feição financeira e orçamental (*política orçamental*), e não ser encaradas como esparsas, avulsas ou isoladas, sem qualquer fator de *reductio ad unum*;
- iii) Um elemento material - as medidas referidas deverão ter natureza restritiva e limitadora de direitos, designadamente — embora não apenas — de direitos de feição patrimonial (eg., direito de propriedade privada, direito ao trabalho, direito a prestações sociais);
- iv) Um elemento teleológico - toda a política de austeridade deve ser pensada, delineada, e posteriormente executada, tendo em vista um fim mais amplo que a direcione (por exemplo, a prevenção de estados de insolvabilidade pública ou o cumprimento de determinada meta fixada ao nível de compromissos internacionais, como o cumprimento dos critérios estabelecidos no pacto de estabilidade e crescimento da zona euro).

---

<sup>650</sup> Para maiores desenvolvimentos, sugerimos o nosso “A Austeridade de um ponto de vista jurídico-constitucional”, in *A austeridade cura? A austeridade mata?* (coord. Eduardo Paz Ferreira), AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 649 e ss..

4. Como se referiu, a austeridade materializa-se num conjunto de medidas financeiras e orçamentais restritivas. Essas medidas irrompem quase sempre em estados de *crise económica*, ao ponto de com ela se confundirem. De um ponto de vista tipológico, pode dizer-se que existem medidas de austeridade respeitantes à receita pública e medidas de austeridade respeitantes à despesa pública:

- i) Do lado da receita pública, assumem particular destaque os aumentos diretos da imposição tributária (eg., aumento das taxas de imposto e outros tributos); a revogação, limitação ou suspensão de benefícios fiscais (como isenções, reduções, deduções ou abatimentos); a maior facilidade (permissividade) no acesso por parte da administração tributária a dados protegidos por sigilo (como os sujeitos a sigilo bancário); o incremento das ações de fiscalização e de inspeção tributária; ou o aumento das execuções fiscais e das penhoras por dívidas tributárias. Em todos os casos, transparece — ou pode transparecer — uma conceção *autoritária e inquisitória* do Direito tributário, que encara o contribuinte como o objeto de um procedimento e não tanto como o sujeito de uma relação jurídica em condições de tendencial paridade com o Estado.
- ii) Do lado da despesa pública, ganham relevo desde logo os despedimentos na função pública, bem assim como os denominados *cortes* nas prestações salariais e pensionistas públicas (*lato sensu*), e a restrição de prestações materiais nos domínios da educação, saúde, e assistência social (por exemplo, subsídios, abonos, participações, fornecimento de bens móveis ou imóveis).

Como se pode ver, e como já supra se adiantou, ao contrário do que uma visão meramente intuitiva poderia sugerir, a austeridade amplamente considerada está longe de se materializar somente em medidas restritivas de feição patrimonial e particularmente de restrição ao direito de propriedade. Será verdade que na maior parte das situações será isso o que acontece (aumentos de impostos, cortes nas pensões, etc.), e até serão estas situações aquelas que terão maior visibilidade e relativamente às quais os destinatários mais se insurgirão. Porém, casos existem (como por exemplo o alargamento das possibilidades de derrogação do sigilo bancário por parte do *fisco*, ou o maior número de inspeções) em que o que está em causa serão outras dimensões constitucionais relevantes (como a proteção dos dados que integram a reserva da vida privada ou a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), as quais, ainda que menos visíveis, não prescindem de atenção e de aferição da correspondente validade jurídica e jurídico-constitucional.

5. A colocação temática das duas coordenadas em conjunto (dignidade da pessoa humana e austeridade) convoca um conjunto de questões às quais a ciência jurídica não pode ficar indiferente, atenta a inerente relevância jurídico-axiológica, jurídico-constitucional e jurídico-financeira. Entre tais questões, pode salientar-se as que seguem:

- i) A austeridade é compatível com o postulado da dignidade da pessoa humana?
- ii) Será possível assegurar a todos uma existência digna sem a execução prévia de medidas de austeridade que possibilite a captação de receitas públicas e a efetivação de despesas públicas?
- iii) Será legítimo retirar direitos às pessoas (cidadãos, famílias e empresas) para, por vias da austeridade, resolver problemas do Estado (dívida pública, déficit público, desequilíbrios orçamentais)?
- iv) A aceitação da austeridade não significará um primado do Direito orçamental sobre o Direito Constitucional?

Ora, sem prejuízo da indiscutível valia problemática destas e de várias outras questões que no mesmo alinhamento temático poder ser colocadas, a verdade é que uma análise racional e pragmática destes tópicos resultará numa conclusão, no mínimo, decepcionante: trata-se de questões que não são novas e às quais, bem vistas as coisas, a Teoria geral do Direito (e em particular o Direito constitucional e o Direito financeiro) já têm conseguido dar resposta. Esta última passará pelas ideias de compatibilização de normas e de concordância prática de pretensões jurídicas, em termos de se considerar que não apenas merecem tutela e proteção os Interesses públicos inerentes às medidas de austeridade (estabilidade das finanças públicas, cumprimentos de compromissos assumidos internacionalmente), como os direitos adquiridos com base em expectativas legítimas por parte dos vários sujeitos. O que não se poderá fazer será absolutizar qualquer uma das coordenadas em confronto, pretendendo fazer crer que a mesma constitui um direito sem restrição.

O único "direito absoluto" e intangível aqui em causa é precisamente a dignidade da pessoa humana, a qual, em muitas das situações referidas, não chegará a estar colocada em crise. Daí que se diga que se alguma *novidade* haverá resultante das recentes retóricas de austeridade, ela limitar-se-á à reafirmação de algo que não sofre contestação: a austeridade não pode privar ninguém de prestações relativas à existência condigna — o que não significa que não possa privar de nada, em absoluto — e não pode significar a renúncia à exigência das mesmas.

De resto, vê-se com reservas a referência a tal postulado, em matéria de Direito financeiro público, muito por causa da banalização que daí pode decorrer.

A grande “conclusão” que se pretende apresentar com a presente intervenção é tão-somente esta: as respostas às questões colocadas não emergem de qualquer paradigma novo que deva ser inventado ou reinventado por causa da(s) crise(s), mas antes resulta da consideração de uma adequada metódica jurídica, nos aspetos subjetivo (posições jurídicas subjetivas, direitos fundamentais) e objetivo (bens jurídicos, valores juridicamente protegidos). Desde logo, porque novos também não parecem ser os problemas agora suscitados, embora se possa convir que os mesmos aparecem eventualmente com uma roupagem renovada. Em qualquer caso, nada há de novo a acrescentar ao já ensinado classicamente pela postura da concordância prática e da harmonização. Aqui, a concordância estabelecer-se-á, está bom de ver, entre as medidas restritivas preconizadas e que materializam a política de austeridade – medidas essas que devem passar pelo crivo da absoluta necessidade, adequação e proporcionalidade – e as exigências decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Enfim, no modo tópico e sumário a que nos propusemos refletir, estas são as considerações que apraz verter em discurso. Naturalmente que muito mais haveria a problematizar, ponderar e expressar, mas os desenvolvimentos que aqui rareiam poderão ser objeto de futuras revisitações destes âmbitos temáticos.



# Dignidade humana e contrato

*José João Abrantes \* \*\**

## 1. DOS TEMPOS DO “QUI DIT CONTRACTUEL DIT JUSTE” AOS TEMPOS DE UM CONTRATO “MENOS CONTRATUAL”

O liberalismo partia de uma separação radical entre o Estado e a sociedade civil, entre o direito público e o direito privado, vendo a Constituição reduzida à garantia da liberdade individual perante o Estado, encarado como o único poder capaz de a ameaçar. Tal como resulta da Magna Carta do liberalismo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789 (art.º 16), a Constituição aparece então como instrumento de protecção dos *direitos individuais naturais*, anteriores e superiores à sociedade política e ao Estado, que não os conferem, não os criam, antes se limitam a reconhecê-los, a declará-los. Existindo em todos os homens, em todos os tempos e lugares (art.º 1), esses direitos não são funcionalizáveis, só tendo por limites os iguais direitos de todos os outros homens (art.º 4). São *direitos de defesa contra o Estado*, a única força capaz de ameaçar a liberdade individual.

O direito privado, por sua vez, precisamente porque era o reino das relações entre iguais, aparece amplamente dominado pelos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual. A intervenção do legislador era aí proscrita, dado que só as partes, livres e actuando em igualdade, podiam auto-regulamentar os seus interesses de uma forma justa.

Com o Estado Social de Direito, que já não é o Estado neutro da tradição liberal, antes se reconhece “o direito e o dever de intervir nas relações económicas entre os cidadãos” existindo esse dever ainda que tal intervenção sacrifique a liberdade individual e as suas projecções na liberdade contratual e na propriedade privada, também se modifica o anterior entendimento dos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual, expressões do

---

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

\*\* Tópicos da comunicação apresentada, em 14 de dezembro de 2015, num Colóquio organizado pelo Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Escola de Direito do Minho, sob a coordenação científica dos Professores Nuno Manuel Pinto Oliveira e Benedita Mac Crorie, a quem o autor agradece o honroso convite para a sua participação. Em termos de referências bibliográficas, remete-se para os textos anteriores que temos dedicado a esta temática, designadamente para a nossa tese de doutoramento Contrato de trabalho e direitos fundamentais, Coimbra, 2005.

liberalismo económico, a que praticamente não eram postas restrições. Da autonomia da vontade e da liberdade contratual sem limites passa-se para um *novo conceito de contrato*, marcado pelo cercear crescente daquela autonomia e daquela liberdade – o que leva, por exemplo, Josserand a perguntar se não se estará face a um contrato «*menos contratual*».

No fundo, o que ocorre é a passagem de um conceito de liberdade abstracta para a liberdade concreta, da afirmação da igualdade jurídico-formal dos contraentes para o reconhecimento da sua desigualdade real. Dos códigos civis oitocentistas passa-se à crítica do liberalismo e à (impropriamente chamada) «*crise do contrato*», com a entrada em cena da justiça social e a funcionalização dos direitos e do contrato.

## 2. A JUSTIÇA SOCIAL E A PROTECÇÃO DO CONTRAENTE DÉBIL

Um dos valores que aparece então é a protecção do contraente débil, que tem momentos diferenciados.

Se, numa primeira fase, a debilidade contratual é encarada apenas como característica individual do contraente [e daí a resposta para o problema aparecer centrada sobretudo nas teorias das incapacidades e dos vícios da vontade, no regime dos negócios usurários (lesão), nos institutos da imprevisão e do abuso de direito, etc.], mais tarde ela passa a ser vista como característica de certas *categorias* de contraentes (como o trabalhador, o inquilino, o comprador a crédito ou a prestações, o mutuário, etc., sem esquecer o aderente nas *cláusulas contratuais gerais* ou *contratos de adesão*), chegando-se, por último, à garantia constitucional da autonomia privada.

Dá-se a materialização, a socialização e a constitucionalização do direito privado.

Como escreve Ana Prata, “não só não pode, pois, pensar-se a autonomia privada como um dado inerente à tutela constitucional da liberdade, como antes há que desta tutela retirar importantes elementos num sentido ou restritivo da liberdade negocial, ou reordenador desta em tais termos que o seu significado clássico surge completamente alterado”.

Apenas a actuação dos direitos fundamentais configura, para o legislador constituinte, a autêntica liberdade, que, por não ser diferente consoante se situe no domínio público ou privado, deve valer *erga omnes*, contra os poderes públicos e também contra entidades privadas – de forma a garantir, sempre, contra quem quer que seja, aquilo que a Constituição considera intangível, isto é, a dignidade da pessoa humana.

A Constituição constitui uma *objektive Wertordnung* e daí deriva a eficácia *horizontal* dos direitos fundamentais (art.º 18.º/1 da CRP).

### 3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de que os direitos fundamentais se impõem aos cidadãos nas suas relações interprivadas, constituindo um limite à autonomia negocial, é originária da Alemanha, país onde veio mesmo a transformar-se num “*tema-paradigma*” do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho nos anos 50 e 60.

Assenta na concepção dos direitos fundamentais como *princípios objectivos* da ordem jurídica civil, ou seja, no reconhecimento a esses direitos de uma *dimensão objectiva*, deixando de ser apenas direitos subjectivos de defesa perante os poderes do Estado.

Os direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos constituem princípios objectivos, “*princípios ordenadores da vida social*”, válidos para todas as relações sociais estabelecidas no interior da ordem jurídica estadual, pública ou privada.

A Constituição não é “uma ordem axiologicamente neutra”, mas sim uma “*ordem objectiva de valores*”, um “*sistema de valores*” (“*Wertsystem*”), no contexto de uma ordem jurídico-política que se afasta do modelo pretensamente neutral e abstencionista do Estado liberal.

Esta construção influenciou a jurisprudência dos tribunais alemães e viria a encontrar a sua mais completa expressão no célebre acórdão do caso *Lüth*, proferido pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) em 15.01.1958.

Os direitos fundamentais representam a expressão máxima dessa *ordem axiológica*, desse *sistema de valores*, em que assenta a *unidade do ordenamento* (“*Rechtseinheit*”) e cujo valor fundamental é, em última instância, a *dignidade da pessoa humana* (“*Menschenwürde*”) (artº 1º *Grundgesetz*), de que todos os outros direitos fundamentais - e designadamente a faculdade que qualquer indivíduo tem de se autodeterminar e desenvolver livremente (artº 2º *Grundgesetz*) - não passam de concretizações. Esses direitos deverão, por isso, valer do ponto de vista da comunidade em geral, como valores que esta se propõe prosseguir. Têm, pois, uma *função social* e uma *dimensão objectiva*, de que resulta a sua eficácia *erga omnes*, a obrigação geral de respeito desses direitos (também) nas próprias relações que os particulares estabelecem entre si.

Para o Tribunal Constitucional, “*a imagem que a Lei Fundamental nos dá do homem não é a de um indivíduo isolado; na relação entre o indivíduo e a comunidade, a Constituição dá precedência à integração do indivíduo no todo e às suas obrigações para com ele*”.



É fundamentalmente a partir deste entendimento do homem, não como mero indivíduo isolado, mas sim como *pessoa*, integrado na sociedade, que a doutrina e, na sua esteira, a jurisprudência vieram afirmar a impossibilidade de manter o domínio das relações privadas fechado aos valores constitucionais, com o aparecimento de várias teorias.

**a. A FORMULAÇÃO ORIGINÁRIA DA TEORIA DA *DRITTWIRKUNG***

A primeira dessas teorias, cujos principais defensores foram *Hans Carl Nipperdey* e *Walter Leisner*, defende a *eficácia directa ou imediata* (“*unmittelbare Drittwirkung*”) dos direitos fundamentais nas relações de direito privado.

Para a tese em questão, a primeira das necessidades de que objectivamente nasce a *Drittwirkung* é a de manter a “*coerência interna*” do ordenamento, ligada à *dimensão objectiva*, e não meramente subjectiva, hoje reconhecida aos direitos fundamentais, sendo que a segunda dessas necessidades corresponde ao reconhecimento da presença na sociedade civil de fortes poderes económicos e sociais.

Por outro lado, a autonomia privada e a liberdade contratual supõem uma situação mais ou menos equivalente dos contraentes, quer do ponto de vista jurídico, quer real: sem ela, toda a autodeterminação dos sujeitos de direito seria excluída *a priori*. É essa autodeterminação que pode faltar quando um indivíduo é confrontado com uma situação de superioridade social ou económica de outras pessoas. Diz-se então que a protecção daqueles direitos não pode ser dirigida apenas contra os poderes estaduais, mas igualmente contra as entidades privadas detentores de um cada vez maior poder social e económico e, por isso, capazes de afectar intensamente aspectos relevantes da vida e da personalidade dos indivíduos.

Sem pretender pôr em causa os valores específicos da ordem jurídica privada, a aplicação directa tem como sua maior (não única) preocupação a protecção da liberdade individual contra os poderes sociais.

Não surpreende, pois, que a teoria tenha sido inicialmente colocada no âmbito laboral.

Mas a *Drittwirkung* rege também as relações entre “*iguais*”, de direito e *de facto*. A sua imposição sempre resulta da dimensão objectiva reconhecida aos direitos fundamentais, que devem considerar-se válidos para toda a ordem jurídica; só que, aí, a aplicação dos preceitos constitucionais cederia em favor da autonomia privada, na medida em que o *conteúdo essencial* dos direitos garantidos por tais preceitos não fosse atingido.

A teoria da eficácia directa veio a ter a sua maior repercussão junto do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), que, já numa decisão de

3.12.54, escrevia que "*uma série de importantes direitos fundamentais não garantem apenas a liberdade individual contra o poder do Estado; eles são, acima de tudo, princípios da vida social*", pelo que são também directamente aplicáveis "*nas relações entre os cidadãos*". A principal razão da aceitação desta doutrina pelo BAG prende-se obviamente com o desequilíbrio existente nas relações laborais.

Mas também, por exemplo, no BVerfG é possível encontrarmos exemplos desta teoria. É o que acontece no caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256: boicote pela editora *Springer* à *Blinkfüer*, uma pequena revista que, após a construção do Muro de Berlim, continuava a dar publicidade aos programas da rádio e da televisão leste-alemãs), em que o BVerfG, numa decisão de 26 de fevereiro de 1969, anulou o julgamento anterior, considerando ilegal o boicote promovido pela editora, visto ter esta utilizado a forte pressão social resultante da sua posição dominante no mercado contra a liberdade de expressão e imprensa, direito fundamental garantido no art.º 5/I da Lei Fundamental; entendendo que o boicote não feria o § 823 (1) do *BGB* ("*bons costumes*"), decidiu o tribunal que, contra ele, e face à inoperância de uma mera eficácia mediata dos princípios constitucionais (a partir daquela cláusula geral de direito privado), poderia a *Blinkfüer* valer-se desses princípios, entendidos como directamente aplicáveis.

#### **b. DESENVOLVIMENTOS DOGMÁTICOS POSTERIORES**

A admissibilidade da *Drittwirkung* deparou, contudo, com obstáculos. Contra ela invocou-se, sobretudo, a perversão do direito civil, da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade a que tal teoria conduziria. Invocou-se que a eficácia imediata daqueles direitos iria restringir de uma forma intolerável a autonomia privada e o poder de autodeterminação individual, que são as bases de toda a ordem jurídica privada. Tal eficácia "coagiria" os cidadãos e representaria uma ameaça à sua liberdade, uma vez que lhes traria vinculações injustificadas, invertendo-se assim o sentido dos direitos fundamentais, ao aniquilar tal liberdade em nome dela própria.

Para *Günter Dürig*, sem dúvida o nome mais representativo desta corrente, aqueles direitos não valem, em princípio, para as relações entre particulares, sob pena de ser prejudicado o *princípio do livre desenvolvimento da personalidade* ("*freie Entfaltung der Persönlichkeit*"), do art.º 2 da GG, base em que assenta toda a ordem jurídica privada. Desse alargamento do seu âmbito de validade resultaria um aumento excessivo do poder do Estado, que, para fiscalizar os "deveres" dos indivíduos, invadiria toda a esfera da autonomia pessoal dos mesmos. O reconhecimento de uma eficácia imediata aos direitos fundamentais teria como resultado inverter o sentido desses

mesmos direitos, aniquilando-se – ou, pelo menos, reduzindo-se ao mínimo - a liberdade que eles, em princípio, visariam garantir.

Para *Dürig*, o Estado seria, pois, o único sujeito passivo dos referidos direitos, aparecendo tal ideia como expressão da *autonomia do direito privado*, valor que entendia estar sacrificado na teoria da eficácia imediata. Reconhecendo-se-lhes uma eficácia deste tipo, estar-se-ia, diz, a atingir precisamente o resultado inverso (a redução da liberdade ao mínimo) daquilo que esses direitos devem assegurar. Ao contrário, a *decisão constitucional em favor da liberdade* ("*Grundentscheidung des Grundgesetzes für die Freiheit*") tem por corolário a faculdade reconhecida aos particulares, no quadro do tráfico jurídico privado, de se desviar de normas e princípios que são inultrapassáveis pela actuação dos poderes públicos, sendo, por isso, em princípio, perfeitamente legítimos os negócios privados feitos à margem dessas regras, que, pelo contrário, vinculam os poderes públicos.

Mas essa *autonomia* do direito privado não pode levar a que se esqueça a necessidade de ser simultaneamente garantida a *unidade da ordem jurídica* ("*Einheit der Gesamtrechtsordnung*"). Ela não significa, pois, independência face aos direitos fundamentais, precisamente porque, enquanto sujeito passivo destes direitos, o Estado tem o dever de protegê-los em todas as relações que se estabeleçam no seio da ordem jurídica e, naturalmente, também contra entidades privadas.

Só que essa protecção apenas se afirmaria de uma forma indirecta ou mediata, através dos *princípios e regras próprios do direito privado*. Neste ramo do direito, os valores constitucionais seriam garantidos por *normas imperativas* e, na eventual falta ou insuficiência dessas normas, através do recurso às cláusulas gerais ou conceitos indeterminados de direito privado (*ordem pública*, principalmente), de que os preceitos da Constituição serviriam como *princípios de interpretação*, sempre dentro do espírito do direito privado.

Esta é a solução que, de acordo com o autor, assegurava tanto a *unidade da ordem jurídica* como a *autonomia do direito privado*.

Também esta teoria da *eficácia directa ou imediata* ("*mittelbare Drittwirkung*") encontrou eco junto dos tribunais alemães, sobretudo do Tribunal Constitucional, ao qual a problemática chegou precisamente através do já referido caso *Lüth*, cuja sentença, não só contém a mais completa expressão da concepção dos direitos fundamentais enquanto "*sistema de valores*", como também ilustra muitíssimo bem o modelo de análise fornecido pela teoria da eficácia indirecta. O tribunal de 1.<sup>a</sup> instância, considerando que se estava face a *um incitamento ao boicote contrário aos bons costumes* ("*eine sittenwidrige Aufforderung zum Boycott*"), violador, pois, do § 240 do *BGB*,

condenou o jornalista, que interpôs um recurso de apelação para o Tribunal do *Land*, bem como um recurso de constitucionalidade, invocando a violação do seu direito à liberdade de expressão, que, no seu entender, incluiria a possibilidade de influenciar outros mediante a palavra. Por decisão de 15.01.1958, veio o Tribunal Constitucional a dar-lhe razão, com o fundamento de que o apelo ao boicote não atentava, dadas as circunstâncias concretas do caso, contra a referida cláusula dos *bons costumes* (“*guten Sitten*”) do § 826 *BGB*; considerando que a liberdade de expressão (art.º 5/I.1 da *GG*) não era aplicável de forma directa às relações privadas, entendeu que o tribunal *a quo* decidira incorrectamente, ao não ter anteposto o princípio objectivo subjacente a tal liberdade – que seria válido (também) para o Direito Civil, devendo, por conseguinte, ser levado em conta no próprio entendimento da cláusula de “*bons costumes*” - aos interesses privados da companhia produtora de filmes.

Também o célebre caso *Grundgens-Mephisto* (BVerfGE, 30, 173) configura uma aplicação da teoria da eficácia indirecta; a sentença incidiu aí sobre uma queixa apresentada por uma editora, em recurso contra uma sentença cível, que havia proibido, por razões de moralidade, ligadas à defesa do bom nome de um conhecido actor alemão, Gustaf Grundgens, a distribuição de uma novela (“*Mephisto - Roman einer Karriere*”) da autoria de um também muito conhecido escritor, Klaus Mann. À queixa foi negada procedência, por sentença de 24.01.1971, mantendo-se, pois, a proibição decretada pelo tribunal *a quo*, por ter considerado que a liberdade de criação artística deveria ceder perante os direitos de personalidade decorrentes dos art.ºs 1 e 2 da *Grundgesetz*.

Referência autónoma, tratando-se, aliás, de uma teoria que, de certa maneira, aparece como um desenvolvimento e uma precisão da *mittelbare Drittwirkung*, merece a “*Schutzauftragslehre*” (ou “*Schutzpflichtlehre*”), que radica na concepção dos direitos fundamentais como “*mandatos de protecção*” (“*Schutzgebote*”), invocando-se desde logo o artº 1/I.2 da *GG*, que diz que os poderes estaduais, não apenas devem respeitar (“*achten*”) a dignidade da pessoa humana, mas também protegê-la (“*schützen*”). O Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, o que implica, nomeadamente, proteger a parte mais fraca de uma relação contratual de poder-sujeição, para a qual, no fundo, a autonomia da vontade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não são por vezes mais do que uma mera ficção; aquele deve, pois, estabelecer mecanismos de correcção de uma tal situação, porque a protecção da liberdade significa a garantia de um verdadeiro poder de decisão livre e autónomo.

De facto, a autonomia privada é ameaçada por situações de inferioridade negocial, não sendo os mecanismos civis suficientes para assegurar a autodeterminação do contraente que não tem condições de

autotutela dos seus interesses constitucionalmente protegidos e havendo, pois, que limitar a autodeterminação formal em nome da autodeterminação substancial. Trata-se de uma ideia particularmente importante, por exemplo, para o direito do trabalho, do qual se pode dizer que «o *desequilíbrio de forças entre as partes do contrato de trabalho é a sua razão de ser e a compensação desse desequilíbrio a sua finalidade*».

O que se passa é que a eficácia dos preceitos constitucionais nas relações de Direito Privado - considere-se a mesma imposta por uma *Drittwirkung* desses preceitos ou por um *mandato de protecção* ("*Schutzauftrag*") dirigido ao Estado - deverá sempre ser realizada através de uma *ponderação de interesses*.

Hoje, assiste-se ao reconhecimento generalizado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, com recurso às regras dos conflitos de direitos, nomeadamente com aplicação do princípio da proporcionalidade, entenda-se essa aplicação imposta directamente pelos próprios preceitos constitucionais ou pelas cláusulas gerais de direito privado (v.g., a boa fé). Esse princípio, com origem no direito público, enquanto instrumento de controlo do poder derivado da intervenção pública com reflexo na esfera dos privados, expandiu-se para o direito privado, maxime para as situações contratuais de poder-sujeição, em que uma das partes está em posição de poder exercer sobre a outra uma espécie de (quase)-poderes de autoridade – ou seja, para os casos em que, atentas as circunstâncias, o desequilíbrio entre as partes põe em crise o exercício de uma efectiva liberdade contratual, ficando esta facticamente derogada. Trata-se de situações em que a estrutura do direito privado se aproxima do direito público, sendo o princípio então convocado com o objectivo de estabelecer limites à prevalência de uma parte sobre a outra e transformar assim essas situações de poder em situações de equilíbrio ou, pelo menos, de desequilíbrio tolerável.

O exemplo mais significativo de actuação do princípio no domínio privado encontra-se no direito do trabalho, por ser um domínio em que é particularmente intenso o conflito entre interesses de sinal contrário, tendo sido sob a égide da *protecção do contraente débil* que o juslaboralismo ganhou foros de cidadania em relação ao direito civil.

Em Portugal, a eficácia horizontal e a sua projecção laboral chegaram com a Constituição de 1976, onde se deu a aceitação dessa eficácia horizontal, consagrada expressamente pelo art.º 18.º/1 da CRP, como uma eficácia “directa”.

#### 4. A JUSTIÇA CONTRATUAL NO CONTRATO DE TRABALHO

É à luz dessa eficácia que os direitos fundamentais actuam, podem actuar, como limites dos poderes empresariais. Está-se face a uma questão de conflito de direitos e de concordância prática, que reclama a aplicação da ideia de proporcionalidade, nas suas vertentes de necessidade ou indispensabilidade, de idoneidade ou adequação e de menor restrição possível. O que se exige é uma ponderação de interesses, entre, por um lado, os direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho e, por outro, a honra e a intimidade do empregador e dos outros trabalhadores, o direito à saúde e à integridade física e moral e outros direitos e interesses legítimos do empregador, nomeadamente a liberdade de empresa (e a propriedade privada), o seu direito de gerir eficazmente a empresa e sobretudo o seu direito de se proteger da responsabilidade ou do prejuízo que as acções dos trabalhadores podem suscitar. A questão é de equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e a correcta execução dos seus compromissos contratuais.

Hoje, o Código do Trabalho, nos seus artigos 14.º e seguintes, reconhece expressamente alguns direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho, entre os quais se inclui a intimidade da vida privada. Os trabalhadores têm, com efeito, o direito de esperar um certo grau de respeito pela sua vida privada no seu lugar de trabalho, pois é aí que desenvolvem uma parte importante das suas relações com outras pessoas. Mas tal direito deve ser equilibrado com outros direitos e interesses legítimos, do empregador e de terceiros, motivos legítimos que podem justificar limitações ao direito à vida privada dos trabalhadores.

O art.º 16.º do CT refere esse direito à reserva da intimidade da vida privada, que se analisa na proibição tanto do acesso de estranhos a informações sobre a vida privada como da divulgação de informações que alguém tenha sobre ela; é o que diz o seu n.º 2, cujo elenco não é exaustivo, abrangendo a proibição quaisquer factos não relevantes para efeitos de valoração da atitude profissional do trabalhador, até mesmo, por exemplo, os seus gostos pessoais e hábitos de vida, situação familiar, estado de saúde, etc.

Os artigos seguintes têm também a ver com a vida privada, neles se definindo, por ex., os termos em que se pode “exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada”, “à sua saúde ou estado de gravidez” (art.º 17.º), tratar dados biométricos do trabalhador (art.º 18.º) exigir-lhe “a realização ou apresentação de testes ou exames médicos” (art.º 19.º), utilizar “meios de vigilância à distância no local de trabalho” (art.ºs 20.º e 21.º) ou “estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico” (art.º 22.º).

O direito à intimidade só pode ser limitado se interesses relevantes o justificarem, não podendo pôr-se em causa os princípios constitucionais da necessidade, adequação e proibição do excesso.

É assim que, nos termos do n.º 1 do art.º 17.º do CT, os princípios que devem nortear a recolha de dados para efeitos de contratação de pessoal são a *necessidade* e a *proporcionalidade*, só podendo o empregador solicitar dados *sobre a vida privada* que “sejam *estritamente necessários e relevantes*” para avaliar a aptidão para a execução do contrato (trata-se de uma regra idêntica às constantes, por exemplo, do SL italiano ou do *Code du Travail* francês (cfr. respectivos artigos L 121-6 e L 122-45) e não podendo as limitações à intimidade dos trabalhadores revelar-se desnecessárias ou excessivas, sob pena de contrariedade aos art.ºs 26.º e 18.º/2 da CRP.

Por sua vez, o art.º 19.º/1 fixa algumas situações em que pode ser solicitada a realização ou apresentação de *testes e exames médicos* a candidatos a emprego ou trabalhadores: se tiverem “por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros”; e “quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem”; resulta do n.º 3 que esses exames médicos só podem ser feitos por ordem e sob a direcção de um médico e o resultado dos mesmos deverá ser inacessível à entidade empregadora.

Também os tribunais têm entendido que interesses dignos de protecção social, v.g., a segurança rodoviária ou a prevenção de acidentes laborais, podem justificar a realização de testes de alcoolemia ou de exames para detecção de drogas. O direito à privacidade não é absoluto: pode ser limitado se estiver em causa a protecção da saúde pública ou a segurança do próprio ou de terceiros. Existem, pois, actividades em que estes exames se justificam: condutores em transporte ferroviário, rodoviário, marítimo, pilotos, controladores de tráfego aéreo, condutores de máquinas... Assim, por exemplo, referindo-se ao domínio rodoviário, o Tribunal Constitucional já considerou que “a submissão do condutor ao teste de detecção de álcool não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada”. Também o STJ, não só considerou legítima uma ordem do empregador para que o trabalhador se sujeitasse a um teste de alcoolemia, como acrescentou que a imposição da obrigatoriedade desse teste, através de regulamento interno, se encontra abrangida pelo poder directivo (e regulamentar) do empregador, violando o dever de obediência o trabalhador que se recuse a fazê-lo.

Tomando agora um outro exemplo, o da videovigilância, igualmente aí se poderá dizer que a mesma se deve traduzir numa vigilância *genérica*, destinada a detectar factos, situações ou acontecimentos *incidentais*, e não numa vigilância directamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de

acção dos trabalhadores, que configuraria uma típica medida de polícia, transformando os trabalhadores indefinidamente em suspeitos de prática de ilícitos criminais, com clara violação dos seus direitos de personalidade. A protecção dos bens não é um argumento sem mais. Deve ter-se em conta aspectos como o valor dos bens, o facto de serem facilmente acessíveis a terceiros e de se tratar de infracções graves. Por outro lado, a videovigilância oculta viola o artigo 20.º, n.ºs 1 e 3, do CT e o dever de lealdade e boa fé nas relações laborais.

Quanto à admissibilidade da videovigilância como *meio de prova*, entendemos ser legítima a utilização, no exercício do poder disciplinar, de dados conhecidos *de forma accidental*, através do controlo destinado a satisfazer as necessidades previstas na lei, por ex., por razões de segurança ou de gestão empresarial. A videovigilância pode servir para provar infracções disciplinares, se estiver justificada por uma finalidade legítima, o conhecimento accidental for o único meio de prova e a conduta em questão comprometa bens de relevância constitucional.

Se passarmos para o correio electrónico, também aí, mais uma vez, o princípio é o de que a actividade do trabalhador na empresa não implica a perda do direito à intimidade, devendo o empregador escolher as formas de controlo que tenham menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores. O empregador deve privilegiar metodologias genéricas de controlo, evitando a consulta individualizada de dados pessoais. O empregador não deve fazer um controlo permanente e sistemático do *e-mail* dos trabalhadores. Esse controlo deve ser pontual e direccionado para as áreas e actividades que apresentem um maior “risco” para a empresa.

O controlo dos e-mails – a realizar de forma aleatória – deve ter em vista essencialmente garantir a segurança do sistema e a sua performance. Para assegurar estes objectivos, o empregador pode adoptar os procedimentos necessários para – sempre com o conhecimento dos trabalhadores – fazer uma “filtragem” de certos ficheiros que, pela natureza da actividade desenvolvida pelo trabalhador podem indiciar, claramente, não se tratar de e-mails de serviço (v.g., ficheiros de imagens, exe ou mp3).

O acesso ao e-mail deverá ser o último recurso a utilizar pelo empregador, devendo ser feito na presença do trabalhador visado e limitar-se à visualização dos endereços dos destinatários, o assunto, a data e hora do envio (podendo o trabalhador, se for o caso, especificar a existência de alguns e-mails de natureza privada que não pretende que sejam lidos pela entidade empregadora).



Até mesmo o facto de o empregador proibir o e-mail para fins privados não lhe dá o direito de abrir, automaticamente, qualquer e-mail dirigido ao trabalhador.

# **A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família**

*Rute Teixeira Pedro\**

## **SUMÁRIO:**

**I.** Considerações introdutórias; **II.** A transformação da família e a mudança de modelo subjetivo em que a mesma se estrutura – do paradigma institucional ao paradigma personalista; **III.** A constitucionalização do direito da família e a emergência de conflitos entre direitos (fundamentais) individuais dos familiares; **IV.** As repercussões da irrupção da individualidade e da alteridade no âmbito familiar: **1)** A promoção da autonomia privada nas relações familiares; **2)** A afirmação crescente do funcionamento da responsabilidade civil no contexto familiar; **V.** Observações conclusivas.

## **I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

I. No contexto temporal da celebração do quadragésimo aniversário da Constituição da República Portuguesa, importa refletir sobre a transformação que vem ocorrendo, nas últimas quatro décadas, na perspetivação jurídica da família, sob o influxo do texto constitucional português de 1976. O recuar da importância da dimensão comunitária em favor do acentuar do relevo da dimensão individualista na configuração do tratamento jurídico da entidade familiar é um movimento que se vem, paulatinamente, produzindo, no direito português, à luz das novas diretrizes constitucionais. Na verdade, o protagonismo dado à pessoa – a cada pessoa em si e por si, apesar da sua inserção na família – reflete-se na definição do recorte subjetivo das posições jurídicas que emergem e se desenvolvem no interior do contexto familiar com ineludíveis consequências na perspetivação jurídica dos direitos dos

---

\* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Investigadora do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade

familiares, *qua tale*, no espaço intrafamiliar e, também, com ecos que se repercutem na relevância de tais direitos fora daquele espaço.

II. Propomo-nos, então, neste trabalho, refletir sobre o assunto, considerando, de seguida a mudança de paradigma jurídico-familiar, decorrente do processo de constitucionalização do direito da família, que importou uma promoção da visão personalista da entidade familiar (parte II) e uma consequente revolução subjetivista no seu seio (parte III). Depois (parte IV), daremos conta das repercussões de tal metamorfose, concentrando a nossa atenção, por um lado, na promoção da autonomia privada nas relações familiares (1) e, por outro lado, na afirmação crescente do funcionamento da responsabilidade civil no contexto familiar (2). Finalizaremos com brevíssimas notas conclusivas sobre as profundas transformações que se vêm produzindo na intervenção do direito no arquipélago familiar<sup>651</sup>.

## II. A TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA E A MUDANÇA DE MODELO SUBJETIVO EM QUE A MESMA SE ESTRUTURA – DO PARADIGMA INSTITUCIONAL AO PARADIGMA PERSONALISTA

I. A estruturação jurídica da subjetividade desenvolveu-se, num primeiro momento, a partir da ideia de “*status*” cunhada no Direito Romano. Aí se distinguiam três estados<sup>652</sup> – o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*<sup>653</sup> –, a que se associavam diferenças naquilo que, mais recentemente, mereceu a qualificação conceptual como “capacidade jurídica”<sup>654</sup>, na medida

---

<sup>651</sup> Utilizamos, aqui, uma expressão inspirada em imagens insulares, frequentemente, usadas no âmbito familiar. Pensamos, por um lado, na muito conhecida frase de ARTURO CARLO JEMOLO em que o insigne Autor se refere à família como uma ilha tocada pelo mar jurídico (La famiglia e il diritto, in Pagine sparse di diritto e storiografia, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, Giuffrè, 1957, p. 241) e, por outro lado, no título de um artigo da autoria de FRANCESCO DONATO BUSNELLI em que o Autor se refere à transformação morfológica da família (“La famiglia e l’arcipelago familiare”, in Rivista di Diritto Civile, Ano XLVIII, n.º 4, julho a agosto, 2002, pp. 509 e ss).

<sup>652</sup> Vamos usar, neste trabalho, a palavra “estado” como sinónima de “*status*”, ainda que o termo latino encerrasse um significado mais rico que, em português, não se contém naquele vocábulo.

<sup>653</sup> Sobre esta divisão tripartida, vide CARLO FADDA, Diritto delle Persone e della famiglia, Napoli, Lorenzo Alvano Libraio Editore, 1923, pp. 42 a 166, e em particular, sobre o “*status familiae*”, §§ 106 a 118, ie, a partir da p. 146.

<sup>654</sup> O conceito de capacidade jurídica – assim como o de personalidade jurídica, com que, inicialmente, se confundia – é muito recente, remontando ao início do século XIX. Para uma

em que o conhecimento do “*status*” de uma pessoa permitia a identificação da maior ou menor extensão da sua idoneidade para a titularidade e/ou para o exercício de direitos<sup>655</sup>.

No cruzamento dos séculos XVIII e XIX, por influência do iluminismo e do jusnaturalismo, a construção, do conceito universal e abstrato de personalidade jurídica, desferiu um duro golpe neste modelo de subjetividade<sup>656</sup>, que havia marcado, até, então, a evolução do pensamento jurídico. Apesar da sua derrocada na ciência jurídica geral, ele continuou a projetar-se na família, refletindo-se na manutenção, no âmbito familiar, até bem dentro do século XX, de um modelo institucional de sabor estatutário, em que os membros da família se perspetivavam em função da sua inserção no grupo familiar, em vez de serem perspetivados de acordo com as suas características individuais<sup>657</sup>.

II. A posição jurídica de cada sujeito recortava-se a partir do papel que cada um era chamado a desempenhar no seio da família, à luz de uma ideia de

---

breve referência à sua história, *vide* DIOGO COSTA GONÇALVES, Personalidade vs Capacidade Jurídica – um regresso ao monismo conceptual, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 75, janeiro-junho de 2015, pp. 121 e ss.

<sup>655</sup> O “*status*” associava-se, assim, quer ao conceito de capacidade de gozo, quer ao de capacidade de exercício. Ademais, por vezes, fazia-se até uma associação à ideia de personalidade que apresentava, no Direito Romano, vários graus. Aí se admitiam três espécies de penalidades que constituíam três situações de “diminuição da personalidade (jurídica)”. Assim, SEBASTIÃO CRUZ, Direito Romano (Ius Romanum). I Introdução. Fontes, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Dislivro, 1984, p.197. Note-se que a distinção entre capacidade e personalidade jurídica data de há cerca de dois séculos. DIOGO COSTA GONÇALVES, Personalidade vs Capacidade Jurídica – um regresso ao monismo conceptual cit..

<sup>656</sup> Anteriores ataques à ideia de “*status*”, haviam-se produzido, por um lado, com a abolição da escravatura que esvaziou a relevância do *status libertatis* e, por outro lado, com a lenta eliminação da diversidade de tratamento jurídico entre cidadãos e não cidadãos de um Estado com a conseqüente degradação, a partir do século XIX, do relevo do *status civitatis*. Para maiores desenvolvimentos sobre o significado histórico de “*status*” e da sua influência na conformação do modelo tradicional de subjetividade familiar, *vide* o nosso Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento, Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 2016, ainda inédito, pp. 57 e ss.

<sup>657</sup> Num modelo estatutário, a diferenciação dos sujeitos faz-se em função do estatuto que a cada um se reconhece no interior de um determinado agrupamento social, sem se atender às características particulares que sustentavam ou atenuavam a respetiva idoneidade para uma atuação produtora de efeitos jurídicos.

especialização de funções e de complementaridade das mesmas, em prol do bem comunitário.

Na verdade, de forma persistente até ao século passado, a família<sup>658</sup> apresentava-se como uma entidade corporativa orientada, segundo um modelo orgânico, para um fim unitário: o sujeito inseria-se, então, nesta formação social como um elemento de um organismo<sup>659</sup>, em que as partes cooperavam para o funcionamento do todo. Nesta perspetiva colaborativa, o fim unitário – por isso, comunitário – sobrepunha-se aos fins individuais de cada um dos sujeitos que a compunham, prevalecendo, conseqüentemente, sobre a vontade dos sujeitos da relação familiar. A família aparecia, assim, como uma entidade unificadora de fim (“*Zweckzusammenhang*”<sup>660</sup>), cujo bom funcionamento demandava uma estrutura hierarquizada, com a conseqüente afirmação da superioridade da posição jurídica de um dos seus membros: aquele que, como marido e pai, era o “chefe de família”. Como exemplo paradigmático deste modelo familiar aparece, então, o do casamento, frequentemente denominado através da expressão de origem inglesa “*breadwinner-housewife marriage*”, acolhido ainda, entre nós, na versão original do Código Civil de 1966<sup>661</sup>, que se caracterizava pela outorga do poder marital e paternal ao cônjuge do sexo masculino e pela atribuição do governo doméstico ao cônjuge do sexo feminino.

III. A estrutura intersubjetiva desnivelada que caracterizava, matricialmente, as relações jurídico-familiares e a funcionalização do exercício das posições jurídicas encabeçadas por cada sujeito à satisfação de um interesse que não concernia apenas, nem necessariamente em primeira

---

<sup>658</sup> O paradigma institucional que descrevemos em texto manifestava-se, em particular, na família matrimonial que se apresentava, historicamente, como o modelo legítimo de formação da unidade familiar, e que, por isso, tradicionalmente, ocupou uma posição nuclear no tratamento jurídico da família.

<sup>659</sup> A integração comunitária de que falamos em texto não importou, no entanto, a personificação da entidade familiar, nem a perspetivação dos membros da família como órgãos, em sentido técnico, da mesma.

<sup>660</sup> As posições jurídico-familiares apareciam, fundamentalmente, como deveres morais (“*sittliche Pflichten*”), entretecendo-se, entre eles, uma teia de ligações (“*Zusammenhang*”) finalisticamente orientada (“*Zweckzusammenhang*”). ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band*, 15.<sup>a</sup> edição, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1959, p. 455.

<sup>661</sup> Segundo o art.º 1674.º do Código Civil na versão originária (constante do Decreto-lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966), o marido era erigido à categoria de chefe de família, e, nessa qualidade, eram-lhe cometidas as funções de representação da família e de decisão em todos os atos da vida conjugal em comum. Nos termos do 1677.º, n.º 1 da mesma versão, à mulher era atribuído o governo doméstico.

linha, ao respetivo titular insuflava aquelas posições de uma forte carga deveral e revestia-as de um caráter indisponível.

As posições jurídicas familiares apresentavam-se, por isso – e não apenas no domínio da filiação – como poderes-deveres ou como “direitos de fim altruístico”<sup>662</sup>, cujo exercício devia ser iluminado mais pelo bem da família, do que pelo respeito da vontade do correspondente titular. Para tal, contribuía decisivamente a especial natureza ética do fim, por elas, servido (“*besonderer sittlicher Zweck*”<sup>663</sup>) e a que o direito procurava emprestar, nem sempre com sucesso, força de vinculação.

IV. A manutenção desta perspetiva acarretou repercussões várias, no plano jurídico, quer quanto à natureza e forma de intervenção do direito na regulação da família, quer quanto à conformação da condição jurídica dos seus membros.

Assim, por um lado, naquele modelo organizativo da família, que ditava uma aproximação das relações familiares às relações disciplinadas pelo direito público, se ancorava a natureza especial reconhecida, secularmente, ao direito da família, dificultando a sua qualificação no *mare magnum* do direito<sup>664</sup>.

Por outro lado, o direito subjetivo, como expressão máxima da soberana autodeterminação da pessoa e como instrumento idóneo à prossecução dos interesses do respetivo titular, não traduzia adequadamente a natureza das posições jurídicas exercidas pelos sujeitos à luz deste modelo familiar.

V. Este défice de individualização subjetiva na atuação dos membros da família concorria, a par de outros fatores<sup>665</sup>, para a edificação de um enquadramento familiar desfavorável à autoconformação dos efeitos jurídicos das relações familiares, mesmo que ela concernisse apenas à sua componente patrimonial. Ademais faltava um dos pressupostos necessários ao

---

<sup>662</sup> LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, p. 277.

<sup>663</sup> ENNECCERUS/NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 454.

<sup>664</sup> A sua inclusão no hemisfério do direito privado ou do direito público foi objeto de um prolongado debate. ANTONIO CICU, jurista italiano, escrevendo no início do século XX, fez um estudo aprofundado sobre esta questão, pondo a nu que existia “uma afinidade entre direito público e direito da família, fundada sobre uma estrutura análoga das respetivas relações jurídicas”. *Il diritto di Famiglia. Teoria Generale*, Roma, Città di Castello, coi tipi della Società «Leonardo da Vinci», 1914, p. 315.

<sup>665</sup> Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, cit., pp. 98 e ss.

florescimento da atividade negocial que era o da afirmação da igualdade das pessoas que se perfilam como partes contratantes e que, através de acordo, configuram os efeitos jurídicos da relação jurídica de que são titulares. Note-se que não se tratava de uma situação – constatada noutros domínios do direito civil – de à igualdade formal não corresponder uma igualdade material: no âmbito familiar, inexistia o reconhecimento, ainda que meramente formal, da igualdade, já que a estrutura desnivelada caracterizava, por natureza, as relações familiares. A hostilidade ao fenómeno negocial neste domínio manifestava-se, em particular, a partir do momento em que a relação familiar se constituía, assim se fazendo jus à imutabilidade e indisponibilidade dos estados pessoais que a mesma originava.

Acrescia que, também por causa do assinalado défice<sup>666</sup>, se arredava a possibilidade de demandar o cumprimento coercitivo do que era devido no âmbito de relações familiares, afastando-se igualmente, em muitas situações, o funcionamento da responsabilidade civil, e, conseqüentemente a possibilidade de ressarcimento dos danos que desse incumprimento pudessem advir.

A uma família institucional correspondia, pois, uma intervenção do direito que se caracterizava pela especialidade das reações jurídicas que, no seu âmbito, podiam funcionar: em muitos casos, reações inexistentes ou pouco mais que platónicas próximas das das ordens normativas que não beneficiam da imposição coativa (muitas normas se apresentavam como proclamações de modelos de conduta sem sanção) ou noutros casos, quando elas existiam, eram reações especiais que passavam mais pela inibição do exercício ou pela extinção da titularidade de uma posição familiar – como acontecia<sup>667</sup>, respetivamente com as inibições do exercício das responsabilidades parentais para a violação dos deveres paternais, ou com o decretamento da separação de pessoas e bens ou divórcio, para os incumprimentos dos deveres conjugais.

---

<sup>666</sup> A que se juntava a forte componente pessoal que também afastava a suscetibilidade de execução específica.

<sup>667</sup> E ainda acontece (respetivamente, nos termos dos arts. 1913.º e ss do Código Civil, i.e. C.C., para a inibição do exercício das responsabilidades parentais e nos termos do art. 1781.º, d) do mesmo Código, ainda que, hoje, no âmbito do divórcio baseado na rutura do casamento e sem emissão de declaração de culpa resultante da reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro). Mas, agora, a mudança de perspetivação da realidade familiar, consente o recurso a um arsenal de instrumentos jurídicos que não são exclusivos do direito da família.

### III. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA E A EMERGÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS (FUNDAMENTAIS) INDIVIDUAIS DOS FAMILIARES

I. O quadro jurídico que acabamos de descrever viria a sofrer uma profunda alteração na segunda metade do século XX. Para esse movimento transformador muito contribuiu a produção de uma mudança no plano fáctico que se tornou particularmente visível nesse período. A diversificação das formações familiares – resultante da conjugação das tendências de redução do número de casamentos, de multiplicação das ruturas matrimónias, de aumento das uniões não matrimonializadas e de dissociação entre a filiação e o casamento – produziu um fenómeno que se pode denominar como “primeira desinstitucionalização” da família. A esta transformação seguiu-se, depois, uma metamorfose no plano jurídico do *dever ser*, concretizada em particular no último terço do século passado, com importantes reformas legislativas incidentes sobre o direito da família em vários ordenamentos, entre eles, no ordenamento português, com as alterações introduzidas, no plano da lei ordinária, na segunda metade da década de 70, sinteticamente referidas pelo epíteto “reforma de 1977”<sup>668</sup>. A este segundo movimento, impulsionado pelo primeiro e simultaneamente *legitimador* e até impulsionador da multiplicação dos efeitos fácticos que o primeiro já produzira, se pode dar o nome de “segunda desinstitucionalização” da família<sup>669</sup>.

II. Ora, o epicentro do abalo sísmico que provoca a derrocada, no plano jurídico, do modelo familiar do período anterior localiza-se no plano constitucional<sup>670</sup>. Por consequência, a causa do processo que conduziu às transformações em que se desdobra esta segunda desinstitucionalização de natureza jurídica, merece, justamente, também o epíteto de “*constitucionalização do direito da família*”, traduzindo a influência que, na

---

<sup>668</sup> A designação fica a dever-se à magnitude das transformações operadas pelo Decreto-lei 496/77, de 25 de novembro. A transformação do direito constituído começou antes, no plano legal, com vários diplomas que foram emanados mesmo antes da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa, nomeadamente, quanto ao regime jurídico do divórcio e da separação de pessoas e bens (nomeadamente com o Decreto-lei 261/75, de 27 de maio, e com o Decreto-lei 561/76, de 17 de julho).

<sup>669</sup> Inspiramo-nos, aqui, na ideia de “*double désinstitutionnalisation*” de que fala Louis Roussel em *La famille incertaine*, Paris, Editions Odile Jacob, 1989, pp. 90 e ss.

<sup>670</sup> Para um estudo da conexão entre a Constituição e a Família no século XX, com considerações sobre a Constituição de 1933 e a de 1976, vide JORGE MIRANDA, Sobre a relevância constitucional da Família, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. XI, ano 2014, pp. 78 e ss.



conformação das soluções de direito (ordinário) da família, exerceram as normas e princípios constitucionalmente consagrados, entre nós, na Constituição de 1976. A referida influência manifestou-se, não só ao nível do processo de reformulação legislativa do direito positivo, mas também ao nível da aplicação do direito anteriormente constituído que, através da operação de interpretação<sup>671</sup> no quadro da nova moldura constitucional, passou a merecer uma leitura renovada.

Cumpre, aliás, recordar que a marca que o direito constitucional imprimiu na evolução do direito da família, nas últimas décadas, não é resultado de um fenómeno que se tenha produzido, exclusivamente, nesse ramo do direito, tendo o mesmo ocorrido em todo o hemisfério do direito civil. Na verdade, tem sido assinalada a transversalidade do processo de “constitucionalização do direito civil”<sup>672</sup>, dadas as implicações decorrentes da aplicação, no âmbito das relações jurídico-privadas, de normas e princípios constitucionais<sup>673</sup>. A esse propósito avulta, a aplicação do princípio da igualdade, nas suas vertentes formal e material, por força da sua proclamação geral no art. 13.º e da consagração dos seus vários corolários, de que o art. 36.º,

---

<sup>671</sup> Em que, para além do recurso a outros instrumentos da hermenêutica jurídica, avulta o princípio da interpretação conforme à Constituição. Sobre a interpretação conforme à Constituição, *vide* GOMES CANOTILHO, Direito constitucional e teoria da constituição, Reimpressão da 7ª ed, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 1226 e ss. Referindo-se à importância da aplicação na área do direito da família da doutrina da “interpretação conforme à Constituição”, a propósito do novo texto constitucional de 1976, PEREIRA COELHO, *in* Casamento e família no Direito Português, *in* Temas de Direito da Família. Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 6 e 7.

<sup>672</sup> A expressão é usada por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I: art.º 1.º a 107.º, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 e reimpressão em 2014, anotação ao art.º 13.º, p. 349. Para um estudo de uma manifestação da constitucionalização no direito civil, veja-se NUNO PINTO DE OLIVEIRA, O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

<sup>673</sup> Na concretização deste processo de constitucionalização, assumiram protagonismo os mecanismos da “eficácia externa dos direitos fundamentais” e da sua aplicação horizontal direta nas relações jurídicas entre particulares, com tradução no regime previsto, entre nós, no art.º 18.º da C.R.P. Sobre esta problemática, *vide* CLAUS-WILHELM CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, *in* AcP, 1984, Heft 3, pp. 201 e ss e “Direitos fundamentais e Direito Privado”, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, 2012, e entre nós, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 229 e ss.

n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante C.R.P.), quanto ao âmbito conjugal, é um dos vários exemplos.

Note-se que as repercussões do assinalado movimento de constitucionalização, em geral, e da irradiação do princípio da igualdade para as relações entre particulares, em especial, não foram idênticas em todos os setores do direito civil. Na verdade, enquanto nos outros ramos desse domínio do direito privado, a *interferência* das diretrizes constitucionais acarretou uma limitação do poder de autodeterminação dos particulares – ainda que justificada pela finalidade última de se servir a própria autonomia<sup>674</sup> –, no âmbito do direito da família, como veremos, aquela influência importou um alargamento desse poder, com a (decorrente e causante) erosão do caráter institucional da realidade familiar de que falámos na secção anterior, imprimindo uma nova marca estruturante a todo direito da família, e dentro dele, em especial, ao direito matrimonial.

III. No âmbito familiar, a assinalada “constitucionalização” advém, também, em especial, de uma particular transformação ocorrida no plano constitucional e que vai importar a deslocação do ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses comunitários presentes no referido domínio. Na verdade, o texto constitucional de 1976, acolhe uma “conceção personalista da família e do casamento” como decorrência, aliás, da proclamação dos princípios basilares da dignidade da pessoa humana no art.º 1 e do “respeito” e “garantia da efetivação dos direitos e liberdade fundamentais”, previstos no art.º 2.º, da C.R.P.<sup>675</sup>.

Não obstante a persistência da tutela da *dimensão institucional* da família enquanto “elemento fundamental da sociedade” como se lê no art.º 67.º

---

<sup>674</sup> Explicando até a autonomização de certos ramos de feição finalista e protecionista de grupos delimitados de pessoas carecidas de tutela especial, como aconteceu, com o direito do trabalho e com o direito do consumo. Sobre a autonomização e a evolução do direito do trabalho “sob o desígnio” da “protecção do trabalhador”, vide MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática Geral, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 52 a 61. Sobre o processo de autonomização do direito do consumo em Portugal, sobre a pertinência dessa autonomização e as razões que lhe subjazem, vide António PINTO MONTEIRO, Sobre o direito do consumidor em Portugal, in Estudos de Direito do Consumidor, n.º 4, Coimbra, 2002.

<sup>675</sup> JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, anotação ao art.º 36.º, p. 807.

da C.R.P.<sup>676</sup>, o acolhimento de uma tal conceção<sup>677</sup> importa, como veremos, a acentuação da importância reconhecida à dimensão *individual-subjectiva* da família, e, conseqüentemente dos direitos de que são titulares as pessoas que a compõem. Na verdade, a família e o casamento passam a ser entendidos como um meio de concretização do desenvolvimento pessoal dos cônjuges, como é reconhecido, aliás, no referido preceito constitucional<sup>678</sup>.

Este novo enquadramento constitucional consente – promovendo, até – uma perspetivação mais individualista da família, como passou a estar evidenciado na jurisprudência do Tribunal Constitucional. A título meramente ilustrativo do que acaba de ser dito, pode considerar-se o teor do Acórdão desse Tribunal n.º 690/98, de 15 de dezembro de 1998<sup>679</sup>. Nesta decisão, Tribunal Constitucional destaca que, à luz dos dados fornecidos pelo novo texto constitucional, a ordem jurídica não pode desatender a transformação da conceção da relação familiar matrimonial, operada na sociedade e, constitucionalmente, *autorizada*. Nesse sentido, na operação de apreciação do direito ordinário reformado<sup>680</sup>, o referido Tribunal afirma que tem que se ter

---

<sup>676</sup> A família e o casamento continuam a merecer proteção constitucional sob a forma de garantias institucionais. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I *cit.*, anotação ao art.º 36.º, p. 561 e ao art.º 67.º, p. 856. No mesmo sentido, apesar das “disposições algo nebulosas da Constituição”, PEREIRA COELHO, *in* *Casamento e família no Direito Português*, *cit.*, pp. 3 e 5 a 7.

<sup>677</sup> A conceção de família acolhida no texto constitucional de 1976 é muito distinta da que resultava da Constituição de 1933, em que se enfatizava a dimensão objetiva, ao optar-se por, no corpo do artigo em que se acolhia a tutela constitucional da realidade familiar (art.º 13.º), se pôr a tónica nos modos (taxativos) de constituição da família (“a constituição da família assenta no casamento e filiação legítima...”), sem traço revelador da correspondente imputação subjetiva dos mesmos na esfera jurídica das pessoas a que aquela constituição [da família] respeitava, e em que se perspetivava a família, tal como as freguesias, os concelhos e as corporações, como “organismos componentes da Nação”.

<sup>678</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I *cit.*, anotação ao art.º 36.º e ao art.º 67.º.

<sup>679</sup> *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980690.html>, acedido pela última vez no dia 15 de outubro de 2016, como, aliás, todos os documentos consultados na *internet* referidos neste trabalho.

<sup>680</sup> A citação feita em texto integra a linha argumentativa apresentada, pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão referido para defender a necessidade decorrente da C.R.P. de, no plano de direito ordinário, ser dada relevância à mera separação de facto na definição das pessoas com direito a constituírem-se como assistentes em processo penal. O Tribunal Constitucional julgou, por isso, inconstitucional, por violação do disposto no artigo 20º, nº 1, conjugado com o artigo 67º, nº 1, a norma constante do artigo 68º, nº 1, alínea c), do Código de Processo Penal na interpretação que dava acolhimento, no exercício daquele direito, à

em atenção que casamento deixou “de ser encarado como uma instituição acima dos próprios cônjuges, para assumir as características de uma instituição que apenas permanece enquanto ambos, de forma livre, a reconhecerem como fonte de afeto e realização pessoal”. Sintomaticamente, o direito ao divórcio merecedor de tutela constitucional passa a ser protegido no plano ordinário de forma universal para todos os cônjuges em todos os casamentos embora sujeito, naturalmente, a certos requisitos, que vêm diminuindo em número e densidade ao longo do tempo<sup>681</sup>.

Ora, no difícil jogo de articulação entre o interesse comunitário da família e o interesse individual de cada um dos seus membros, dá-se, então, uma oscilação nos pontos de equilíbrio para que o ordenamento jurídico aponta. Se no passado, eles se situavam numa localização mais próxima do polo comunitário, com a Constituição de 1976 deslocam-se para um ponto com mais proximidade do polo individualista. Não é um movimento de uma inversão absoluta em termos de polarização. É, no entanto, uma mudança acentuada que vai produzir alterações nas soluções de direito da família.

IV. Acresce que a tutela da pessoa reclama, como imperativo ôntico, a tutela da liberdade, nas suas múltiplas expressões, nomeadamente a liberdade de atuação como liberdade de realização da personalidade – necessariamente individual e única. Nesse sentido, o direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no art.º 26.º, é, aliás, particularmente fecundo de significado para tutela da esfera nuclear das pessoas. Estas, como seres dotados de poder de autodeterminação, gozam de liberdade de definição do projeto biográfico que pretendem adotar, de liberdade de ação para concretização das decisões em que esse projeto se desdobre e, conseqüentemente, de liberdade de *realização* da sua personalidade<sup>682</sup>, sendo

---

prevalência absoluta do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, ainda que separado de facto, com a conseqüente exclusão da possibilidade do exercício desse direito por outras pessoas (os ascendentes do ofendido falecido).

<sup>681</sup> Para uma exposição da evolução do regime jurídico do divórcio, em Portugal, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de direito da família, Vol. I - Introdução: direito matrimonial, 5ª ed., Coimbra, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Coimbra, Edições da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 684 a 690.

<sup>682</sup> Na esteira da doutrina e da jurisprudência alemã, desenvolvida por referência ao art.º 2.º, n.º 1 da Lei Fundamental alemã, aceita-se que, também entre nós, e apesar das diferenças em relação à previsão do mesmo direito no nosso art.º 26.º, a tutela do direito ao desenvolvimento da personalidade abrange a proteção, quer de um direito geral de personalidade, quer de uma liberdade geral de ação. Assim, à luz desse entendimento, servindo-nos das palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a tutela constitucional daquele direito inclui a proteção da “formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade” (i), a proteção da “liberdade de ação de acordo com o projecto de

a família um espaço privilegiado para tal concretização. Esta liberdade revela-se, nesse âmbito, logo, a propósito da constituição da família<sup>683</sup>, manifestando-se também na vigência das relações familiares e mesmo tendo por referência o cenário da sua extinção<sup>684</sup>.

V. A visão personalista da família é, aliás, uma expressão especial de uma preocupação maior – no sentido de mais ampla, porque geral e nessa medida transversal a todo o ordenamento jurídico<sup>685</sup> – direcionada, a nível constitucional, para a tutela da pessoa e dos múltiplos bens (de personalidade) em que ela se desdobra, como concretização do princípio fundamental de

---

vida e a vocação e capacidades próprias” (ii) e, ainda, a proteção da “integridade da pessoa”, visando fundamentalmente “a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento” (iii). Como os mesmos Autores evidenciam, esta proteção não se esgota numa conceção estática da personalidade, antes contendo uma vertente dinâmica correspondendo a uma “«pessoa em devir»” com as potencialidade de enriquecimento da “sua dignidade em termos de capacidade de *prestação* no plano pessoal, social e cultural”. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I cit., anotação ao art.º 26.º, pp. 463 e 464 (o itálico encontra-se no original).

<sup>683</sup> Destacando-se a abertura constitucional ao reconhecimento jurídico (ainda que diferenciado) de *novas* opções (manifestações?) de vida de natureza familiar (ou parafamiliar) consentida pela inexistência no texto constitucional de um elenco fechado de fontes de relações familiares (e de relações parafamiliares). A questão tem sido discutida sobretudo a propósito da abertura constitucional de uma tutela direta à união de facto. Abertura que alguns Autores extraem, precisamente da previsão do direito a constituir família incluído no n.º 1 do art.º 36.º, e outros entendem dever encontrar-se contida no âmbito normativo do direito ao desenvolvimento da personalidade consagrado no art.º 26.º, ambos da Constituição. A este propósito, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de direito da família, cit., pp. 60 a 64.

<sup>684</sup> Pensamos, aqui, em particular, na extinção da relação matrimonial, já que a possibilidade de pôr fim à relação jurídico-familiar por vontade de um ou de ambos os sujeitos da relação não é um atributo comum à generalidade das relações dessa espécie. Assim, o parentesco não cessa, em princípio, salvo o decretamento da adoção que produz os efeitos previstos no art.º 1986.º, n.º 1 do C.C., nomeadamente a extinção dos vínculos familiares com a família biológica (parentesco). A afinidade, insuscetível de cessação até à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, hoje, pode cessar, ainda que apenas por dissolução por divórcio do casamento que lhe serviu de base. Ressalvadas as hipóteses de revisão de sentença previstas no art. 1990.º do C.C. e a impugnação da sentença através de recurso extraordinário de revisão previsto na lei processual civil, o vínculo adotivo, uma vez constituído, também não se extinguirá, sendo irrevogável, ainda que adotante e adotado acordassem nesse sentido (art. 1989.º do C.C.).

<sup>685</sup> A evolução ocorrida no âmbito do regime da responsabilidade civil e a intervenção *pro damnato* que assim vem verificando, é um dos exemplos desta preocupação crescente do direito com a tutela da pessoa.

respeito pela dignidade da pessoa (art.º 1 da C.R.P.). Também na área familiar, a pessoa – cada uma das pessoas que integram a família – conquista relevância. É que, pela inserção numa relação jurídico-familiar, aos respetivos sujeitos e, no caso da família matrimonializada, aos cônjuges, não deixa de ser reconhecida a titularidade de direitos e nomeadamente de direitos fundamentais e direitos de personalidade. Naturalmente que, do teor do conteúdo *deveral* a que os familiares ficam vinculados – vertido, por exemplo, no âmbito do casamento, nos deveres conjugais emergentes da assunção do compromisso matrimonial (art. 1672.º do Código Civil, doravante C.C.<sup>686</sup>) –, podem derivar limitações específicas ao exercício desses direitos e ao âmbito de concretização da sua liberdade individual. O exemplo paradigmático é constituído pelas restrições à liberdade sexual de cada um dos cônjuges decorrentes da assunção, por eles, do dever de coabitação – em virtude do débito conjugal que nele se compreende – e do dever de fidelidade<sup>687</sup>. Não obstante isso, o princípio fundamental que deve iluminar esta matéria passou a ser o da incolumidade da esfera jurídica dos sujeitos, apesar de se encontrarem no âmbito de uma relação familiar.

VI. Ora, como decorrência da “constitucionalização do direito da família” e da conceção personalista de teor individualista da família acolhida no texto constitucional, o contexto familiar surge, nas últimas décadas, como um espaço de exercício de liberdade e de afirmação e concretização de direitos dos seus membros – sejam direitos fundamentais, sejam direitos de personalidade<sup>688</sup>.

A referência à “ênfase nos direitos individuais”<sup>689</sup>, à promoção de uma “cultura dos direitos”<sup>690</sup> – muitas vezes divorciados de deveres – são

---

<sup>686</sup> Sobre o conteúdo dos deveres conjugais, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de direito da família, cit., pp. 406 a 425.

<sup>687</sup> Quanto aos deveres conjugais sexuais, *vide* JORGE DUARTE PINHEIRO, O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal – Os deveres conjugais sexuais, Coimbra, Almedina, 2004.

<sup>688</sup> Muitos deles, simultaneamente, direitos fundamentais e direitos de personalidade. Sobre a distinção destes dois conceitos, *vide* PAULO MOTA PINTO, O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in Portugal - Brasil Ano 2000: tema direito, Congresso Portugal-Brasil Ano 2000, *Studia Iuridica* 40, *Colloquia* 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 225 e ss.

<sup>689</sup> SANFORD N. KATZ, autor americano, identifica “*the emphasis on individual rights*” como a linha orientadora que descreve a evolução do direito matrimonial contemporâneo. *Family Law in America*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 84.

<sup>690</sup> Referindo-se a esta “*culture of rights*” no direito da família, ALISON DIDUCK, *In What is family law for?*, in *Current Law Problems*, Volume 64, 2011, pp. 293 e ss.

expressões usadas pela doutrina portuguesa<sup>691</sup> e estrangeira para explicar a transformação do direito da família contemporâneo.

VII. Como consequência deste movimento de afirmação subjetiva, as relações familiares aparecem perspetivadas, com frequência, no plano jurídico, como um campo de tensão de direitos, nomeadamente de direitos fundamentais, de que os seus membros são titulares (“*Spannungsfeld der Grundrechte*”)<sup>692</sup>.

A jurisprudência portuguesa é rica em exemplos ilustrativos deste combate travado no contexto das relações familiares ou a propósito da sua constituição. Pensemos, por um lado, na discussão a propósito da fixação de prazos para a propositura de ações de filiação<sup>693</sup>, ou ainda a querela suscitada pelas consequências que devem ser associadas à recusa da realização de exames científicos por parte dos investigados no âmbito de ações relativas à filiação<sup>694</sup>. Em qualquer dos casos, em abono do direito a conhecer a identidade do pai e da mãe e do direito a constituir os correspondentes laços jurídicos de paternidade e maternidade, convocam-se o direito a constituir família (art.º 36.º, n.º 1), o direito à identidade pessoal e direito à integridade pessoal (arts.º 25.º e 26.º) e o direito ao desenvolvimento da personalidade (plasmado também no art.º 26.º) – direitos que, no seu exercício, colidem com o direito do investigado à reserva de intimidade da vida privada e familiar (art.º 26.º, n.º 1) (na primeira questão) e também com os seus direitos à integridade

---

<sup>691</sup> Nesse sentido, veja-se, entre nós, o DIOGO LEITE CAMPOS, afirmando que a introdução dos direitos da pessoa no âmbito familiar como marco desencadeador da transformação do direito da família atual. *In* As relações de Associação. O Direito sem direitos, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 29, e 41-42.

<sup>692</sup> Empregamos, aqui, uma expressão usada na doutrina alemã, no âmbito do direito da família, por exemplo, por JOACHIM GERNHUBER e DAGMAR COESTER-WALTJEN, *Familienrecht, fortgeführt von Dagmar Coester-Waltjen*, 6., völlig neu bearb. Aufl., München, C.H. Beck, 2010, p. 31.

<sup>693</sup> A título meramente ilustrativo da abundante jurisprudência sobre a matéria, considerem-se, quanto ao Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 302/2015, de 2 de junho, o Acórdão n.º 704/2014, de 28 de outubro, o Acórdão n.º 547/2014, de 15 de julho, o Acórdão n.º 441/2013, de 15 de julho e o Acórdão 401/2011, de 22 de setembro (todos disponíveis no endereço [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)) e quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, o Acórdão de 17 de março de 2016, o Acórdão de 17 de novembro de 2015, o Acórdão de 22 de outubro de 2015, o Acórdão de 28 de maio de 2015 e o Acórdão de 14 de janeiro de 2014 (todos disponíveis no endereço [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>694</sup> Quanto a esta problemática, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2012, e de 21 de fevereiro de 2008, e os Acórdãos da Relação do Porto de 24 de fevereiro de 2015, de 2 de julho de 2013, de 27 de novembro de 2012, de 15 de março de 2012 (todos disponíveis no endereço [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

física e moral (art. 25.º) e à liberdade (art. 27.º todos da C.R.P.), nas duas questões assinaladas<sup>695</sup>.

VIII. A afirmação subjetiva no seio familiar propicia um movimento de aproximação das posições jurídicas familiares ao modelo do direito (subjetivo) que, no entanto, não se produz com idêntica intensidade nas várias espécies das relações familiares. Na verdade, importa operar a distinção entre relações em que predomina a igualdade e a liberdade, em que se dará um funcionamento amplo da autonomia privada através do exercício de direito subjetivo e do funcionamento da liberdade negocial e, por outro lado, as relações em que a igualdade se encontra limitada e em que, por isso, ainda pontificam as posições jurídicas funcionalizadas (os poderes-deveres).

---

<sup>695</sup> A perspetivação das relações familiares (constituídas e a constituir) como um espaço de colisão de direitos. Está presente na decisão 1 BvR 3309/13, de 19 de abril de 2016 do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht). Nesta decisão, o primeiro Senado do referido Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a eventual inconstitucionalidade da decisão do *Oberlandesgericht* de Hamm no sentido de não aplicar o § 1598a do BGB, relativo à recusa de realização de exames científicos no âmbito de uma ação de impugnação de paternidade, a uma ação de investigação da paternidade. A questão a responder era se, da interpretação da não extensão da norma a uma hipótese desta última espécie não resultava uma desconformidade à Lei Fundamental alemã, por não se estar a proteger o direito constitucionalmente tutelado ao direito de uma pessoa ao conhecimento das suas origens genéticas (*Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*). O Tribunal Constitucional alemão entendeu que não, considerando que esse direito não é absoluto e não pode ser atendido isoladamente, antes devendo ser ponderado em articulação com os direitos de outras pessoas. Para o sentido da decisão, foi determinante a diversidade de pessoas titulares de direitos que eram atingidos pela aplicação da solução normativa ao caso nela não previsto, como o Tribunal teve ocasião de elencar (*“Im Falle einer gegen den Willen des vermeintlich leiblichen Vaters durchgeführten Abstammungsklärung sind mehrere Grundrechtsträger in unterschiedlichem Maße betroffen”*). Essa diversidade impedia que se entendesse que a falta de aplicação da norma prevista para outra situação no §1598a do BGB consubstanciava uma inconstitucionalidade. O Tribunal não nega que se possa adotar uma solução semelhante para o caso não regulado, mas entende que caberá ao legislador fazer a apreciação dos interesses envolvidos e decidir (ou não) introduzir uma alteração no direito positivo (*“Bei der Ausgestaltung privater Rechtsbeziehungen kommen dem Gesetzgeber jedoch grundsätzlich weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielräume zu.”*) A decisão pode ser consultada no endereço [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160419\\_1bvr330913.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160419_1bvr330913.html).



Podemos socorrer-nos das expressões síntese que denominam aquelas relações, respetivamente, como relações horizontais e relações verticais<sup>696</sup>.

De qualquer modo, também, no âmbito das últimas, se operam transformações ao reconhecer-se um espaço crescente para o exercício da autonomia dos sujeitos que as encabeçam. Assim, no âmbito das relações familiares com crianças e jovens, reconhecem-se oportunidades múltiplas para a autodeterminação individual, seja através da atribuição do direito de audição ou participação no processo de tomada de uma decisão por uma autoridade pública<sup>697</sup>, ou mesmo através do reconhecimento, em áreas mais numerosas, do direito de atuação juridicamente vinculante por ato pessoal e autónomo antes do nível etário em que se atinge a maioridade<sup>698</sup>. A esse propósito, deram-se passos importantes nas reformas produzidas, em setembro de 2015, no direito das crianças e dos jovens, reconhecendo-se-lhe importantes faculdades de atuação e autodeterminação<sup>699</sup>.

IX. Do mesmo passo, e como consequência da emergência do novo modelo subjetivo, no âmbito familiar, constata-se a multiplicação de direitos de informação como marca do direito da família atual, também denominado

---

<sup>696</sup> Estas expressões são usadas por ENCARNA ROCA I TRIAS, *in* Libertad y Familia, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 25. Com uma bipartição idêntica, DIOGO LEITE CAMPOS refere-se a “duas zonas” no direito da família, destacando aquela “em que aparecem demasiadamente visíveis as diferenças de poder entre os sujeitos” e que o Autor exemplifica com o direito da filiação e com o direito dos menores. *In* As relações de Associação, cit., pp. 42 e ss.

<sup>697</sup> A título exemplificativo, veja-se, no âmbito do processo de adoção, a previsão do princípio da participação (art. 3.º al., d)) e a exigência de audição da criança a adotar, mesmo que ela tenha menos de 12 anos (art.º 54.º, n.º 1, c) ambos do Regime Jurídico do Processo de Adoção aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro). O princípio da “audição obrigatória e participação está também consagrado no art.º 4.º al. j) e no art. 84.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens e Perigo, reformada e republicada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro. Em qualquer caso, deve aplicar-se o regime previsto nos art.º 4.º n.º 1, al. c) e art. 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

<sup>698</sup> Trata-se de um “modelo gradualista” que substituiu o anterior modelo de “incapacidade genérica” das crianças. *Vide* CLARA SOTTOMAYOR, O direito das Crianças – um novo ramo de direito, *in* Temas de Direito da Família, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 58 e ss.

<sup>699</sup> O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, prevê no art. 18.º, a obrigatoriedade de nomeação de advogado à criança, quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, sejam conflituantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao tribunal. No art. 17.º, n.º 1 do mesmo diploma é reconhecida iniciativa processual, no âmbito dos processos tutelares cíveis, à criança com idade superior a 12 anos, a par dos seus ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança.

pós-moderno<sup>700</sup>. Veja-se, no recentemente modificado Regime Jurídico do Processo de Adoção (Lei 143/2015, de 8 de setembro), a previsão, no seu art.º 6.º, do direito de acesso ao conhecimento de informação sobre as origens biológicas por parte do adotado com idade igual ou superior a 16 anos, que, enquanto não for maior carecerá, para o efeito, do consentimento dos pais adotivos ou dos representantes legais<sup>701</sup>. Estes deveres de informação têm vindo também a ser desentranhados do teor deveral do casamento. Para a sua fundamentação, entre nós, podem ser chamados, entre outros argumentos, a vinculação dos cônjuges aos deveres de respeito e cooperação. Noutros ordenamentos a busca de um fundamento para a sua afirmação, está na origem da discussão da introdução de alterações do direito constituído para nele se incluir a previsão normativa de específicos deveres de informação<sup>702</sup>.

X. Por outro lado, como consequência da perspetivação personalista da família, autonomizam-se novos direitos de natureza especificamente familiar, como seja a afirmação do direito de convivência com a criança por parte de um universo de pessoas que, por força da intervenção judicial, vai ultrapassando o âmbito recortado no art.º 1887.º-A do C.C. que se refere apenas aos avós e aos irmãos, estando, no entanto, o seu reconhecimento condicionado à satisfação do interesse da criança<sup>703</sup>.

---

<sup>700</sup> ERYC JAIME, *in* Pós-modernismo e direito da família, *in* Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVIII, 2002, pp. 209 e ss.

<sup>701</sup> Veja-se o regime previsto no art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 do Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, que disciplina o exercício do direito ao acesso ao conhecimento das origens. Por força do mesmo diploma, a consagração expressa de tal direito foi vertida no art. 1990.º-A do C.C..

<sup>702</sup> É o caso da proposta de diploma (*“Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes”*), conhecida como a lei dos filhos do cuco: *“Kuckuckskindern”*) que está, presentemente, a ser discutida na Alemanha. Pretende alterar-se o Código Civil Alemão, no sentido de nele incluir previsão do dever informação (*“Auskunftspflicht”*) por parte da mulher em relação ao “pai aparente” (*“Scheinvater”*) e definir a proteção que lhe é devida.

<sup>703</sup> Apesar de, na jurisprudência portuguesa, existirem diferentes perspetivas sobre o exato alcance do direito de convivência previsto no art. 1887.º-A do C.C., existem já decisões que acolhem um entendimento que alarga, para além dos limites traçados na letra do preceito, o círculo de pessoas a quem é reconhecido o referido direito, em homenagem à proximidade existencial, incluindo mesmo pessoas não ligadas, formalmente, à criança por um vínculo familiar. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 7 de janeiro de 2013 (acessível no endereço [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Trata-se de um entendimento que se apresenta em harmonia com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que respeita ao direito ao respeito pela vida familiar previsto no art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

XI. As transformações acabadas de enunciar constituem corolários de um fenómeno que já foi denominado como “privatização” do direito da Família<sup>704</sup>, ou como “contratualização” da família – esta última expressão inspira-se na famosa síntese de HENRY JAMES SUMNER MAINE. A utilização das fórmulas referidas procura pôr em destaque a aproximação da regulação jurídica familiar ao regime comum do direito privado, em que a figura negocial, como manifestação privilegiada da autonomia privada a par do direito subjetivo, constitui um elemento conceptual de referência.

XII. Como consequência da revolução no modelo subjetivo vigente na família, opera-se a correção do défice de individualização das posições jurídico-familiares de que falávamos na secção anterior, e que inibia o funcionamento de dois importantes institutos do direito civil no quadro familiar.

#### **IV. AS REPERCUSSÕES DA IRRUPÇÃO DA INDIVIDUALIDADE E DA ALTERIDADE NO ÂMBITO FAMILIAR**

I. Com a substituição do paradigma institucional pelo paradigma personalista de família dá-se a emergência, no âmbito familiar, das ideias de individualidade e alteridade, em lugar das ideias de comunidade e unidade que anteriormente pontificavam. E a essa substituição associam-se repercussões muito importantes no plano jurídico.

Na verdade, se a família deixa de ser entendida como um organismo em que a individualidade das partes (dos seus membros) é dissolvida em prol da promoção do fim unitário<sup>705</sup> e se o desnível que, tradicionalmente, caracterizava as relações familiares é banido com a proclamação do princípio da igualdade também no domínio familiar, os sujeitos da família surgem no seu âmbito como centros autónomos de autodeterminação individualista. Consequentemente, por um lado, podem os mesmos procurar a harmonização das suas posições, através da configuração consensualizada de (alguns) efeitos

---

<sup>704</sup> Esta expressão de síntese da evolução de direito da família é usada com muita frequência. Veja-se, a título ilustrativo, a utilização dessa expressão por FERNANDO SANTOSUOSSO, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nella relazione familiari*, Torino, Utet Giuridica, 2011, p. 10.

<sup>705</sup> Sublinhe-se que “o bem da família” (art. 1671.º, n.º 2 do C.C.) e a “unidade da vida familiar” (art. 1673.º, n.º 1 do C.C.) continuam a relevar, nomeadamente quanto ao teor dos acordos sobre a direção da vida familiar e de escolha da casa de morada de família. Trata-se, como referimos, de uma oscilação entre dois polos (o individualista e o comunitário), não havendo uma eliminação de nenhum deles.

jurídicos da relação de que são titulares, através da aproximação dos interesses individuais como acontece na atividade negocial em geral<sup>706</sup>. Por outro lado, à violação das posições jurídicas familiares que se apresente, juridicamente, como um ato ilícito, pode associar-se a aplicação de reações jurídicas que o ordenamento predispõe para os comportamentos desvaliosos em ordem ao ressarcimento das consequências danosas verificadas.

II. Criam-se, então, as condições propícias ao florescimento de dois fenómenos, no seio da família: o da promoção da autonomia privada nas relações familiares e o da afirmação crescente do funcionamento da responsabilidade civil no contexto familiar. A cada um deles dedicaremos brevíssimas palavras nas duas próximas alíneas<sup>707</sup>.

### 1. A PROMOÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

I. A nova ordem jusfamiliar impregnada pelas diretrizes constitucionais referidas na secção anterior consente e promove o exercício da autonomia privada no seio das relações familiares pelos respetivos sujeitos, em detrimento da imposição heterónoma de soluções cunhadas externamente. A este propósito, ganha relevo, por um lado, o exercício de direitos subjetivos no âmbito familiar, de que já falámos na secção anterior, mas também a autoconformação convencional dos efeitos jurídicos das relações familiares, nomeadamente a conformação consensual de tais efeitos através da formação de acordos sobre essas matérias. Os sujeitos, num plano de igualdade<sup>708</sup>, exercem, também aqui, a liberdade que lhes é reconhecida, recorrendo à atividade negocial.

---

<sup>706</sup> Não significa, como referiremos *infra*, que se aplique, no âmbito familiar, o regime jurídico previsto para a atividade negocial em geral.

<sup>707</sup> Para observações mais desenvolvidas sobre este fenómeno e com abundantes referências bibliográficas, *vide* o nosso *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento cit.*

<sup>708</sup> A igualdade entre os cônjuges existirá pelo menos, no plano formal, atenta a sua proclamação no art. 36.º, n.º 3 da C.R.P. e no art. 1671.º, do C.C.. Sabemos, no entanto, que subsistem importantes diferenças que podem atraiçoar a concretização da igualdade substancial entre os cônjuges. Trata-se de um fenómeno que não é exclusivo desta área da vida, ocorrendo com frequência no âmbito do direito do consumo e do direito laboral, para o que o legislador predispôs mecanismos protecionistas. Tal realidade, no domínio matrimonial, não pode ser negligenciada quando se busque o tratamento jurídico a dispensar à atividade negocial que nela se desenvolva.

II. O fenômeno é particularmente visível e intenso no âmbito matrimonial – onde os seus pressupostos (a igualdade e a liberdade) se manifestam mais fortemente<sup>709</sup>.

A celebração de acordos juridicamente relevantes sobre efeitos matrimoniais já não se circunscreve à fase pré-nupcial, mesmo num ordenamento, como o nosso, em que ainda persiste a vigência do princípio da imutabilidade das Convenções Antenupciais (art. 1714.º do C.C.). Para além dessas espécies negociais, em que, tradicionalmente, se continham cláusulas relacionadas com o regime de bens, o acordo aparece como modelo organizativo da vida familiar durante a vigência do casamento (art. 1671.º, n.º 2 do C.C.). As novas regras da administração (art. 1678.º do C.C.) postulam, também, a formação de consensos para o que cada um dos cônjuges concorre em plano de igualdade. Também no âmbito da dissolução da relação matrimonial, o acordo ganha relevância, seja para efeito do decretamento da extinção da relação (pensamos no divórcio por mútuo consentimento), seja para efeito de conformação dos efeitos associados à liquidação das relações patrimoniais (consideramos os acordos relativos à obrigação de alimentos ou à utilização da casa de morada de família no período pós-conjugal, a que se refere o legislador nos art. 1775.º, n.º 1 al. c) e d) do C.C., mas também os acordos de partilha de bens ou os acordos sobre a prestação compensatória do art. 1676.º do mesmo diploma). A “negociabilidade” atinge, longitudinalmente toda a relação matrimonial e o casamento passa a ser uma entidade sujeita a um “*regime consensuale permanente*”<sup>710</sup>, durante a sua vida e também no seu ocaso<sup>711</sup>.

É, aliás, por referência à eventualidade de extinção da relação matrimonial que as manifestações de autonomia privada mais têm crescido em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Com a derrocada dos obstáculos tradicionais, nomeadamente ancorados numa ideia de férrea indisponibilidade

---

<sup>709</sup> Estamos no âmbito daquilo que, como referimos, já se chamou “direito de família horizontal” para destacar o nivelamento das posições jurídicas dos sujeitos.

<sup>710</sup> A expressão é de ANGELO FALZEA, para transmitir a ideia de que o “*accordo dei coniugi condiziona sia la costituzione sia la conservazione del rapporto consortile*”. In *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Volume II: *Dogmatica giuridica*, reimpressão da 3.ª edição, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 866. Num sentido próximo, JOACHIM GERNHUBER apelidou o *novo* casamento de “*geordnete Ehe*”. *Die geordnete Ehe*, in *FamRZ Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1979, 26 Jahrgang, Heft 3, pp. 193 e ss, em especial, pp. 196 e 197.

<sup>711</sup> Como sói referir-se, às manifestações da autonomia negocial no período fisiológico da relação matrimonial, juntaram-se, mais recentemente, as expressões da autonomia na fase patológica da mesma relação.

do vínculo matrimonial que o regime do divórcio deixou de refletir, deteta-se uma aceitação transversal da possibilidade de regulação negocial, muitas vezes antecipada, das consequências da dissolução do casamento, especialmente por divórcio, em consonância com a ideia de *clean-break* que se procura promover. E este novo entendimento não pressupôs uma reforma legislativa que se dirigisse, precipuamente à regulação de tal atividade negocial, antes derivando da nova conceção do divórcio que importou uma nova conceção do casamento<sup>712</sup>. Nessa releitura dos dados normativos, à luz do novo modelo de casamento, a jurisprudência tem desempenhado um papel motriz<sup>713</sup>.

Abandonando-se a hostilidade de princípio contra expressão da liberdade (negocial) dos nubentes e dos cônjuges em relação à sua relação matrimonial, a problemática em discussão deixou de ser a da afirmação da autonomia privada dos cônjuges no que respeita à conformação da sua relação matrimonial, para passar a ser a da definição dos limites à mesma<sup>714</sup>.

Mesmo que, em Portugal, a questão não se tenha ainda colocado com o vigor que ela já assumiu no estrangeiro, os dados do ordenamento jurídico português consentem uma evolução idêntica à detetada noutros ordenamentos jurídicos. Nem sequer a manutenção da vigência do princípio da imutabilidade explica a persistência de uma visão tão radicalmente ostracizante da atividade negocial dos nubentes e dos cônjuges quanto aos efeitos patrimoniais da sua relação. A nova ordem jusmatrimonial demanda, aliás, um entendimento que, não negligenciando as especificidades do contexto familiar em que esses acordos surgem, seja mais consentâneo com os novos eixos axiológico-

---

<sup>712</sup> Na verdade, a mudança no plano legislativo não incidiu diretamente sobre o regime jurídico da atividade negocial dos cônjuges. Antes se deu por alteração dos eixos axiológico-normativos (igualdade e liberdade) sobre que ordem matrimonial passou a estruturar-se e por mutação quanto à disciplina de outras matérias – em particular, quanto ao divórcio e quanto à centralidade do acordo na organização familiar –, o que redundou numa alteração da conceção de casamento. Sobre esta transformação, *vide* Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento, cit., pp. 145 e ss.

<sup>713</sup> Nos ordenamentos alemão, espanhol, italiano e inglês, foram emanadas importantes decisões judiciais que consubstanciaram marcos tradutores e promotores da viragem de perspectiva legitimada por alterações constitucionais e legais (a montante a jusante) produzidas na disciplina jurídica da realidade familiar. Veja-se a referência bibliográfica presente na nota anterior.

<sup>714</sup> No decurso da elaboração de uma obra em que se coligiram relatórios de vários países sob o mote “*The future of family Property in Europe*”, emergiu, ao longo dos trabalhos, segundo os organizadores JO MILES e JENS SCHERPE, como problemática central e transversal à reflexão, a de saber “*how much autonomy the parties should have to regulate their own affairs*”. “*The future of family property in Europe*”, Edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles and Jens M. Scherpe, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, p. 429.

normativos (igualdade e liberdade) sobre que a ordem matrimonial se encontra, hoje<sup>715</sup>, edificada e uma intervenção cerceadora da autonomia privada que respeite mais adequadamente o princípio da proporcionalidade.

III. Apesar de se manifestar, mais intensamente no domínio matrimonial, a promoção da autonomia – no sentido de ser atribuído relevo aos atos de autodeterminação em que se encontra plasmada a vontade de um sujeito a que são reconhecidos, até certo ponto pelo menos, efeitos jurídicos consentâneos com a vontade manifestada – encontra, também, eco noutras áreas do domínio familiar<sup>716</sup>.

No âmbito da filiação, a manifestação mais ostensiva da relevância da autonomia privada, através da conformação convencional, encontra-se ao nível da regulação do exercício das responsabilidades parentais<sup>717</sup>. Quando os progenitores se encontram casados ou vivem em união de facto (por força da remissão constante do n.º 1 do art.º 1911.º do C.C., introduzida pela Lei 61/2008, de 31 de outubro), o exercício das “responsabilidades parentais” pertence a ambos os progenitores, importando a formação de acordos (art.º 1905.º do C.C.). Também no contexto de crise das relações entre os progenitores casados ou unidos de facto (art. 1911.º, n.º 2 do C.C.), o regime

---

<sup>715</sup> Para agregarmos todas as manifestações convencionais de autonomia privada, no âmbito da relação matrimonial, cunhámos a figura das convenções matrimoniais a que procurámos conhecer os limites de extensão e de homogeneidade. As convenções matrimoniais *aparecem*, então, como expressão específica da autonomia privada daqueles sujeitos na configuração da sua relação matrimonial. A este propósito, para maiores desenvolvimentos, *vide* o nosso *Convenções matrimoniais: A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento cit.*

<sup>716</sup> Paralelamente, no âmbito do direito sucessório, intensificam-se as vozes que demandam a promoção da autonomia privada na conformação do fenómeno sucessório, nomeadamente clamando por uma reforma da sucessão legitimária. Trata-se de um movimento que se manifesta transversalmente, como se pode ver na obra “The law of succession: testamentary freedom. European perspectives”, editada por M. Anderson and E. Amayuelas, *European studies in private law* (5), Groningen, European Law Publishing, 2011. Refletindo, entre nós, sobre esta problemática, *vide* CRISTINA ARAÚJO DIAS, A proteção sucessória da família – notas críticas em torno da sucessão legitimária, *in* “Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões”, coordenação de Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Almedina, 2016, pp. 449 e ss.

<sup>717</sup> Não esqueçamos, no entanto, que há, neste âmbito uma forte funcionalização à satisfação do superior interesse da criança que justifica um intenso controlo heterónimo, pelo julgador (art. 1778.º-A e art. 1905.º do C.C.) ou pelo Ministério Público (art. 1776.º-A do C.C.). Não deixa, no entanto, de ser um espaço em que se promove o acordo dos familiares.

regra é, hoje, nos termos do art. 1905.º do C.C., o do exercício conjunto daquelas responsabilidades.

Também no plano da própria constituição da relação de filiação<sup>718</sup>, conquistam importância as declarações de vontade daqueles que se converterão juridicamente em pais. Tal acontece, desde logo, na filiação assente na procriação natural, em que a vontade do progenitor relevará, nomeadamente quando o estabelecimento da paternidade se dê por reconhecimento *voluntário* através do ato de perfilhação<sup>719</sup>.

O relevo jurídico reconhecido a expressões de vontade relativas à constituição da filiação sobe de tom se considerarmos a filiação decorrente do recurso a técnicas de procriação medicamente assistida. Nestes casos, o vínculo familiar assenta numa realidade volitiva, havendo mesmo, no que concerne às situações de procriação totalmente heteróloga<sup>720</sup> – em que há doação dos dois gâmetas por terceiros – um desprendimento do princípio do biologismo<sup>721</sup> que vinha, em especial desde 1977, iluminando o regime da

---

<sup>718</sup> Para uma visão de direito comparado do crescimento da importância da autonomia privada na constituição dos vínculos jurídicos de filiação (incluindo a filiação adotiva que, só num sentido amplo integra aquele conceito), *vide* CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, *Contracting on Parentage, in Family Law and Culture in Europe. Developments, challenges and opportunities*, Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff e Werner Gephart (eds), Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, pp. 151e ss.

<sup>719</sup> A perfilhação consubstancia um ato jurídico unilateral, cuja natureza como declaração de ciência ou declaração de vontade é discutida. *Vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, que se pronunciam no sentido de que constituirá uma mera declaração de ciência, à semelhança da declaração de maternidade – “tanto a maternidade como a paternidade são factos biológicos a que o direito pretende dar relevância jurídica”. *In* Curso de Direito da Família, Vol. II. Direito da Filiação, Tomo I. Estabelecimento da Filiação. Adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 149 e ss, em especial p. 151. Repare-se que a falta de possibilidade de conformação dos efeitos jurídicos produzidos pela perfilhação (art.º 1852.º) conduz a que se negue a recondução da perfilhação à figura negocial

<sup>720</sup> Como sabemos, nesse caso, os doadores nunca são havidos como pais da criança que venha a nascer (*ex vi* do n.º 2 do art.º 10.º e art.º 21 da Lei 32/2006, de 26 de julho, que se mantiveram incólumes às alterações introduzidas pela Lei 17/2016, de 20 de junho e pela Lei 25/2016, de 22 de agosto), sendo a parentalidade definida nos termos do art.º 20.º daquele diploma, na redação que lhe foi dada pela Lei 17/2016, de junho, em relação aos beneficiários que consentiram nos termos do art. 14.º..

<sup>721</sup> O afastamento do biologismo foi acentuado pelas alterações introduzidas, na Lei da procriação medicamente assistida, através da Lei 17/2016, de 20 de junho, à luz das quais, nos termos do novo art. 6.º, n.º 1, o recurso a técnicas de PMA foi permitido a casais de mulheres (casadas ou vivendo em união de facto) e a mulheres singulares, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Em qualquer caso, esta forma de procriação não replica



filiação. Consequentemente, a filiação jurídica traduz, aqui, não uma verdade biológica, mas uma verdade volitiva vertida no(s) consentimento(s)<sup>722</sup> dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida<sup>723</sup>.

A acentuação da relevância reconhecida à vontade dos particulares é, aliás, uma das tendências mais marcadas da evolução do direito da filiação, na medida em que também aí se opera a substituição do paradigma anterior por um modelo de definição da parentalidade com base no “critério do amor sob a forma de vontade de cuidar e da assunção voluntária da responsabilidade pelo cuidado”<sup>724</sup>. A substituição dá-se, aliás, não só no plano do regime da constituição do estatuto de pai e de filho. Na verdade, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 137/2015, de 7 de setembro, nos arts. 1903.º e 1904.º do C.C., fomenta-se uma intervenção jurídica que, deixando intocada a filiação estabelecida, opera, no plano do exercício das responsabilidades parentais, o reconhecimento de realidades fácticas tradutoras da assunção voluntária do cuidado de quem não é seu filho biológico. Trata-se de um movimento de superação, também no domínio da filiação, da centralidade do “*status*” com atribuição de predomínio ao desempenho efetivo da função assumida<sup>725</sup>.

---

a natureza, na medida em que as crianças que venham a nascer não terão um progenitor do sexo masculino, sendo filhas de duas mães, no primeiro caso, ou de uma mãe, no segundo (já que o art. 20.º, n.º 3 prevê a situação de parentalidade singular, com afastamento de averiguação oficiosa da parentalidade omissa).

<sup>722</sup> PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA apelidam-na de “filiação assente no consentimento, no contexto da reprodução assistida”. Curso de Direito da Família, Vol. I *cit.*, pp. 111 e ss. É uma ‘*intentional parentage*’, na expressiva fórmula usada por INGEBORG SCHWENZER, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, p. 11. JEAN HAUSER emprega a designação de “*enfant conventionnel*” a propósito da entrada em vigor, em França, das Leis de 29 de julho de 1994, que introduziram no art.º 311-19 do CCF, uma norma equivalente às normas dos art.º 10, n.º 2 e art.º 21.º da nossa Lei 32/2006, de 26 de julho. *In Un nouveau-né: l’enfant conventionnel ?*, in Recueil Dalloz Sirey, 1996, 21º Cahier, pp. 182 a 184.

<sup>723</sup> A norma do art. 4.º, n.º 3 Lei da procriação medicamente assistida, alterada pela Lei 17/2016, de 20 de junho, ao permitir o recurso às técnicas de procriação artificial sem necessidade de um diagnóstico de infertilidade importará uma derrogação ao princípio da subsidiariedade que, até então, vigorava de modo absoluto, no que irá contida mais uma concessão à filiação assente na vontade (de ser mãe).

<sup>724</sup> Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, Critérios Jurídicos de parentalidade, in Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 278. Os sublinhados foram acrescentados por nós.

<sup>725</sup> Para uma reflexão profunda das transformações operadas no direito da filiação, dando conta da substituição, em 1977, do paradigma da filiação legítima pelo da filiação assente num

Idêntica verdade de vontade se encontra, desde sempre<sup>726</sup>, na base da constituição da relação adotiva. Apesar da exigência do ato judicial que, nos termos do art. 1973.º do C.C., se apresenta como ato constitutivo do vínculo familiar, o ato de adoção tem também uma componente privatística em que pontifica(m) as declaração(ões) de vontade do(s) adotante(s), eventualmente associada(s) ao(s) consentimento(s), requerido(s) pelo art.º 1981.º do C.C., de outra(s) pessoa(s)<sup>727</sup>.

IV. Apesar da dilatação da área em que se dá o reconhecimento do exercício da autonomia privada no âmbito familiar e, nessa medida, da conseqüente aproximação ao regime geral do direito civil, não há – nem pode haver – uma assimilação integral entre o exercício da autonomia privada, nomeadamente através da atividade negocial, nos dois domínios.

A natureza da matéria (auto)conformada (atendendo à conexão do seu objeto com as relações familiares) por um lado, a condição particular dos sujeitos e o contexto em que se dá o exercício da autonomia privada, nomeadamente a celebração de acordos (em virtude da proximidade existencial das partes e das dependências recíprocas que, por causa dela, se podem gerar<sup>728</sup>) por outro lado, e a influência do decurso do tempo sobre os compromissos assumidos (atenta a natureza duradoura que é apanágio das relações familiares) por fim, justificam, no seu conjunto, a necessidade de uma

---

critério biológico, e, mais recentemente, a substituição desse paradigma pelo que é referido em texto, GUILHERME DE OLIVEIRA, Critérios Jurídicos de parentalidade *cit.*, pp. 271 a 306.

<sup>726</sup> Aqui, o movimento foi, precisamente, o oposto do que se manifestou nas outras áreas do direito da família. Na verdade de uma relação adotiva, eminentemente privatística e ao serviço dos interesses do adotante no direito romano, evoluímos para uma relação adotiva que, iluminada pelo superior interesse da criança (art. 1974.º, 1), pressupõe uma forte intervenção pública. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, Vol. II, *cit.*, pp. 262 e ss.

<sup>727</sup> Por conseqüência, afirma-se a natureza complexa do ato referido, resultando a relação adotiva da integração das duas componentes, sendo ambas necessárias, mas nenhuma delas suficiente para produzir o efeito constitutivo. Reflete-se, aqui, a satisfação do interesse geral e dos interesses dos particulares (cujo consentimento é exigido) que a adoção deve, simultaneamente, servir. Sobre a natureza da adoção, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, Curso de Direito da Família, Vol. II, *cit.*, pp. 311 a 313.

<sup>728</sup> É que, como já referimos, mesmo nos domínios em que há proclamação da igualdade formal, persistem desequilíbrios que podem prejudicar o exercício da autonomia refletida nos atos convencionais. Por outro lado, a atuação de entajuda característica das relações familiares é promotora da emergência ou acentuação de dependências recíprocas que não podem ser negligenciadas.

intervenção especial que acomode o regime jurídico às particularidades que o exercício da autonomia privada apresenta no contexto familiar.

Ademais, não se vislumbra possível um tratamento uniforme aplicável em todos domínios do direito da família, havendo que destacar, desde logo, as áreas em que há uma relação entre dois sujeitos maiores e iguais, em que, por isso, a autonomia poderá manifestar-se mais amplamente (como no direito matrimonial ou no direito dos conviventes em união de facto), daquelas em que as relações familiares continuam a desenvolver-se à luz de uma intervenção protecionista e em que, por isso, pontificam as posições jurídicas funcionalizadas a interesses que se impõem ao respetivo titular e que lhe podem ser alheios (como acontece no direito da filiação, nas posições jurídicas dos pais).

## 2. A AFIRMAÇÃO CRESCENTE DO FUNCIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO FAMILIAR

I. A transformação da ordem jusmatrimonial operada na segunda metade do século XX, encontra-se, também, na raiz da afirmação crescente do funcionamento da responsabilidade civil no contexto familiar. A mudança da perspetivação da família que *supra* deixámos descrita veio provocar a derrocada de um importante obstáculo ao funcionamento da responsabilidade civil e que radicava na visão institucional da família como uma unidade em que a individualidade dos respetivos membros era dissolvida. A entidade unitária assim constituída produzia, primeiro *de jure*<sup>729</sup> e depois *de facto*<sup>730</sup>, o efeito da imunidade dos sujeitos dentro do grupo familiar de que eram membros.

Como sabemos, a responsabilidade civil pressupõe uma alienidade do dano em relação ao responsável, demandando uma perspetiva autonomizada do lesante e do lesado, o que no passado, à luz do modelo de família pretérito, era dificultado pela integração daqueles sujeitos no mesmo agrupamento familiar. Se, em termos jurídicos, não havia uma unidade em sentido próprio

---

<sup>729</sup> A inibição do funcionamento da responsabilidade civil, no âmbito familiar, constitui um dos corolários da teoria da unidade matrimonial (“*The matrimonial alliance made the parties to it an unit in law*”) e uma manifestação da “*coverture*” da “*common law*”. Sobre a “*interspousal tort immunity*”, vide MARSHAL DAVIS EWELL, in *A Manual of the Law of the domestic relations*, Detroit, The Collector Publishing, 1896, pp. 40 e ss.

<sup>730</sup> Mesmo depois da revolução igualitária do último terço do século XX, sabemos que subsistem obstáculos (económicos, sociais) ao recurso à responsabilidade civil no âmbito familiar.

– i.e., os membros de uma família (nem mesmo os cônjuges) não constituíam uma só pessoa jurídica – pensemos nas profundas *capiti diminutiones* que, até muito recentemente, se afirmavam em relação ao cônjuge mulher (entretanto desaparecidas) e se continuam a afirmar quanto às crianças e jovens (entretanto atenuadas), com importantes reflexos jurídicos na sua capacidade jurídica (seja na capacidade de gozo, seja na capacidade de exercício, seja também na capacidade judiciária), limitando-a.

II. A aceitação do funcionamento da responsabilidade civil será, pois, um desenvolvimento *inevitável* da substituição de um modelo familiar orgânico e hierárquico por um modelo familiar dito democrático assente em graus superiores de autonomia dos seus membros. Através da aplicação daquele instituto na área familiar reforça-se a garantia dos direitos também nesse âmbito, onde, tradicionalmente, se verificava a muito propalada fragilidade dos mesmos<sup>731</sup>.

III. A maior visibilidade e o crescente interesse da doutrina pelo funcionamento da responsabilidade civil no âmbito familiar, ocorre ao mesmo tempo que se assiste, sobretudo no estrangeiro, a um acréscimo dos casos que são levados a júízo sobre a matéria.

Entre nós, a discussão surgiu a propósito do regime introduzido pela Lei 61/2008, de 31 de outubro (a denominada Lei do divórcio) que alterou a redação do art.º 1792.º do C.C. e, portanto, a propósito da responsabilidade civil surgida no âmbito da relação matrimonial. Trata-se, no entanto, de uma manifestação singular de uma problemática mais vasta, abrangendo, entre outras, também as relações da filiação.

IV. Por um lado, a possibilidade de afirmação da responsabilidade quando são afetadas posições delitualmente protegidas – i.e., quando estão em causa situações que se ocorressem entre terceiros conduziriam à responsabilidade do agressor (por exemplo uma agressão física) – não é prejudicada pelo facto de lesante e lesado se integrarem na mesma família e,

---

<sup>731</sup> Vide HEINRICH EWALD HOERSTER, relativamente ao regime anterior ao da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, A respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A doutrina da "fragilidade da garantia" será válida)?, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, T. XLIV, 1995, n.º 253/255, pp. 113 e ss. Posteriormente àquela lei, o mesmo Autor conclui que “o princípio da fragilidade da garantia caiu”. In *A responsabilidade civil entre os cônjuges, in E foram felizes para sempre ...?* Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 109 e 110.

portanto, se encontrarem ligados por um vínculo familiar que pode, no entanto, ter repercussões na densificação dos pressupostos da responsabilidade civil<sup>732</sup>.

Também se aceita, de forma crescente, a responsabilidade por incumprimento dos deveres particulares que vinculam especificamente, entre si, certos membros da família (por exemplo, quando há incumprimento dos deveres conjugais<sup>733</sup>) em que pode mesmo ser equacionado o funcionamento da responsabilidade obrigacional. Não é, no entanto, pacífico este entendimento, havendo muitas vozes na doutrina portuguesa, que remetem o ressarcimento para o âmbito delitual ou aquiliano<sup>734</sup>, destacando para o efeito a violação de direitos absolutos (direitos de personalidade, fazendo, nomeadamente, apelo ao direito geral de personalidade) que, por trás do incumprimento dos deveres conjugais, se esconderá<sup>735</sup>.

V. Muitas outras situações, em que, no âmbito familiar, há a afetação de direitos fundamentais com projeções pessoais, poderiam ainda ser enunciadas. Entre nós, ainda não existe rasto de querelas que têm surgido

---

<sup>732</sup> Nomeadamente, na afirmação dos juízos de desvalor objetivo e subjetivo da ação. A consideração do vínculo familiar e a violação simultânea do dever de respeito impendente entre familiares poderá levar, *in casu*, a uma acentuação ou a uma atenuação da censurabilidade da conduta.

<sup>733</sup> Fazendo a aplicação da responsabilidade civil à violação culposa dos deveres conjugais, considere-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de maio de 2016 (acessível no endereço [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>734</sup> Nesse sentido, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *in* Curso de Direito da Família, Vol. I, cit., p. 788.

<sup>735</sup> Ora, o recurso à tutela delitual permitirá fundar a oponibilidade a terceiros de certas posições jurídicas familiares, já que possibilitará a afirmação de responsabilidade civil para fundar pretensões reparatórias quando um ato de terceiro as afete aí se concretizando (também assim) a sua ilicitude e a consequente identificação do dano reparável. A situação entre nós, tem sido discutida em particular nos casos em que um ato ilícito de terceiro provoca uma lesão a um sujeito (lesado direto) de que decorre, por sua vez, a afetação de um familiar, por força de deveres familiares que os vinculem. Estes lesados – reflexa ou diretamente, conforme o entendimento – poderão também demandar o responsável pelo ato lesivo para obter o ressarcimento dos danos que lhes tiverem sido causados. Pensamos, por exemplo, na situação mais comumente apresentada para apreciação dos nossos Tribunais que é a de um cônjuge ser vítima de um ato de terceiro que lhe causa graves lesões físicas que prejudicam a convivência marital, nomeadamente o cumprimento do denominado débito conjugal. Trata-se de uma constelação fáctica que se encontra subjacente ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência 6/2014 de 9 de janeiro de 2014. Sobre esta problemática e para referências bibliográficas sobre o assunto, *vide* o nosso Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos – uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade, *in* Obra comemorativo dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (no prelo).

abundantemente, no estrangeiro, a propósito do estabelecimento da filiação: a dos filhos que demandam pais que não reconheceram o vínculo da paternidade, apesar de conhecerem informações suficientes para se convencerem da sua paternidade, a dos filhos que demandam as mães por terem escondido a verdade biológica sobre uma paternidade que permaneceu omissa ou que foi, indevidamente, estabelecida em relação a quem não é o pai biológico; ou ainda a dos pais que peticionam às mulheres o ressarcimento de danos sofridos por terem confiado na verdade biológica da sua paternidade que se encontra juridicamente estabelecida e que as mulheres poderiam e deveriam ter esclarecido<sup>736</sup>.

VII. Estaremos nos casos descritos – em todos os casos descritos – perante bens/interesses merecedoras de tutela jurídica, nomeadamente ressarcitória? Deverá o instituto da responsabilidade civil funcionar sem quaisquer adaptações no âmbito familiar? Serão as posições jurídico-familiares reconduzíveis ao “direito de outrém” a que se refere o art. 483.º, n.º 1 do C.C.? Sendo as relações familiares relações que criam vínculos entre pessoas determinadas podem ser assimiladas às relações obrigacionais? Poderá, por consequência, aplicar-se a presunção de culpa do art. 799.º do C.C. ao incumprimento dos deveres que delas emergem?

VIII. Muitas perguntas que para serem respondidas e que resultam da tão recente emergência da visão personalista da família e da afirmação subjetiva que daí resulta. Impõe-se pois, num outro momento, uma reflexão profunda de todas estas questões que uma “cultura” de direitos surgidos no contexto familiar gera.

## V. OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

I. O direito da família apresenta-se como um dos continentes do mundo jurídico, cuja morfologia sofreu mais profundas alterações nas últimas décadas. A metamorfose foi provocada, em larga medida, pela mudança operada no plano constitucional, que ditou que, também no domínio familiar, as ideias de igualdade e liberdade pontificassem.

II. A nova perspetivação jurídica da família, para além de alterações legislativas e de uma releitura de previsões normativas especiais que se têm mantido, formalmente, inalteradas, vem convocando a aplicação à matéria familiar de institutos típicos de outros ramos do direito civil – por um lado a

---

<sup>736</sup> Realidade subjacente ao diploma em discussão na Alemanha e de que falámos *supra* na nota 699.

autonomia privada nas suas várias manifestações, nomeadamente as negociais, e por outro lado, a responsabilidade civil.

III. O grande desafio que se coloca ao jurista é o de, no novo quadro jurídico, garantir que, na promoção da autonomia e no funcionamento da responsabilidade, não se negligencia a especificidade que, apesar daquela mudança, continua a caracterizar a entidade familiar, nem se prejudica a particularidade que, por isso, devem ainda revestir as soluções que, para a sua regulação, se encontrem no plano jurídico.



**FCT**  
Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

**Universidade do Minho**

Escola de Direito  
DHCI

Direitos Humanos  
Centro de Investigação Interdisciplinar

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projeto «UID/DIR/04036/2016»