

DIREITO
NA
ACTIVIDADE
BANCÁRIA

**ÁREA DISCIPLINAR
DIREITO NA ACTIVIDADE BANCÁRIA**

PROFESSOR – COORDENADOR DA ÁREA DISCIPLINAR

Rui Pinto Duarte

TEXTO-BASE

Gameiro Lopes (Texto-base das Sessões 5 a 9 e 11 a 15)

Luis Oliveira (Texto-base das Sessões 16 a 21)

Rui Pinto Duarte (Texto-base das Sessões 1 a 4, 10 e 15, Plano e Coordenação do Manual)

TRANSPOSIÇÃO PEDAGÓGICA PARA O ENSINO A DISTÂNCIA

DEPARTAMENTO PEDAGÓGICO DO ISGB

José Carlos Rodrigues – Coordenador

Ana Terras

REVISÃO LINGUÍSTICA

Serafina Martins

CONCEPÇÃO E COMPOSIÇÃO GRÁFICA

IFB

IMPRESSÃO

IFB

ACABAMENTO

E. Santos – Artes Gráficas, Lda.

DEPÓSITO LEGAL

Nº 50 636/91

TIRAGEM

330 Exemplares

3ª Edição – SETEMBRO 1993

© APB

Reservados todos os direitos à Associação Portuguesa de Bancos – Instituto Superior de Gestão Bancária, de acordo com a legislação em vigor.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer forma ou qualquer processo, sem autorização prévia e escrita da APB — ISGB.

OBJECTIVO GLOBAL

Os objectivos do ensino do Direito fora dos cursos de Direito não são nem o de preparar os alunos para o exercício de funções jurídicas nem o de introduzir os alunos nas reflexões teóricas sobre o Direito, mas antes o de os sensibilizar para a descoberta dos problemas jurídicos e o de lhes facilitar a compreensão do pensamento dos juristas e, conseqüentemente, o diálogo com eles.

Para além da referência a temas de índole geral cujo conhecimento está implicado em qualquer problema jurídico, procurar-se-á nesta disciplina apresentar as linhas mais importantes das regras jurídicas que enquadram ou condicionam a actividade bancária.

Tentar-se-á não reproduzir, sem mais, o discurso dos juristas (ou uma modalidade dele), mas antes apresentar esse discurso descodificado, isto é, sob pontos de vista e segundo uma linguagem acessíveis a leigos em Direito. Mais do que um discurso jurídico, tentar-se-á fazer um discurso sobre o discurso jurídico.

A esta especificidade acresce que, como adiante melhor se verá, as parcelas do Direito a estudar não formam um conjunto habitualmente tratado, enquanto tal, pelos juristas. Antes se repartem por várias daquelas áreas do conhecimento jurídico a que os juristas chamam ramos do Direito.

Este Manual não corresponde, assim, nem pelo seu objecto, nem pelos seus objectivos, a manuais correntes de ensino do Direito. Temos esperança em que esta experiência desperte o interesse do leitor.

ÍNDICE GERAL

UNIDADE I – INTRODUÇÃO AOS MÉTODOS E CONCEITOS DOS JURISTAS

| | |
|----------------------|------|
| Introdução | 1.01 |
| Objectivo | 1.01 |

SESSÃO 1 – AS FORMAS DE REVELAÇÃO DO DIREITO

| | |
|--|------|
| A) Direito – Ideia Geral | 1.02 |
| B) As Fontes (Formais) do Direito | 1.04 |
| Lei | 1.05 |
| Costume | 1.05 |
| Jurisprudência | 1.05 |
| Doutrina | 1.06 |
| C) Estado e Direito | 1.06 |
| D) O Actual Sistema Português de Fontes de Direito | 1.07 |
| O Papel da Jurisprudência | 1.07 |
| Formas da Lei | 1.08 |

SESSÃO 2 – A DESCOBERTA DA NORMA E A SUA APLICAÇÃO

| | |
|--|------|
| A) Noção de Norma Jurídica | 2.01 |
| Norma e Lei | 2.01 |
| Características das Normas Jurídicas | 2.02 |
| B) A Interpretação da Lei | 2.04 |
| A Necessidade de Interpretação | 2.04 |
| As Coordenadas da Interpretação | 2.04 |
| Os Elementos de Interpretação | 2.05 |
| As Regras de Interpretação | 2.05 |
| Os Resultados da Interpretação | 2.06 |
| C) Alguns Argumentos Usados pelos Juristas | 2.06 |
| Maioria de Razão | 2.07 |
| Identidade de Razão | 2.07 |
| <i>A Contrario</i> | 2.07 |
| Coerência do Sistema | 2.07 |
| Redução ao Absurdo | 2.07 |
| D) A Aplicação da Norma: Natureza Intelectual do Processo em Causa | 2.08 |
| Críticas ao Modelo Silogístico de Explicação da Aplicação do Direito | 2.08 |
| E) A Solução dos Casos não Resolvidos Directamente pela Lei | 2.09 |

SESSÃO 3 – OS "RAMOS DO DIREITO"

| | |
|---|------|
| A) A Noção de "Ramo de Direito" | 3.01 |
| B) Direito Público e Direito Privado | 3.02 |
| Critérios desta Divisão | 3.02 |
| C) O Direito Internacional Público | 3.02 |
| D) Divisões do Direito Público | 3.03 |
| E) Divisões do Direito Privado | 3.04 |
| F) O Direito Internacional Privado | 3.05 |
| Os Conflitos de Normas | 3.05 |
| Processos de Resolver os Conflitos de Normas | 3.07 |
| G) Outros Ramos do Direito | 3.08 |
| H) Ramos do Direito que Regem a Actividade Bancária | 3.09 |

SESSÃO 4 – ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS RESPEITANTES ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

| | |
|---|------|
| A) Razões da Prevalência Dada ao Direito Privado | 4.01 |
| B) A Noção de Relação Jurídica e a Sua Relevância | 4.01 |
| C) Conteúdo e Elementos da Relação Jurídica | 4.02 |
| O Conteúdo das Relações Jurídicas | 4.02 |
| Direito Subjectivo vs. Direito Potestativo | 4.02 |
| Direito Absoluto vs. Direito Relativo | 4.03 |
| Direito de Natureza Patrimonial vs. Direito de Natureza não Patrimonial | 4.03 |
| Dever e Sujeição | 4.03 |
| Elementos do Conceito de Relação Jurídica | 4.03 |
| D) Os Sujeitos Jurídicos | 4.05 |
| E) Os Ramos do Direito Civil | 4.07 |
| Perspectiva Geral | 4.07 |
| O Direito das Obrigações | 4.08 |
| Os Direitos Reais | 4.08 |
| F) As Ideias de Autonomia Privada e de Liberdade Contratual | 4.09 |
| G) Noções de Acto Jurídico, Negócio Jurídico e Contrato | 4.10 |
| Auto-Avaliação da Unidade I | 4.13 |

| | |
|--|------|
| UNIDADE II – ENQUADRAMENTO GERAL DAS EMPRESAS E DA SUA ACTIVIDADE | |
| Introdução | 5.01 |
| Objectivo | 5.01 |

SESSÃO 5 – A LIBERDADE DE EMPRESA

| | |
|--|------|
| A) A Liberdade de Empresa como Manifestação da Liberdade Económica | 5.02 |
| Aspectos Gerais | 5.02 |
| B) Restrições à Liberdade de Empresa–Tipologia dos Sistemas de Acesso à Actividade Económica | 5.03 |
| C) Princípios Constitucionais | 5.04 |
| D) Princípios Comunitários | 5.06 |
| E) Um Caso Particular – A Actividade Bancária | 5.07 |
| F) Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras | 5.08 |

SESSÃO 6 – FORMAS JURÍDICAS DAS EMPRESAS

| | |
|---|------|
| A) Aspectos Gerais | 6.01 |
| B) Formar uma Empresa: Que Tipo? | 6.02 |
| C) Sociedades Comerciais – Características Gerais | 6.04 |
| Sociedade em Nome Colectivo | 6.06 |
| Sociedade por Quotas | 6.07 |
| Sociedade Anónima | 6.08 |
| Sociedades em Comandita | 6.09 |

SESSÃO 7 – ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS DAS SOCIEDADES POR QUOTAS E ANÓNIMAS

| | |
|--|------|
| A) Aspectos Gerais | 7.01 |
| Administração | 7.02 |
| Fiscalização | 7.03 |
| B) Os Poderes Colegiais dos Sócios | 7.04 |
| Elenco de Poderes nos Dois Tipos de Sociedades | 7.04 |
| Formas de Deliberação | 7.05 |
| C) Os Órgãos de Administração e Fiscalização das Sociedades Anónimas | 7.07 |
| Estrutura "A" | 7.07 |
| Estrutura "B" | 7.08 |
| D) Os Órgãos de Administração e Fiscalização nas Sociedades por Quotas | 7.09 |
| Gerência | 7.09 |
| Fiscalização | 7.10 |
| E) Principais Etapas para a Constituição de uma Sociedade | 7.10 |

SESSÃO 8 – SIGILO BANCÁRIO

| | |
|--|-------------|
| A) Considerações Gerais | 8.01 |
| B) Regime Jurídico | 8.03 |
| Matérias Abrangidas pelo Sigilo Bancário | 8.03 |
| C) Pessoas Sujeitas ao Sigilo Bancário | 8.04 |
| D) Excepções ao Dever de Segredo | 8.05 |
| Quanto a Elementos Relativos à Vida da Própria Instituição de Crédito | 8.05 |
| Dispensa Voluntária do Dever de Segredo Pelo Próprio Cliente | 8.05 |
| Dispensa nas Relações com Tribunais Criminais e/ou Autoridades de Investigação | 8.05 |
| Dispensa do Dever de Sigilo nas Relações com Outras Autoridades Judiciais | 8.08 |
| Dispensa do Dever de Sigilo nas Relações com a Administração Fiscal | 8.09 |
| Dispensa do Dever de Sigilo nas Relações com o Banco de Portugal | 8.09 |
| Dispensa do Dever de Sigilo nas Relações com Outras Instituições de Crédito | 8.11 |
| Dispensa do Dever de Sigilo nas Relações com Outras Entidades | 8.11 |
| Outras Situações de Dispensa Legalmente Autorizadas | 8.11 |
| E) Consequências da Violação do Sigilo Bancário | 8.12 |
| Plano Criminal | 8.12 |
| Plano Disciplinar | 8.12 |
| Plano Cível | 8.12 |
| Auto-Avaliação da Unidade II | 8.15 |

UNIDADE III – REGIME DOS NEGÓCIOS RELATIVOS AO CRÉDITO

| | |
|-----------------------------|-------------|
| Introdução | 9.01 |
| Objectivo | 9.01 |

SESSÃO 9 – CONTRATOS BANCÁRIOS

| | |
|---|-------------|
| A) Aspectos Gerais | 9.02 |
| B) Operações Passivas – O Depósito | 9.03 |
| Depósito de Fundos | 9.03 |
| Modalidades de Depósito | 9.05 |
| Depósito de Títulos | 9.05 |
| C) Operações Activas | 9.06 |
| Caracterização | 9.06 |
| Mútuo | 9.06 |
| Abertura de Crédito | 9.07 |
| Desconto | 9.08 |

SESSÃO 10 – CONTRATOS DE CRÉDITO NÃO BANCÁRIOS

| | |
|--|-------|
| A) Considerações Gerais | 10.01 |
| B) A Venda a Prestações | 10.01 |
| Os Problemas que a Venda a Prestações Coloca | 10.01 |
| A Reserva de Propriedade | 10.02 |
| A Protecção dos Compradores (nomeadamente, dos consumidores) | 10.03 |
| C) Os Contratos Análogos à Venda a Prestações | 10.05 |
| D) O <i>Leasing</i> | 10.06 |
| E) O <i>Factoring</i> | 10.08 |

SESSÃO 11 – GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

| | |
|--|-------|
| A) Garantia Geral das Obrigações | 11.01 |
| Caracterização | 11.01 |
| B) Garantias Especiais | 11.02 |
| Caracterização | 11.02 |
| C) Fiança e Garantia Bancária Autónoma | 11.04 |
| Fiança | 11.04 |
| Garantia Bancária Autónoma | 11.05 |
| D) Aval | 11.06 |
| Caracterização | 11.06 |
| Aval Bancário | 11.06 |
| E) Seguro | 11.07 |
| F) Garantias Sujeitas/Não Sujeitas a Registo | 11.07 |
| Garantias Sujeitas a Registo | 11.07 |
| Garantias não Sujeitas a Registo | 11.08 |
| G) Hipoteca | 11.08 |
| Caracterização | 11.08 |
| H) Penhor | 11.11 |
| Caracterização | 11.11 |
| Penhor de Coisas | 11.12 |
| Penhor de Direitos | 11.13 |
| Sujeitos do Contrato de Penhor e Respectiveiros Direitos e Deveres | 11.13 |

SESSÃO 12 – TÍTULOS DE CRÉDITO OU TÍTULOS NEGOCIÁVEIS

| | |
|---|-------|
| A) Aspectos Gerais | 12.01 |
| Caracterização | 12.01 |
| Incorporação | 12.02 |
| Literalidade | 12.02 |
| Abstracção | 12.03 |
| Autonomia | 12.03 |
| Fácil Transmissibilidade | 12.03 |
| B) Classificação dos Títulos de Crédito | 12.04 |
| Quanto à Entidade Emitente | 12.04 |
| Quanto ao Conteúdo do Direito Cartular | 12.04 |
| Quanto a Ligação ao Negócio Subjacente | 12.04 |
| Quanto ao Modo de Transmissão | 12.05 |
| Quanto à Forma de Emissão | 12.05 |
| C) Relação Cartular Subjacente e Actuação Judicial | 12.06 |
| Acção Cambiária | 12.06 |
| Acção Causal | 12.07 |
| Acção de Enriquecimento sem Causa | 12.08 |
| D) O Cheque | 12.08 |
| Caracterização | 12.08 |
| E) Letra | 12.11 |
| Caracterização | 12.11 |
| F) Livrança | 12.14 |
| Caracterização | 12.14 |
| G) Acções e Obrigações | 12.15 |
| Caracterização | 12.15 |
| Acções | 12.15 |
| Obrigações | 12.16 |
| Auto-Avaliação da Unidade III | 12.18 |

UNIDADE IV – O EXERCÍCIO JUDICIAL DOS DIREITOS

| | |
|----------------------|-------|
| Introdução | 13.01 |
| Objectivo | 130.1 |

SESSÃO 13 – ASPECTOS GERAIS DO EXERCÍCIO JUDICIAL DOS DIREITOS

| | |
|---|-------|
| A) Direito Subjectivo e Acção Judicial | 13.02 |
| B) Acções Cíveis, Administrativas e Criminais | 13.03 |
| Caracterização | 13.03 |
| C) Linhas Gerais da Organização dos Tribunais | 13.04 |
| Caracterização | 13.04 |
| D) Distinção Entre Acções Declarativas e Executivas | 13.06 |
| Caracterização | 13.06 |
| E) Elenco dos Títulos Executivos | 13.07 |
| Caracterização | 13.07 |
| F) O Desenrolar de uma Acção | 13.08 |
| Acção Declarativa | 13.08 |
| Acção Executiva | 13.08 |

SESSÃO 14 – MENORIDADE . DÍVIDAS DOS CÔNJUGES

| | |
|--|-------|
| A) Relações Familiares | 14.01 |
| Caracterização | 14.01 |
| B) Menoridade | 14.02 |
| Maioridade | 14.03 |
| Emancipação | 14.03 |
| Excepções à Incapacidade de Exercício do Menor | 14.04 |
| Representação Legal dos Menores | 14.06 |
| C) Regime de Bens do Matrimónio | 14.08 |
| Caracterização | 14.08 |
| Comunhão de Bens Adquiridos | 14.09 |
| Comunhão Geral de Bens | 14.09 |
| Separação de Bens | 14.10 |
| D) Dívidas dos Cônjuges | 14.10 |
| Caracterização | 14.10 |
| Regras Gerais | 14.11 |
| Dívidas Contraídas por um Cônjuge Comerciante | 14.11 |
| Dívidas e Bens | 14.11 |

SESSÃO 15 – A FALÊNCIA E A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

| | |
|--|-------|
| A) A Ideia de Falência | 15.01 |
| As Modalidades de Acções Executivas | 15.01 |
| O Princípio da Igualdade dos Credores, suas Excepções e a Falência | 15.01 |
| B) O Novo Código: Aspectos Gerais | 15.02 |
| Sentido Geral do Novo Código | 15.02 |
| Sujeitos | 15.03 |
| Pressuposto Básico da Falência e do Processo de Recuperação | 15.04 |
| Primado da Recuperação Sobre a Falência | 15.04 |
| Promotores dos Processos de Falência e de Recuperação | 15.04 |
| C) Fase Preliminar do Processo | 15.05 |
| D) O Processo de Recuperação | 15.06 |
| Medidas de Recuperação | 15.06 |
| Diferenças Entre as Várias Medidas | 15.06 |
| Tramitação do Processo de Recuperação | 15.09 |
| E) O Processo de Falência | 15.11 |
| Declaração de Falência | 15.11 |
| Termos Subsequentes à Declaração de Falência | 15.11 |
| F) Implicações Penais da Insolvência | 15.15 |
| Insolvência Dolosa | 15.15 |
| Insolvência Não Intencional | 15.16 |
| Favorecimento de Credores | 15.16 |
| Auto-Avaliação da Unidade IV | 15.17 |

UNIDADE V – ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA FISCALIDADE

| | |
|----------------------|-------|
| Introdução | 16.01 |
| Objectivo | 16.02 |

SESSÃO 16 – ASPECTOS GERAIS DA FISCALIDADE

| | |
|---|-------|
| A) A Actividade Financeira do Estado | 16.03 |
| Actividade Financeira do Estado e Satisfação de Necessidades Públicas | 16.03 |
| Actividade Financeira do Estado e Política Macroeconómica | 16.03 |
| Actividade Financeira do Estado e Políticas de Rendimento | 16.04 |
| Actividade Financeira do Estado e Afectação de Recursos | 16.04 |
| O Ciclo da Actividade Financeira | 16.04 |
| B) A Realidade Disciplinada pelo Direito Fiscal | 16.06 |
| Receitas Tributárias e Direito Fiscal | 16.06 |
| C) Organização do Sistema Fiscal e Produção de Leis Fiscais | 16.08 |
| Princípios e Normas Constitucionais | 16.08 |
| O Princípio da Legalidade na Esfera Normativa | 16.08 |
| O Princípio de Igualdade Tributária | 16.11 |
| O Princípio de Anualidade | 16.12 |
| O Princípio de Legalidade na Esfera Administrativa | 16.12 |

SESSÃO 17 – IMPOSTOS E RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

| | |
|---|--------------|
| A) Noção de Imposto | 17.01 |
| Caracterização | 17.01 |
| Figuras Afins do Imposto | 17.02 |
| B) Classificações dos Impostos | 17.05 |
| C) As Relações Jurídicas Tributárias | 17.08 |
| A Relação Jurídica de Imposto | 17.08 |
| As Relações Tributárias Acessórias | 17.09 |

SESSÃO 18 – A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO

| | |
|--|--------------|
| A) O IRC | 18.01 |
| Aspectos Gerais | 18.01 |
| Metodologia | 18.01 |
| B) O IRC: Regime-base | 18.03 |
| Caracterização e Descrição | 18.03 |
| A Determinação da Matéria Colectável | 18.06 |

SESSÃO 19 – O IRC E AS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

| | |
|---|--------------|
| A) A Tributação do Rendimento das Instituições de Crédito | 19.01 |
| Determinação da Matéria Colectável | 19.01 |
| B) Obrigações das Instituições de Crédito Enquanto Substitutos Tributários | 19.04 |
| Caracterização | 19.04 |
| A Definição de Rendimentos Obtidos em Território Português | 19.05 |
| Situações em que não se Procede a Retenção na Fonte | 19.06 |
| Taxas de Retenção | 19.07 |
| C) Obrigações Acessórias das Instituições de Crédito | 19.08 |
| Caracterização | 19.08 |

SESSÃO 20 – A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO:

IRS

BENEFÍCIOS FISCAIS

| | |
|---|-------|
| A) O IRS | 20.01 |
| Caracterização | 20.01 |
| A Incidência | 20.01 |
| A Determinação do Rendimento Colectável | 20.02 |
| Taxas | 20.03 |
| A Colecta e as Deduções à Colecta | 20.03 |
| B) As Obrigações das Instituições de Crédito no Âmbito do IRS | 20.04 |
| Caracterização | 20.04 |
| Categoria A – Rendimentos do Trabalho Dependente | 20.04 |
| Categoria B – Rendimentos do Trabalho Independente | 20.06 |
| Categoria C – Rendimentos Comerciais e Industriais | 20.06 |
| Categoria E – Rendimentos de Capitais | 20.06 |
| Categoria F – Rendimentos Prediais | 20.09 |
| Categoria G – Mais-Valias | 20.09 |
| C) Os Benefícios Fiscais | 20.11 |
| Caracterização | 20.11 |
| Tipos de Benefícios Fiscais | 20.13 |
| Os Benefícios Fiscais em IRC e IRS de Maior Importância para as Instituições de Crédito | 20.13 |

SESSÃO 21 – O IVA, O IMPOSTO DO SELO E AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

| | |
|---|-------|
| A) Tributação do Consumo | 21.01 |
| Aspectos Gerais | 21.01 |
| B) O IVA | 21.02 |
| Caracterização e Descrição | 21.02 |
| Incidência | 21.02 |
| As Operações Internas | 21.03 |
| As Operações de Importação | 21.04 |
| As Operações Intracomunitárias | 21.05 |
| Isenções | 21.06 |
| Valor Tributável | 21.08 |
| Liquidação e Pagamento | 21.08 |
| C) O IVA nas Operações Praticadas pelas Instituições de Crédito | 21.09 |
| D) O Imposto do Selo | 21.11 |
| Considerações Gerais | 21.11 |
| O Imposto do Selo na Actividade das Instituições de Crédito | 21.12 |
| Auto-Avaliação da Unidade V | 21.19 |

Respostas-Tipo aos Exercícios

Bibliografia

UNIDADE I

INTRODUÇÃO AOS MÉTODOS E CONCEITOS DOS JURISTAS

INTRODUÇÃO

"Três graus de elevação do pólo deitam por terra toda a jurisprudência"

Pascal (Séc. XVII)

"Três linhas rectificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo"

J.H. von Kirchmann (Séc. XIX)

Estas duas frases, famosas entre os juristas, frisam a relatividade do saber jurídico. Porém, talvez um pessimismo tão radical quanto o dos pensadores citados não se justifique.

Porque as regras jurídicas variam no espaço e no tempo, muito do que se escreve sobre elas não vale para outros espaços e outros tempos. Mas há aspectos da reflexão jurídica que valem para além da oportunidade em que tiveram lugar. Há, sobretudo, métodos e conceitos vivazes e que, por isso, merecem atenção a quem quer conhecer algo sobre o Direito.

OBJECTIVO

O objectivo desta unidade é mostrar aos alunos que os profissionais e os pensadores do Direito utilizam métodos e conceitos específicos; daremos conta de alguns desses métodos e conceitos que julgamos indispensáveis para a compreensão da restante matéria.

Começa-se por expor as formas pelas quais o Direito se revela aos nossos olhos (para o que teremos que esboçar um conceito de Direito); reflecte-se de seguida sobre o seu processo de aplicação, nomeadamente sobre os principais métodos de raciocínio dos juristas; termina-se com a exposição de conceitos básicos, primeiro ao nível "macro" e depois ao nível "micro".

No fim desta unidade, os alunos devem estar aptos a:

- Distinguir norma jurídica de fonte de Direito;
- Exemplificar a variedade das fontes de Direito;
- Distinguir os ramos de Direito em função dos seus objectos;
- Fornecer os conceitos dos vários elementos de "relação jurídica" e das suas modalidades;
- Explicitar as ideias de autonomia privada e de liberdade contratual.

SESSÃO 1

AS FORMAS DE REVELAÇÃO DO DIREITO

A) DIREITO – IDEIA GERAL

Alguém escreveu que a pergunta "o que é o Direito?" não pode ser respondida em poucas palavras, nem sequer em alguns livros. Justificou-se dizendo, mais ou menos, que as respostas a tal pergunta diferem sempre umas das outras pelo motivo de a ideia de Direito desempenhar um papel básico nas concepções de cada um sobre a sociedade, de tal modo que quase só tem significado quando referida a certa filosofia social e política.

Essas variações, não nos devem impedir, no entanto, de tentar esboçar uma ideia geral de Direito. Começemos por atentar na linguagem do quotidiano.

Nas frases "Tenho direito a que me devolvam os livros que empresto" e "O Direito manda que os livros emprestados sejam devolvidos", a palavra "direito" aparece com sentidos diversos, ainda que relacionados.

Sobre o sentido com que aparece na primeira frase dizem os juristas tratar-se do de "direito em sentido subjectivo", uma vez que o ponto de vista a partir do qual o problema é encarado é o de um sujeito.

Sobre aquele com que aparece na segunda dizem os juristas tratar-se do de "Direito em sentido objectivo", por aí ser feita referência a uma realidade exterior aos sujeitos. A palavra "direito" tem ainda outros sentidos, mesmo considerando apenas os relativos às questões jurídicas. É o que acontece, por exemplo, na expressão "Direito Comparado", que designa um tipo de saber sobre o Direito (o que recorre à comparação entre vários sistemas jurídicos).

Ainda que esses vários sentidos, sobretudo os dois primeiros, constituam várias faces de uma mesma realidade, quando se fala em ensinar Direito, pensa-se, fundamentalmente, no "Direito em sentido objectivo" – ou no saber sobre o mesmo.

O que seja Direito, neste sentido, é uma questão controversa. A resposta mais comum é a de que se trata de um conjunto de normas.

O Direito seria composto por um certo tipo de normas, que seriam diferentes de outros tipos de normas (nomeadamente, das normas morais e das religiosas)*.

Aquilo que distingue, segundo a opinião mais corrente, as normas jurídicas é a sua coercibilidade, ou seja, a possibilidade de a sua aplicação ser sancionada pela força (nomeadamente, a força do Estado).

Mas, sublinhe-se que também o grau de coercibilidade é muito variado. Por exemplo, as normas que regem as relações entre os Estados não são coercíveis nos mesmos termos que as normas editadas pelo Estados modernos.

Um bom exemplo para ilustrar as gradações que a coercibilidade pode assumir são precisamente as normas sobre as relações entre os Estados.

* Discutida é também a relação do Direito com a Justiça. E, embora não seja possível, no âmbito deste livro, discutir a ideia de Justiça, devemos aproveitar para fazer referência a uma ideia com ela conexa, frequentemente utilizada pelos juristas – a de "Direito Natural". Para os seus defensores, haveria, para além do Direito vigente (o chamado Direito positivo), um Direito ideal, independente dos poderes humanos. Quanto às suas características e origem divergem as opiniões: para uns resultaria de Deus, para outros seria deduzível da natureza humana; para uns teria conteúdo invariável, para outros variaria com os locais e as épocas.

Tais normas, não são, certamente, coercíveis nos mesmos termos das de Direito interno. Mas, a visão dessas regras como jurídicas é cada vez mais comum, mesmo entre os não juristas. Tomemos como exemplo um excerto de um livro sobre um assunto quente no ano de 1991. A guerra no Golfo.

Bush teve autorização para iniciar a guerra? Quem autorizou?

R.: Sim. A autorização foi implicitamente concedida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU) ao aprovar a Resolução 678 de 29 de Novembro de 1990.

A Carta das Nações Unidas atribui ao Conselho de Segurança a responsabilidade de manter a paz e segurança internacionais. Este organismo das Nações Unidas é constituído por 15 países membros. Cinco são membros permanentes. Dez são eleitos pela Assembleia Geral da ONU por um período de dois anos. Os países membros permanentes (Estados Unidos, União Soviética, França, Grã-Bretanha e China) têm direito de veto. Nenhum membro permanente utilizou este direito. NOTA: A aprovação por unanimidade de uma resolução do Conselho de Segurança não implica que ela seja automaticamente aplicada. Exemplos: Palestina – Resolução 242 e 338 e Timor – Resolução 348 e 389. Porquê? Porque não existe nenhuma Instituição internacional que obrigue um Estado a cumprir a decisão de qualquer tribunal.

Paulo Guerra e Luis Curral in *Guerra do Golfo – A resposta a todas as perguntas*

Por sua vez, a ideia de norma implica a ideia de "dever ser", cuja explicitação é muito difícil.

Um grande pensador alemão do Direito escreveu:

"Muitos filósofos têm dito que sobre o dever ser nada mais se pode afirmar: que ele é um conceito fundamental e último que já não é susceptível de definição, uma «categoria», um modo originário do nosso pensamento. (...) Outros acentuam que o dever ser é a expressão de um querer. (...) Sendo assim, podemos então afirmar que as regras jurídicas, como regras de dever ser dirigidas a uma conduta de outrem, são imperativos. Finalmente, podemos ainda tentar esclarecer o conceito de dever ser através do conceito de valor: uma conduta é devida (deve ser) sempre que a sua realização é valorada positivamente e a sua omissão é valorada negativamente. Aqui não podemos aprofundar mais este assunto".

Karl Engisch

Tal como este autor, também nós não podemos aprofundar, por agora, este assunto. Refira-se, no entanto, que há quem tente analisar os fenómenos jurídicos sem recorrer a essa dimensão normativa. Lembrem-se como exemplo as seguintes palavras de um autor sueco que se integra numa corrente genericamente designada por "realismo jurídico".

"Qualquer tentativa de sustentar cientificamente que o Direito é vinculativo num outro sentido do que naquele segundo o qual ele exerce, na realidade, uma pressão sobre a população conduz necessariamente ao absurdo e a contradições. A força vinculativa do Direito só é realidade enquanto ideia nos espíritos humanos. Nada há no mundo exterior que corresponda a esta ideia."

Karl Olivecrona

Em nossa opinião, o enorme desvio do pensamento de um autor como o anterior relativamente à concepção dominante e vulgar segundo a qual o Direito é essencialmente normativo resulta sobretudo da variedade de prismas de análise possíveis.

Não é necessariamente contraditório considerar uma lei como um facto que contribui, a par de outros, para que outro facto (uma sentença) ocorra e analisar a mesma lei como expressão de uma ideia normativa abstracta capaz de servir de base a um juízo de dever ser num caso concreto. Entre aqueles factos estão pensamentos e, inversamente, os raciocínios são condicionados pelas situações.

Por outras palavras, os enfoques normativistas e sociológicos do Direito não se excluem.

Neste manual, seguiremos uma perspectiva normativista. Na verdade, o Direito, enquanto ramo de saber, consiste precisamente no estudo da dimensão normativa do fenómeno jurídico, com vista, em última análise, à solução dos diferendos surgidos na vida social.

Para isso, os juristas procuram apresentar as normas organizadas segundo critérios lógicos, usando certos raciocínios e argumentos também de natureza lógica. Ora, como neste manual pretendemos fazer precisamente uma introdução a esse saber (com especial incidência nas áreas relativas às normas que enquadram a actividade bancária), a nossa perspectiva só pode ser também essa.

B) AS FONTES (FORMAIS) DO DIREITO

Seja qual for o ponto de vista, a verdade é que o Direito ocupa um papel importante em todas as sociedades. Mas é necessário admitir também que os modos de manifestação do Direito variaram na História e variam ainda hoje, em função das sociedades que se considerem.

Desde o Direito dos povos que não conheciam a escrita até ao inflacionadíssimo jornal oficial português da actualidade as diferenças são grandes. Igualmente grandes são também as diferenças entre a solução dos casos com base em leis (como sucede tipicamente, hoje, na generalidade da Europa Continental) e a sua solução com base nos chamados precedentes – soluções dos casos anteriores semelhantes (como sucede ou, pelo menos, sucedia tradicionalmente, em Inglaterra e nos países cujos Direitos foram influenciados por este modelo).

Os juristas utilizam a expressão metafórica "fontes de Direito" para designar os processos pelos quais as normas se revelam. Além dessa expressão, teve também alguma voga, para designar os mesmos processos, a expressão "factos normativos".

Muitas vezes, os juristas abrangem sob tais designações, não só os processos de revelação, como também os de formação das normas. Quando assim é, estão a considerar, não apenas os factos a partir dos quais podemos apreender as normas, mas também os factos que deram origem a que as normas fossem essas e não outras. Podemos chamar ao primeiro dos sentidos da expressão "fontes de Direito"* "sentido formal" e ao segundo "sentido material".

Vejam os quais são as fontes de Direito (em sentido formal):

- Lei;
- Costume
- Jurisprudência;
- Doutrina.

* Há juristas que tentam definir a expressão fontes de Direito em sentido formal de modo a abranger, não só os processos de revelação, como os de formação. Esses juristas pretendem que, dentro das quatro fontes tradicionais (ver a seguir no texto), a lei e o costume seriam fundamentalmente modos de formação e a jurisprudência e a doutrina modos de revelação. Esta posição, porém, não ajuda à clarificação das ideias e pressupõe – erradamente – que as decisões dos tribunais (no que toca à jurisprudência como fonte de normas) têm sempre na sua base ou o costume ou a lei.

Lei

Por lei, para estes efeitos, entende-se um acto de poder que enuncia normas. Neste sentido, tanto são leis os tratados internacionais como as constituições políticas adoptadas pelos parlamentos, como as leis destes mesmos órgãos, como os decretos-leis, os decretos e as portarias regulamentares do Governo, como os regulamentos emanados dos órgãos autárquicos. Adoptando este ponto de vista, as normas não são leis, são criadas por elas.

A lei é hoje, em quase todo o mundo, o processo mais comum de manifestação do Direito. As instituições políticas modernas intervieram e intervêm em quase todos os fenómenos sociais e fazem-no através de normas, que editam por esses actos chamados leis.

Além disso, a lei, expressa ou implicitamente, tende a reivindicar para si mesma o monopólio da produção de normas jurídicas. Fá-lo expressamente quando afirma que só ela é fonte de Direito; fá-lo de forma menos evidente quando "se limita" a assumir a primazia e o papel de "fonte coordenadora", indicando qual o lugar das outras fontes.

Costume

Por costume entende-se uma prática social, reiterada, de certa conduta, que é acompanhada pela convicção generalizada, entre os membros da sociedade considerada, de que a mesma é obrigatória. Observando uma tal prática facilmente se conclui que existe uma norma correspondente à conduta em causa.

O costume era a fonte de Direito das sociedades tradicionais. A estruturação do poder político levou, historicamente, à recolha das normas costumeiras (ou consuetudinárias) em leis e, posteriormente, à sua modificação através destas. A intervenção crescente do Estado na sociedade e as transformações na comunicação (escrita, imprensa, vias físicas de comunicação, etc.) levaram a reduções sucessivas do papel do costume. Naquelas áreas em que houve competição entre normas consuetudinárias e normas legais, a vitória tendeu a pertencer a estas.

Repare-se, no entanto, que não é possível dizer que um costume (norma consuetudinária) deixa de vigorar só porque uma lei (norma legal) se lhe opõe. A tensão entre costume e lei não é resolvida em favor da lei pelo mero facto de esta existir. Só pela erradicação daquele essa tensão desaparecerá. E só pela observação da sociedade se pode concluir se deixaram de vigorar as normas costumeiras.

Jurisprudência

* A palavra "jurisprudência" tem outros sentidos: no sentido mais corrente entre nós, designa o que também se chama doutrina. Nos países de língua inglesa, "jurisprudência" designa o estudo teórico do Direito.

Por jurisprudência, para estes efeitos*, designam-se as decisões dos órgãos de aplicação do Direito (principalmente, mas não só**, dos tribunais) de que decorrem (ou: que contêm implicitamente) normas, que, provavelmente, voltarão a ser aplicadas por esses órgãos em casos futuros semelhantes.

A jurisprudência foi nalguns povos antigos, nomeadamente em Roma, uma fonte muito importante de normas jurídicas. É-o ainda em Inglaterra e nalguns países por esta historicamente influenciados.

* A aplicação do Direito não é feita apenas pelos tribunais, mas também pelos notários, conservadores, órgãos administrativos, etc.

Na generalidade dos países da Europa Continental dificilmente (a lei e a tradição não o deixam) as decisões dos tribunais são, por si só, fontes de normas.

Doutrina

Por doutrina, entende-se o conjunto dos escritos (com exclusão dos relativos à decisão de casos pelos órgãos de aplicação do Direito) sobre problemas jurídicos: comentários a leis, lições universitárias, tratados gerais, monografias, artigos de revista, pareceres dados sobre problemas reais, etc..

Também a doutrina dificilmente pode ser, por si só, fonte de Direito. Mas houve tempos em que as próprias leis (veja-se o caso das nossas Ordenações*) reconheciam às opiniões de certos doutrinadores força vinculativa, pelo menos, na ausência de norma legal aplicável.

Deve, porém, acentuar-se que as várias fontes de Direito não se excluem mutuamente. O costume pode secundar a lei (quer por a ter antecedido, quer por se ter gerado impulsionado por ela), tornando assim a sua aplicação mais fácil. As decisões dos tribunais, confirmando, esclarecendo, corrigindo ou contrariando o sentido primeiro dos textos legais, podem passar a ser vistas como revelação das verdadeiras normas. Alguém pode não arriscar tomar certa atitude, apesar de achar ter a lei do seu lado, por saber ter contra si a opinião da generalidade dos que escrevem sobre o Direito.

* Ordenações – recorde-se – foi o nome dado a várias compilações gerais de leis elaboradas sob vários dos nossos reis das segunda e terceira dinastias. Os nomes das várias Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) derivam aliás, dos nomes dos reis em causa.

C)

ESTADO E DIREITO

O que dissemos até aqui demonstra que nem todo o Direito resultou, nem resulta, de actos deliberados do poder político. Em contraponto ao processo intencional de criação de normas que a lei é, temos como processo não intencional de criação de normas o costume.

Como já sublinhámos, porém, contemporaneamente, nas sociedades desenvolvidas, nomeadamente nas da Europa Continental, quase todo o Direito resulta de leis – de actos de poder a tanto destinados. O papel das outras fontes, quando estas existem, é meramente secundário.

As entidades políticas que criam o Direito variam em função da estrutura política dos Estados.

Nos Estados confederais e federais, a par do poder legislativo dos órgãos da confederação e da federação, existem os poderes legislativos das federações.

Nos Estados que comportam regiões, para além do poder legislativo dos órgãos do Estado, existem os das regiões. Em quase todos os Estados existem autarquias que também editam normas, ainda que de âmbito muito circunscrito ou de natureza regulamentar.

Acima do nível do Estado (e, portanto, do das entidades políticas em que este se desdobra ou que enquadra) existe também criação de Direito. Esta produção normativa a nível internacional pode ter âmbito:

- Universal;
- Sectorial.

Dentro deste sub-nível é de destacar o fenómeno da Comunidade Europeia.

Outro nível de ligação entre o Direito e os entes políticos tem a ver com a variação do Direito no espaço. É do conhecimento geral que o Direito varia no espaço e no tempo. É obvio que o Direito português não é igual ao espanhol e, muito menos, ao neozelandês; é igualmente obvio que o Direito de hoje difere do de há 100 anos.

O mesmo é dizer que cada Direito tem limites – fronteiras – de duas naturezas:

- Temporais;
- Espaciais.

Fronteiras temporais – Não faz sentido legislar, por exemplo, em 1993 para situações passadas no século X ou para situações do século XXX.

Fronteiras espaciais – É o caso dos Direitos que se destinam a reger comunidades que têm base territorial. É o que sucede com os Direitos criados pelos Estados, mas já não com o Direito criado pela Igreja Católica.

Não faz sentido que a lei portuguesa se considere aplicável a uma relação entre neozelandeses, passada na Nova Zelândia. O mesmo é dizer que quando um Estado – ou outra entidade política – legisla, fá-lo, naturalmente, para regular as situações que se desenrolam no espaço que ele abrange e no qual pode impor a observância do que determina*. É aqui que se manifesta este segundo nível de ligação entre o Direito e o Estado.

Um último nível da ligação entre Estado e Direito ocorre porque, sobretudo nos Estados modernos, o Direito condiciona o Estado, uma vez que este deve observar aquele. É o que normalmente significa a expressão "Estado de Direito".

* Os juristas chamam correntemente aos dois problemas referidos no texto, o da "aplicação nas leis no espaço" e o da "aplicação das leis no tempo".

Na Sessão 3, quando falarmos do Direito Internacional Privado, voltaremos a estes assuntos.

D) O ACTUAL SISTEMA PORTUGUÊS DE FONTES DE DIREITO

Em Portugal, actualmente, a rainha das fontes de Direito é a lei. Genericamente falando, o papel da jurisprudência é reduzido, o costume ou não existe ou limita-se a secundar a lei e as opiniões doutrinárias não têm força vinculativa autónoma.

O Papel da Jurisprudência

No que toca ao papel da jurisprudência, são necessárias mais algumas considerações. Por vezes, geram-se correntes de decisões dos tribunais que veiculam certo entendimento das normas vigentes sobre uma determinada matéria, que os juristas, enquanto bloco, passam a ter por vinculativo.

Esses entendimentos, por vezes, não são os que aparentemente deveriam ser retirados da lei, chegando mesmo – em casos limite – a contrariá-la abertamente.

Através da comunidade dos juristas (juízes, magistrados do Ministério Público, advogados, etc.) esses entendimentos das normas acabam por se difundir na sociedade. Por isso, para designar esta realidade utiliza-se também a expressão "costume jurisprudencial" (sendo aqui a "prática reiterada", utilizada como primeiro elemento definidor do costume, o conjunto das decisões e a "convicção generalizada de obrigatoriedade", utilizada como segundo elemento definidor do costume, aquela que os juristas, globalmente considerados, têm).

Ao actuar assim, a jurisprudência contribui, sem dúvida, para a formação de normas jurídicas, ainda que não se lhe possa atribuir a totalidade do processo formativo.

Note-se que a jurisprudência opera como fonte de Direito em Inglaterra e nos países por esta historicamente influenciados de forma algo diversa. Em Inglaterra vigora um sistema de **precedente**, segundo o qual, nas decisões dos casos, os tribunais devem decidir em conformidade com as regras (ainda que meramente implícitas) aplicadas por outros tribunais (nem todos) em casos anteriores análogos. Neste sistema, a mera existência de uma decisão precedente sobre igual matéria vincula o juiz.

Antes de passarmos à análise da lei, temos ainda de chamar a atenção para a figura dos **assentos**.

Chamam-se assim, em Portugal, tradicionalmente, as decisões dos tribunais que fixam, com força obrigatória geral, uma certa interpretação do Direito. No caso mais típico, diz a lei que se o Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da mesma legislação, proferir dois acórdãos (chama-se **acórdão** à decisão de um tribunal colectivo) que, relativamente à mesma questão fundamental de Direito, assentem sobre soluções opostas, os interessados podem requerer ao mesmo tribunal que resolva o conflito de entendimentos, lavrando **assento**, que terá força obrigatória geral.

Os juristas portugueses discutem se os assentos são fonte de Direito. Para uns, sê-lo-iam, porque deles resultam normas, ainda que interpretativas; para outros, não o seriam, porque a sua força vinculativa não é autónoma, mas sim derivada da lei.

Formas da Lei

São formas da lei os:

- Actos legislativos;
- Regulamentos.

Os actos legislativos

Os actos do poder que enunciam normas assumem natureza e formas diversas. Entre eles, estão os **actos legislativos**, também chamados leis (por contraposição aos regulamentos), num dos múltiplos sentidos da palavra "lei".

A Constituição da República Portuguesa (no art.º 115) enumera como actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais*.

São leis os actos de tal tipo que provêm da Assembleia da República (havendo, para além das leis "ordinárias" ou vulgares, as **leis constitucionais** – as que aprovam alterações à Constituição – e as **leis orgânicas** – as que versam sobre outras matérias de especial importância, como as eleitorais e as relativas à defesa nacional).

São **decretos-leis** os que provêm do Governo, sendo de notar que as leis e os decretos-leis têm igual valor (porém, há um conjunto de matérias reservadas em absoluto à Assembleia da República e outro em que o Governo só pode legislar com autorização daquela Assembleia).

Os decretos legislativos regionais são actos das Regiões Autónomas, que versam sobre matérias de interesse específico para a região em causa e não podem dispor contra as chamadas leis gerais da República.

* Num sistema em que o princípio da separação de poderes vigore perfeitamente, a lei é decretada apenas por um órgão, que exerce toda a função legislativa – e só ela (o parlamento). Nos sistemas de separação imperfeita de poderes, como são os que vigoram em quase todos os países que desse princípio se reclamam, a lei é decretada por, pelo menos, dois órgãos, que repartem entre si a função legislativa: o parlamento, que só exerce essa função, e o governo, que, a par dela, exerce também a função executiva. Contudo, em homenagem ao princípio, em quase todos os países, encontramos algumas manifestações de supremacia da lei do parlamento sobre a lei do governo. Uma delas é a reserva de competência legislativa (absoluta ou delegável no governo) do parlamento nalgumas matérias. Outra é semântica e traduz-se em só se utilizar a palavra "lei" para designar as leis do parlamento; as leis do governo são denominadas de outro modo – "decretos-leis", por exemplo.

As leis e os decretos-leis são promulgados pelo Presidente da República, os decretos legislativos regionais são assinados e mandados publicar pelo Ministro da República, que representa a República junto da região autónoma.

* Enumerados no artº 115 da Constituição.

* * No artº 8º.

Além dos actos legislativos*, vigoram ainda em Portugal actos legislativos de origem supra-nacional. É a própria Constituição**, que diz que as normas constantes de convenções internacionais que Portugal ratifique ou aprove vigoram na ordem interna enquanto a vinculação do nosso Estado a tais convenções se mantiver e que as normas emanadas de organizações internacionais de que Portugal seja membro vigoram directamente na nossa ordem interna, desde que os tratados constitutivos dessas organizações prevejam isso mesmo.

Entre essas organizações internacionais é obviamente de destacar a Comunidade Europeia. E entre os actos normativos dela emanados são de destacar os regulamentos e as directivas.

* * * De acordo com o artº 189 do tratado que instituiu a CEE.

A diferença entre estas duas figuras parece ser à primeira vista a seguinte***: enquanto o regulamento é directamente e imediatamente aplicável nas ordens internas dos Estados membros, a directiva não o é, tendo como destinatários exclusivos esses Estados, aos quais cabe a iniciativa de promover a sua aplicação na ordem interna, tomando as medidas legislativas que tenham por apropriadas (a chamada "transposição").

Deve, no entanto, dizer-se que uma certa corrente de pensamento tem sustentado, com algum eco no Tribunal de Justiça da Comunidade, a possibilidade de as directivas terem efeitos directos nas ordens internas dos Estados membros.

Os regulamentos

Além dos actos legislativos, também os regulamentos são leis no sentido que temos vindo a dar à expressão.

* * * *V. 2ª Sessão.

Esse sentido é, recorde-se, o de um acto de poder que enuncia normas. Mas a palavra lei tem outros sentidos, designa outras realidades – ou as mesmas, mas sob outros pontos de vista. Num desses sentidos, equivale a norma****. Noutra, designando igualmente um acto que enuncia normas, engloba um menor número de realidades, opondo-se a "regulamento", que designa os restantes actos que enunciam normas.

A distinção entre lei e regulamento, em última análise, liga-se à teoria da separação dos poderes, segundo a qual às funções legislativa, executiva e jurisdicional deveriam corresponder órgãos diversos. Neste sentido, a lei seria um acto da função (poder) legislativa e o regulamento um acto da função (poder) executiva. Na verdade, a função executiva não é exercida apenas através de decisões de casos concretos, os chamados actos administrativos, mas também através de actos normativos. Estes seriam os regulamentos.

Os regulamentos tanto podem visar a execução de uma lei determinada, como a das leis em geral. Neste caso, chamam-se regulamentos independentes.

A nossa Constituição determina que os regulamentos do Governo se chamem decretos regulamentares quando são regulamentos independentes, bem como quando tal é determinado pela lei que regulamentam. Além da forma de decreto regulamentar, os regulamentos emanados do Governo revestem as formas de resolução, de portaria e de despacho normativo. Sublinhe-se, no entanto, o seguinte: as resoluções e as portarias também dão forma a actos não normativos e, ao contrário do que se passa com os actos legislativos (em que, como vimos, a Constituição fixa um "numerus clausus"), nada impede que sejam dados outros nomes e outras formas aos regulamentos do Governo.

Não só o Governo faz os regulamentos. Também os criam algumas instituições juridicamente separadas do Governo, mas dele dependentes, às quais estão atribuídas funções administrativas. É o caso, por exemplo, do Banco de Portugal (avisos e instruções dirigidas às instituições sujeitas à sua supervisão).

E não só a Administração Central faz regulamentos. Também os fazem outras entidades sub-estatais, nomeadamente, entre nós, as Regiões Autónomas e as Autarquias. Os regulamentos das primeiras são chamados decretos regulamentares regionais; quanto aos segundos*, apresentam vários nomes, nomeadamente, posturas, regulamentos policiais e derramas.

A hierarquia dos actos normativos

Os actos normativos não têm todos o mesmo valor. Como vimos, distinguem-se entre si pela sua natureza, que pode ser:

- Regulamentar;
- Legislativa.

Os de natureza regulamentar não podem contrariar os de natureza legislativa. E mesmo dentro de cada uma destas categorias há distinções. A mais importante, em Portugal e em países com um sistema constitucional semelhante, é a que contrapõe as leis ordinárias às leis constitucionais.

A expressão **constituição política**, mesmo quando só referida a normas, tem também vários sentidos. Dois deles são designados por:

- Material;
- Formal.

O sentido material designa o conjunto das normas relativas à estrutura do poder político de um Estado.

O sentido formal designa o conjunto das normas que estão qualificadas pelo poder como estruturantes do sistema jurídico do Estado e que, por isso, não podem ser contrariadas pelo actos legislativos correntes.

Em Portugal, como em muitos outros países, há, já por tradição, um diploma único que concentra as normas constitucionais em sentido formal e que fixa as circunstâncias, o modo e os limites de alteração das mesmas. A Constituição da República Portuguesa regula não apenas os aspectos essenciais da organização do poder político, mas fixa também princípios e regras sobre direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, bem como sobre a organização económica da nossa sociedade. Por isso mesmo, a Constituição exerce um papel importante sobre todas as áreas do Direito, devendo todas as normas ser entendidas à luz do disposto no diploma fundamental.

* Se se quiser explicitar claramente a diferença entre o poder autárquico e o poder político do Estado e suas subdivisões, deverá recusar-se a qualificação de regulamentos aos actos normativos das autarquias e atribuir-se-lhes natureza diversa da das leis (actos normativos da função legislativa) e da dos regulamentos (actos normativos da função executiva).

Nesta escala hierárquica, encontramos, ainda, o **Direito de fonte supra-nacional**.

O seu exacto lugar é um problema muito discutido quer em termos "do que deve ser", quer à face da nossa ordem jurídica.

Quanto ao "que deve ser", os juristas ligam tal problema à seguinte questão teórica: o Direito do Estado e o Direito Internacional constituem uma única ordem jurídica ou constituem ordens jurídicas separadas?

Esta segunda possibilidade tem como consequência que as normas de cada uma dessas ordens só valham na outra ordem se e na medida em que uma norma desta lhe atribua vigência.

À face da nossa ordem jurídica, e tendo em conta o já referido artº 8º da Constituição, pode dizer-se que, se o Direito saído de convenções internacionais* só vigora em Portugal na medida em que o Estado Português a elas se tenha e se mantenha vinculado, tal Direito se subordina à Constituição.

Por maioria de razão, tal se diria das já referidas "normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte".

Falta-nos ainda saber como se situariam os actos supra-nacionais relativamente aos actos legislativos nacionais. E sobre este problema há divergências, havendo, em relação às convenções internacionais, quem pense que estas têm um valor supra-legal e quem pense que as mesmas se situam num nível hierárquico equivalente ao das leis.

É, necessário porém, dizer que estas perspectivas podem qualificar-se como "nacionalistas".

Segundo um ponto de vista internacionalista, é possível tentar mitigar a importância das constituições dos vários Estados e sustentar a prevalência do Direito supra-nacional.

É o que sucede com muitos pensadores do Direito Comunitário Europeu e o que é afirmado em várias decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade.

"Todo o juiz nacional a quem se recorreu no quadro da sua competência tem a obrigação de aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, pondo de parte toda e qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional, quer esta seja anterior ou posterior à regra comunitária".

Acórdão Simmenthal, 9 de Março de 1978

Estamos a finalizar a primeira Sessão, que procurou ser uma aproximação ao Direito, seguindo uma perspectiva histórica e muito geral, que se pode resumir assim:

O Direito liga-se à ideia de dever ser. Nem todo o dever ser é jurídico, mas o Direito exprime um dever ser.

É possível encarar os fenómenos jurídicos como puros fenómenos sociais; essa perspectiva, porém, não esgota as perspectivas possíveis. Os juristas trabalham com ideias de dever ser, com normas, pelas quais medem os comportamentos e das quais extraem certas consequências – muitas vezes bem concretas. As fontes dessas normas variaram na História e variam ainda hoje, em função dos países e das áreas analisadas.

* O artº 8º da Constituição diz que "as normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português". É, pois, claro que este tipo de normas vigora em Portugal independentemente da vinculação voluntária do Estado português. Os exactos contornos do direito internacional geral ou comum são discutíveis; o núcleo essencial do conceito é constituído pelas normas de fonte costumeira sobre as relações entre os Estados (por exemplo, a norma segundo a qual é devida obediência aos acordos – "pacta sunt servanda").

A fonte principal de Direito em Portugal, actualmente, é a lei – o acto de poder que enuncia normas. Há uma ampla gama de leis (desde a Constituição até aos regulamentos autárquicos), dispostas em escala hierárquica.

É, porém, de ter presente que outro tipo de fenómenos influenciam o sentido que é atribuído às normas. Entre estes estão, antes de mais, as decisões dos Tribunais.

A partir de agora, você deve estar apto a:

- Explicar a ideia de fonte de Direito;
- Explicar e distinguir entre si as quatro fontes de Direito referidas no texto;
- Dizer por palavras suas como se liga o Direito com o Estado;
- Explicar qual o actual sistema português de fontes de Direito.

Exercício 1

Exemplifique alguns sentidos da palavra lei.

SESSÃO 2

A DESCOBERTA DA NORMA E A SUA APLICAÇÃO

A) NOÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Até aqui, e a partir do momento em que nos propusemos considerar o Direito enquanto fenómeno normativo, raciocinámos como se todo o Direito fosse reconduzível a normas. Há, pois, que explicitar a ideia de norma.

Norma e Lei

* Embora, por vezes, a palavra "lei" – cuja polissemia já foi assinalada – seja também utilizada com o sentido de "norma".

Esclareça-se, em primeiro lugar – embora tal decorra do que ficou dito na Sessão anterior – que norma e lei não são sinónimos.*

A lei, entendida como fonte de Direito, enuncia normas, não é a norma. Mais: o achamento da norma não acontece automaticamente ao ler a lei. Os artigos da lei não contêm, cada um, uma norma. Alguns contêm várias, outros contêm apenas partes de normas. Atente no seguinte artigo.

"A compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço".

Art.º 874 do Código Civil

O referido artigo do Código Civil não contém qualquer norma. Permite, no entanto, fixar o âmbito dos artigos que se referem ao mesmo contrato, integrando, pois, normas.

Aliás, do que acima se disse decorre também que a lei não é a única fonte de normas jurídicas. Também o são, por exemplo, nalguns países, os precedentes jurisprudenciais. É o que acontece nos países de direito anglo-americano, onde a razão de decidir (*ratio decidendi*) do caso precedente vincula, em grande medida, o juiz; essa razão de ser é a *rule of law*. A norma, diríamos nós.

O texto que a seguir transcrevemos elucida quanto à orientação do mais alto Tribunal de Inglaterra (a Câmara dos Lordes, que, além do mais, também é um Tribunal) quanto ao uso dos precedentes:

Os Lordes encaram o uso do precedente como uma base indispensável sobre a qual se deve decidir qual é o Direito e a sua aplicação aos casos particulares. O precedente dá, pelo menos, algum grau de certeza sobre a qual os indivíduos podem fazer assentar a condução dos seus assuntos, tal como dá uma base para o desenvolvimento adequado das regras jurídicas.

Contudo, os Lordes reconhecem que uma adesão demasiado rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em certos casos e também impedir indevidamente o desenvolvimento adequado do Direito. Assim, os Lordes propõem-se modificar a sua prática actual e, embora continuando a tratar as decisões anteriores desta Câmara como normalmente vinculativas, afastarem-se de uma decisão anterior quando pareça certo fazê-lo.

Ao agirem de tal modo, os Lordes terão em conta o perigo de afectar retroactivamente a base sobre a qual contratos, acordos sobre bens e arranjos fiscais foram feitos e também a especial necessidade de certeza no que respeita ao Direito Criminal.

Esta declaração não pretende alterar o uso dos precedentes em qualquer outra instância que não esta Câmara.

(Declaração lida, em seu nome e no dos outros membros da Secção Judicial da Câmara dos Lordes, por um membro da referida Câmara em 26 de Julho de 1966)

Características das Normas Jurídicas

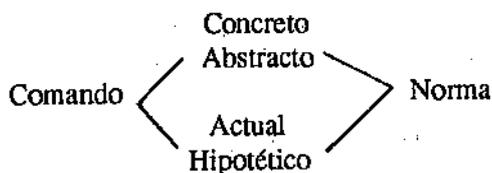
"Comando hipotético e abstracto tutelado pela comunidade estatal ou, em sentido mais lato, tutelado por qualquer sociedade organizada".

Dias Marques in *Introdução ao Estudo do Direito*

As características correntemente atribuídas às normas jurídicas podem ser bem exemplificadas através da definição de norma jurídica apresentada por Dias Marques.

A ideia de norma seria, assim, reconduzível à de comando (ou ordem)*.

Por vezes, a relação entre comando e norma é representada da seguinte forma:



* Isto significa aderir à concepção de dever ser como expressão de querer, como imperativo (v. supra, Direito — ideia geral). Os que negam que as normas (ou, pelo menos, algumas delas) se possam reconduzir a imperativos dizem que, frequentemente, as normas fornecem apenas critérios de valor ou de decisão.

Assim, de entre os comandos, seriam normas os que fossem **simultaneamente**:

- **Abstractos** — Fixam um tipo de atitude a adoptar numa situação definida tipicamente;
- **Hipotéticos** — Prescrevem a adopção de uma tal atitude sempre que se verifique tal situação.

Seriam jurídicas as normas coercíveis, isto é, aquelas cuja observância fosse assegurada por processos socialmente organizados de coacção.

Às características da hipoteticidade e da abstracção corresponderia uma certa estrutura da norma. Deste modo, poderíamos distinguir em todas as normas:

- A previsão (hipótese legal; *facti-species*; tipo legal) – A parte da norma que define a situação típica cuja regulação é visada;
- A estatuição (consequência legal) – A parte da norma que fixa a atitude-padrão a adoptar.

Exemplo: Na norma "aquele que violar o dever de sigilo bancário será punido com pena de cadeia até x anos", as palavras "aquele que violar o dever de sigilo bancário" consubstanciam a previsão e as palavras "será punido com a pena de cadeia até x anos", consubstanciam a estatuição.

Segundo a visão corrente do processo de aplicação das normas, este consistiria em verificar se a previsão de uma norma está de acordo com a situação concreta, em fazer um juízo de subsunção dos factos na previsão normativa, subsunção essa que acarretaria a aplicação de estatuição.

Qualquer das características apontadas é corrente nas normas que temos por jurídicas. Há, porém, casos em que essas características não ocorrem.

Na verdade, há comandos jurídicos contidos em actos legislativos e em regulamentos que não são abstractos e hipotéticos, mas sim concretos e actuais, porque ditados para regular factos determinados, já acontecidos. E também quanto à coercibilidade, há casos em que ela não existe, ou só existe muito mitigadamente*.

Uma outra e, segundo pensamos, mais correcta forma de ver este problema, consiste em observar que as normas perfeitas (entendendo como tais as abstractas, hipotéticas e coercíveis) não esgotam o Direito.

Assim sendo, além das normas perfeitas, haveria ainda:

- **Normas imperfeitas** – As desprovidas de sanção;
- **Comandos jurídicos de outros tipos** – Não reconduzíveis às normas, mas desempenhando um papel paralelo ao das mesmas. Entre estes comandos não abstractos nem hipotéticos, encontram-se:
 - Os princípios;
 - As leis-medida.

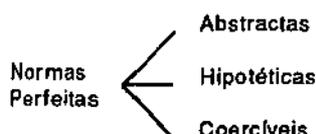
Os princípios divergem das normas não só por, em si mesmos, não serem coercíveis, mas sobretudo por terem uma estrutura diversa, já que não são analisáveis numa previsão e numa estatuição.

Exemplo: O princípio segundo o qual as partes têm liberdade para fixar o conteúdo dos contratos.

As leis-medida divergem das normas porque regulam situações concretas de forma actual. Não são, obviamente, normas, mas também não podem ser qualificadas como medidas (actos) administrativas, porque inovam relativamente ao quadro normativo a elas pré-existente e correspondem ao exercício de uma função que não é meramente executiva.

Exemplo: A lei que estabelece medidas não anteriormente previstas noutra lei para reagir a uma catástrofe.

* De que são bom exemplo as normas de Direito Internacional Público como já vimos.



B) A INTERPRETAÇÃO DA LEI

A Necessidade de Interpretação

A primeira – e uma das mais importantes – tarefa dos juristas é enunciar as normas que vigoram. As fontes de Direito, nomeadamente a lei, como já vimos, não oferecem ao observador imediatamente as normas. Há que interpretar essas fontes para formular as normas. Como qualquer outro objecto de interpretação, as fontes de Direito prestam-se, normalmente, a que lhes atribuamos vários significados.

Os juristas têm, de há muito, consciência de que aos textos que formalizam as normas podem ser imputados vários sentidos. Desenvolveram, por isso, uma metodologia de interpretação das fontes – ou melhor, da lei, por ser a fonte normalmente tida em consideração.

Essa metodologia, com um cariz e uma nomenclatura particulares, que tentaremos descrever de seguida.

As Coordenadas da Interpretação

... "Há dois eixos de coordenadas em matéria de interpretação jurídica".

Baptista Machado in *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*

Esses eixos são:

- Subjectivismo vs. objectivismo;
- Historicismo vs. actualismo.

Subjectivismo vs. objectivismo

O primeiro eixo é, então, o que opõe:

- **Subjectivismo** – O sentido da norma seria aquele que o autor lhe quisesse atribuir;
- **Objectivismo** – O sentido da norma deveria ser procurado sem atender à intenção do seu autor.

Historicismo vs. actualismo

O segundo eixo é o que opõe:

- **Historicismo** – A norma valeria sempre com o sentido originário.
- **Actualismo** – O sentido da norma poderia evoluir em função das modificações do sistema jurídico e das circunstâncias exteriores a este.

* O art. 230 do C. Com. P. que data de 1888, dispõe que "haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou colectivas, que se propuserem: ... 7º transportar, regular e permanentemente, por água ou por terra, quaisquer pessoas, animais, alfaias, ou mercadorias de outrem".

Exemplo: No art. 230 do Código Comercial Português em vigor* é evidente que o legislador histórico não pensou no transporte aéreo. Mas também parece evidente que as razões que podem levar a aplicar certo regime às empresas de transporte por terra e por água também abrangem as transportadoras aéreas. Quem perfilha uma interpretação historicista está, porém, impedido de estender a norma. Já quem perfilha uma interpretação actualista pode fazê-lo.

O subjectivismo tende a ser historicista (ainda que, teoricamente, se possam compatibilizar subjectivismo e actualismo). O objectivismo combina-se com facilidade igual com o historicismo e o actualismo.

Os Elementos de Interpretação

Estes são, na visão mais vulgar, para além do texto, chamado "letra da lei" ou "elemento gramatical", os seguintes:

- Elemento teleológico;
- Elemento sistemático;
- Elemento histórico.

O elemento teleológico (a razão de ser da lei, a *ratio legis*) é constituído pelo fim visado pelo legislador, pela função que a lei desempenha.

O elemento sistemático é constituído pela inserção da norma no sistema, pela sua articulação com as outras peças deste (normas sobre casos semelhantes, normas numa relação lógica de género-espécie, etc.)

O elemento histórico é constituído pela evolução legislativa que precedeu a lei interpretada e pelos próprios materiais usados na feitura desta (estudos legislativos preparatórios, textos doutrinários, etc.).

As Regras de Interpretação

O esforço de teorização da tarefa de interpretação da lei leva normalmente à opção por algumas das coordenadas que a condicionam e à ponderação da valia relativa dos elementos de interpretação.

O mesmo é dizer que os juristas formulam regras (normas não jurídicas) sobre a interpretação da lei. Por vezes, os próprios legisladores tentam vincular os aplicadores da lei a regras determinadas (transformando-as, assim, em regras jurídicas).

É o caso do legislador português, sobretudo no art. 9º do Código Civil:

ARTIGO 9º (Interpretação da lei)

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

O artigo, embora possa dar várias directrizes, não toma posição muito clara relativamente aos problemas que enunciámos antes. Aliás, não o faz propositadamente. O Ministro da Justiça, à altura da publicação do Código Civil (Antunes Varela, em 1966), escreveu o seguinte:

"Colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjectivistas e objectivistas, a nova lei limitou-se a recolher uns tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente da sua origem doutrinária".

Os Resultados da Interpretação

Embora hoje seja corrente admitir-se entre os juristas universitários que não há um sentido literal da lei com valor autónomo, o que é facto é que mesmo esses apresentam uma descrição dos resultados da interpretação no qual é usado como termo de comparação o chamado "sentido literal".

Já, assim, quanto aos seus resultados, interpretação:

- **Declarativa** – O sentido final da norma coincide com o sentido literal;
- **Extensiva** – o sentido final é mais amplo do que o literal;

É o caso do Dec-Lei 32.765*. Se se achar que tal regra também abrange os contratos feitos por outras instituições de crédito e por sociedades financeiras, estar-se-á a fazer interpretação extensiva.

- **Restritiva** – O sentido final é menos amplo do que o literal.

Segundo o art.º 47 do Regime do Arrendamento Urbano, o arrendatário de imóvel urbano ou de fracção autónoma de imóvel urbano tem direito de preferência na compra e venda do mesmo. Se se achar que o locatário que tenha tomado o prédio para habitação por curtos períodos em férias e fins-de-semana não goza de tal direito de preferência, estar-se-á a fazer interpretação restritiva.

* O D.L.32.765 de 29/4/43 determina que os contratos de mútuo "seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante".

ALGUNS ARGUMENTOS USADOS PELOS JURISTAS

Na sua tarefa de interpretar a lei, os juristas utilizam os vários elementos que referimos. Os modos por que o fazem não se podem alinhar num sistema.

Os argumentos de que os juristas lançam mão constituem um elenco aberto, potencialmente constituído por todos os argumentos inventados pelo engenho humano. Na verdade, o raciocínio jurídico visa persuadir e na arte da persuasão (Retórica) não há limites.

Contudo, julgamos valer a pena referir alguns dos argumentos tradicionalmente mais usados pelos juristas, nas tarefas da interpretação. Isto apesar de tais argumentos não serem privativos do raciocínio jurídico, mas sim património comum do pensamento humano, estudados pela lógica geral.

Apresentamos de seguida alguns argumentos:

- Maioria de razão;
- Identidade de razão;
- *A contrario*;
- Coerência do sistema;
- Redução ao absurdo.

Maioria de Razão

Argumento de maioria de razão (*a fortiori*) – Apresenta duas formas principais: a lei que proíbe o menos também proíbe o mais (aplicável, pois, a normas proibitivas) e a lei que permite o mais também permite o menos (aplicável, pois, às normas permissivas);

Por exemplo: De uma regra que proíbe a alguém hipotecar algo, retirar que esse alguém também não o pode vender, ou de uma regra que permite a alguém vender algo, retirar que esse alguém também pode hipotecar essa coisa.

Identidade de Razão

Argumento de identidade de razão (*a pari*) – Se a lei fixa certo regime para certa situação e se outra situação, embora não abrangida directamente pela lei, é idêntica à primeira também se deve considerar abrangida pela lei*.

* Os argumentos *a pari* e *a fortiori* são a base vulgar da interpretação extensiva, já que este tipo de interpretação assenta normalmente no elemento teleológico (extensão teleológica da norma). Refira-se, no entanto, que o elemento teleológico é também a base vulgar da interpretação restritiva (redução teleológica).

Por exemplo: Se uma lei de 1888 fixa certo regime para as empresas de transporte por terra e por água, deve-se considerar extensivo tal regime às empresas de transporte aéreo se se entender que aquilo que determina a fixação do mesmo é o facto de essas empresas se dedicarem à actividade transportadora – seja ela por terra, água ou ar.

A Contrario

Argumento *a contrario*: Se a lei estabelece um certo regime apenas para certa situação, então pretende que para as demais situações valha regime diverso. Este argumento só é válido se se demonstrar que o regime estabelecido por lei só se justifica em relação à situação regulada.

Por exemplo: Se este facto é um homicídio, o seu autor deve ser punido com a morte; este facto não é um homicídio – este não é um caso em que o autor do facto deva ser punido com a morte (este exemplo é dado por dois grandes lógicos do Direito, para acentuar a debilidade lógica do argumento em causa).

Coerência do Sistema

Argumento da coerência do sistema: Um sistema jurídico não pode regular a mesma situação de dois modos incompatíveis; logo, as situações de contradição entre normas são meramente aparentes, devendo ser ultrapassadas.

Redução ao Absurdo

Argumento de **redução ao absurdo** (apagogia): Uma certa interpretação da norma deve ser excluída porque os seus resultados são absurdos (ilógicos ou injustos).

Por exemplo: Vejamos o artigo 503 do Código Civil*. A Doutrina é unânime em dizer que "ter a direcção efectiva" não implica conduzir o veículo. Se fosse necessário demonstrar isso, poder-se-ia fazê-lo deste modo:

Admita-se que ter a direcção efectiva implica conduzir o veículo; o artigo da lei refere como um caso possível de direcção efectiva a utilização do veículo por intermédio de comissário; não é possível simultaneamente conduzir o veículo e utilizá-lo por intermédio de comissário; tem de ser excluída a hipótese de que "ter a direcção efectiva" implica conduzir o veículo.

* O art. 503 C. Civil determina que "Aquele que tiver a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo ..."

D) APLICAÇÃO DA NORMA: NATUREZA INTELLECTUAL DO PROCESSO EM CAUSA

A primeira e a última razão de ser de toda a reflexão sobre o Direito é a regulação de situações da realidade social; neste sentido, o momento em que o mesmo se aplica é o momento crucial dessa reflexão.

Dar conta da relação entre a norma abstracta e a regulação achada para a situação concreta é um problema difícil.

A partir do século XVIII, a ideia de que o juiz deve ter um papel não criador na aplicação do Direito ganhou grande voga na Europa Continental. Na base desta ideia, esteve o pensamento político do liberalismo, quer porque a teoria da separação dos poderes implicava que o poder judicial apenas julgasse, executando o Direito criado pelo poder legislativo, quer porque o Direito passou a ser reduzido à lei.

Esse papel não criador do juiz foi apoiado na ideia de que a aplicação do Direito (da lei) se resolveria, do ponto de vista lógico, num raciocínio silogístico. Na visão mais vulgar, a premissa maior seria a norma, a premissa menor seriam os factos e a conclusão seria a decisão. O juízo pelo qual se averiguaria da possibilidade de "encaixe" dos factos na (previsão da) norma seria o já referido "juízo de subsunção".

Este modelo de explicação e enquadramento da aplicação do Direito foi, ao longo das últimas dezenas de anos, posto em causa por muitos pensadores do Direito. Apesar disso, não só alguns ainda o defendem, como é correntemente tido por bom pela generalidade dos profissionais do Direito.

Está fora das ambições possíveis deste texto tomar posição sobre tal problema, que é um dos mais difíceis da metodologia jurídica. Mas julgamos útil dar conta de algumas das críticas feitas ao modelo em causa.

Críticas ao Modelo Silogístico de Explicação da Aplicação do Direito

Um primeiro ponto em que ele falha é no facto de fazer crer que a formulação da norma e a dos factos seriam processos separados. Bem pelo contrário, o aplicador do Direito quando procura seleccionar na realidade os factos relevantes tem necessariamente em conta os recortes normativos das situações factuais. Do mesmo modo, a determinação do sentido da norma, muitas vezes, não prescinde da averiguação de quais as consequências que, em concreto, perante certa situação factual, um dado sentido acarreta.

Para além disso, há normas nas quais se prevê que o juiz faça juízos de valor levando em conta as circunstâncias do caso*.

* O art. 883 C. Civil determina que, em certos casos, o juiz fixe o preço das compras e vendas segundo juízos de equidade (o nº 1 do artigo em causa reza: "Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convençionarem o modo de ele ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente praticar à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deva cumprir; na insuficiência destas regras, o preço é determinado pelo tribunal, segundo juízos de equidade").

Por tudo isto, o chamado juízo de subsunção não pode ser entendido à letra: a realidade não se "encaixa" perfeitamente nas categorias gerais (neste caso, usadas pelas normas). O individual é sempre mais rico que o geral e a comparação entre os dois, para verificar se aquele se reconduz a este, não pode servir como uma mera tentativa de localização no individual dos elementos da categoria geral.

Uma outra debilidade do "modelo silogístico" consiste no facto de este silenciar a interferência na aplicação do Direito de elementos de ordem não intelectual. É necessário ter presente que os aplicadores do Direito são condicionados, no entendimento das normas (bem como nos juízos sobre os factos), pelas suas concepções pessoais de justiça e até por elementos de índole emocional.

Ao "modelo silogístico" não foi, porém, contraposto qualquer modelo geral de fácil utilização. Talvez por isso, mais do que pela permanência das suas virtualidades, os juristas continuam, pelo menos implicitamente, a invocá-lo quando descrevem o processo de aplicação do Direito.

E)

A SOLUÇÃO DOS CASOS NÃO RESOLVIDOS DIRECTAMENTE PELA LEI

A lei não responde directamente a todos os problemas sociais que necessitam de regulação jurídica. Alargar o sentido da lei tem limites, nomeadamente os derivados da já referida regra segundo a qual não pode ser considerado um sentido que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal.*

* Art. 9º, nº 2, C. Civil.

Refira-se, porém, que há situações que não estão previstas na lei. E, se em relação a muitas delas se pode (e deve) dizer que não têm de ser juridicamente reguladas, muitas outras exigem tal tipo de regulação. E, em relação a estas, a própria lei determina que "o tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei" **

** Art. 8º, nº 1, do C. Civil.

Certos sistemas jurídicos, sobretudo no passado, resolveram este problema mandando aplicar às suas lacunas outros sistemas, tidos por mais completos. Assim, as nossas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) remetiam para o Direito Canónico e para o Direito Romano (para um ou para outro, consoante a matéria em causa envolvesse pecado ou não – na formulação das Manuelinas).

Outra técnica possível, e que também foi utilizada no passado, é a da submissão das hipóteses não reguladas, caso a caso, a uma determinada autoridade. Assim, as nossas Ordenações previam também, como último degrau de um complexo sistema, que, se não fosse possível regular a situação por nenhuma das fontes subsidiárias, o caso fosse remetido à Corte para solução.

Uma outra possibilidade é a de mandar regular os casos omissos por critérios de valor não jurídicos, ainda que normativos (a justiça, a equidade, os usos). Assim, o nosso primeiro Código Civil (de 1867, dito "de Seabra", por o autor do respectivo projecto ter sido António Luís de Seabra – Visconde de Seabra) mandava decidir "pelos princípios de direito natural" as questões que não pudessem ser resolvidas "nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis"*.

A forma pela qual o problema das lacunas na Europa Continental é actualmente resolvido está directamente ligada ao pensamento liberal e à moderna concepção de Estado.

O princípio da separação dos poderes obsta a que outros órgãos, para além dos tribunais, sejam chamados à tarefa de julgar. Reversamente, obsta a que os tribunais, nomeadamente por ocasião da descoberta de lacunas, emitam normas com valor geral (como sucedia em vários países antes do século XVIII). A prática, que chegou a ser experimentada em França, nos primórdios da Revolução, de atribuir ao órgão legislativo a função de suprir lacunas, com base na ideia de que tal tarefa tem natureza legislativa, entorpece a realização da Justiça e levanta o próprio problema da definição de lacuna – que, em concreto, se presta a amplas divergências. Acresce ainda, contra tal prática, que o princípio da legalidade implica que a lei aplicada seja anterior à situação regulada.

Por outro lado, a ligação da ideia de Estado à de Nação e a concepção da lei como resultando da vontade geral dos cidadãos (expressa por meio do parlamento) apontam claramente para a recusa da aplicação de ordenamentos jurídicos estranhos, ainda que a título subsidiário.

Para além disso, tal ligação e tal concepção apontam mesmo para a ideia de auto-suficiência do sistema jurídico estatal (ideia esta que constitui um dos vectores do chamado positivismo jurídico e que é expressa, ao nível da construção conceptual, através da noção de plenitude do sistema jurídico).

Em Portugal, actualmente, os critérios de integração das lacunas da lei são dados pelo art. 10 do Código Civil.

Art. 10º C. Civil
(Integração das lacunas da lei)

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.
2. Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (**).

Como se pode ver pela leitura do artigo, o primeiro apelo é às normas aplicáveis aos casos análogos. O recurso à analogia como processo para suprir as lacunas do sistema jurídico tem obviamente por base a ideia de justiça relativa, segundo a qual situações semelhantes devem ser tratadas de forma semelhante***.

A regra do nº 3 do artigo em causa representa uma consagração mitigada da referida ideia de auto-suficiência do sistema jurídico estatal.

Representa tal consagração porque nega a necessidade de recurso a outros sistemas ou critérios*** (ao contrário do que ainda sucede noutros Direitos da Europa Continental). Mas fá-lo mitigadamente, porque reconhece de forma implícita um papel criador ao raciocínio de quem aplica a lei.

* Art.16, do citado Código.

* *O art. 11 proíbe a aplicação analógica das normas excepcionais. A razão de ser de tal proibição está na ideia de que se o legislador quis criar um regime para uma hipótese – excepção, não é lícito admitir a extensão de tal regime a outras hipóteses. Tudo está em saber se a norma que se considera é excepcional ou se, pelo contrário, é apenas uma manifestação de uma regra formulável com generalidade superior. Em termos dos argumentos – tipo antes referidos: há que optar entre a identidade de razão e o argumento "a contrario" – o que só pode ser feito com base na análise da teologia da norma e da natureza de lacuna.

Além da proibição geral de aplicação analógica das normas excepcionais, há outras proibições localizadas de recurso à analogia. É o que acontece em Direito Penal, onde o actual Código Penal português (art. 1º, nº 3) proíbe o recurso à analogia para a qualificação de um dado facto como crime, bem como para definir o "estado de perigosidade" (dos indivíduos) e ainda para a determinação das penas e das medidas de segurança.

* *Do ponto de vista lógico, a base da aplicação analógica das normas é o argumento de identidade de razão.

* ** Nos termos do art. 3º do C. C., os usos só são atendíveis quando a lei o determina. Nos termos do art. 4º do C. C., os tribunais só podem resolver segundo a equidade quando haja lei especial que o permite ou quando os interessados nisso concordarem.

Refira-se, para concluir, que o processo de interpretação da lei e o de "solução dos casos não resolvidos directamente pela lei" constituem um processo contínuo. Afinal, tais casos também são resolvidos pela lei e saber se o são directamente ou não implica a interpretação da mesma. Para além do mais, a fronteira entre interpretação e aplicação analógica é difícil de definir teoricamente e mais difícil de descortinar na prática.

Chegámos ao final desta Sessão dedicada à ideia de norma jurídica e aos problemas da sua aplicação. O primeiro momento dessa aplicação (em sentido amplo) é o da enunciação das normas, a partir da interpretação das fontes, nomeadamente da lei.

Tal esforço de interpretação obedece a padrões que os juristas discutem e que a própria lei, em parte recolhe. Há que conhecê-los. Mas a enunciação das normas é apenas um processo preparatório da verdadeira aplicação, a correlação entre a norma e a situação, a regulação desta a partir daquela. Há que analisar a natureza intelectual dessa aplicação.

Os problemas de aplicação do Direito não se ficam por aqui. De facto, pode suceder – e sucede com frequência – que as fontes normativas não tenham resposta para um problema. Há que estudar os critérios de solução de tais casos (lacunas).

A partir de agora, você deve estar apto a:

- Distinguir norma de lei;
- Enunciar quais as características correntemente atribuídas às normas jurídicas;
- Enunciar alguns parâmetros de interpretação da lei;
- Enunciar alguns processos de suprir as lacunas da lei.

Exercício 2

- a) Localize no art. 9º do Código Civil os vários elementos normalmente referidos como utilizáveis na fixação do sentido da lei.
- b) Enuncie vários processos de suprir as lacunas da lei.

SESSÃO 3

OS "RAMOS DO DIREITO"

A)

A NOÇÃO DE "RAMO DE DIREITO"

As normas jurídicas podem ser ordenadas segundo vários critérios. Pode seguir-se, por exemplo, um que atenda à natureza formal do acto normativo de onde provêm, distinguindo assim normas constitucionais, normas legais e normas regulamentares, etc.

Entre as tipologias normalmente usadas pelos juristas, aquela que atende à natureza (conteúdo) das relações sociais reguladas é designada por **divisão do Direito em ramos**. Trata-se de uma ordenação não classificatória, por não ser orientada por critérios constantes. Mas não só é bastante informativa, como merece, nas suas grandes linhas, **consenso entre os juristas da Europa Continental**. Sobre essa orientação, aliás, assentam os planos de estudos das Faculdades de Direito e muitas das especializações no estudo teórico do Direito.

A cada ramo do Direito, enquanto grupo de normas, corresponde uma disciplina jurídica também chamada ramo do Direito, porque a palavra "Direito" designa igualmente o saber jurídico, a "ciência jurídica".

Há, porém, disciplinas que não têm por objecto nenhum ramo, enquanto grupo de normas. É o caso óbvio da Filosofia do Direito, da História do Direito e do Direito Comparado.

Mas é também o caso do Direito da Economia – pelo menos, tal é o que normalmente se admite. De facto, as normas sobre matérias económicas estão espalhadas por todos os ramos.

O aparecimento (no início deste século) de uma disciplina jurídica chamada Direito da Economia foi motivado pelo facto de os ramos (disciplinas) tradicionais não darem resposta a certas realidades novas, nomeadamente a certas intervenções económicas de Estado. Mas tal disciplina nova não chamou a si o estudo exclusivo, nem de todas, nem de parte substancial, das normas sobre matérias económicas.

Portanto:

Ramo pode designar disciplina

Ramo pode designar grupo de normas

B) DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Critérios desta Divisão

A divisão do Direito em ramos parte tradicionalmente da bifurcação entre Direito Público e Direito Privado, que provém dos Romanos.

Os critérios propostos são vários e todos admitem críticas. Aquele que talvez mereça mais apoios na Doutrina portuguesa é o chamado critério da posição dos sujeitos. Segundo este critério:

O Direito Público caracteriza-se pelo facto de, nas relações por ele regidas, pelo menos um dos intervenientes estar dotado de autoridade pública (*imperium, publica potestas*).

O Direito Privado caracteriza-se pelo facto de, nas relações por ele regidas, os intervenientes estarem em posição de igualdade formal.

Que relações regulam, pois, cada um destes grandes ramos?

O Direito Privado regula as relações entre os particulares.

O Direito Público regula as relações entre particulares e entes públicos (Estado, Regiões Autónomas, Autarquias, etc.), bem como as relações entre os entes públicos. Com uma excepção, porém: as relações em que os entes públicos intervenham (quer relações entre particulares e entes públicos, quer relações entre entes públicos) sem ser no uso da sua autoridade (por exemplo, alguns contratos, como o de arrendamento) podem ser reguladas pelo Direito Privado.

A distinção entre Direito Público e Direito Privado tem em mira o Direito criado pelo Estado. Mas, como já dissemos antes, além do Direito criado pelo Estado (e seus sub-entes), existe criação de Direito "acima" do Estado.

C) O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

As normas de fonte internacional (nomeadamente, as convenções internacionais) podem respeitar a qualquer das matérias reguladas pelos Direitos estatais e, assim, a qualquer ramo do Direito; muitas convenções internacionais visam uniformizar a regulação pelos Direitos dos vários Estados de aspectos de Direito Privado (é o caso da convenção que aprovou a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças). Mas também podem respeitar às próprias relações entre Estados.

Direito Internacional Público: é o ramo do Direito que abrange as normas sobre as relações entre os Estados, incluindo as que se referem a organizações internacionais e a outras organizações* que tratam com os Estados em pé de igualdade.**

* Destas organizações, é exemplo a Santa Sé.

** Alguns doutrinadores das últimas décadas referem a possibilidade de também os indivíduos serem sujeitos de relações de Direito Internacional Público (exemplo: os autores de crimes contra a Humanidade).

Embora muitos juristas incluam o Direito Internacional Público no Direito Público, parece-nos melhor dizer que, estando esta última categoria ligada ao Direito Estatal, o Direito Internacional Público não cabe aí, transcendendo a divisão entre Direito Público e Direito Privado.

D) DIVISÕES DO DIREITO PÚBLICO

Dentro do Direito Público, cabem, segundo as concepções mais difundidas:

- O Direito Constitucional;
- O Direito Administrativo (que, em termos amplos, abrange o Direito Financeiro, englobando este, por sua vez, o Direito Fiscal);
- O Direito Penal (ou Criminal);
- Os Direitos Processuais (Civil, Penal, Administrativo, Fiscal e do Trabalho).

A noção de **Direito Constitucional** (ou Político) obtém-se a partir da noção de constituição.

Assim como há um sentido material e um sentido formal de constituição, há também uma noção formal e uma noção material de Direito Constitucional.

Há, conseqüentemente, normas formalmente constitucionais que pertencem (também) a outros ramos do Direito; é o caso da norma constitucional que proíbe a pena de morte, que pertence, também, ao Direito Penal.

De igual modo, existem normas materialmente constitucionais que não estão nas Constituições. Em Portugal, por exemplo, tal verifica-se nas normas sobre nacionalidade e sobre eleições.

O **Direito Administrativo** abrange as normas que regulam a organização e a actividade da Administração Pública.

Do Direito Administrativo destacam-se sub-ramos, que, por tratarem de áreas específicas e por terem sido objecto de larga especulação doutrinária, constituem disciplinas autónomas.

É o caso do:

- **Direito Financeiro** – normas que regulam a recolha e o dispêndio dos meios financeiros da Administração Pública;
- **Direito Fiscal** – normas que regulam os impostos, no sentido amplo desta palavra*.

* Desenvolveremos este tema a partir da Sessão 16.

O **Direito Penal** abrange as normas que regulam os crimes e as penas. O que seja crime (bem como pena) é algo muito difícil de definir substancialmente.

O que de mais adequado se pode dizer é que são crimes as condutas que agredem valores básicos da sociedade – tão básicos que a sociedade não pode deixar de reagir a tais condutas impondo penas aos seus autores.

Há, porém, condutas que, apesar de socialmente intoleráveis, não merecem ser punidas como crimes. Como resolver o problema?

Hoje, em Portugal, como noutros países, é autonomizado o chamado* direito de mera ordenação social. Como diz o preâmbulo do diploma que fixou as respectivas regras fundamentais, o Código Penal...

"Ao optar por uma política equilibrada de descriminalização, deixa aberto um vasto campo ao direito de ordenação social naquelas áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal".

Essas condutas ilícitas são chamadas contra-ordenações.

A ideia de Direito Processual (ou Adjectivo) opõe-se à de Direito Material (ou Substantivo).

Podemos distinguir entre as normas que atribuem direitos (e impõem obrigações) e aquelas que regulam os meios (processos) de os exercer coactivamente.

O Direito Processual, se fosse considerado como um conjunto unitário, contrapor-se-ia todos os restantes ramos do Direito. Englobaria todas as normas relativas aos Tribunais, à actividade destes, incluindo as relativas aos processos que se desenrolam perante eles.

Se existissem Tribunais e formas processuais específicas, com algum grau de desenvolvimento, para a imposição de cada ramo do Direito substantivo, existiria um paralelismo entre um sub-sector do Direito Processual e cada ramo do Direito Substantivo.

Mas não é assim. Por exemplo, em Portugal, desde há muitas dezenas de anos, existe um único ramo de Direito Processual (O Direito Processual Civil) a regular a aplicação de dois ramos de Direito Substantivo (O Direito Civil e o Direito Comercial).

Em Portugal, actualmente, podemos distinguir, além do Direito Processual Civil, o:

- Direito Processual Penal;
- Direito Processual Administrativo;
- Direito Processual do Trabalho;
- Direito Processual Fiscal.

E)

DIVISÕES DO DIREITO PRIVADO

O Direito Privado tem como ramo principal o Direito Civil. Ou melhor, se se quiser ser rigoroso com o sentido original das palavras, o Direito Civil é o tronco do Direito Privado, do qual as outras partes são meros ramos.

Historicamente, o Direito Privado e o Direito Civil foram uma e a mesma coisa. Depois, foi-se procedendo à autonomização de certas partes do Direito Civil (que começou pelo Direito Comercial), como resultado da evolução histórica, do desenvolvimento de relações sociais que exigiram novas regulações.

Mas, ainda hoje, mesmo nas zonas de influência dos seus ramos, o Direito Civil permanece como base de apoio.

Podemos, pois, definir o Direito Civil como o Direito Privado Geral (ou Comum).

* Apesar de recente, esta terminologia está já assente na Doutrina, na lei e na Constituição.

Os ramos mais importantes (mais autónomos) do Direito Privado são o:

- Direito Comercial;
- Direito do Trabalho (embora haja quem conteste que este seja exclusivamente Direito Privado).

Não é fácil definir conceptualmente **Direito Comercial**. Todas as definições apresentadas são formais ou muito insuficientes (por terem em vista apenas as características de certo sistema jurídico, em certo momento).

Talvez a melhor forma de dar uma ideia do seu conteúdo e de explicar a origem da sua denominação seja seguindo o seu percurso histórico:

O Direito Comercial começou, nos fins da Idade Média, altura em que surgiu, por ser um conjunto de normas especiais reguladoras das actividades comercial, bancária e seguradora.

Veio a abranger, no decurso da sua evolução, todas as demais áreas da actividade económica, nos seus aspectos privados.

Tendo nascido como um Direito de uma classe (a dos mercadores), muitas vezes à margem da iniciativa estatal, objectivou-se, generalizou-se, tendo, a partir de certa altura, as leis* que o tentaram sistematizar assentado mais na ideia de "acto de comércio" do que na de "comerciante".

* A mais notável foi o *Code de Commerce* francês de 1807. Em Portugal vigora ainda, nalgumas matérias, o Código Comercial de 1888 (dito de Veiga Beirão, autor do respectivo projecto), que segue, em muito, tal modelo.

O Direito Comercial assim não regula só a actividade económica chamada comércio. Em contrapartida, deixa de fora muitos aspectos da regulação das actividades económicas (os de Direito Público, nomeadamente tudo o que tem a ver com o acesso às actividades).

Quando ao **Direito do Trabalho**, regula não só os contratos individuais de trabalho e as relações deles resultantes, como também as relações colectivas de trabalho.

Note-se que só regula a prestação de actividades, manuais ou intelectuais, que se exercem de forma subordinada (por exemplo, o operário que trabalha na fábrica de sapatos).

As relações em que o prestador de serviços trabalha autonomamente, só respondendo pelo seu resultado (o sapateiro que trabalha por sua conta na sua oficina), não se incluem no Direito do Trabalho.

Facilmente se deduz que as relações sociais reguladas pelo Direito do Trabalho só se desenvolveram com o capitalismo industrial.

É, pois, muito recente, do ponto de vista histórico, este ramo do Direito Privado.

F)

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Os Conflitos de Normas

Como já, por mais de uma vez, sublinhámos, o Estado é, na nossa civilização, o grande produtor do Direito.

No que toca ao Direito Privado, além do Estado, só os estados federados, nalguns dos Estados de estrutura federal (por exemplo, os EUA, mas já não a RFA) assumem papel importante na produção das respectivas normas.

Como também já foi dito, a ligação entre o Estado (e os outros entes políticos de base territorial) e o Direito implica uma certa vocação espacial para este.

Quando uma mesma relação social se desenrola em espaços que pertencem a entes políticos diversos e (como sucede em regra com os Estados) os Direitos desses entes políticos contêm regulações diversas para essa relação, surge o que os juristas chamam um "conflito" de leis no espaço.

Detenhamo-nos um pouco nesta questão.

Em primeiro lugar, diga-se que essa concorrência (concurso, dizem os juristas) entre leis pode até não ser conflituante. A lei de um Estado (para simplificar, tomemos o nível do Estado como padrão) pode regular um aspecto e a lei de outro Estado um outro aspecto e a aplicação de cada uma ser levada a cabo sem necessidade de ter a outra em conta.

Em segundo lugar, frise-se que este problema é de índole geral, uma vez que respeita a todo o Direito e não só ao Direito Privado. Efectivamente, existem, conflitos, por exemplo, de leis penais e de leis fiscais. É o caso do chamado problema de dupla tributação internacional, que é, essencialmente, um problema de concurso de leis.

Em terceiro lugar, sublinhe-se que os problemas de conflitos (concursos) de leis não se dão apenas em função do espaço. Dão-se também, por exemplo, em função do tempo.

Na verdade, a existência de duas leis, num mesmo sistema jurídico, que se referem à mesma relação social, levanta frequentemente o problema de se poder admitir que qualquer delas se aplique.

São os chamados conflitos de leis no tempo, ou seja, o problema de aplicação da lei no tempo, objecto de frequentes normas – que, para alguns, dá lugar a outro ramo dos estudos jurídicos, chamado Direito Transitório.

São exemplos de preceitos relativos a este problema os arts. 12 e 13 do Código Civil.

ARTIGO 12.º

(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)

1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvos os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.
2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

ARTIGO 13.º

(Aplicação das leis no tempo. Leis Interpretativas)

1. A lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza.
2. A desistência e a confissão não homologadas pelo tribunal podem ser revogados pelo desistente ou conflituante a quem a lei interpretativa for favorável.

É no que toca ao Direito Privado que os conflitos de normas no espaço mais atenção têm merecido da Doutrina. O ramo do Direito que regula esses conflitos é chamado Direito Internacional Privado.

Apesar do nome, as suas normas têm, na sua maior parte, origem nas leis dos Estados. Tal nome só se justifica em função do carácter internacional das situações reguladas. Refira-se também que, apesar de o estarmos a analisar distinguindo-o do Direito Privado (como os juristas normalmente fazem), o Direito Internacional Privado faz parte deste.

Processos de Resolver os Conflitos de Normas

Normas de conflitos (internas)

O processo vulgar de resolver os conflitos de normas no espaço, em matéria de Direito Privado, é, desde o século passado, a formulação de normas de segundo grau (normas sobre normas). Estas normas distribuem as competências dos vários sistemas concorrentes, em função das matérias em causa.

Assim, por exemplo...

O Código Civil Português manda que o divórcio de cônjuges que não tenham a mesma nacionalidade seja regulado pela lei da sua residência habitual comum ou, na falta desta, pela lei do país com o qual a vida familiar se ache mais estreitamente conexas.

Numa outra visão do problema, estas normas, ditas de conflitos, são normas remissivas e indirectas, contrapondo-se às normas materiais, porque procedem à regulação da situação que têm em vista por meio da remissão para um dos vários sistemas jurídicos relacionados com essa situação.

Outros processos, contudo, houve e há, de resolver os conflitos de normas no espaço.

Aplicação de direito material do foro

Um desses processos é o de, pura e simplesmente, os Tribunais aplicarem a lei em vigor no local onde estão situados. Este, que terá sido o processo primitivo, conduz a injustiças óbvias, consistentes na aplicação de uma lei que poderá nada ter a ver com a situação.

Por exemplo: a aplicação da lei portuguesa ao divórcio de dois iraquianos, casados no Iraque e a viver há pouco em Portugal.

Aplicação de direito material especial

Outro processo foi o que elegeram os Romanos – o da criação de regras especiais para reger as relações em que intervinham estrangeiros (o chamado *jus gentium*).*

* A partir do séc. XVII, a expressão *jus gentium* ganhou um significado diverso do original, passando a designar o Direito Internacional Público.

Convenções internacionais (quer de normas materiais, quer de normas de conflitos)

Estes sistemas de regras especiais não são vulgares, mas tornaram-se correntes as tentativas de criação por convenções entre Estados de normas – quer de normas materiais, quer de normas de conflitos – para regular certos tipos de figuras, nomeadamente, de contratos, com importância nas relações internacionais.

Existem convenções – ainda que nem todas em vigor – sobre compra e venda internacional, sobre *leasing* internacional, sobre *factoring* internacional, sobre a responsabilidade dos fabricantes de produtos, etc..

Criação de direito uniforme

Outra possibilidade experimentada é a da criação de Direito igual em vários espaços políticos. Foi o que os EUA fizeram, em larga escala, em matéria de Direito Comercial, entre os seus vários estados federados, e é esse também o caso das Leis Uniformes sobre Cheques e sobre Letras e Livranças.

Usos comerciais

Por último, podemos ainda referir como modo de resolver os conflitos de leis no espaço um processo estranho aos entes políticos – o da iniciativa dos próprios agentes interessados, criando regras não sancionadas, enquanto tais, por nenhum ente político, mas que são generalizadamente observadas.

Este acatamento de tais regras acaba por ser, aliás, muitas vezes, tutelado pelos Estados, porque os agentes as incorporam nos seus contratos, tornando-as assim vinculativas, do ponto de vista dos Direitos estatais, a título de cláusulas contratuais. É que se passa com as Regras e Usos Uniformes relativos a Créditos Documentários.

G)

OUTROS RAMOS DO DIREITO

Os juristas nomeiam frequentemente outros ramos do Direito, para além dos até aqui referidos. Por vezes, esses ramos constituem sub-divisões. Por exemplo, o Direito da Propriedade Industrial será um sub-ramo do Direito Comercial.

Outras vezes, esses ramos correspondem a perspectivas diferentes das tradicionais, que levam à formação de novos grupos de normas, a partir de desanexações de outros ramos.

Nas maioria dos casos, estas perspectivas orientam-se por um ângulo institucional, isto é, tomam como elemento aglutinador das normas a estudar uma certa realidade que constitui uma área da actividade social, ou uma certa ideia que constitui um pólo de reflexão. São os casos do Direito do Urbanismo e do Direito Agrário.

Outro ramo hoje muito referido é o do Direito Comunitário (Europeu). Aqui, o critério aglutinador, mais do que o institucional, é o da fonte. Fazem parte deste ramo, para além dos tratados instituidores e modificativos das Comunidades, as regras jurídicas constantes de actos normativos emanados dos órgãos da Comunidade (o chamado Direito Derivado).

Por último, faça-se ainda uma referência aos Direitos desligados dos entes políticos. Já se afirmou que a distinção entre Direito Público e Direito Privado – e, portanto todos os ramos que temos vindo a distinguir dentro destes – tem em mira o Direito criado pelo Estado. O Direito Internacional Público, porque rege as relações entre Estados e é, em parte, criado por eles, está também ligado aos entes políticos. Tal se pode dizer também do Direito Comunitário.

Mas há Direitos deles desligados; é o caso do Direito Canónico, que regula a Igreja Católica.

Embora hoje a influência secular do Direito Canónico esteja muito reduzida, ainda persiste entre nós, por exemplo, no casamento *in articulo mortis**. E é de sublinhar que o estudo do Direito Canónico, sobretudo na Idade Média, teve um papel importantíssimo na evolução do saber jurídico.

* Previsto no art. 1622, nº 1, do Código Civil, que diz: "Quando haja fundado receio de morte próxima de algum dos nubentes (...) é permitida a celebração do casamento independentemente do processo preliminar de publicações e sem a intervenção do funcionário do registo civil".

H) RAMOS DO DIREITO QUE REGEM A ACTIVIDADE BANCÁRIA

* Historicamente, as regras especiais relativas aos bancos começaram por ser apenas algumas (poucas) sobre operações bancárias. É o que se reflecte ainda no nosso Código Comercial (que é – repita-se – de 1888).

Chegados a este ponto, é fácil concluir que, hoje,* as regras aplicáveis à constituição e ao funcionamento dos bancos pertencem, não a um, mas a vários dos ramos de Direito tradicionais.

Essa constituição e esse funcionamento são fortemente condicionados por normas de Direito Administrativo. Às operações bancárias aplica-se primacialmente o Direito Comercial, mas o Direito Civil enquadra este e aplica-se também; o Direito Fiscal tem normas que tributam especialmente certas operações bancárias; as regras sobre os aspectos internacionais cabem no Direito Internacional Privado, etc. E tudo isto, cada vez mais, em obediência a actos normativos de Direito Comunitário.

Há muitas obras em cujo título se utiliza a expressão Direito Bancário. Tendo em conta o que deixámos escrito sobre a possibilidade de formar disciplinas a partir de uma realidade institucional, nada há a opor a este conceito. Deve, porém, ficar claro que, se se entende o mesmo conceito como abrangendo a totalidade das regras sobre a constituição e o funcionamento dos bancos, ele é um *melting pot* de substâncias bem diversas.

Nesta Sessão, enumeram-se e descrevem-se as várias áreas (os chamados "ramos de Direito") em que os juristas normalmente dividem o conjunto das normas jurídicas e o seu saber sobre elas.

Os critérios de divisão não são sistemáticos e, muitas vezes, só são compreensíveis numa perspectiva histórica. É bem de ver que nada impede que, para efeitos didácticos ou de especulação teórica, se formem outras áreas, determinadas em função do propósito em vista. De qualquer modo, o conhecimento dos ramos tradicionais dá uma panorâmica indispensável do conjunto do Direito.

A partir de agora, você deve estar apto a:

- Dar uma noção de "Ramo de Direito";
- Dar um critério de distinção entre Direito Público e Direito Privado;
- Indicar divisões do Direito Público e do Direito Privado;
- Indicar processos de resolver conflitos de normas no espaço.

Exercício 3

Indique três normas – reais ou inventadas – que se refiram à actividade bancária e que pertençam a três ramos diversos do Direito.

SESSÃO 4

ALGUNS CONCEITOS FUNDAMENTAIS RESPEITANTES ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

A) RAZÕES DA PREVALÊNCIA DADA AO DIREITO PRIVADO

Tendo em conta o que dissemos, facilmente se verifica que, para o conhecimento das normas que regulam a actividade bancária, o Direito Privado é mais importante do que o Direito Público.

Dentro deste, para além do Direito Fiscal – cuja onnipresença é inegável –, só surgem como verdadeiramente decisivas as regras relativas ao condicionamento da constituição das empresas bancárias e as relativas à sua supervisão pelas autoridades públicas.

Isto, só por si, faria prevalecer, na apresentação que a seguir se faz de alguns conceitos fundamentais dos juristas, a vertente jurídico-privada sobre a jurídico-pública.

Adiante-se ainda que a maior parte dos conceitos comuns ao Direito Privado e ao Direito Público teve origem no primeiro.

B) A NOÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA E A SUA RELEVÂNCIA

Em Portugal – por influência do pensamento jurídico dominante na Alemanha a partir da segunda metade do século XIX (ainda que, muitas vezes, recolhido em textos de língua espanhola e italiana, alguns obras originais, outros traduções das alemãs) – teve, nos últimos decénios, e tem ainda, grande voga o recurso à ideia de **relação jurídica** como conceito molecular dos conceitos jurídico-privados.

O conceito de relação jurídica poderia ser aplicado a todas as situações da vida regidas pelo Direito Privado e teria a vantagem de fazer admitir que o Direito só intervém quando existem relações entre pessoas. A aparente extrema simplicidade do conceito favorece também tais modos de aplicação.

Relação jurídica – é qualquer relação social juridicamente relevante; qualquer relação social regulada pelo Direito.

Deve, porém, ser dito – e sublinhado – que existem outros modelos possíveis de organização molecular dos conceitos jurídicos.

Um deles é, por exemplo, o que assenta na ideia de **situação jurídica**. Este conceito, ao contrário do anterior, não obriga a reconduzir todas as situações da vida à bilateralidade, à bi-polaridade, para que aponta o conceito de relação.

Na verdade, se há situações que facilmente são reconduzíveis à ideia de relação (por exemplo, a que se estabelece quando alguém deve dinheiro a outrem), existem outras cuja recondução à ideia de relação, é forçada – por exemplo, a que diz respeito ao exercício do direito de propriedade, no sentido do aproveitamento das qualidades da coisa objecto do direito.

Aqui, a relação mantém-se entre o proprietário e todas as restantes pessoas; ora esta ideia de uma relação entre um indivíduo e todos os outros seres humanos é obviamente forçada.

A nossa opção é, porém, fácil, porque não tem como critério o grau de adequação dos conceitos à explicação da realidade, mas sim a sua importância no discurso dos juristas portugueses.

Neste contexto, é inegável que, para a maioria deles, no campo do Direito Privado, o "conceito molecular" é o de relação jurídica.

Aliás, o próprio Código Civil assenta parte do seu fio expositivo nesse mesmo conceito.

C) CONTEÚDO E ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

O Conteúdo das Relações Jurídicas

Dissemos que a relação jurídica era um "conceito molecular". Com isso, insinuámos que esse conceito é constituído por vários elementos. Daqui a pouco veremos quais. Antes, analisemos a estrutura da molécula, as suas linhas organizativas.

Os juristas reconduzem o conteúdo* de todas as relações jurídicas a um direito a algo, a que corresponde uma vinculação.

* Também chamado estrutura ou objecto imediato.

Os direitos e as vinculações podem ser classificados de diferentes maneiras. No entanto, mantém-se constante a existência de:

- Um direito – "lado activo";
- Uma correlativa vinculação – "lado passivo".

Direito Subjectivo vs. Direito Potestativo

Os dois tipos principais de direito, em sentido subjectivo**, seriam:

- Direito Subjectivo ou Direito Subjectivo Comum;
- Direito Potestativo.

** Em contraponto ao Direito em sentido objectivo.

O direito subjectivo consistiria no poder de exigir de outra pessoa um certo comportamento (acção ou uma abstenção).

Exemplo: Os direitos a receber alguma coisa, a que alguém não faça algo e o direito a usar alguma coisa.

O direito potestativo consistiria em poder produzir um efeito na esfera jurídica de outrem.

Exemplo: Os direitos a resolver (rescindir) um contrato e a aceitar uma proposta de contrato.

Direito Absoluto vs. Direito Relativo

Outra distinção importante é a que contrapõe:

- Direito Absoluto;
- Direito Relativo.

Assim:

O **direito absoluto** consistiria no facto de o sujeito activo poder exigir algo a todas as restantes pessoas.

* De "res" – coisa em latim.

Exemplo: direitos sobre coisas, os chamados direitos reais*, como o direito de propriedade.

O **direito relativo** abrange aquelas situações em que o sujeito activo pode exigir algo a alguém em especial. Isto porque esse alguém está obrigado a uma conduta para com aquele sujeito.

Exemplo: direitos obrigacionais ou de crédito – o direito a que alguém faça alguma coisa, nomeadamente, a que pague uma quantia monetária.

Diga-se ainda que, os juristas dividem em absolutos e relativos não apenas os direitos subjectivos propriamente ditos, como também as relações que a partir dos mesmos se estabelecem*.

* Há, porém, quem negue qualquer utilidade ao conceito de relação absoluta. Fora de dúvida, parece-nos, está que tal conceito é uma distorção da realidade; na verdade, não há relações sociais entre uma pessoa e os restantes habitantes do mundo.

Direito de Natureza Patrimonial vs. Direito de Natureza não Patrimonial

Outra contraposição importante é a que se estabelece entre:

- Direitos de natureza patrimonial – de que são exemplo os direitos reais, nomeadamente o de propriedade;
- Direitos de natureza não patrimonial ou pessoal – de que é exemplo o direito à imagem (própria).

O critério de distinção normalmente seguido é o da possibilidade de avaliação em dinheiro. É, porém, de notar que, na generalidade das ordens jurídicas, a violação de direitos não patrimoniais pode dar lugar a uma indemnização pecuniária.

Dever e Sujeição

O contraponto do direito a algo é a "vinculação". Assume dois tipos principais:

- Dever – é o contraponto do direito subjectivo;
- Sujeição – é o do direito potestativo.

Elementos do Conceito de Relação Jurídica

Os átomos da relação jurídica são chamados **elementos da relação jurídica**. Na formulação tradicional:

- Sujeitos;
- Objecto;
- Facto jurídico;
- Garantia.

Esta decomposição não é, porém, feliz. Os vários elementos não estão todos no mesmo plano. O chamado **facto jurídico** não faz parte da relação; é exterior a ela. Isso mesmo se conclui a partir da definição usual que os juristas dele dão.

Facto Jurídico -- todo o acontecimento que cria, modifica ou extingue relações jurídicas.

Por outro lado, também a **garantia** não é uma parte da relação jurídica.

Garantia -- é a susceptibilidade de protecção coactiva do direito.

Assim, a **garantia** não é um elemento no sentido de uma parte de algo. É uma característica da relação, uma propriedade da mesma: a relação é jurídica, porque é garantida, tutelada pelo Direito, isto é, porque o Direito dita para ela certa regulação que é susceptível de ser coercivamente imposta.

Elementos, no verdadeiro sentido desta palavra, seriam, pois, apenas os **sujeitos** e o **objecto** da relação (o chamado **objecto mediato**, se designarmos o conteúdo como **objecto imediato**).

O binómio **direito-vinculação** versa necessariamente sobre algo, que é constituído pelos **objectos da relação**, os quais também podem ser reconduzidos a tipos.

Os dois tipos mais importantes de **objectos das relações jurídicas** seriam:

- As coisas;
- As prestações.

Coisa* -- é tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.

* Na definição do artº 202 do Código Civil.

No entanto, a generalidade dos juristas portugueses interpreta restritivamente essa definição, de modo a só abranger realidades autonomizadas do comportamento humano.

Prestação -- é toda a conduta humana que é objecto de relações jurídicas.

Podemos, assim, dizer que, grosseiramente, a categoria jurídica "coisa" corresponde à categoria económica "bem" e a categoria jurídica "prestação" à categoria económica "serviço".

Acrescente-se ainda que as prestações podem ter por objecto, por sua vez, coisas (o vendedor está vinculado à prestação da entrega da coisa vendida, sendo esta o objecto daquela).

Deixámos para o fim o primeiro dos elementos da relação jurídica: os seus **sujeitos** -- as pessoas entre as quais a relação se estabelece.

O titular do direito é chamado **sujeito activo** e o adstrito à vinculação é chamado **sujeito passivo**. A ideia de **sujeito jurídico** merece ser desenvolvida.

D) OS SUJEITOS JURÍDICOS

Personalidade e Capacidade

Personalidade jurídica – é a susceptibilidade de se ser sujeito de relações jurídicas.

É evidente que, hoje em dia, tal susceptibilidade é reconhecida a todos os seres humanos.

Mas os juristas alargaram tal susceptibilidade a certos "entes" em sentido figurado, a certas realidades sociais, cuja boa regulação pareceu exigir um tratamento inspirado no que é aplicado aos seres humanos.

Criaram, assim, os juristas os conceitos de personalidade colectiva e de pessoa colectiva* e alargaram os conceitos de personalidade jurídica e de pessoa jurídica de modo a abranger também os primeiros.

É evidente que as pessoas colectivas não são pessoas no mesmo sentido das pessoas singulares.

Mas o conceito em causa é uma técnica operatória que possibilita resolver problemas**, de modo que, até hoje, pelo menos no mundo jurídico de matriz europeia continental, se mostrou inultrapassável.

Os membros da categoria "sujeitos jurídicos" não teriam todos, em concreto, a mesma capacidade para serem sujeitos de direitos e obrigações.

Em primeiro lugar, porque as pessoas colectivas teriam uma vocação dirigida apenas a certos direitos e obrigações (os necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins), ao passo que as pessoas singulares poderiam aceder a quaisquer direitos e obrigações.

Em segundo lugar, porque haveria que distinguir entre a mera capacidade de ser sujeito deste ou daquele direito ou obrigação (a chamada capacidade de gozo) e a capacidade de exercer direitos e cumprir deveres pessoalmente (a chamada capacidade de exercício).

O mesmo é dizer que os juristas distinguem entre:

- Personalidade jurídica – a mera susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações;
- Capacidade jurídica – a medida dos direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular.

Dentro da capacidade jurídica, distinguem entre a mera possibilidade de ser titular deste ou daquele direito ou de estar vinculado a esta ou àquela obrigação e a possibilidade de exercer esses direitos ou de cumprir esses deveres por si próprio, sem necessidade de intervenção de quem quer que seja.

Este último nível da capacidade, a de exercício, assenta para:

- As pessoas singulares, na sua capacidade natural para agir;
- As pessoas colectivas, na sua estrutura jurídica.

No caso das pessoas colectivas, é a actuação dos membros dos seus órgãos que o Direito lhes imputa.

* Nalguns países, chamada pessoa jurídica, em contração às chamadas pessoas físicas.

** Neste contexto, resolver problemas significa tratar unificadamente interesses difusos ou encabeçados numa pluralidade determinada de pessoas.

Pessoas singulares

Voltando às pessoas singulares, parte delas carece, obviamente, de capacidade de exercício. É o caso daqueles cuja idade ou estado intelectual obsta a que, pessoalmente e livremente, exerçam os seus direitos e cumpram os seus deveres.

Na sua aspiração à certeza, o Direito define um estado de menoridade e os estados de interdição e inabilitação.

Assim, em Portugal, são:

- **Menores:** os que ainda não completaram dezoito anos;
- **Interditos e inabilitados:** os que assim sejam declarados pelos tribunais.

São fundamentos da declaração de interdição a anomalia psíquica, a surdez-mudez e a cegueira que provoquem a incapacidade do sujeito para governar a sua pessoa e bens.

São fundamentos da declaração de inabilitação as mesmas situações que podem fundamentar a interdição, mas num grau que, provocando a incapacidade para reger convenientemente os bens, não justifique a interdição. Para além destas, ainda o abuso de bebidas alcoólicas, ou de estupefacientes, bem como, por último, o comportamento habitualmente pródigo.

A diferença entre a interdição e a inabilitação está em que:

- A interdição gera uma equiparação à menoridade, levando a que a pessoa, à semelhança dos menores (cuja incapacidade é suprida pelo poder de representação, que, em princípio cabe aos pais), tenha de ser representada (por um tutor) na generalidade dos seus actos;
- A inabilitação, em princípio, apenas leva a que nos actos de disposição de bens e noutros eventualmente indicados pelo tribunal, tenha de haver a co-intervenção do chamado curador, a cuja autorização tais actos ficam sujeitos.

Pessoas colectivas

O Estado cria – normalmente por actos legislativos – pessoas colectivas e permite também aos cidadãos utilizarem tal técnica.

Porém, a possibilidade de criação de pessoas colectivas pelos cidadãos tem como limite, à partida, a circunstância de o Direito só dotar de personalidade jurídica certas figuras que tipifica, com cujas características os interessados terão de se conformar se quiserem criar uma entidade dotada de personalidade jurídica.

No campo do Direito Privado, os principais (mais antigos e mais usados) tipos de pessoas colectivas são as associações, as sociedades e as fundações. As diferenças entre eles resultam da realidade social que em cada situação-tipo serve de base (ou substrato, como os juristas vulgarmente dizem) à personalização. A associação é um agrupamento de pessoas para a prossecução de fins não económicos. As sociedades (há vários sub-tipos desta figura, com muitas diferenças entre si, acontecendo até que há sociedades sem personalidade jurídica*) visam prosseguir fins económicos, no interesse daqueles que delas sejam sócios. As fundações são instituídas para a prossecução de fins desinteressados, devendo ser dotadas dos bens necessários aos seus objectivos.

* Vide, na Sessão 6, o que se diz sobre as sociedades civis.

As diferenças de regime entre os vários tipos de pessoas colectivas são muito amplas e começam logo no processo pelo qual adquirem personalidade jurídica. Em Portugal, enquanto a atribuição de personalidade jurídica às associações e às sociedades é um efeito automático do cumprimento pelos interessados de certas formalidades legais (sistema dito de reconhecimento normativo), já no que respeita às fundações a atribuição de personalidade jurídica é feita por meio de um acto da Administração Pública (sistema dito de reconhecimento casuístico ou individuado).

E)

OS RAMOS DO DIREITO CIVIL

Perspectiva Geral

A vastidão do Direito Civil convida à sua divisão. Há mais de cem anos, tornou-se corrente, na Europa Continental, a distinção entre:

- Direito das Obrigações;
- Direitos Reais;
- Direito da Família;
- Direito das Sucessões.

Esta divisão serviu de base (normalmente, antecedida de uma Parte Geral) a vários Códigos Civis* e serve de base ao ensino deste ramo de Direito, nas Faculdades.

* A começar no alemão de 1896 e a acabar no português de 1966 (ainda em vigor com poucas alterações).

Não se trata propriamente de uma classificação, porque não parte de um critério único, universalmente aplicado.

Aliás, algumas das qualificações ínsitas na divisão não se excluem mutuamente: uma relação pode, por exemplo, ser de natureza obrigacional e pertencer ao Direito da Família.

Na verdade, a distinção entre Direito das Obrigações e Direitos Reais tem na sua base a estrutura das relações jurídicas reguladas: as relações obrigacionais são relativas e consistem no direito de alguém a que outrem faça algo (ou se abstenha de algo). As relações reais são absolutas e abrangem as relações que se estabelecem entre quem tem um direito sobre uma coisa e todas as outras pessoas.

Já a autonomização do Direito da Família e do Direito das Sucessões não assenta em qualquer critério estrutural, nem em contraposições, mas antes na natureza das instituições em causa: a família e a transmissão por morte dos bens.

Direito da Família – é o conjunto das normas sobre a instituição assim designada.

Direito das Sucessões – é o conjunto das normas sobre a transmissão dos bens em consequência da morte (sucessão *mortis causa*).

Do ponto de vista das actividades económicas, os ramos do Direito Civil mais relevantes são, sem dúvida:

- O Direito das Obrigações;
- Os Direitos Reais.

Porém, são ainda, deste ponto de vista, especialmente importantes as regras gerais, tendencialmente aplicáveis a todo o Direito Civil (e, mesmo, a todo o Direito Privado), formuladas a propósito de categorias gerais, como a de sujeito jurídico, coisa, facto jurídico e negócio jurídico.

O Direito das Obrigações

O Direito das Obrigações regula, entre outras coisas, os contratos e a responsabilidade civil. O facto de estes temas tão importantes, mas, à primeira vista de um leigo, tão diferentes, aparecerem reunidos com outros, sob a designação, de "obrigações" (ou "direitos de crédito") explica-se pelo recurso à ideia de relação jurídica como "conceito molecular".

Os contratos são considerados como uma das fontes (factos criadores) possíveis das obrigações – que são uma categoria fundamental de relações jurídicas*.

Esta visão não é universal, acentue-se.

Nos Direitos de matriz anglo-americana, os juristas quase passam sem ela. Consideram que há um ramo chamado *Law of Contract* e outro *Law of Torts* (responsabilidade civil) e normalmente não os reconduzem a qualquer outra categoria superior.

* Sublinhe-se que os contratos não criam apenas relações jurídicas obrigacionais, mas também relações jurídicas de outros tipos (por exemplo, transferem direitos reais).

Os Direitos Reais

Os direitos reais regulam a atribuição das coisas às pessoas e a sua utilização, ou seja, o domínio dos bens, nomeadamente, no caso do Direito português, das coisas corpóreas, móveis ou imóveis.

Os direitos de autor e a propriedade industrial estão subtraídos ao Código Civil, ainda que as regras deste lhes sejam subsidiariamente aplicáveis, "quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido" **

O direito real prototípico é a propriedade, mas existem outros, como a seguir referiremos.

** Art. 1303.

Dentro dos direitos reais, seria possível contrapor os direitos reais de gozo aos de garantia, tendo em conta o facto de os mesmos visarem permitir aos seus titulares o aproveitamento das coisas ou de se destinarem (apenas) a garantir outros direitos, nomeadamente direitos de crédito (isto é, direitos obrigacionais).

A propriedade, o usufruto, o direito de superfície e as servidões seriam, entre outros, direitos reais de gozo, e a hipoteca, o penhor e os privilégios creditórios, também entre outros, seriam direitos reais de garantia.

F)

AS IDEIAS DE AUTONOMIA PRIVADA E DE LIBERDADE CONTRATUAL

Ligado a certas concepções filosóficas que não só afirmam a possibilidade de autodeterminação individual como exaltam o seu exercício, surge o conceito básico de Direito Privado conhecido por "autonomia privada"*.

* José Pedro Machado, no seu Dicionário Etimológico, explicita que a palavra grega de que deriva "autonomia" significa "direito de se reger pelas suas próprias leis".

De acordo com o princípio da autonomia privada, compete aos sujeitos jurídicos privados auto-regular os seus interesses, escolher os seus comportamentos e praticar os actos que tenham por bem praticar.

Uma das manifestações mais importantes da autonomia privada é a liberdade de contratar, que se desdobra em vários aspectos, nomeadamente na liberdade de moldar os contratos que se entenda celebrar, tendo as restrições a esta liberdade o valor de excepções.

*"Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver".***

** Na formulação do nº 1 do artº 405 do nosso Código Civil.

Na verdade, as leis (o Código Civil, o Código Comercial e outros) disciplinam certos tipos de contratos, chamados típicos ou nominados (ainda que a nomeação e a tipicidade possam não coincidir totalmente).***Mas os sujeitos privados podem fazer variações relativamente a esses tipos, bem como celebrar contratos que a lei não preveja. Estão neste caso os chamados contratos atípicos (ou inominados, com a ressalva feita a propósito da identidade entre os inversos).

*** Para que haja tipicidade é necessário que da lei se possa retirar uma descrição de um tipo; para que haja nomeação basta que a lei designe a figura por um nome.

Os juristas costumam contrapor a liberdade reinante no campo dos contratos ao princípio da tipicidade que, na generalidade dos países, segundo a maior parte das opiniões, domina os direitos reais.

Consiste este princípio essencialmente no carácter taxativo dos direitos sobre as coisas, no facto de as leis não admitirem que se constituam outros direitos reais para além dos expressamente por elas previstos.

*"Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócios jurídicos, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional"****.*

**** Nº 1 do artº 1306 do nosso Código Civil, que, sob a epígrafe *numerus clausus*, parece consagrar o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Diga-se, porém, que esta contraposição não é inteiramente feliz. É que contrato e direito não se situam no mesmo plano.

Na linguagem dos juristas, o direito é o conteúdo ou o objecto imediato de uma relação jurídica e o contrato é um facto criador de relações jurídicas.

Aliás, é de esclarecer que os contratos que se referem a direitos reais não estão submetidos a nenhum princípio de taxatividade. É permitido criar e transferir direitos reais por meio de contratos atípicos.

Sublinhe-se que a autonomia privada não se confina ao campo dos contratos. Abrange todo o Direito Privado, ainda que se possa dizer que atinge a sua máxima extensão naquele campo e que tende a ser restringida no domínio das relações pessoais (não patrimoniais).

G) NOÇÕES DE ACTO JURÍDICO, NEGÓCIO JURÍDICO E CONTRATO

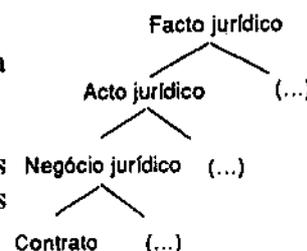
A importância económica do contrato, nas sociedades de mercado, é óbvia. É através dele que são realizadas quase todas as transmissões de bens e serviços.

A ideia de contrato é do domínio comum. Os seus sinónimos são ajuste, combinação, acordo, promessa aceite.

Porém, se se perguntar o que é contrato a um estudante português de Direito, a resposta mais provável será a de "negócio jurídico bilateral".

Na verdade, na sua busca incessante da generalização, da formulação de conceitos com um elevado grau de abstracção, os juristas (da Europa Continental, com os alemães à cabeça) formularam os conceitos de:

- Acto jurídico (primeiro);
- Negócio jurídico (depois);
- Facto jurídico.



Nas definições mais correntes, como já vimos:

Facto jurídico: é todo o acontecimento juridicamente relevante, produtor de efeitos jurídicos, que cria, modifica ou extingue relações jurídicas.

Tanto cabem nele eventos não humanos (o decurso do tempo, que, por exemplo, faz prescrever dívidas) como comportamentos humanos.

Esta noção bifurca-se em função da relevância jurídica da intervenção humana na produção do facto.

Factos jurídicos em sentido estrito: são os acontecimentos a que a vontade humana é estranha ou em que o Direito não a faz revelar.

Actos jurídicos: são os acontecimentos em que a vontade humana desempenha um papel tido em conta pelo Direito.

A noção de acto jurídico, por sua vez, também se bifurca em:

- Negócios jurídicos;
- Actos não negociais.

Segundo a opinião dominante, negócio jurídico define-se por ser um acto praticado no exercício da autonomia privada.

Acto jurídico não negocial é o acto que, embora voluntário, não representa uma regulação de interesses inovadora. Por exemplo, o pagamento de um dívida.

* Ou melhor, a uma parte, já que se o negócio tiver vários autores que constituam uma única "parte" ele será do mesmo modo unilateral.

A ideia de negócio jurídico, em função de ser imputável apenas a um sujeito* ou a vários, é divisível nas categorias:

- Negócios jurídicos unilaterais (por exemplo, um testamento);
- Negócios jurídicos bilaterais.

Além dos bilaterais, também há os plurilaterais, mas os juristas tendem a tomar como padrão dos negócios com pluralidade de partes os bilaterais.

Para a maioria dos juristas portugueses, a categoria dos negócios bilaterais identifica-se com a dos contratos.

Deve, porém, ser dito que não é assim em todos os países (e não foi sempre assim em Portugal).

Durante muitos séculos, em todos os países, a noção de contrato era menos geral, abrangendo apenas os acordos que dão origem a relações jurídicas obrigacionais. Não eram abrangidos, por exemplo, os que se referem a direitos reais e também não o era o casamento, que, segundo a noção lata de contrato adoptada em Portugal, é também um contrato.

Ainda hoje, e para dar exemplos apenas da Europa Continental, na literatura jurídica francesa, o contrato é frequentemente restringido às convenções com efeitos obrigacionais e o Código Civil italiano (de 1942, que também teve larga influência sobre o português), embora menos restritivo, limita-o ao campo das relações patrimoniais.

Nesta Sessão, pretendemos apresentar um conjunto de conceitos que facilitem a compreensão do discurso dos juristas, em geral, e das matérias das Sessões seguintes, em particular.

Os conceitos referidos pertencem sobretudo ao Direito Privado, devido ao facto de muitos conceitos jurídicos gerais terem sido formulados, em primeiro lugar, no Direito Privado.

Para além disso, este ramo é o mais importante para a compreensão da regulação jurídica da actividade económica.

A principal noção molecular de Direito Privado, para os juristas portugueses, é a de "relação jurídica". Por isso se parte dela.

Um outro ponto de partida possível é a noção de autonomia privada, na qual, em última análise, entronca a ideia de contrato – que é a figura jurídica pela qual a circulação dos bens e serviços é, por regra, operada.

Os (nossos) juristas, porém, apresentam a noção de contrato dentro de uma escala de conceitos na qual a mesma só aparece no quarto degrau. Explica-se essa escala e a localização do contrato dentro dela.

A partir de agora, você deve estar apto a:

- Enunciar o conceito de relação jurídica;
- Enunciar os elementos em que usualmente se divide a noção de relação jurídica;
- Distinguir personalidade jurídica de capacidade jurídica;
- Enunciar os ramos do Direito Civil, explicando o que está na base da sua distinção;
- Explicar a ideia de autonomia privada;
- Enunciar os conceitos de facto jurídico, acto jurídico, negócio jurídico e contrato.

Exercício 4

Dê exemplos de:

- Um direito privado não patrimonial.
- Um facto jurídico em sentido estrito.
- Um acto jurídico não negocial.
- Um direito real.

AUTO-AVALIAÇÃO DA UNIDADE I

Exercício 5

Leia com atenção o seguinte texto:

"É-me perguntado se os contratos de mútuo entre instituições de crédito que não sejam bancos (por exemplo, S.F.A.C.) e não comerciantes podem ser celebrados por escritos particulares.

O Dec.-Lei 32.765, de 29 de Abril de 1943, determina que os contratos de mútuo, feitos por estabelecimentos bancários autorizados, seja qual for o seu valor, podem provar-se por escrito particular, ainda mesmo que a outra parte contratante não seja comerciante. Esta regra é uma excepção à regra do Código Civil que determina que os contratos de mútuo acima de dado valor têm de ser celebrados por escritura pública, sob pena de invalidade.

Há uma clara identidade de razão entre o caso dos mútuos feitos por bancos e o dos mútuos feitos por instituições de crédito não bancárias. Aliás, algumas das leis mais recentes sobre operações bancárias, nomeadamente as relativas aos juros, tratam conjuntamente e igualmente as instituições bancárias e outras instituições financeiras.

Na altura em que o Dec.-Lei em causa foi publicado a categoria "instituição de crédito" não existia com o sentido actual. Assim sendo, não se pode atribuir a redacção do diploma a qualquer intenção de deixar de fora tais instituições.

Em conclusão: deve ser entendido que os contratos de mútuo entre instituições de crédito não bancárias e não comerciantes podem ser celebrados por escritos particulares: ou entendendo que a expressão "estabelecimentos bancários autorizados" comporta o sentido de abranger também as demais instituições de crédito ou entendendo que existe uma lacuna da lei e preenchendo-a com a aplicação do Dec.-Lei 32.765."

Responda às seguintes perguntas

- 5.1. Dê um sinónimo da palavra "regra" utilizada no segundo parágrafo do texto.
- 5.2. A que ramo(s) do Direito pertence a norma do Dec.-Lei 32.765?
- 5.3. Pode o diploma em causa ser chamado "lei"?
- 5.4. A que elementos de interpretação da lei recorreu o autor do texto para chegar às suas conclusões?
- 5.5. Como chama aos raciocínios apresentados em alternativa, no último parágrafo do texto?
- 5.6. Que tipo de argumento, do ponto de vista lógico, usou o autor do texto para chegar às suas conclusões?
- 5.7. Os contratos de mútuo cabem na categoria "negócio jurídico"?
- 5.8. Os contratos de mútuo feitos por bancos têm dinheiro por objecto. O dinheiro cabe na categoria jurídica "coisa"?
- 5.9. Uma sociedade bancária pode juridicamente ser chamada "pessoa"?
- 5.10. O contrato de mútuo faz nascer alguma relação jurídica? Qual o direito e a obrigação que formam o seu conteúdo?

SESSÃO 10

CONTRATOS DE CRÉDITO NÃO BANCÁRIOS

A) CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nem só através dos contratos bancários se concede crédito. Qualquer contrato, pelo qual se opere uma troca de valores em que os valores não sejam entregues simultaneamente, envolve concessão de crédito.*

* Os grandes teóricos da Economia Knies e Boehm-Bawerk definiram crédito, respectivamente, como "uma troca dividida no tempo" e "a troca de um bem presente por um bem futuro".

Se vendo o meu automóvel a um amigo combinando que será pago mais tarde, estou, obviamente, a conceder-lhe crédito.

É evidente que quem não é banco pode celebrar contratos análogos àqueles pelos quais os bancos concedem crédito, nomeadamente, mútuos e descontos.

Não parece, porém, que os melhores exemplos de contratos de crédito não bancários sejam esses.

Por um lado, porque, na generalidade dos aspectos, eles regulam-se pelas mesmas normas que os seus homólogos bancários.

Por outro lado, porque a importância económica dos contratos de crédito não bancários análogos aos bancários é diminuta. Isto tendo em vista que quem se dedica à prática maciça de mútuos ou descontos exerce a actividade bancária ou uma actividade financeira semelhante, e, logo, cai na alçada da legislação que a condiciona, passando, portanto, os contratos em que intervém a serem bancários.

Vejam, pois, outros tipos de contratos de crédito que, em atenção à sua origem, designamos por não bancários, ainda que alguns deles sejam hoje praticados sobretudo por empresas financeiras e possam até ser praticados por bancos.

B) A VENDA A PRESTAÇÕES

Os Problemas que a Venda a Prestações Coloca

O contrato de compra e venda é dos mais frequentes e, economicamente, dos mais importantes – é por meio dele que, nas sociedades que conhecem o dinheiro, os bens circulam.

Ora, uma das situações em que mais vulgarmente se concede crédito é, precisamente, a da compra e venda. Nomeadamente, como no exemplo antes dado, por meio da espera de preço, cuja modalidade mais vulgar é a da chamada venda a prestações.

A venda a prestações origina problemas de segurança para as partes. Aliás, estes problemas surgem sempre que há concessão de crédito por meio de um contrato – derivam da própria ausência de simultaneidade na execução das prestações contratuais.

A prestação principal do vendedor é a entrega da coisa; a do comprador é o pagamento do preço. Se o vendedor só tiver de entregar a coisa após o pagamento de todas as prestações, o comprador teme estar a pagar para no fim nada receber (nesta situação quem concede crédito é o comprador!). Se o vendedor entregar logo de início a coisa, é ele que teme não receber o valor correspondente.

A economia moderna tem limitado as hipóteses de o comprador ir pagando antes de receber o bem comprado.

Quando tal bem é um meio de produção, exige-se a entrega imediata, porque a própria utilização do bem vai ajudar à criação dos fundos necessários ao pagamento.

Quando o bem é de consumo (duradouro), a urgência da entrega do mesmo é sobretudo psicológica, mas nem por isso menos real; sem entrega imediata, a maior parte de tais vendas não teria lugar.

Podemos, pois, circunscrever-nos à situação em o que comprador recebe a coisa e fica devedor de uma parte substancial do preço.

A Reserva de Propriedade

Historicamente, os vendedores reagiram aos perigos desta situação pela cláusula de reserva de propriedade.

A compra e venda, além de originar as obrigações de entregar a coisa vendida e de pagar o preço, tem o efeito de transferir o direito de propriedade sobre o bem.

Nalguns Direitos (antes de mais, nos primitivos, mas também nalguns de países desenvolvidos), este efeito, mais do que pelo contrato, é produzido pela entrega da coisa.

Noutros Direitos, a transmissão da propriedade é mesmo originada pelo contrato. Isto é, pelo "acordo de vontades". É o que se passa no Direito português.

De qualquer modo, na situação que temos em vista, a transmissão de propriedade operar-se-ia sempre antes do pagamento do preço – ou por força do contrato, ou por força da entrega.

A reserva de propriedade é uma cláusula inserida num contrato de venda (ou noutro pelo qual se aliena algo) segundo a qual é acordado que, ao contrário do que sucederia na ausência de tal cláusula, a propriedade só se transfere em certo momento ulterior (designadamente, quando o preço estiver pago).

A situação assim criada não é, pois (ou, pelo menos, "à nascença", não o era), uma figura autónoma da do direito de propriedade.

A legalidade da cláusula de reserva de propriedade raras vezes foi negada.

Discutido foi – e ainda é – a sua oponibilidade a terceiros, isto é, quais as consequências da alienação (ou da oneração) do bem pelo adquirente sob reserva (ainda não proprietário, portanto).

Nalguns Direitos, por vezes, contra os interesses dos vendedores sob reserva, prevaleceu a ideia de que não seria justo (e afectaria a segurança das transacções, em geral) entender que o terceiro que adquire, de boa fé, uma coisa a alguém que, na aparência das coisas, a possui (e, consequentemente, se pode presumir ser dona dela), nada adquire se tiver sido estipulada uma certa cláusula num certo contrato que esse terceiro não conhece, nem pode conhecer.*

* Isto é uma manifestação do princípio segundo o qual "posse vale título", consagrado, nomeadamente, no art. 2279 do Código Civil francês (mas com restrições).

Noutros Direitos, noutros momentos, prevaleceu a ideia de que o direito de propriedade deve ser independente da detenção e da posse do seu objecto e que em caso nenhum se justifica que alguém seja privado dele em nome das aparências que possam ter iludido um terceiro.

O fio da lógica não poderia ser quebrado: alguém que aparenta alienar (ou onerar) uma coisa que não é sua nada aliena; logo, ninguém a poderia adquirir por meio dessa alienação.

As soluções que hoje em dia vigoram para este problema na generalidade dos países da Europa Continental são soluções de compromisso. Algumas estão até ligadas a evoluções da figura da reserva, que passou (sobretudo na Alemanha) a ser vista como uma situação diversa da do direito de propriedade, antes próxima dos direitos reais de garantia.

Em Portugal, o Código Civil parece consagrar a ideia de que a reserva nada mais é do que uma cláusula contratual que difere a transmissão da propriedade para momento posterior ao contrato*.

Tudo isto conjugado com o facto de existirem regras que consagram (em matéria de coisas móveis não sujeitas a registo**) o princípio de que ninguém pode transferir para terceiros mais direitos do que os que tem (***) levaria a que se considerasse que o Direito português opta pela plena oponibilidade da reserva a terceiros.

Porém, vigora entre nós uma outra regra que, do ponto de vista prático, significa uma importante limitação a tal princípio...****

* Deve, porém notar-se que, do ponto de vista do registo predial e do registo automóvel, a reserva de propriedade é tratada como um ónus que incide sobre a propriedade, ou seja, o adquirente sob reserva é tratado como proprietário e o alienante como titular de um direito de garantia sobre o bem em causa.

* * Nomeadamente, os art^{os} 892 e 407 do Código Civil. Em matéria de coisas imóveis e de coisas móveis sujeitas a registo, as regras relativas a este introduzem importantes limitações ao princípio em causa. Aliás, o n^o 2 do art^o 409 do Código Civil determina: "Tratando-se de coisa imóvel, ou de móvel sujeito a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros".

* ** *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* ou, mais simplesmente, *nemo dat quod non habet* (ou ainda: *qui non habet dare non potest*) são as expressões latinas que os juristas usam para transmitir esta ideia.

* *** Trata-se do disposto no art^o 1301 do Código Civil.

...Quem exija de terceiro uma coisa por este comprada, de boa fé, a comerciante que negocie em coisas do mesmo género, é obrigado, para obter a entrega da coisa, a pagar a esse terceiro o preço que este tenha pago por ela (embora fique titular de direito de regresso contra os que tenham, com culpa, dado causa ao prejuízo).

A Protecção dos Compradores (nomeadamente, dos consumidores)

A reserva de propriedade nasceu, na prática comercial, por iniciativa dos vendedores. Foi depois reconhecida pelas leis.

As mesmas leis estenderam frequentemente a sua intervenção, em matéria de venda a prestações, a outros aspectos, já não orientados para a protecção dos vendedores, mas antes no interesse dos compradores, nomeadamente dos consumidores.

Repare-se nos seguintes artigos do Código Civil português:

SECÇÃO IX Venda a Prestações ARTIGO 934^o

(Falta de pagamento de uma prestação)

Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.

ARTIGO 935º

(Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir)

1. A indemnização estabelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido.
2. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até ao limite da indemnização convencionada pelas partes.

E de legislação especial (que só abrange as vendas de coisas móveis não consumíveis – mas abrange também as prestações de serviços feitas por comerciantes) constam regras que obrigam, no crédito ao consumo, a que o contrato seja feito por escrito e a que contenha informação capaz de esclarecer o comprador sobre o esforço financeiro adicional a que a compra a prestações o obriga.

Tal é explicitado na lei quando af se diz que do contrato devem constar, nomeadamente, o preço de venda a contado, o preço total da venda a prestações e a taxa anual de encargos efectiva global (TAEG).

Na verdade, os consumidores tendem a merecer uma protecção especialíssima. Existe uma directiva CE que obriga os Estados membros a incluírem nos seus Direitos regras de defesa do consumidor relativas à generalidade dos "contratos de crédito".

Por **consumidor** essa directiva entende "a pessoa singular que (...) actue com objectivos que possam ser considerados alheios à sua actividade ou profissão".

Por **contrato de crédito** (ao consumo) é designado o contrato pelo qual uma empresa "... concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de pagamento diferido, empréstimo ou qualquer outro acordo financeiro semelhante".

Entre essas regras de protecção, estão as seguintes:

- Os contratos de crédito devem ser feitos por escrito;
- Nesse documento (contrato) devem constar, entre muitas outras indicações:
 - A taxa anual de encargos efectiva global e as condições em que tal taxa pode ser alterada;
 - Uma relação do montante, do número e da periodicidade, ou datas, dos pagamentos que o consumidor tem de efectuar, bem como o montante global total desses pagamentos.

O Governo português acaba de adoptar legislação, adaptando o nosso Direito a tal directiva.*

* Dec.-Lei 359/91, de 21 de Setembro.

C) OS CONTRATOS ANÁLOGOS À VENDA A PRESTAÇÕES

O efeito económico alcançado pela venda a prestações pode ser obtido por meio de outras figuras contratuais.

Isso foi aliás logo compreendido pelos vendedores dos países em que a oponibilidade da reserva de propriedade a terceiros encontrou dificuldades. Foi, ainda, recordado pelos vendedores dos países cujas leis, nomeadamente, no âmbito do controlo do consumo, impuseram restrições à venda a prestações.

O modo mais frequente de obter um resultado análogo ao da venda a prestações consiste em combinar a locação* com a venda, ou com uma proposta de venda ou ainda com uma promessa (só do vendedor ou também do comprador) de venda.

A modalidade resultante destas combinações em que o desfecho da operação é necessariamente a aquisição do bem pelo locatário designa-se por *venda-aluguer* (*hire-purchase, location-vente*).

Julgamos incorrecto abranger também sob esta designação aquela modalidade em que a operação pode não levar à aquisição do bem pelo locatário (nomeadamente, por só o vendedor – já não o comprador – se ter obrigado a vender). Seguindo a prática negocial, podemos chamar a esta modalidade "locação com opção de compra".

Já há muito que as leis previnem que as regras sobre venda a prestações sejam contornadas pelo recurso à venda-aluguer e, até, às vezes, pelo recurso à "locação com opção de compra". Assim, o Código Civil português dispõe:

ARTIGO 936º

(Outros contratos com finalidade equivalente)

1. O disposto nos dois artigos anteriores é extensivo a todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações.
2. Quando se locar uma coisa, com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados, a resolução do contrato por o locatário o não cumprir tem efeito retroactivo, devendo o locador restituir as importâncias recebidas, sem possibilidade de convenção em contrário, mas também sem prejuízo do seu direito a indemnização nos termos gerais e nos do artigo anterior.

* Dec.-Lei 457/79, de 21 de Novembro (em grande parte revogado pelo citado Dec.-Lei 359/91, de 21 de Setembro).

De um diploma* que contém regras especiais inspiradas na protecção dos compradores e no controlo do consumo consta o seguinte artigo:

"As disposições deste diploma são aplicáveis, com as devidas adaptações, a todos os contratos pelos quais se pretenda obter resultado equivalente ao da venda a prestações, designadamente, ao contrato de aluguer de uma coisa com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitos todos os alugueres pactuados".

Embora sob forma diferente, a mesma ideia foi conservada no referido diploma que transpôs as directivas CE sobre crédito ao consumo.

D) O LEASING

Muitos dos negócios que, pelo mundo inteiro, se vulgarizaram sob a designação de *leasing* nada mais são, do ponto de vista da estrutura jurídica, do que vendas-alugueres ou locações com opção de compra.

Os restantes desses negócios são locações verdadeiras (*leasing* deriva de *to lease* – alugar ou arrendar), ainda que acompanhadas de outras prestações, nomeadamente de serviços.

Na verdade, os negócios designados por *leasing* tiveram duas origens.

Uma foi (tal como na venda-aluguer) o desejo do concedente de crédito se garantir contra a hipótese de incumprimento por meio do direito de propriedade. Deste modo apareceu o *leasing* dito **financeiro** – o que mais se vulgarizou entre nós, re-baptizado "locação financeira"*.

Outra origem ainda foi o interesse em encurtar os prazos de renovação do equipamento por parte de um número substancial de empresas, o que levou os fornecedores a colocar à disposição esquemas negociais que possibilitam às empresas evitar a compra dos equipamentos e, assim, poder substituí-los logo que as suas necessidades de crescimento ou a obsolescência dos mesmos tornem isso recomendável. Daqui surgiu o *leasing* dito **operativo** – pouco praticado entre nós (tal acontece apenas – e incipientemente –, segundo julgamos, na área dos equipamentos informáticos e na dos equipamentos de construção).

Embora a distinção entre *leasing* financeiro e *leasing* operativo, tal como foi formulada na literatura sobre gestão de empresas dos anos 50 (EUA) e 60 (Europa), não assente na qualidade do locador, mas apenas na motivação essencial do locatário (com reflexos na duração do contrato e na relação entre os alugueres e o valor do equipamento), é inegável que em vários países o *leasing* financeiro foi introduzido (ou desenvolvido) por empresas financeiras.

Foi o que sucedeu em Portugal, com a particularidade de, entre nós, a lei ter precedido (enquadrado e estimulado) a prática.

Na verdade, foi só (e dois anos passados) na sequência de dois decretos-lei de 1979 – que regulamentaram a constituição e o funcionamento das sociedades de locação financeira – com o estatuto de instituições parabancárias – e o próprio contrato de locação financeira) que surgiram as primeiras empresas de *leasing* financeiro em Portugal.

É de dizer que, na segunda metade da década de oitenta, sobretudo no que respeita ao mercado automóvel, surgiram, em Portugal, empresas não constituídas como sociedades de locação financeira a praticar também a actividade de *leasing* financeiro.

De início, tratava-se sobretudo de contornar as regras que restringiam os montantes que as empresas podiam levar a custos enquanto amortizações e as que restringiam o financiamento de automóveis em locação financeira.

Presentemente, a primeira razão encontra-se quase suprimida, mas permanece a segunda, a que se soma a possibilidade de obter assim bens que não se poderiam comprar a prestações.

Os contratos de *leasing* celebrados por empresas que não sejam sociedades de locação financeira serão regidos pelas regras gerais de Direito Privado, incluindo as aplicáveis à venda-aluguer, quando tal se justifique.

Quanto aos contratos de locação financeira propriamente ditos, estão submetidos a regras especiais.

* Há que esclarecer que, embora a palavra *leasing* seja inglesa, aquilo a que os ingleses chamam "leasing" não corresponde à nossa locação financeira. É que, em Inglaterra, para que se possa falar em "leasing", é essencial que o locatário não tenha direito a comprar a coisa locada.

Segundo a definição legal:

Locação financeira é o "contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável, nos termos do próprio contrato".

A esta definição, deve acrescentar-se que o locador tem de ser uma sociedade de locação financeira, constituída nos termos legais.

As principais regras especiais estabelecem diferenças relativamente ao regime geral da locação.

Assim, o locador financeiro não assegura ao locatário o gozo da coisa para os fins a que ela se destina e não responde pelos vícios do equipamento locado.

O risco de perecimento ou deterioração do equipamento corre por conta do locatário financeiro.

O locador financeiro tem direito a fazer suas, sem compensação, todas as peças ou outros elementos acessórios incorporados no equipamento pelo locatário.

O locatário financeiro está obrigado a segurar o equipamento, de forma a abranger a sua perda ou deterioração e também a responsabilidade civil emergente de danos por ela provocados.

É ainda o locatário financeiro que suporta as despesas de transporte e respectivo seguro, montagem, instalação e reparação do equipamento.

Tudo isto, repete-se, ao contrário ou, pelo menos, com algumas diferenças do que acontece na locação. E acresce ainda que a resolução do contrato de locação financeira não está sujeita aos limites e formalismos que regem os contratos de arrendamento e de aluguer, consistentes, nomeadamente:

- Na necessidade de tal resolução ser feita por meio de acção judicial;
- No facto de essa resolução, no caso do arrendamento, só ser possível verificando-se um de determinados fundamentos;
- No facto de o direito à resolução, também no caso do arrendamento, com base na falta de pagamento de rendas, caducar quando o locatário paga – até à contestação da acção judicial – as rendas em atraso e certa indemnização moratória.

Ao contrário, o contrato de locação financeira pode ser resolvido pelo locador, não só em certas situações previstas na lei, mas sempre que o locatário não cumpra definitivamente uma das suas obrigações, bem como nos casos contratualmente previstos.

A razão de ser do regime especial do contrato de locação financeira assenta, obviamente, na sua função. Se esta é a de propiciar financiamento, não se justifica que recaiam sobre o locador os deveres que normalmente recaem sobre os proprietários que dão em locação.

O que uma sociedade de locação financeira pretende do direito de propriedade que adquire sobre o equipamento que dá em locação não é – nem sequer eventualmente – o aproveitamento das qualidades da coisa, mas, sempre e apenas, que esse direito garanta o "retorno" dos fundos (e respectiva remuneração) que investiu no equipamento.

E) O FACTORING

O *factoring* é outro contrato não bancário pelo qual se concede crédito.

A sua delimitação levanta problemas substanciais, por os contornos da figura na prática negocial dos diferentes países serem muito variados. Reflexo e boa prova disso é o facto de a Convenção do Unidroit sobre o *factoring* internacional* estabelecer que, para que de *factoring* se trate, basta que o *factor* desempenhe, por meio da aquisição de créditos, duas das seguintes quatro funções:

- Financiamento;
- Tratamento contabilístico dos créditos concedidos;
- Cobrança de créditos;
- Garantia de pagamento.

É claro que a relação social que tem lugar quando o *factor* se limita a cobrar créditos e a tratar da sua contabilização é bem diversa daquela que tem lugar quando, a par da cobrança, o *factor* concede financiamento.

Por outro lado, a lei portuguesa – que também prevê esta figura – pouco ajuda, não só porque a definição que dela dá é imprecisa, mas também porque poucas normas contém sobre o contrato (a lei centra a sua atenção sobre o funcionamento das empresas de *factoring*).

Assim sendo, preferimos descrever a figura a partir da observação da própria realidade, escolhendo como paradigma a modalidade de *factoring* mais frequente, nomeadamente no nosso país.

Na prática portuguesa, observado ao longo da sua execução, o contrato de *factoring* pode ser descrito do seguinte modo:

- Uma das partes, conhecida por "factor", cobra créditos da contraparte (a que, de seguida, e seguindo nossa a lei, chamaremos "cliente"), nascidos de vendas de bens ou serviços feitas por esta. Por este serviço de cobrança, o cliente paga uma quantia calculada em função do valor dos créditos que indica para cobrança.
- O *factor* entrega ao cliente, mediante solicitação deste, quantias correspondentes ao valor dos créditos a cobrar, não aguardando a data do respectivo vencimento; esta "antecipação de fundos" (como a designaremos doravante) tem como contrapartida o pagamento de juros;
- O *factor*, também mediante solicitação do cliente, assume o risco de os créditos a cobrar não serem pagos; esta assunção do risco é obviamente também remunerada (ainda que essa remuneração possa não ser discriminada relativamente à do serviço de cobrança)**.

Note-se que a antecipação de fundos e a assunção de riscos de crédito não somente são previstas nos contratos como meramente eventuais, como não dependem uma da outra.

* O Unidroit é uma organização intergovernamental que tem por objectivo uniformizar o direito privado dos vários Estados. Em 1988, teve lugar, em Otava, por iniciativa do Unidroit uma conferência internacional que aprovou uma convenção sobre *factoring* internacional (e outra sobre *leasing* internacional). Vários países ratificaram ou estão em vias de ratificar tais convenções.

...Função Cobrança.

...Função Financiamento.

...Função Garantia de Pagamento.

* A função de tratamento contabilístico dos créditos cedidos não se verifica, normalmente, no nosso país.

Os *factors* podem, em relação a cada crédito, prestar um serviço sem prestar o outro.

Só o serviço de cobrança é onnipresente – e não apenas no sentido de que só há antecipação de fundos ou assunção de riscos em relação a créditos que o cliente entregue para cobrança, mas ainda no de que o serviço de cobrança abrange, ao menos tendencialmente, a totalidade dos créditos do cliente sobre os que lhe sejam devedores por virtude de lhe terem comprado bens ou serviços.

Com efeito, os *factors* incluem nos seus contratos-tipo uma cláusula, dita de "globalidade" ou de "universalidade", segundo a qual o cliente se obriga a entregar-lhes para cobrança todos os seus créditos daquele tipo não expressamente exceptuados *a priori*.

A cobrança de créditos, porém, só aparentemente forma o núcleo irredutível do *factoring*. É que a antecipação de fundos e a cobertura de riscos de crédito, embora surjam nos clausulados contratuais como meramente eventuais, são, na prática, razões determinantes do recurso dos clientes ao *factoring* e ambas ou, pelo menos, uma delas, têm lugar na execução de todos os contratos.

Os três tipos de utilidades que o *factor* propicia ao cliente – serviço de cobrança, outorga de crédito, cobertura de riscos de crédito – são características do *factoring* e as obrigações respectivas elementos que necessariamente integram este tipo de contrato.

A terminar diga-se que às cessões de créditos que os contratos de *factoring* prevêem (e a que dão origem) são aplicáveis as regras gerais constantes do Código Civil sobre cessão de créditos. Entre elas, são especialmente importantes as seguintes:

ARTIGO 577º

(Admissibilidade da cessão)

1. O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.

ARTIGO 578º

(Regime aplicável)

1. Os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhe serve de base.

ARTIGO 583º

(Efeitos em relação ao devedor)

1. A cessão produz efeitos em relação ao devedor desde que seja notificada, ainda que extrajudicialmente, ou desde que ele a aceite.

ARTIGO 587º

(Garantia da existência do crédito e da solvência do devedor)

1. O cedente garante ao cessionário a existência e a exigibilidade do crédito ao tempo da cessão, nos termos aplicáveis ao negócio, gratuito ou oneroso, em que a cessão se integra.

2. O cedente só garante a solvência do devedor se a tanto expressamente se tiver obrigado.

Nem só através dos contratos bancários se concede crédito. De entre dos contratos não bancários pelos quais se pode conceder crédito, é de destacar a compra e venda – que é não só um dos contratos mais frequentes, mas também um dos economicamente mais importantes.

A forma mais vulgar de concessão de crédito pela compra e venda é a já velha venda a prestações.

Existem outros contratos, de estrutura jurídica diferente, que alcançam o mesmo resultado económico que a venda a prestações. É o caso da venda-aluguer e da locação com opção de compra.

Também o *leasing* não anda, nalgumas das suas modalidades, longe da venda a prestações. Noutras é um aluguer, mais ou menos puro.

Naquela modalidade que a lei portuguesa consagrou sob a designação de locação financeira, o *leasing* está – na configuração legal – próximo do aluguer com opção de compra. Mas é especializado pela natureza meramente financeira da sociedade locadora.

☪ o *factoring* foge à área de influência das modalidades de venda a prestações/venda-aluguer, embora as cessões de créditos a que dá lugar possam ter por base compras e vendas de créditos.

A partir de agora, você deverá estar apto a:

- Explicar o que é a cláusula de reserva de propriedade;
- Dar exemplos de regras de protecção dos compradores (incluindo consumidores);
- Explicar o que é um contrato análogo à venda a prestações;
- Definir locação financeira e relacionar este conceito com o de *leasing*;
- Descrever o conteúdo ou a execução de um contrato de *factoring*.

Exercício 12

☪ Compare os direitos e as obrigações dos locadores e locatários "normais" com os dos locadores e locatários financeiros, fazendo alusão à razão de ser das diferenças.

SESSÃO 15

A FALÊNCIA E A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

A) A IDEIA DE FALÊNCIA

As Modalidades de Acções Executivas

A generalidade dos Direitos prevê duas formas típicas de os credores executarem o património dos devedores:

* Sobre a ideia de acção executiva, vide Sessão 13.

- A acção executiva* singular, isto é, movida por um credor isoladamente e incidente sobre bens individualmente considerados;
- A acção executiva universal, isto é, em que o património do devedor globalmente considerado é executado em benefício do conjunto dos credores. A falência é o nome da forma mais corrente da acção executiva universal.

Antes de nos debruçarmos sobre a falência, vale a pena acrescentar mais algumas ideias às que já demos sobre o processo executivo, ideias essas que permitirão enquadrar melhor o que depois escreveremos.

Em alguns países a separação entre os dois tipos de acção executiva é acentuada; noutros países é possível transformar uma acção executiva singular numa acção executiva universal ou, pelo menos, é possível a certos credores juntarem-se ao exequente inicial.

É o que se passa em Portugal, onde os credores que tenham garantias reais sobre os bens penhorados em execuções singulares – e só eles – são chamados e admitidos a participar nessas execuções, para fazerem valer as preferências** de que gozam.

* *A ideia de preferência, neste sentido, é inerente à da garantia real. Sobre a ideia de garantia real, vide Sessão 11.

O Princípio da Igualdade dos Credores, suas Excepções e a Falência

A posição relativa dos vários credores de um devedor é, por regra, de igualdade. Quando os bens de uma pessoa não chegam para pagar totalmente aos seus credores, esses credores são em princípio, pagos proporcionalmente.

Há, porém, desvios a esta regra, ou seja, causas que determinam que certos créditos sejam pagos com preferência sobre os outros. É o que se passa, por exemplo, com a hipoteca, o penhor e os privilégios creditórios***.

* **Sobre estas figuras, vide Sessão 11.

O facto de um credor ser mais rápido do que os outros a executar o devedor não justifica, só por si, que esse credor seja pago preferentemente. A lei dá, como sublinhámos, aos credores que têm garantias reais sobre os bens que são penhorados em execuções singulares a possibilidade de fazerem valer os seus direitos.

Mas, o meio mais seguro de obter o respeito pelo princípio de igualdade dos credores e pelas causas legítimas de preferência de certos créditos, quando o património do devedor se mostra insolvente, é, sem dúvida, a liquidação total desse património em benefício do conjunto dos credores. Só assim é possível fazer as operações necessárias à obtenção daqueles objectivos: apurar o activo e o passivo, hierarquizar (graduar) os créditos e pagá-los de acordo com tal hierarquia (gradação).

Esse processo é, como já dissemos, tradicionalmente denominado falência.

B) O NOVO CÓDIGO: ASPECTOS GERAIS

Sentido Geral do Novo Código

Tradicionalmente, as leis não se preocupavam em fomentar a recuperação das empresas em situação económico-financeira difícil. O destino natural de tais empresas era a falência, ou seja, a liquidação do seu património em benefício dos credores.

Nos últimos anos, surgiram, em muitos países, incluindo Portugal, novas leis orientadas para o fomento da recuperação das empresas em situação económico-financeira difícil.

Um diploma legal muito recente* veio reformular o conjunto das regras portuguesas sobre falência e recuperação de empresas, tentando, além do mais, articular os dois tipos de processos.

Na perspectiva do novo Código, há que saber, em relação a cada empresa cuja incapacidade para pagar aos seus credores seja reconhecida pelos Tribunais, se a medida mais adequada é a falência ou a recuperação. Até ao CPEREF, as duas medidas eram tratadas em leis separadas, historicamente distantes, de espíritos muito diferentes, desarticuladas entre si. O CPEREF propôs-se tratar em conjunto as duas medidas, não obrigando os interessados a optar à partida por uma ou por outra.

* O chamado Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei 132/93, de 23 de Abril. Este Código entrou em vigor a 22 de Julho de 1993 e não se aplica aos processos pendentes nessa data.

Assim, podemos identificar para os dois processos:

- Fase preliminar comum, em que se processa:
 - Avaliação da viabilidade,
 - Análise das vantagens e inconvenientes da recuperação.
- Fase própria: Falência ou Recuperação

Mas, na realidade, que inovações trouxe o CPEREF?

As inovações do CPEREF são muitas. Eis uma selecção dos seus traços mais importantes, começando por um aspecto já referido e antecipando outros que adiante se desenvolverão:

- Articulação dos processos de recuperação e de falência, nomeadamente por meio de uma fase preliminar comum;
 - Afirmação clara do primado da recuperação (saneamento da empresa) sobre a falência (liquidação da empresa), em resultado da regra de que a falência de uma empresa insolvente só deve ser decretada quando ela se mostre economicamente inviável ou se considere impossível a sua recuperação financeira;
 - Melhoramento da posição dos credores-empresas (nomeadamente dos bancos), por força da nova regra segundo a qual, com a declaração de falência, se extinguem os privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social;
 - Reforço do papel dos credores nos processos de recuperação e de falência*;
 - Reforço, no processo de falência, dos poderes do liquidatário**;
 - Unificação, sob o nome de falência, do tratamento jurídico da situação factual de insolvência, ou seja, abolição do tipo de tratamento diferenciado que até ao CPEREF existia dos comerciantes (sujeitos à figura da falência) e dos não comerciantes (sujeitos à figura da insolvência).
- * Veja, por exemplo, o que adiante se diz sobre a suspensão, na gestão controlada, dos órgãos da empresa, sobre a designação do liquidatário judicial e sobre a escolha, na falência, das modalidades de venda dos bens.
- **Veja o que é dito adiante sobre tais poderes no respeitante à liquidação do activo e à resolução de negócios feitos pelo falido.

Vamos agora abordar os seguintes aspectos relativos ao CPEREF:

- Sujeitos;
- Pressuposto Básico da Falência e do Processo de Recuperação;
- Primado da Recuperação sobre a Falência

Sujeitos

Quais os sujeitos concretamente abrangidos pelo CPEREF?

**O CPEREF define empresa como organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços.

O novo Código tomou como destinatários principais das suas regras as empresas***.

Deve, no entanto, ser sublinhado que os regimes de recuperação da empresa e da falência não são aplicáveis às pessoas colectivas públicas, nem prejudicam a legislação especial relativa às empresas públicas, às instituições de crédito ou financeiras e às sociedades seguradoras.

Em relação aos insolventes que não sejam titulares de empresas diz o Código que podem ser declarados em falência, mas não podem beneficiar do processo de recuperação.

No entanto, os devedores insolventes não titulares de empresas podem fazer homologar judicialmente as concordatas particulares que façam com os seus credores. Tal homologação tem o efeito de impedir a declaração de falência. As concordatas em causa regulam-se em geral pelas normas relativas à concordata como providência de recuperação.

À falência dos não titulares de empresas são aplicáveis as normas ditadas para a falência das empresas, com as adaptações que se mostrem necessárias.

Pressuposto Básico da Falência e do Processo de Recuperação

A falência e a recuperação são decretáveis numa mesma situação: a insolvência. Diz o CPEREF:

É considerada em situação de insolvência a empresa que, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações.

Primado da Recuperação Sobre a Falência

O Código determina que só deve ser decretada a falência de empresa insolvente se ela se mostrar economicamente inviável ou se não se considerar possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira.

A falência é, assim, tratada pelo Código como uma medida subsidiária em relação à recuperação: só deve ser declarada a falência quando a recuperação não seja possível.

Com efeito, da lei resulta que a falência só deve ser decretada quando:

- Seja pedida pela empresa e nenhum credor se oponha;
- Seja pedida por um credor e nem a empresa nem qualquer outro credor se oponha;
- Na fase preliminar do processo, a inviabilidade económica da empresa seja alegada por credores que representem 75%, ou mais, do valor dos créditos conhecidos e o Juiz reconheça existirem factos reveladores da situação de insolvência;
- Iniciado o processo de recuperação, a assembleia de credores nada delibere no prazo de oito meses a contar do despacho do Juiz que tenha ordenado o prosseguimento do processo;
- Iniciado o processo de recuperação, esta seja rejeitada por credores que representem 75%, ou mais, do valor dos créditos aprovados;
- Tendo a falência sido pedida pela empresa ou por um credor, mas tendo havido oposição (da empresa ou de outro credor), essa oposição seja julgada improcedente pelo Tribunal.

Uma vez caracterizado o CPEREF, vamos agora perceber como se desencadeiam os processos de falência e recuperação, ou seja quem os pode acionar e em que circunstâncias.

Promotores dos Processos de Falência e de Recuperação

A iniciativa de pôr em marcha os processos de falência e de recuperação tanto compete à empresa em causa, como aos seus credores, como ainda, em certos casos, ao Ministério Público. Em casos excepcionais, o Tribunal pode decretar a falência por iniciativa própria.

Diz a lei que qualquer credor pode requerer a aplicação de uma providência de recuperação ou a falência, consoante considere a empresa economicamente viável ou não, desde que se verifique algum dos seguintes factos reveladores da situação de insolvência do devedor:

- Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
- Fuga do titular da empresa ou dos titulares do seu órgão de gestão, relacionada com a falta de liquidez do devedor e sem designação de substituto idóneo, ou abandono do estabelecimento em que a empresa tem a sede ou se exerce a sua principal actividade;
- Dissipação ou extravio de bens, constituição fictícia de créditos ou qualquer outro procedimento anómalo que revele o propósito de o devedor se colocar em situação que o impossibilite de cumprir pontualmente as suas obrigações.

Como vimos, através da imposição de uma fase comum aos 2 processos, o CPEREF possibilita o recurso a uma ou outra das duas medidas possíveis – recuperação ou falência.

Analisemos agora cada uma das fases separadamente...

C) FASE PRELIMINAR DO PROCESSO

O processo inicia-se com uma petição da Empresa ou de um credor, onde o autor da iniciativa tem de especificar a providência que pretende.

Recebida a petição, o Tribunal manda citar os restantes interessados para:

- Deduzirem oposição ao pedido;
- Reclamarem os seus créditos;
- Proporem qualquer providência diferente da pedida.

A Empresa e os dez maiores credores conhecidos são citados individualmente; os demais credores são citados por editais.

O Tribunal informa também o Ministério Público do processo, a fim de que este, havendo créditos do Estado ou de instituições de segurança social, dê conhecimento às autoridades governamentais.

São ainda informados do processo os trabalhadores da Empresa: ou por notificação à comissão de trabalhadores ou, quando esta não exista, por editais afixados nas instalações da Empresa.

Após o decurso do prazo para os interessados se pronunciarem, e tendo obviamente em conta as posições por eles assumidas, o Tribunal, se reconhecer a situação de insolvência, manda seguir o processo: ou como de recuperação ou como de falência.

Vamos, pois, ver em que consistem os processos de recuperação da Empresa e de falência, começando pelo primeiro, tendo em atenção o primado que a lei lhe confere.

D) O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

Medidas de Recuperação

A lei prevê quatro quadros de medidas, ou providências, de recuperação:

- Concordata;
- Acordo de Credores;
- Reestruturação Financeira;
- Gestão Controlada.

Segundo as definições legais:

A Concordata é o meio de recuperação da empresa insolvente que consiste na simples redução ou modificação da totalidade ou de parte dos seus débitos, podendo a modificação limitar-se a uma simples moratória.

O Acordo de Credores é o meio de recuperação da empresa insolvente que consiste na constituição de uma ou mais sociedades destinadas a exploração de um ou mais estabelecimentos da empresa devedora, desde que os credores, ou alguns deles, se disponham a assumir e dinamizar as respectivas actividades.

A Reestruturação Financeira é o meio de recuperação da empresa insolvente que consiste na adopção pelos credores de uma ou mais providências destinadas a modificar a situação do passivo da empresa ou a alterar o seu capital, em termos que assegurem, só por si, a superioridade do activo sobre o passivo e a existência de um fundo de manolo positivo.

A Gestão Controlada é o meio de recuperação da empresa insolvente que assenta num plano de actuação global, concertado entre os credores e executado por intermédio de nova administração, com um regime próprio de fiscalização.

Diferenças Entre as Várias Medidas

Diferenças gerais

As figuras da concordata, da reestruturação financeira e da gestão controlada são representáveis por três círculos concêntricos, em que o menos extenso é o da primeira, o de extensão intermédia o da segunda e o mais extenso o da terceira.

Na verdade, as medidas possíveis na concordata também o são quer na reestruturação financeira quer na gestão controlada e as medidas possíveis na reestruturação financeira também o são na gestão controlada.

Já o acordo de credores diverge, no seu conteúdo, das restantes três figuras.

Na concordata, na reestruturação financeira e na gestão controlada, a entidade jurídica titular da empresa mantém-se; ao contrário, no acordo de credores há lugar à criação de uma ou mais sociedades novas, entre os credores, para explorar a empresa insolvente, ou partes dela.

Mais concretamente, o acordo de credores tem os seguintes efeitos:

- Com a constituição da nova sociedade, extingue-se a sociedade anteriormente titular da empresa;
- O activo da empresa fica a pertencer à nova sociedade;
- A nova sociedade fica obrigada a satisfazer os credores privilegiados não aderentes; aliás, a lei diz que o activo de empresa só lhe pertence "na parte que exceder o pagamento dos credores com preferência".

Na reestruturação financeira, não só se mantém a entidade jurídica titular de empresa como permanecem inalterados os seus administradores e demais órgãos.

Na concordata, os administradores da empresa, em princípio, também mantêm os seus poderes inalterados; o seu exercício pode, contudo, ser condicionado.

Na gestão controlada, ao contrário, há lugar à designação pelos credores de uma administração e de uma comissão de fiscalização. Os demais órgãos da empresa (assembleia geral e conselho fiscal) ficam suspensos. Além disso, fica também suspenso o exercício do direito de voto dos sócios, cabendo à assembleia de credores exercer a generalidade dos poderes da assembleia geral e à comissão de fiscalização os do conselho fiscal.

A reestruturação financeira e a gestão controlada podem envolver medidas com incidência no passivo da empresa e medidas com incidência na estrutura do capital.

Medidas comuns à reestruturação financeira e à gestão controlada

As medidas com incidência no passivo da Empresa que, na reestruturação financeira e na gestão controlada, a assembleia de credores pode aprovar são:

- a) A redução do valor dos créditos, quer quanto ao capital, quer quanto aos juros;
- b) O condicionamento do reembolso de todos os créditos ou de parte deles às disponibilidades do devedor (em princípio, até ao prazo limite de 10 anos);
- c) A modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro dos créditos;
- d) A dação em cumprimento de bens da Empresa para extinção total ou parcial dos seus débitos (com o consentimento não só dos credores abrangidos como da própria Empresa);
- e) A cessão de bens aos credores (com o consentimento não só dos credores abrangidos como da própria Empresa).

As medidas com incidência na estrutura do capital da Empresa, também na reestruturação financeira e na gestão controlada, podem ser:

- a) O aumento do capital da sociedade com respeito pelo direito de preferência dos sócios;
- b) A conversão de créditos sobre a sociedade em participações no aumento de capital deliberado nos termos da alínea anterior, na parte não subscrita pelos sócios;
- c) A reserva à subscrição de terceiros do aumento de capital deliberado nos termos da alínea a), na parte não subscrita;
- d) A redução de capital para cobertura de prejuízos.

Medidas específicas da gestão controlada

A diferença entre a reestruturação financeira e a gestão controlada está em que esta implica a existência de um plano de actuação global e uma nova administração (ainda que com participação de administradores cessantes).

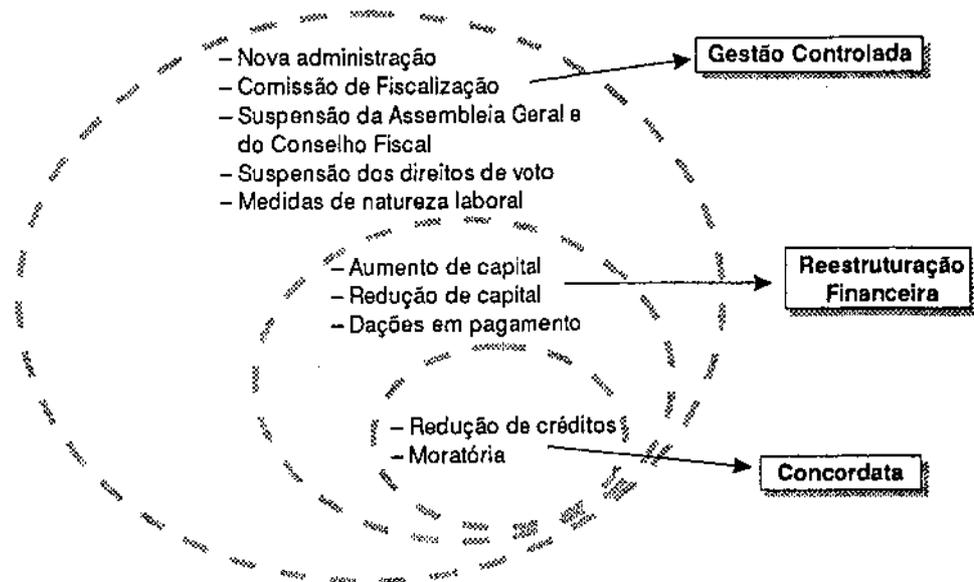
O plano de actuação em que a gestão controlada assenta é aprovado pela assembleia de credores e homologado pelo Juiz. Tal plano deve traçar as linhas gerais da gestão futura, "programando a sua execução em bases de carácter técnico, administrativo, económico e financeiro criteriosamente definidas". No plano têm de ser indicados, nomeadamente, o seu prazo de execução, os objectivos que visa atingir, os meios a usar e as fases da sua realização.

No âmbito do plano podem ser tomadas medidas de gestão de todo o tipo. A lei diz que a própria deliberação da assembleia de credores pode prescrever, designadamente, as seguintes medidas:

- O lançamento de novos empreendimentos compreendidos no objecto social;
- A obtenção de créditos mediante concessão de privilégio;
- O trespasse ou a cessão temporária da exploração de estabelecimentos da Empresa;
- O encerramento de estabelecimento ou a cessação de determinadas actividades;
- A autonomização jurídica de estabelecimentos comerciais ou industriais, através da sua transferência para sociedades dominadas pela Empresa, já existentes ou a construir para o efeito;
- A venda, permuta ou cessão de elementos do activo;
- A locação de bens;
- A resolução dos contratos bilaterais da Empresa devedora, nomeadamente contratos de locação financeira ou de compra e venda com reserva de propriedade.
- No âmbito das relações laborais, e sem prejuízo dos direitos conferidos por lei à comissão de trabalhadores, adopção das providências legalmente admitidas para as empresas declaradas em situação económica difícil;
- No mesmo âmbito e também sem prejuízo dos direitos conferidos à comissão de trabalhadores, obtenção, por parte da nova administração, dos poderes legalmente reconhecidos ao liquidatário judicial da falência para ajustamento do quadro laboral da Empresa às reais possibilidades do seu capital de giro e às efectivas necessidades da sua produção.

Síntese

De seguida, apresentamos um quadro síntese das principais medidas em 3 das modalidades de recuperação. As medidas possíveis na concordata também são possíveis nas outras 2 modalidades. As medidas possíveis na reestruturação financeira também são possíveis na gestão controlada. A gestão controlada tem, além disso, medidas próprias.



Tramitação do Processo de Recuperação

Podemos identificar as seguintes fases principais no processo de recuperação:

- Despacho do Juiz
- Deliberações dos Credores

Despacho

A fase do processo de recuperação propriamente dito inicia-se com um despacho em que o Juiz:

* O Juiz pode, posteriormente, substituir o gestor judicial.

- Designa o gestor judicial*;
- Nomeia uma comissão de credores;
- Fixa um prazo para o estudo da empresa, não superior a noventa dias;
- Convoca a assembleia de credores, para data posterior ao período de estudo.

Nomeação do gestor judicial: competências e obrigações

* *É a figura que substitui o administrador judicial, das leis anteriores.

Como assinalámos, o gestor judicial** é escolhido pelo Juiz. Em tal escolha, o Juiz deve ter em conta as propostas dos credores e da Empresa e o parecer da Comissão de Trabalhadores. Quando não se mostre possível ou conveniente a nomeação da pessoa indicada pelos credores ou pela Empresa, deve o Juiz recorrer a uma lista oficial de gestores – organizada segundo um diploma legal próprio que estabelece também o estatuto do gestor judicial.

Ao gestor judicial compete:

- Orientar a administração da Empresa;
- Fazer o diagnóstico das causas da situação da Empresa;
- Ajuizar da viabilidade económica da Empresa;
- Estudar os meios de recuperação adequados.

Como resulta do já referido, os membros da administração da Empresa não cessam funções automaticamente com a nomeação do gestor judicial. O Juiz, contudo, pode conferir ao gestor poderes para obrigar a Empresa, bem como pode suspender, restringir ou condicionar os poderes da administração.

As deliberações dos credores

Como assinalámos, logo no despacho do Juiz que abre a fase do processo de recuperação propriamente dito é marcada uma reunião de credores. Essa reunião – que é uma assembleia provisória, no sentido de a sua constituição ser provisória – é publicitada por anúncios no Diário da República e num dos jornais mais lidos na localidade e por editais; além disso, são enviadas comunicações postais à Empresa, aos dez maiores credores e à comissão de trabalhadores.

Os credores que pretendam intervir na assembleia têm de reclamar os seus créditos por meio de requerimento.

Depois de uma fase de discussão dos créditos controvertidos, e sob parecer da comissão de credores, compete ao gestor judicial elaborar uma relação provisória dos créditos, discriminados em várias categorias consoante as garantias de que gozem e as impugnações e reconhecimentos de que tenham sido alvo.

Na assembleia podem participar todos os credores cujos créditos constem da relação, mesmo que os seus créditos tenham sido impugnados. O objectivo da primeira reunião dos credores é definir quem tem direito a participar na reunião definitiva.

Os trabalhos da assembleia consistem na apreciação dos créditos, para o efeito da sua aprovação ou rejeição. Os créditos que não tenham sido impugnados consideram-se aprovados. O número de votos de cada credor corresponde ao valor em contos do seu crédito, tal como provisoriamente relacionado. Cada credor não pode votar o seu próprio crédito, a não ser que este haja sido reconhecido pelo gestor judicial.

Das votações cabe reclamação para o Juiz, que decide definitivamente. Quer as votações quer as decisões do Juiz só são relevantes para efeitos da constituição da assembleia definitiva.

A assembleia definitiva tem lugar entre 15 a 21 dias após a provisória. Os seus trabalhos começam com a discussão do relatório do gestor judicial, nomeadamente do meio proposto para a recuperação. Os credores podem deliberar aprovar qualquer medida de recuperação, mesmo que diversa da indicada pela Empresa, ou pelo credor que tenha requerido o processo, ou pelo gestor judicial.

Para se considerar tomada, a deliberação sobre qualquer providência de recuperação tem de ser aprovada por credores que representem, pelo menos, 75% do valor de todos os créditos aprovados. Além disso, para se considerar aprovada, qualquer deliberação dessas não pode ter a oposição de credores que representem 75% ou mais dos créditos atingidos pelas providências. A generalidade dessas deliberações não necessita de aceitação da Empresa. Há, porém, casos em que essa aceitação, pela própria natureza das medidas em causa, é necessária.

A deliberação de aprovação de qualquer providência de recuperação está sujeita a homologação pelo Juiz. Só com essa homologação ela se torna vinculativa.

E) O PROCESSO DE FALÊNCIA

Declaração de Falência

Como resulta da lista que fizemos dos casos em que o Tribunal deve decretar a falência, no fim da fase preliminar do processo, o Tribunal pode estar habilitado a decretar sem mais a falência ou pode ter de apreciar a oposição que tenha sido feita ao pedido do seu decretamento.

Neste caso, o juiz marca uma audiência de julgamento e só após a prova e as alegações nela produzidas, decide sobre o decretamento da falência.

A sentença é publicitada, nomeadamente por registo na Conservatória do Registo Comercial e por publicação no Diário da República e num dos jornais mais lidos na comarca.

Reacção contra a sentença

A lei possibilita aos interessados reagirem contra a sentença que declare (ou não declare) a falência.

Interessados para este efeito, são:

- O devedor cujo requerimento de falência tenha sido recusado;
- O devedor declarado falido, quando a falência tenha sido requerida por terceiros;
- Qualquer credor;
- O Ministério Público;
- O cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os afins em primeiro grau da linha recta do falido, no caso de a falência se fundar na fuga do falido relacionada com a sua falta de liquidez;
- O cônjuge, herdeiro, legatário ou representante do devedor, quando a falência seja declarada depois da morte do falido ou quando tal morte ocorra antes de findo o prazo para a reacção contra a sentença.

Dá-se o nome de embargos ao processo adequado para reagir contra a sentença.

Os embargos suspendem a generalidade das operações de liquidação do activo, bem como os actos processuais posteriores à sentença de verificação e graduação de créditos.

Termos Subsequentes à Declaração de Falência

* É a figura que substitui o administrador da falência, das leis anteriores.

** Há, pois, intervenção dos credores e da Empresa nessa escolha. É de sublinhar que a legislação anterior não previa tal intervenção na escolha do administrador da falência.

Nomeação do liquidatário judicial

Como assinalámos, o liquidatário judicial* é escolhido pelo Juiz. O critério e o processo de escolha são idênticos aos fixados para a escolha do gestor judicial**. Também para os liquidatários judiciais haverá listas próprias, a organizar segundo um diploma legal próprio, no qual se definirá o regime das remunerações, dos adiantamentos e dos reembolsos de despesas a que terão direito.

Ao liquidatário judicial compete:

- Representar o falido em todas as matérias de carácter patrimonial que interessem à falência;
- Administrar os bens que compõem a massa falida, nomeadamente cobrando créditos;
- Alienar os bens da massa falida;
- Preparar o pagamento das dívidas do falido;
- Representar em juízo a massa falida;
- Fazer cessar os contratos de trabalho dos trabalhadores do falido, nas condições das leis do trabalho;
- Prestar informações à comissão de credores e ao Tribunal.

Toda a actividade do liquidatário é dirigida pelo Juiz. Há certos casos que o liquidatário só pode praticar se for autorizado pelo Juiz, depois de ouvida a comissão de credores e, em certos casos, o próprio falido. É o que acontece com a redução de créditos e a extinção de garantias a favor do falido.

A comissão de credores compete, além de dar aqueles pareceres, fiscalizar a actividade do liquidatário judicial e colaborar com ele.

Liquidação do activo

As operações patrimoniais mais importantes que há a realizar por força da falência são obviamente a venda dos bens e o pagamento das dívidas do falido.

Declarada a falência, inicia-se a venda, independentemente dos actos relativos ao pagamento das dívidas.

O prazo para essa liquidação é de seis meses, prorrogável, sob parecer favorável da comissão de credores.

A venda pode revestir qualquer das modalidades previstas na lei geral de processo: venda judicial, com as sub-modalidades de venda por propostas em carta fechada e venda em hasta pública, e venda extra-judicial.

A escolha da modalidade de venda, em cada caso, compete ao liquidatário, obtida a concordância prévia da comissão de credores. Antes do CPEREF essa escolha competia ao síndico da falência*.

À medida que a liquidação se vá efectuando, o seu produto é depositado à ordem da administração da massa falida, só podendo esse depósito ser movimentado mediante a assinatura conjunta do liquidatário judicial e de um, pelo menos, dos membros da comissão de credores.

Verificação do passivo e pagamento aos credores

Como já referimos, a sentença que declara a falência designa o prazo para os credores do falido requererem que os seus créditos sejam tidos em conta (a chamada reclamação de créditos).

Findo esse prazo, o liquidatário organiza uma relação dos reclamantes, e, eventualmente, uma outra dos créditos não reclamados que conste existirem e se lhe afigure existirem. Os credores desta segunda relação são, de seguida, avisados para se pronunciarem, valendo como reclamação de créditos, em pé de igualdade com as anteriores, a que façam na sequência desse aviso.

* A figura do síndico foi abolida pelo CPEREF. O síndico era um magistrado, ao qual competia, essencialmente, orientar e fiscalizar o administrador da falência. Em Lisboa e no Porto, o síndico era nomeado especialmente para o cargo; nas outras comarcas, o cargo era inerente ao de representante do Ministério Público.

Abre-se então uma fase de discussão dos créditos controvertidos, finda a qual o Juiz profere a sentença de verificação e graduação de créditos. Ou seja: o Juiz decide então quais os créditos a atender, para efeitos de pagamento, e fixa as prioridades a observar.

E como se processa o pagamento aos credores?

É este um dos momentos em que se manifesta a natureza preferencial de certos créditos, nomeadamente a dos cobertos por garantias especiais, de natureza real.

Na verdade, os titulares de garantias reais (hipoteca, voluntária ou legal, penhor, direito de retenção, etc) sobre bens da Empresa têm direito a ser pagos pelo produto da venda dos bens, sobre que as suas garantias incidam, com preferência sobre os demais credores e logo que tais bens sejam vendidos. Não ficando integralmente pagos, são incluídos pelo saldo entre os credores comuns.

É de sublinhar, no entanto, que o mesmo não sucede com os créditos do Estado, das autarquias e das instituições de segurança social garantidos por privilégios creditórios. Tais privilégios extinguem-se automaticamente com a declaração de falência, passando os respectivos créditos a ser comuns*. Ou seja: tais privilégios só existem enquanto a Empresa devedora não é declarada em falência.

* Sublinha-se que esta regra só se refere aos privilégios creditórios; não abrange outras garantias, nomeadamente a hipoteca legal, de que certos créditos do Sector Público também gozam.

A razão deste regime – uma das principais inovações do CPEREF – está na vontade de evitar que o Sector Público se incline facilmente para soluções de desagregação das unidades económicas em causa.

Contas finais

Finda a liquidação, o liquidatário apresenta as contas finais da liquidação.

Após ser dada oportunidade aos credores, ao falido e ao Ministério Público para se pronunciarem sobre as contas, o tribunal julga-as.

Com esse julgamento termina o processo de falência.

Efeitos da falência

Para além do que já dissemos, sublinhamos os seguintes efeitos da falência:

Em relação ao falido:

- Priva-o da administração dos seus bens e do poder de disposição sobre eles;
- Inibe-o, salvo autorização do Juiz, do exercício do comércio, incluindo a ocupação de qualquer cargo em órgãos de sociedades, comerciais ou civis, associações de actividade económica, empresas públicas e cooperativas. Esta inibição abrange também os membros do órgão de administração das sociedades declaradas falidas. Num caso e noutro, porém, a inibição pode ser imediatamente levantada pelo Juiz, desde que reconheça que a pessoa em causa agiu com lisura e diligência normal;
- Impõe-lhe a obrigação de se apresentar pessoalmente no Tribunal, para prestar esclarecimentos, sempre que o Juiz ou o liquidatário o solicitem.

Em relação aos direitos e obrigações do falido:

- Torna imediatamente exigíveis todas as dívidas, ainda que sujeitas a prazo não vencido;
- Faz cessar a contagem de juros e outros encargos sobre as obrigações do falido;
- Faz perder aos credores do falido a possibilidade de compensarem os seus eventuais débitos com os seus créditos;
- obsta à instauração e ao prosseguimento de acções executivas contra o falido;
- Possibilita a apelação ao processo de falência, a pedido do liquidatário, de todas as acções judiciais declarativas em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa falida.

Em relação aos trabalhadores:

- A falência não determina a cessação automática dos contratos de trabalho dos trabalhadores do falido. Continua a aplicar-se-lhes o regime geral de cessação dos contratos de trabalho. Como já dissemos, as leis do trabalho estabelecem que a declaração de falência não faz cessar os contratos de trabalho, enquanto o estabelecimento não for encerrado definitivamente, mas que o liquidatário pode fazer cessar os contratos de trabalho dos trabalhadores cuja colaboração não seja indispensável, nos termos das regras sobre o despedimento colectivo;
- O liquidatário judicial pode contratar, a termo certo ou incerto, os trabalhadores necessários à liquidação da massa falida, mas os novos contratos caducam, em qualquer caso, no momento da liquidação do estabelecimento onde os trabalhadores prestem serviço.

A falência pode ainda ter efeitos em certos negócios jurídicos praticados pelo falido, que são impugnáveis com base em certos pressupostos legalmente enumerados, nomeadamente, a diminuição do património verificada, o prazo entretanto decorrido, os seus intervenientes, a sua natureza onerosa ou gratuita, etc...

Acordo posterior à falência

O processo de falência pode, como a generalidade dos processos judiciais, ser travado por meio de acordo entre os interessados.

Sob o nome de "acordo extraordinário", a lei prevê que o falido e os credores com créditos verificados ponham termo ao processo de falência. Para tanto, é necessário que os créditos dos intervenientes representem, pelo menos, 75% do valor dos créditos comuns verificados.

A lei dá aos credores não intervenientes no acordo e ao Ministério Público oportunidade para se oporem. Além disso, o liquidatário judicial e a comissão de credores têm de emitir parecer sobre as condições legais do acordo e a probabilidade do seu cumprimento pelo falido.

O acordo produz efeitos (incluindo a recuperação pelo falido dos poderes de disposição e de administração dos seus bens) desde que seja homologado pelo tribunal.

Levantamento dos efeitos da falência relativos ao falido

Para além do caso do acordo extraordinário, a lei regula outras hipóteses de cessação dos efeitos da falência em relação ao falido.

São elas:

- * Chama-se remissão à extinção de uma dívida por acordo entre o credor e o devedor.
- * * Uma sentença transitada em julgado quando já não é susceptível de recurso.
- O pagamento integral ou a remissão* de todos os créditos reconhecidos;
- O decurso de cinco anos sobre o trânsito em julgado** da decisão sobre as contas finais dos liquidatários;
- Decorridos os prazos para a instauração de procedimento criminal, se esta não tiver ocorrido e o Juiz reconhecer que o devedor agiu no exercício da sua actividade com lisura e diligência normal.

Necessário, em qualquer das hipóteses (mesmo na do acordo extraordinário), é que o falido requeira o levantamento dos efeitos da falência que a ele respeitem.

F)

IMPLICAÇÕES PENAIS DA INSOLVÊNCIA

A insolvência pode ter implicações criminais. Há três tipos de crimes que estão ligados à insolvência:

- Insolvência Dolosa
- Falência não Intencional
- Favorecimento de Credores

Insolvência Dolosa

Comete este crime aquele que com a intenção de prejudicar os seus credores pratique os actos a seguir descritos, desde que a sua insolvência venha a ser reconhecida judicialmente:

- a) Destruir, danificar, inutilizar ou fazer desaparecer parte do seu património;
- b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilização, apesar de devida;
- c) Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros;
- d) Retardar a declaração de falência, comprando mercadorias a crédito com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente ou angariando fundos em condições ruinosas.

Comete também este crime o devedor sujeito a concordata que não justifique a aplicação regular dos valores do activo existentes à data da providência.

Falência Não Intencional

Comete este crime aquele que crie uma situação de insolvência, que venha a estar na base de uma declaração de falência, se o fizer por grave incúria, prodigalidade por despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou graves negligências no exercício da sua actividade.

Comete também este tipo de crime aquele que, tendo conhecimento da situação de insolvência, não se apresentar à falência nem requerer qualquer providência de recuperação.

Comete ainda este tipo de crime o devedor que vier a ser declarado falido quando tenha deixado de cumprir as disposições legais sobre escrituração, salvo se a exiguidade do seu comércio e o carácter rudimentar das suas habilitações literárias o isentarem do cumprimento dessas disposições.

Favorecimento de Credores

Comete este crime aquele que, sabendo-se em situação de insolvência ou prevendo a sua iminência, pague dívidas ainda não vencidas ou pague dívidas sem ser com dinheiro ou com valores usuais ou dê garantias para as suas dívidas a que não estava obrigado, desde que venha a ser reconhecida judicialmente a sua insolvência.

Nesta Sessão, apresentámos um panorama dos processos de recuperação de empresas e de falência. Começámos por dar ideias gerais sobre a execução do património dos credores e, depois, percorremos os aspectos essenciais do novo Código que, em Portugal, regula os processos em causa.

A partir de agora, você deve estar apto a:

- Enunciar o pressuposto básico comum aos dois tipos de processo;
- Caracterizar a fase preliminar comum aos dois tipos de processo;
- Enunciar e caracterizar as várias medidas de recuperação;
- Descrever a tramitação dos processos de recuperação e de falência;
- Enunciar os casos em que a falência deve ser decretada;
- Enunciar os efeitos da falência.