

SCIENTIA IVRIDICA

SCIENTIA IVRIDICA

Revista fundada em 1951 pelo Senhor Conselheiro Francisco José Velozo

Diretor

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Conselho de Redação

António Barbosa, *Advogado*

Flávia Noversa Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria José Araújo, *Advogada*

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Comissão Científica

Arno dal Ri Junior, *Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Sta. Catarina, Brasil*

Carlos Abreu Amorim, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Cristina Dias, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Edson Alvisi, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Elizabeth Fernandez, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Flávia Piovesan, *Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Brasil*

Fernando de Gravato Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Heinrich Ewald Hörster, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joana Aguiar e Silva, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Joaquim Freitas da Rocha, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

José Joaquim Gomes Canotilho, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Jorge Miranda, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Manuel Costa Andrade, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Maria de Assunção do Vale Pereira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Maria Miguel Carvalho, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Mário Ferreira Monte, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Teresa Moreira, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Vasco Pereira da Silva, *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

Wladimir Brito, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Secretária de Redação

Paula Azevedo, *Licenciada em Direito*

Secretária da Administração

Carmelinda Vilaça

Propriedade e Edição

Universidade do Minho (Escola de Direito)

Contribuinte n.º 502 011 378

Administração e Redação

Universidade do Minho – Escola de Direito

Campus de Gualtar – 4710-057 Braga

Tel. 253 601 835 – E-mail: si@direito.uminho.pt

Primeira Editora e Proprietária, Livraria Cruz (Braga)

ISSN: 0870 – 8185

Depósito legal: 381240/14

Tiragem: 60 exemplares

Publicação anotada na ERC

SCIENTIA IVRIDICA

TOMO LXXIV
N.º 367 – JANEIRO/ABRIL

2025

UNIVERSIDADE DO MINHO
Largo do Paço – 4704-553 Braga (Portugal)

SCIENTIA IVRIDICA

Revista quadrimestral

Edição coordenada por

Flávia Novera Loureiro, *Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Marco Carvalho Gonçalves, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Pedro Jacob Morais, *Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho*

Órgão da Associação Jurídica de Braga (AJB)

Esta revista propõe-se promover o intercâmbio cultural dos juristas da Comunidade Lusitana, a ligação mais íntima entre a Universidade e o Foro e todos os cultores do Direito, e o progresso deste. Procura fornecer informação atualizada sobre todos os ramos do Direito, o que também permite que a revista seja utilizada para formação cultural. Os artigos não assinados são da responsabilidade da Redação.

Estatuto Editorial disponível em <https://revistas.uminho.pt/index.php/scientiaivridica>

Permutas

Solicita-se o endereço de todas as ofertas e permutas para:

SCIENTIA IVRIDICA

Escola de Direito

Campus de Gualtar

4710-057 Braga

Portugal

Assinaturas

Assinatura anual (3 números):

Portugal: € 45.00

Insolvência, reclusão prisional e dignidade: os limites da apreensão de bens para um trio (im)provável

Ana Miguel Ferreira

*Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa
(Escola de Direito da Universidade do Minho)*

Resumo: A discussão de estabelecimento de limites máximos e mínimos para a apreensão de bens, no domínio do direito da insolvência, é premente, atendendo à necessidade de concatenar a satisfação de créditos com as repercussões sentidas na esfera do devedor, mormente, com a imperatividade de ser mantida a mínima condignidade no seu estilo de vida.

Certo é que a questão se altera quando o insolvente assume, também, a posição de recluso em Estabelecimento Prisional. A concomitante situação de insolvência em estado de reclusão prisional não é uma eventualidade incomum. Aliás, não raras vezes, é a própria situação de reclusão que proporciona o decréscimo de rendimentos e impulsiona a declaração do insolvente, como tal.

Neste caso, todavia, é o Estado que assegura, *a priori*, as mínimas condições necessárias para a realização de uma vida com a devida dignidade aos reclusos em Estabelecimento Prisional, o que desencadeia a essencialidade de demarcar as fronteiras na apreensão de bens, tratando a singularidade destes casos com a necessária diferença.

A presente investigação tem por desiderato uma análise detalhada sobre a particularidade das situações descritas, visando humildemente contribuir para a construção de um regime justo e, sobretudo, equitativo, no que tange à aplicação do direito da insolvência aos reclusos em Estabelecimento Prisional, e, assim, desenhar soluções que permitam um justo equilíbrio entre a posição dos insolventes e a dos seus credores.

Palavras-chave: Apreensão / Condigna / Insolvência / Limites / Reclusão

Abstract: The debate around establishing maximum and minimum limits for the seizure of assets in the domain of insolvency law is ongoing, considering the need to reconcile the satisfaction of creditors with the repercussions felt by the debtor, particularly the imperative of maintaining a minimum level of dignity in their lifestyle.

It is true that the situation changes when the insolvent individual also assumes the position of a prison inmate. The simultaneous situation of insolvency while being incarcerated is not an uncommon eventuality. In fact, it is often the situation of imprisonment itself that causes a decrease in income, which drives the declaration of insolvency.

In this case, however, it is the State that ensures the minimum necessary conditions for a life with dignity for prison inmates, which triggers the need to draw clear boundaries on asset seizures, treating the singularity of these cases with the necessary distinction.

This research aims to provide a detailed analysis of the uniqueness of the described situations, humbly seeking to contribute to the development of a fair and, above all, equitable regime regarding the application of insolvency law to prison inmates, and thus, propose solutions that allow for a fair balance between the position of the insolvent individuals and their creditors.

Keywords: Seizure / Dignified / Insolvency / Limits / Incarceration

Sumário: 1. Introdução. 2. Enquadramento histórico. 3. Da apreensão de bens da massa insolvente; 3.1. A (in)existência de um limite para a apreensão de bens. 4. Da insolvência dos reclusos em Estabelecimento Prisional; 4.1. Da dicotomia entre a reintegração social e o cumprimento de créditos. 5. Do instituto da exoneração do passivo restante e a situação de reclusão. 6. Conclusão.

1. Introdução

A abordagem de toda e qualquer questão que se situe no domínio do direito da insolvência implica, necessariamente, que se tenha em especial consideração as repercussões que cada detalhe que enforma a referida disciplina jurídica assume na vida dos indivíduos envolvidos.

Parte, precisamente, deste paradigma o tema que ora nos propomos investigar. Optamos por nos debruçar sobre algumas das questões centrais que surgem, no âmbito do processo de insolvência, quando o insolvente é, também, um recluso em Estabelecimento Prisional, posição de tamanha singularidade que, evidentemente, merece um olhar mais atento, no que concerne à sua tutela.

Com efeito, tomando como mote um breve enquadramento histórico sobre a insolvência, reuniremos condições para, inicialmente, refletir sobre a apreensão

de bens do devedor, na tentativa de decifrar a resposta para a questão que se coloca sobre a existência ou não de um travão passível de ser colocado à mesma, à semelhança do que acontece na senda do processo executivo, assim como equacionaremos sobre uma possível influência da qualificação da insolvência, enquanto fortuita ou culposa, neste domínio.

Por conseguinte, no contexto do cenário prático não tão pouco comum em que se traduz a situação de indivíduos em estado de reclusão se afigurarem, concomitantemente, insolventes, refletiremos, aprofundadamente, sobre a possibilidade de uma diferente extensão de apreensão dos seus bens, dado, nestes casos, ser o Estado quem assume a função de garante do estabelecimento de um patamar de vida condigno para estes indivíduos.

Mais a mais, teceremos algumas breves reflexões sobre a possível aplicabilidade do instituto da exoneração do passivo restante ao simultâneo devedor e recluso, considerando jurisprudência de tribunais superiores portugueses, sempre tendo por base a dicotomia prevalecente entre a eventual reintegração dos reclusos na sociedade e a efetivação de satisfação de créditos por si gerados.

Deverá a apreensão de bens de um recluso ser dotada da mesma amplitude que detém uma apreensão de bens realizada a um qualquer outro indivíduo insolvente? Será possível concretizar a promessa de um “*fresh start*”, nestas circunstâncias?

2. Enquadramento histórico

Embora seja usual, em Portugal, a menção do ditado popular “Quem dá o que tem, a mais não é obrigado”, rapidamente se torna perceptível que, grosso modo, nunca foi este o paradigma subjacente às relações jurídico-comerciais, independentemente do momento histórico em que estas se tenham verificado estabelecidas.

Efetivamente, por muita honestidade que pudesse – ou possa – emanar das razões subjacentes às dívidas criadas na esfera de determinado indivíduo, a verdade é que se o seu incumprimento assentar na sua impossibilidade de garantir a totalidade dos pagamentos a que se encontrar adstrito, em nada isso deterá as interpelações dos credores, a fim de recuperarem os valores que lhes pertencem por direito. Nesta senda, equacionar um mercado sem credores e devedores parece, inegavelmente, uma tarefa que supera a extrema complexidade, pelo facto de se afigurar, precisamente, impossível. Ora, muito nos equivocariíamos se afirmássemos que o direito da insolvência configura uma novidade, quando sempre

se manifestou como uma regulação necessária – ainda que com diferentes e diversos desenvolvimentos ao longo dos séculos – inerente ao funcionamento do mercado.

Com efeito, a sua origem remonta ao século XIII, época em que as principais cidades comerciais de Itália já previam nos seus estatutos¹ regras relativas à falência e se consagravam, por isso, pioneiras na tutela jurídica da referida questão². Contudo, somente no centenário posterior se fixou aquele que se considera o núcleo essencial da regulação jurídica da insolvência, resultante, essencialmente, da conjugação de três dimensões: a adjudicação judicial de bens aos credores, a apreensão de bens do devedor e investidura dos credores na sua posse, e ainda a apreensão geral de bens³.

Nesta fase, era possível a presunção de falência, na eventualidade de o devedor cessar os pagamentos, aos quais se encontrava vinculado, aliada à sua confissão espontânea da dívida, assim como a fuga ou o mero desconhecimento do paradeiro do mesmo. Efetivada tal presunção e, assim, assumido o estado de falência, o leque sancionatório a aplicar ao devedor era basto, *e. g.*, pena de morte; obrigação de o devedor envergar um capuz com determinada cor e uma raposa pintada, como demonstração simbólica da sua infâmia; destruição da banca do falido, prática que proporcionou o surgimento da palavra “*bancarrota*”⁴, *inter alia*.

No que tange ao ordenamento jurídico português, é possível traçar uma linha cronológica dividida, essencialmente, em três fases, que se distinguem, precisamente pelo sistema legal adotado, nomeadamente: o período compreendido entre as Ordenações Afonsinas e o Código de Processo Civil (CPC) de 1961, correspondente à fase do sistema da falência-liquidação; seguido pelo hiato entre o CPC de 1961 e o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) de 2004, respeitante à fase do sistema de falência-saneamento; e, por fim, o regresso à fase do sistema de falência-liquidação, marcado pelo CIRE de 2004⁵. Entendemos que existem curiosidades que em muito relevam para o estudo da disciplina jurídica em apreço imanentes à sua própria evolução histórica. Contudo, por uma questão de desencadeamento do tema que ora nos propomos refletir, restringir-nos-emos a factos que entendemos de especial relevância para ulteriores conclusões.

¹ *E. g., Statuti di Vercelli e Constituto di Siena.*

² CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 21-22.

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁵ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 47.

Relativamente à primeira fase do sistema de falência-liquidação, desde logo, cumpre enfatizar a sua longa duração e a circunstância de o seu início remeter, precisamente, nas palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO, para tempos imemoriais⁶. De facto, encontram-se referências à “quebra”, designação original da insolvência, em todas as Ordenações, estando, logicamente, a sua génese integrada nas Ordenações Afonsinas. Ora, a mencionada sistematização legislativa, numa previsão que em muito nos parece vanguardista para o momento em que foi criada, já estabelecia que o devedor não seria preso, na eventualidade de entregar todos os seus bens, e, na insuficiência dos mesmos, ficaria obrigado à entrega dos que obtivesse no futuro, a fim do pagamento de dívidas que não houvesse previamente satisfeito. Atribuímos, nesta senda, especial enfoque ao facto de que esta apreensão era já realizada com base num critério de razoabilidade, *i. e.*, todos os bens seriam apreendidos, com exceção daqueles que se afigurassem necessários à garantia da sua subsistência, tendo em consideração o seu “estado e condição”⁷.

No que concerne às Ordenações Manuelinas, em muito se manteve o regime anterior, pese embora se destaque a previsão de proibição de cessão de bens, por parte do devedor de má-fé, face aos atos fraudulentos a que se sujeitava, bem como a tipificação de uma moratória no mês subsequente à entrada do devedor em situação de quebra, em caso de pluralidade de credores, entre os quais nenhum poderia ser favorecido⁸. Nas Ordenações Filipinas procedeu-se à distinção entre falência fraudulenta, culposa e casual⁹, que, naturalmente, nos reconduz à diferença entre insolvência fortuita ou culposa e sobre a qual cuidaremos, em momento adequado, *infra*. Ainda no plano da primeira fase, importa trazer à colação o Código Comercial de 1833, que se revelou como a primeira sistematização das normas de insolvência, mormente na Parte I, Livro III, tendo sido sucedido pelo Código Comercial de 1888, o Código de Falências de 1899, o Código de Processo Comercial de 1905, o Decreto n.º 21 758, de 22 de outubro de 1922, o Código de Falências de 1935 e o CPC de 1939. Por via destes diversos diplomas normativos tornou-se patente a ideia de que, nesta fase, o principal objetivo era a satisfação dos direitos dos credores.

⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁷ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 13.

⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 49.

Subsequentemente, concretizou-se a fase do sistema de falência-saneamento, cujo princípio se regista com o CPC de 1961. Contudo, é por via do Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência que, pela primeira vez, se verifica a convergência entre o processo de falência e o processo de recuperação de empresas em processo de falência¹⁰. O mencionado Código inovou, no sentido de focar, de modo mais atento, no devedor, ao prever como uma alternativa preferencial à liquidação judicial os meios preventivos de declaração de falência¹¹.

Por fim, regista-se o regresso da fase do sistema de falência-liquidação, mediante o reconhecimento de que, embora a recuperação do devedor mereça a devida ênfase, no âmbito do processo de insolvência, não deverá ser aplicada de forma exagerada, erro este, recorrentemente, cometido na fase precedente. Por conseguinte, com o CIRE de 2004 passou a prever-se a recuperação do insolvente, não como a única finalidade, mas tão-só como uma das alternativas à liquidação, assim como estabelece o n.º 1 do seu art. 1.º.

Chegados à atualidade, perspectivamos o direito da insolvência, partindo da noção delineada por CATARINA SERRA, como “[...] a disciplina jurídica tendente a evitar e a resolver a insolvência, com especial consideração pelos (ou concedendo especial tutela aos) interesses dos devedores e dos credores”¹².

3. Da apreensão de bens da massa insolvente

Segundo MARCO GONÇALVES, o processo de insolvência é um processo executivo¹³. Concordamos, claramente, com esta perspetiva. Contrariamente ao pugnado por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, de que este é um processo de natureza mista, pelo facto de comportar um pendor declarativo, designadamente na medida em que é necessária a apreciação e declaração da insolvência para que, apenas posteriormente, se proceda à execução dos bens¹⁴, entendemos que, não olvidando e não deixando de reconhecer a referida fase declarativa e a sua imprescindibilidade, é somente antecessora do processo de insolvência em si, cujo

¹⁰ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 59.

¹¹ *Ibidem*, p. 66.

¹² CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 18.

¹³ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 69.

¹⁴ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 19.

principal objetivo reside na execução do património do devedor e, se possível, a sua futura recuperação.

Mais a mais, é inegável a similaridade do processo de insolvência com o processo executivo. No entanto, releva compreender que o primeiro se destaca pelo cariz universal e concursal da liquidação do ativo e do passivo do devedor¹⁵, questão sobre a qual muito nos importa refletir, no plano da presente investigação.

3.1. A (in)existência de um limite para a apreensão de bens

Releva, em primeiro lugar, contextualizar este assunto, em termos processuais, para que o possamos desenvolver devidamente *a posteriori*.

Sinteticamente, uma vez declarada a insolvência do devedor, por via de sentença, é decretada a apreensão de bens do mesmo para a sua entrega ao administrador da insolvência, nos termos do disposto nos arts. 36.º, n.º 1, alínea g), e 149.º, n.º 1, do CIRE, ficando o referido administrador adstrito ao dever de adotar as devidas diligências, no sentido de lhe serem entregues os bens, de forma imediata, tal como resulta do n.º 1 do art. 150.º do CIRE. De acordo com o n.º 1 do art. 81.º do CIRE, a declaração de insolvência exerce, claramente, efeitos sobre o devedor, privando-o, imediatamente, dos poderes de administração e de disposição dos bens que integram a massa insolvente, dinâmica esta que se traduz no desaparecimento dos bens do insolvente¹⁶.

Ora, a massa insolvente, tal como resulta do art. 46.º do CIRE e do art. 601.º do Código Civil, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo. Com a referida apreensão visa-se não apenas o pagamento das dívidas da própria massa insolvente, de acordo com o art. 51.º do CIRE, como também a satisfação e o cumprimento dos créditos sobre a insolvência¹⁷.

Logo por via da leitura do n.º 1 do art. 1.º do CIRE depreende-se que o processo de insolvência é um processo de execução universal. Naturalmente, esta redação suscita dúvidas comuns, nomeadamente: esta apreensão reporta-se, realmente, à

¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/3/2023, proc. n.º 1591/19.8T8VFX-F.L1-1; salvo outra indicação, os acórdãos citados no texto estão disponíveis in www.dgsi.pt.

¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 16/1/2024, proc. n.º 4183/16.0T8VNG-P.P1.S1.

¹⁷ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., pp. 99-101.

totalidade dos bens? Na prática, não deverá ser desenhado um travão que implique que os bens sejam apreendidos até ao limite daquilo que permite que o insolvente experiencie uma vida condigna? E com vida condigna pretende-se aludir às condições minimamente aceitáveis, à luz do ambiente social em que o indivíduo se insere, ou remete-se para o contexto e estilo de vida que o sujeito mantinha anteriormente à declaração de insolvência?

Efetivamente, como bem sabemos, no processo executivo, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 738.º do CPC, são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado. Conforme explica MARCO GONÇALVES, o n.º 3 da referida norma estabelece um limite máximo de impenhorabilidade, correspondente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão, a fim da proteção do exequente, possibilitando uma mais célere satisfação da dívida exequenda e despesas de execução. Prevê, também, um limite mínimo referente a um salário mínimo nacional, quando o executado não tenha outros rendimentos, com o intuito de “[...] salvar a situação económica e social do executado, à luz da exigência constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana”¹⁸.

Ora, através deste paralelismo, compreende-se que, em sede executória, o legislador fez questão de emoldurar a penhora, delimitando tetos que, embora em polos opostos, concretizassem de forma eficaz a ponderação entre os interesses do executado e do exequente. Com efeito, se, no domínio da insolvência, o normador adotasse uma posição extremista, na qual tudo o que se integra na massa insolvente se encontra ao dispor dos credores, julgamos que, invariavelmente, incorreria num tratamento injusto de situações que apresentam inegável semelhança.

Segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, a natureza universal da execução, em sede de direito da insolvência deve-se, de facto, a todos os bens poderem ser apreendidos para futura liquidação¹⁹. Contudo, a autora enfatiza a redação do n.º 2 do art. 46.º do CIRE, ressalva que ALEXANDRE SOVERAL MARTINS também concretiza, ao explicar que prevê o regime especial de que beneficiam os bens isentos de penhora,

¹⁸ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Lições de Processo Civil Executivo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, pp. 342-343.

¹⁹ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 19.

na medida em que a sua integração na massa insolvente depende de dois requisitos cumulativos, designadamente não se configurarem como absolutamente impenhoráveis e o devedor ter a faculdade de proceder à sua apresentação, de forma voluntária²⁰.

Na realidade, estes dois critérios parecem-nos ter por escopo, igualmente, a condignidade do insolvente e, subsequentemente, manifestam-se, de modo claro, como um contributo para a sua própria recuperação. Ademais, entendemos que o carácter de voluntariedade imanente à visada previsão legal atribui evidente singularidade à escolha do legislador português, dado que dota o insolvente, que se pressupõe ser o sujeito, no meio de todo o cenário de insolvência, que melhor tem conhecimento sobre a extensão – ou ausência dela – do seu património, de autonomia para dispor de tudo o que detém e que não se encontra sujeito a penhora. Por outro lado, esta opção legal sempre poderá ser perspectivada pelo devedor como uma escapatória para não elencar a totalidade dos bens que enformam o seu património, cuja ausência em nada incapacita a fruição de uma vida, pautada pela devida dignidade, facto este que nos levará a melhor debruçar sobre esta questão *infra*.

Numa perspetiva internacional, o *Insolvenzordnung*²¹ dedica, também, exclusivamente, o § 36 para elencar os objetos isentos de apreensão. Embora o seu (1) preceitue, similarmente, o que o n.º 2 do art. 46.º do CIRE estabelece, de forma a excluir da apreensão de bens do insolvente os bens que não são objeto de execução, este preceito é acrescido, ainda, do (3), ponto no qual o legislador alemão exceciona os bens domésticos normais utilizados na residência do devedor, enquanto integrantes da massa insolvente, no caso de se compreender que a sua venda se demonstraria desproporcional ao valor do próprio objeto. Parece-nos que esta é uma opção legal que, em grande medida, contrabalança o critério de razoabilidade, julgamos que sempre deve subjazer a qualquer apreensão de património, e a própria satisfação dos credores. Também na ordem jurídica espanhola, no *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, que aprova o texto refundido da *Ley Concursal*²², se encontra expressamente previsto, no art. 192, um semelhante princípio da universalidade, que, igualmente, excetua da massa insolvente²³ os bens impenhoráveis.

²⁰ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 172.

²¹ Código da Insolvência alemão.

²² Código da Insolvência espanhol.

²³ Conceito semelhante ao utilizado em Espanha, que se designa por *masa activa*.

Ora, uma vez refletido que a execução realizada, na esteira do processo de insolvência, enfrenta limites e que, por isso, não obstante tenha natureza universal, não pode ser realizada sobre a totalidade do património, afigura-se imprescindível deslindar se a apreensão de bens deve ser efetivada, apenas considerando manter o mínimo de dignidade do insolvente, à semelhança do que verificamos no processo executivo, ou se se deverá ter em consideração o nível de vida mantido pelo devedor, previamente à declaração de insolvência.

Releva, neste plano, evidenciar que o processo de insolvência é um processo que se pretende célere, dado o seu carácter de urgência, previsto no art. 9.º do CIRE. Ora, bem sabendo que o principal escopo do mesmo é a satisfação dos credores, no que lhes é devido, revela-se uma tarefa evidentemente complexa concatenar o exposto ideal com determinado estilo de vida mantido pelo devedor.

Numa primeira análise, poderá parecer impensável, num cenário em que existem inúmeros credores, na expectativa de observarem os montantes - não raras vezes avultados - que lhes são devidos, escrupulosamente cumpridos, ser possível que o devedor dos mesmos mantenha um estilo de vida superior àquele que é exequível com as mínimas condições asseguradas, em termos de rendimentos. Devemos, desde já, apontar que nos provoca também alguma reticência. Contudo, não é uma hipótese que rejeitemos, de imediato.

Assim como aproveitamos já o ensejo de referir, o direito da insolvência encontra, atualmente, enquadramento numa fase de falência-liquidação²⁴, e, assim, pretende-se, essencialmente, a satisfação dos credores que procederam à reclamação dos seus créditos. No entanto, seria falacioso afirmar que não se pauta, também, pela recuperação do insolvente. Como bem enfatiza CLÁUDIA VALDIÉRE, somente com a estabilização do património deste se torna possível a preservação da garantia patrimonial e se salvaguarda uma eventual satisfação justa e equilibrada dos vários

²⁴ Contrariamente ao que se verifica, por exemplo, nos Estados Unidos da América (EUA), ordenamento jurídico no qual se pretende, prioritariamente, a recuperação do devedor. Inclusive, no que concerne à insolvência de pessoa coletiva, foi introduzido, recentemente, o designado Capítulo 15, que permite que empresas que se encontram em recuperação judicial noutros países tenham a possibilidade de proteger, igualmente, os seus bens nos EUA. Para mais desenvolvimento, *vide* o caso da empresa *Americanas*, em JULIANA ELIAS, “O que é o ‘capítulo 15’ das falências nos EUA, acionado pelas *Americanas*”, in CNN Brasil, 2023. Disponível online em <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/o-que-e-o-capitulo-15-das-falencias-nos-eua-acionado-pelas-americanas> [consult. em 18/5/2024].

interesses em jogo, assim como se permite que se criem as condições necessárias para os credores exercerem os seus direitos, de forma igualitária²⁵.

Com efeito, a estabilização do património de um devedor sempre será algo que não é possível alcançar de forma similar em todos os casos de insolvência, por um único e relativamente simples motivo: nenhum património é igual, nem mesmo as condições concretas de vida de cada devedor são as mesmas.

Ainda que equacionemos que quanto mais bens forem apreendidos mais rapidamente se procede ao cumprimento das dívidas, nem sempre é assim. Basta pensarmos na circunstância de um devedor com um filho, que frequenta uma instituição de ensino privado. Até se poderá pensar, como solução evidente, alterar a sua frequência para uma instituição de ensino público. Porém, imagine-se a hipótese de esta criança ser dotada de alguma condição especial que implica um acompanhamento atento e individualizado que, *a priori*, só poderá ser atribuído em domínio privado ou, simplesmente, uma alteração de escola não se demonstraria benéfica na vida ou no aproveitamento da criança. Certamente impõem-se, desde logo, duas questões: deverá o menor e o seu superior interesse ser implicado pela condição de insolvente do/a progenitor/a? Esta é uma circunstância do quotidiano que em muito se correlaciona com a vida profissional dos progenitores, o que, em certos casos, poderia, inclusive, desencadear situações de alteração de profissão ou diminuição de horário de trabalho, por necessidade de acompanhamento do filho, e conseqüente diminuição de rendimentos. Não se traduziria num maior benefício permitir aquela que poderá ser uma extravagância, sob o olhar da sociedade, ao invés de simplesmente a rejeitar pela sua pouca convencionalidade?

De facto, bem sabemos que expusemos uma circunstância hipotética, inegavelmente concreta e que até poderá não ter qualquer correspondência real. Todavia, cumpre lembrar que a realidade prática se consubstancia, precisamente, num puzzle composto pelas várias pequenas peças correspondentes aos mais precisos, detalhados e impensáveis casos que acontecem, quotidianamente. Julgamos, por conseguinte, que o mais correto, neste plano, será a realização de uma avaliação casuística dos mais diversos domínios da vida do devedor, para compreender as opções mais acertadas a adotar na sua situação, e, assim, permitir que o processo corra

²⁵ CLÁUDIA VALDIRE, “Quebra dos Direitos de Liberdade e Garantia durante e após período de Insolvência de Pessoas Singulares”, in *Jurismat [Online]*, n.º 17, 2023, pp. 272-273.

com a pretendida celeridade, sem que a esfera do próprio insolvente, e também a dos credores, sofra mais prejuízo do que aquele que se revela necessário.

Mais a mais, parece-nos ainda relevante que, em sede da presente análise, se pondere acerca de a situação de insolvência ser fortuita ou culposa. Na ordem jurídica portuguesa, esta distinção subsiste desde a implementação de uma distinção entre falência fraudulenta, culposa ou casual, nas Ordenações Filipinas²⁶ e permanece, atualmente, no n.º 1 do art. 185.º do CIRE. O art. 186.º, n.º 1, deste diploma prevê a noção de insolvência culposa e, inclusive, no n.º 2 estabelece um elenco taxativo de presunções inilidíveis – sobre as quais se levantam certas dúvidas relativamente à sua constitucionalidade, o que, porém, por uma questão de inadequação ao tema em estudo, deixaremos para uma futura reflexão.

Sinteticamente, a insolvência será considerada culposa quando for criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, e será fortuita nos restantes casos²⁷. Ora, parece-nos que se deverá qualificar a insolvência, para que seja possível, igualmente, atender à singularidade de cada caso. Esta não deverá configurar uma escapatória do devedor ao pagamento de quantias a que se encontra legalmente adstrito e importa, por isso, para atender de forma justa e equitativa à sua situação pessoal, compreender se toda esta questão foi gerada por motivos que lhe são diretamente imputáveis ou somente por factos que lhe eram alheios e incontroláveis.

A voluntariedade que o nosso sistema confere no art. 46.º, n.º 2, do CIRE aparenta, de facto, acompanhar o pensamento que ora expomos, porquanto possibilita que a apreensão seja realizada de forma mais abrangente ou restrita, de acordo com a manifestação do devedor, sendo sempre, também, um modo de concretização do princípio da igualdade, ao permitir tratar de forma diferente aquilo que é efetivamente diferente, nos termos do art. 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Entendemos, todavia, que esta vontade deveria ser objeto de apreciação judicial ou, até mesmo, pelo próprio administrador da insolvência, de modo a evitar cenários de mera tentativa de obstaculização do decorrer do processo, por parte do devedor, ao não facultar à massa insolvente um necessário leque de bens, que atenda ao critério da razoabilidade.

²⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, op. cit., p. 49.

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26/9/2019, proc. n.º 1966/09.TBFAR.IE1.

4. Da insolvência dos reclusos em Estabelecimento Prisional

Uma vez analisada a apreensão de bens da massa insolvente surge a necessidade de compreender o modo como poderá ser concretizada, no caso de o indivíduo insolvente se encontrar, igualmente, em situação de reclusão.

Parece-nos que, ainda que seja patente o esforço do legislador em delinear um regime jurídico que corretamente preveja e regule todos os cenários que a insolvência provoca, se torna utópico equacionar que todas as questões têm uma resposta devidamente positivada e pronta para ser imediatamente aplicada. O Direito constrói-se, precisamente, por via da sua evolução.

Ora, quando confrontados sobre a extensão do leque de bens a apreender a um recluso insolvente, apercebemo-nos de que, além de o regime jurídico português não estabelecer, de modo detalhado, qualquer previsão para esta situação, pouca reflexão existe, também, sobre o assunto. Em certa medida, tal é surpreendente, já que não se configura, nem de perto, uma situação invulgar. Aliás, não raras vezes, é até o próprio estado de reclusão que gera a necessidade de o sujeito se declarar insolvente. Procederemos, por isso, à tentativa de desenhar o nosso humilde contributo.

Efetivamente, encontra-se plasmado no n.º 1 do art. 52.º do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade (CEPMPL) que o estado de reclusão não é um impedimento para usufruir dos benefícios da segurança social, na eventualidade de o indivíduo reunir os requisitos legalmente previstos para a sua concessão. O n.º 2 do preceito legal estipula, contudo, que é necessário que o sujeito careça deste apoio e, ainda, o art. 54.º do diploma acrescenta que o mesmo só deverá ser prestado com a verificação de critérios de necessidade, razoabilidade e adequação às finalidades da execução, tendo em conta os meios disponíveis e o dever de gestão responsável pelo recluso dos seus recursos próprios, sendo que sempre terá por intuito promover e manter os vínculos sociais e familiares, assim como reforçar as condições de reinserção social.

Mais a mais, sempre se poderá verificar a situação de o indivíduo se encontrar em idade de beneficiar da pensão de reforma ou até padecer de alguma condição que lhe permita obter a pensão de invalidez. Independentemente do modo como beneficiam, importa, essencialmente, ter em consideração para a análise, que é frequente, que os sujeitos em situação de reclusão detenham fontes de rendimento mensal.

A título de exemplo, na Alemanha, o trabalho configura um direito e um dever para os reclusos, aquando do cumprimento da pena, devendo receber remuneração pela atividade laboral que desenvolvem ou, em caso de fase de formação, serem equiparados a estagiários, sendo-lhes permitido, apenas, o gasto mensal de 3/7 do valor recebido, podendo reverter uma parte do saldo indisponível para os custos suportados pelo estabelecimento prisional²⁸. Em Portugal, o art. 46.º do CEPMPL prevê, também, a distribuição da remuneração ou outras receitas obtidas, ao longo do cumprimento da pena, em quatro esferas distintas: uso pessoal pelo recluso; apoio à reinserção social; pagamento, por esta ordem, de indemnizações, multas, custas e outras obrigações emergentes da condenação; e pagamento de obrigação de alimentos.

No entanto, assume especial relevância, em sede da presente análise, considerar que, no interior de um estabelecimento prisional, os reclusos já experienciam as condições de uma vida minimamente condigna, proporcionadas pelo Estado.

Em outubro de 2023, o Ministério da Justiça avançou que o custo diário de um recluso, englobando custos com pessoal, assistência médica e medicamentosa, alimentação, limpeza, água, luz, gás, entre outras, suportado pela entidade estatal correspondia ao montante de € 56,33, quantia esta que, no final de um ano, aplicada em cerca de 12 000 reclusos, perfaz o valor de 250 milhões de euros²⁹.

Com efeito, a conjuntura social e económica de um indivíduo em cumprimento de pena, num estabelecimento prisional, é intrinsecamente distinta de um sujeito que não se encontra em estado de reclusão: a sua dignidade já se encontra assegurada, nos termos do disposto no art. 1.º da CRP. Será justo, assim, apenas apreender os bens do insolvente, consoante os limites que, detalhadamente, estudamos no tópico anterior? Parece-nos que não.

²⁸ Assembleia da República, “Síntese Informativa – Direitos e deveres dos reclusos: Enquadramento nacional e internacional”, in *Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar*, 2020. Disponível em <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/41.DireitosDeveresReclusos/41.pdf> [consult. em 18/5/2024].

²⁹ FREDERICO PEDREIRA, “Um preso em Portugal custa 56,33 euros por dia ao Estado”, in *Advocatus*, 2023. Disponível em <https://eco.sapo.pt/2023/10/23/um-presos-em-portugal-custa-5633-euros-por-dia-ao-estado/> [consult. em 18/5/2024].

4.1. Da dicotomia entre a reintegração social e o cumprimento de créditos

A fim de desenhar uma proposta de regulação jurídica, entendemos que existem três dimensões da vida do recluso insolvente a ser consideradas: a esfera familiar, a reintegração social e as dívidas a que se encontra adstrito. Primeiramente, apontamos, desde já, que não nos parece que o carácter de voluntariedade que resulta do n.º 2 do art. 46.º do CIRE deva ser aplicável, nestas circunstâncias. Não estando o recluso adstrito ao pagamento de despesas da vida corrente, em virtude da situação de encarceramento, julgamos que não se demonstraria um tratamento igualitário, comparativamente a outros indivíduos insolventes que não se encontram em estado de reclusão.

Partimos, neste pensamento, da lógica adotada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, num caso relativo à atribuição de Rendimento Social de Inserção (RSI) a um recluso³⁰. Nesta esteira, o Tribunal Constitucional decidiu que a atribuição de RSI a sujeitos em cumprimento efetivo de pena de prisão estaria a beneficiar os mesmos em relação aos outros titulares do visado apoio, uma vez que o Estado, através de um estabelecimento prisional, já assegura (ou tem essa obrigação) a sua subsistência, não cabendo, por intermédio da Segurança Social, fazê-lo em duplicado.

Ora, se a *ratio legis* do art. 738.º, n.ºs 1 e 3, do CPC, *ex vi* art. 46.º do CIRE, se traduz na pretensão de que, com o fruto dessa apreensão, fique sempre liberto para o sustento do devedor e do seu agregado familiar um montante equivalente ao salário mínimo nacional que se encontre em vigor à data de cada apreensão³¹, ficando somente o restante património sujeito à apreensão, se o devedor assim o dispuser e se, paralelamente, esse mesmo intuito já é – ou espera-se que o seja – automaticamente cumprido por via de mecanismos do Estado, estando garantido, pelo menos, o sustento do indivíduo insolvente, parece-nos que deixar ao dispor rendimentos que podem, perfeitamente, ser utilizados para o cumprimento dos créditos a que se encontra adstrito e que, igualmente, assumem repercussões no quotidiano dos credores – estes sim, na sua ausência poderão não ter possibilidade de manter uma vida condigna – seria beneficiar duplamente o insolvente.

³⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 313/2021, in www.tribunalconstitucional.pt.

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 2/3/2023, proc. n.º 23/17.0T8MTR-L.G1.

Atente-se, contudo, que não pretendemos, com a desaplicação desta voluntariedade e, porventura, deste limite, defender que deva existir uma apreensão integral do património do devedor. À semelhança do que propusemos, num plano geral, consideramos que deve ser realizada uma análise casuística, pela qual se deverá compreender se o recluso tem ou não filhos menores ou é casado, estando vinculado ao cumprimento de obrigações de alimentos, se, recebendo benefícios da Segurança Social, alguma quota-parte corresponde a cada membro do agregado familiar, e, assim, ser, devidamente preservado um montante que corresponda àquilo que já se destinaria, numa situação de inexistência da declaração de insolvência, ao cumprimento destas responsabilidades.

Mais a mais, não olvidamos que se encontra estabelecido no art. 40.º do Código Penal que toda a pena tem como finalidade “a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”³².

No entanto, partindo do entendimento plasmado numa decisão jurisprudencial do Tribunal da Relação de Guimarães³³, no domínio de uma penhora de bens, com referência ao art. 824.º do anterior CPC, de redação semelhante ao art. 738.º do atual CPC, na qual se declara que “[...] enquanto se mantiver a situação de reclusão do executado, independentemente do valor da remuneração que o mesmo aufera mensalmente, não se tendo apurado que o recluso tenha obrigação de pagamento de alimentos, a lei dispõe que um terço dos seus bens (remuneração e outras receitas) possam ser afetos ao pagamento da indemnização em que foi condenado a pagar à ofendida, de modo a ressarcir o que foi fixado ser-lhe devido [...]”, traçamos, igualmente, a nossa perspetiva, neste domínio.

Por conseguinte, estando o recluso vinculado à satisfação dos créditos, no âmbito do processo de insolvência, parece-nos que, não existindo qualquer das responsabilidades anteriormente mencionadas a cumprir, *e. g.*, obrigação de alimentos, deverá ser apreendido 1/3 do rendimento do recluso, independentemente do montante que aufera, para pagamento das dívidas, e o remanescente deverá ser dividido em partes iguais para seu uso pessoal e reinserção pessoal, a qual estendemos para a sua própria recuperação enquanto insolvente, nos termos do disposto nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 46.º do CEPML. Em caso de existência da mencionada obrigação de alimentos, a referida divisão deverá ser realizada em quatro partes idênticas.

³² Acórdão do STJ de 11/2/2010, proc. n.º 23/09.4GCLLE.S1.

³³ Acórdão do TRG de 17/1/2013, proc. n.º 568/08.3PAPVZ-A.G1.

Entendemos esta solução como uma justa ponderação entre a devida salvaguarda da posição dos credores que procederam à reclamação dos seus créditos, em sede de processo de insolvência, e o estado de reclusão do insolvente, para o qual as regras de apreensão não foram diretamente pensadas. Apesar de não se configurar um direito de indemnização resultante do crime que deu aso à pena que o recluso se encontra a cumprir, sempre é uma dívida que este mantém e para a qual não deverá o seu estado, ainda para mais socialmente agravado, servir de motivo de impunidade, em termos da sua simultânea posição enquanto insolvente.

5. Do instituto da exoneração do passivo restante e a situação de reclusão

Já em momento avançado da nossa investigação, não poderíamos deixar de efetivar uma breve referência no que concerne ao instituto da exoneração do passivo restante, regulado nos arts. 235.º e segs. do CIRE, e a sua possível aplicabilidade no caso de o insolvente se encontrar em situação de reclusão.

A exoneração do passivo restante traduz-se, no ordenamento jurídico português, num regime somente aplicável às pessoas singulares, opção esta que ALEXANDRE SOVERAL MARTINS defende assentar no facto de que “as pessoas singulares, por serem pessoas humanas, merecem um tratamento diferente do que é dado às ‘pessoas coletivas’”³⁴.

Efetivamente, este instituto consubstancia-se na faculdade de o devedor singular se liberar, definitivamente, da totalidade do seu passivo não satisfeito na pendência do processo ou nos três anos subsequentes ao encerramento deste, com a verificação de determinadas condições, estipuladas no art. 238.º do CIRE³⁵, tendo-se inspirado de modo iminente no *Insolvenzordnung*, designadamente nas disposições referentes à liberação de obrigações e à insolvência de consumidores, presentes nos §§ 286 e segs. e §§ 304 e segs., respetivamente³⁶.

Inversamente, a ordem jurídica espanhola não prevê um instituto semelhante, sendo o que mais se aproxima a reserva, que concretiza no seu Título X, para acordos extrajudiciais de pagamento e nunca um *fresh start*, como aquele que ora analisamos. Nesta senda, HUÁSCAR EZCURRA defende que uma possível regulação

³⁴ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 605.

³⁵ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 400.

³⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: Anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 301.

jurídica proporcionaria a possibilidade de o devedor singular não perder todos os seus bens e rendimentos e, ainda, não configurar um custo para a sociedade, ao provocar externalidades negativas³⁷.

Por via deste recomeço do insolvente, o legislador português pretendeu evitar que o devedor ficasse agrilhado à totalidade do débito que contraiu, até à verificação da sua prescrição, nos termos do art. 309.º do Código Civil, permitindo a sua reabilitação económica³⁸. Trazemos este assunto à colação somente para, na esteira da análise que realizamos até ao momento, compreender se este é um instituto que poderá ter eventual aplicabilidade no caso de o insolvente se encontrar em estado de reclusão. Para tal, faremos uso de um excelente caso decidido no Tribunal da Relação de Guimarães³⁹.

In casu sub judice, o devedor, que não apenas se encontrava em situação de insolvência, como de reclusão, apresentou pedido de exoneração do passivo restante, nos termos do disposto do art. 235.º do CIRE, e declarou preencher todos os pressupostos elencados no art. 238.º do diploma.

Todavia, o pedido foi indeferido liminarmente por despacho, no qual se reconheceu não se verificarem quaisquer dos fundamentos estipulados no n.º 1 do referido preceito legal, mas sim existir uma incompatibilidade entre a situação pessoal do devedor (reclusão para cumprimento de pena de prisão superior a cinco anos) e as obrigações decorrentes de “[e]xercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo, e a procurar diligentemente tal profissão quando desempregado, não recusando desrazoavelmente algum emprego para que seja apto” e a de “[e]ntregar imediatamente ao fiduciário, quando por si recebida, a parte dos seus rendimentos objecto de cessão”, nos termos do art. 239.º, n.º 4, alíneas b) e c), do CIRE. Em sede de recurso, o Tribunal julgou e bem, a nosso ver, que ainda que seja verdade que, de facto, o devedor poderá não ter rendimento disponível ou este seja insuficiente, e que até haja a possibilidade de os credores não virem a receber qualquer crédito, não deverá tal justificação servir de

³⁷ HUÁSCAR EZCURRA, “Insolvencia de empresas *vs.* insolvencia de personas naturales: ¿se justifica regular la insolvencia de personas naturales?”, in *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 44. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es> [consult. em 18/5/2024].

³⁸ MAFALDA BRAVO CORREIA, “Critérios de fixação do rendimento indisponível no âmbito do procedimento de exoneração do passivo restante na jurisprudência e sua conjugação com o dever de prestar alimentos”, in *Revista Julgar*, n.º 31, 2017, p. 110.

³⁹ Acórdão do TRG de 4/3/2021, proc. n.º 3872/19.9T8STS.G1.

fundamento para a negação da reintegração do insolvente na vida económica, em tudo descaracterizando o instituto da exoneração do passivo restante, em nome da defesa dos interesses dos credores.

Entendemos esta situação como um ótimo modelo daquilo que poderá configurar a recuperação de um insolvente recluso, naquilo que se poderá pensar se prender, somente, com a vertente económica, mas que sempre extravasa para a dimensão social, esfera na qual se visa a sua recuperação. Um estado de reclusão não deverá ser justificação para um tratamento díspar numa disciplina jurídica que lhe é paralela, considerando todas as singularidades que a privação da liberdade impõe e em tanto diferenciam a própria situação.

6. Conclusão

Aqui chegados e certos de que ainda muito haveria a refletir, cumpre tecer as últimas breves considerações sobre a apreensão de bens, em sede de processo de insolvência e, em especial, sobre o caso dos reclusos em Estabelecimento Prisional.

Pese embora tenhamos traçado, de modo rigoroso, um percurso que consideramos tutelar não apenas a posição jurídica do devedor, como ainda dos credores, em sede do processo de insolvência, entendemos que a positivação de determinadas sugestões que ora concretizamos sempre será a chave para que a sua aplicabilidade seja concretizada.

Ainda que nos pareça residir no senso comum da sociedade que o estado de insolvência é pessoal e que, sendo possível diminuir as repercussões sentidas pelo agregado familiar do insolvente singular, sempre será essa a prioridade, em detrimento da satisfação dos créditos, face às responsabilidades que o mesmo por inerência acarreta, nunca é demais tipificar normas nesse sentido. Com efeito, a extensão da apreensão de bens do património sempre deverá ser apreciada casuisticamente, consoante a sua esfera económica, evidentemente, mas também considerando a sua esfera social e, principalmente, familiar.

Mais a mais, este é um entendimento que se estende à questão da apreensão de bens, em situação de reclusão do devedor. Deverá ser sistematizada uma regulação jurídica que se demonstre como um verdadeiro ponto de partida para decisões justas e equitativas e sobretudo – e esta é, sim, para nós, a pedra-de-toque – pensar-se no direito da insolvência como uma disciplina jurídica que acarreta repercussões indestrinçáveis às pessoas.

A interseção entre Direito, Literatura e Criminologia: uma análise de *Capitães da Areia*, de Jorge Amado

Larissa Gabrielle Ferreira Baptista

Graduada em Direito (Faculdade de Direito de Franca – Brasil); Pós-Graduada em Inteligência Artificial e Inovação Aplicada ao Direito (Damásio Educacional – Brasil)

Resumo: Este artigo propõe uma abordagem interdisciplinar, explorando as conexões entre Direito, Literatura e Criminologia por meio da análise da obra *Capitães da Areia*, de Jorge Amado. Com base em uma perspectiva jurídica, serão examinadas as questões legais levantadas no romance, destacando-se a relação entre a marginalização social e as infrações cometidas pelos personagens. A análise criminológica se concentrará na representação de jovens infratores, explorando as causas sociais e econômicas que os levam a uma vida criminosa. Além disso, a abordagem literária destacará o papel da obra na construção de uma narrativa que transcende os limites da ficção, contribuindo para reflexões sobre a sociedade e seu sistema jurídico. Ao integrar essas disciplinas, este artigo busca levar luz sobre as interseções entre a arte literária, o sistema jurídico e a compreensão da criminalidade na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direito e Literatura / *Capitães da Areia* / Criminologia / Hermenêutica jurídica

Abstract: This article proposes an interdisciplinary approach, exploring the connections between Law, Literature, and Criminology through the analysis of Jorge Amado's novel *Capitães da Areia* (*Captains of the Sands*). From a legal perspective, the paper will examine the legal issues raised in the novel, highlighting the relationship between social marginalization and the offenses committed by the characters. The criminological analysis will focus on the representation of young offenders, exploring the social and economic causes that lead them to a life of crime. Additionally, the literary approach will emphasize the novel's role in constructing a narrative that transcends the boundaries of fiction, contributing to reflections on society and its legal system. By integrating these disciplines, this article aims to shed light on the intersections between literary art, the legal system, and the understanding of criminality in contemporary society.

Keywords: Law and Literature / *Captains of the Sands* / Criminology / Legal hermeneutics

1. Introdução

A década de 1930 foi palco de intensas transformações sociais e políticas no Brasil. Em meio a esse cenário de efervescência surge a obra magistral *Capitães da Areia*, escrita pelo baiano JORGE AMADO, em 1937. Este romance immortaliza as vidas de um grupo de crianças e adolescentes de rua em Salvador, cujas histórias entrelaçadas revelam não apenas as agruras individuais, mas também o reflexo de uma sociedade marcada pela desigualdade e pelo abandono.

Os protagonistas, conhecidos como “Capitães da Areia”, liderados por Pedro Bala, Sem-Pernas, Gato, João Grande, Boa Vida, Volta Seca, Professor, Pirulito e Dora, personificam uma amálgama de destinos tragados pela adversidade. Órfãos, desprovidos de laços familiares, esses jovens se veem compelidos a encontrar na criminalidade a única alternativa para sobreviver. A trama se desdobra em meio às ruas de Salvador, onde a luta pela existência transforma essas crianças em marginais aos olhos de uma sociedade que as relega à invisibilidade.

A narrativa, além de revelar as lutas individuais desses personagens, lança um olhar crítico sobre a influência da mídia da época. Trechos de jornais incluídos na obra demonizam os “Capitães da Areia”, retratando-os como os piores criminosos da Bahia.

Este artigo se propõe a desvendar as relações entre Direito, Literatura e Criminologia por meio da análise da obra *Capitães da Areia*. A metodologia utilizada é a hermenêutica, dedutiva e qualitativa, direcionando o enfoque da pesquisa à análise interpretativa da obra escrita por JORGE AMADO. A escolha deliberada por essa tríade metodológica visa proporcionar uma compreensão aprofundada e contextualizada do texto literário, fazendo um estudo comparativo entre Direito, Literatura e Criminologia.

Ao longo dos próximos capítulos explorar-se-á a representação do crime na trama, identificando elementos jurídicos presentes e adentrando nas raízes criminológicas que delineiam a vida dos “Capitães”. Além disso, será examinado como a literatura de AMADO contribui para a reflexão criminológica, transcendendo as fronteiras ficcionais para lançar luz sobre as mazelas sociais.

2. Contextualização da obra e dos personagens

A narrativa de *Capitães da Areia* vai além do contexto histórico e regional, permanecendo relevante na contemporaneidade ao oferecer um olhar penetrante sobre as condições sociais que moldam o destino de crianças marginalizadas e de classes menos abastadas. Ao explorar a obra sob a perspectiva interdisciplinar proposta busca-se não apenas compreender a trama em si, mas também desvelar as conexões entre o universo jurídico, a expressão artística e a compreensão criminológica, proporcionando uma análise profunda e crítica das relações entre Direito, Literatura e Criminologia na genialidade literária de JORGE AMADO.

Capitães da Areia é uma obra que se inscreve no panorama literário brasileiro como uma radiografia social e um mergulho nos recônditos da alma humana. Escrita em 1937, a trama se desenrola nas ruas de Salvador, Bahia, desvendando a vida de um grupo de crianças órfãs, abandonadas e entregues à própria sorte. O líder, Pedro Bala, conduz os seus companheiros por um labirinto de desafios e privações, tornando-os, por necessidade, os “Capitães da Areia”.

A composição diversificada do grupo, composto por Sem-Pernas, Gato, João Grande, Boa Vida, Volta Seca, Professor, Pirulito e Dora, proporciona uma riqueza de perspectivas sobre as agruras da infância marginalizada.

“[...] Esse bando, que vive da rapina, se compõe, pelo que se sabe, de um número superior a cem crianças das mais diversas idades, indo desde os oito aos dezesseis anos. Crianças que, naturalmente, devido ao desprezo dado à sua educação por pais pouco servidos de sentimentos cristãos, se entregaram no verdor dos anos a uma vida criminosa.”¹

Órfãos de família e alheios à tutela do Estado, esses jovens são lançados em uma jornada de sobrevivência permeada pelo furto e pela criminalidade.

A narrativa de AMADO não se limita a retratar os “Capitães da Areia” como meros criminosos. Pelo contrário, a genialidade do autor se revela na construção de personagens que transcende o maniqueísmo, apresentando-os como seres humanos multifacetados, moldados pelas circunstâncias que os cercam. O mérito do romance reside na capacidade de Amado em não categorizar esses jovens como heróis ou vilões, mas como crianças abandonadas pela sociedade.

¹JORGE AMADO, *Capitães da Areia*, 3.^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2008, p. 11.

A violência, especialmente a sexual, permeia o cotidiano do grupo como uma triste regra das ruas. Para evitar serem vítimas, os garotos tornam-se, por vezes, agressores. A atmosfera de marginalização e desamparo molda as escolhas e os destinos dos “Capitães da Areia”, lançando luz sobre a dinâmica cruel de “matar ou morrer” que impera nas ruas. A presença de adultos benevolentes, como o padre José Pedro, Querido-de-Deus, João de Adão e Don’Aninha, destaca-se como raios de luz em meio à escuridão que envolve os garotos. Contudo, mesmo nesse cenário de miséria, a lealdade começa a florescer entre os “Capitães da Areia”, alimentada pelos ensinamentos do padre e por uma camaradagem forjada nas adversidades.

Dora, uma personagem central, exemplifica a dura realidade enfrentada por garotas pobres na época. Órfã e sem opções viáveis, encontra refúgio entre os “Capitães da Areia”, onde, sob a proteção de Professor e João Grande, escapa do assédio dos demais. Sua presença, contudo, atrai a atenção da mídia, resultando na prisão do grupo pela polícia.

A detenção fragmenta o grupo, enviando Pedro Bala para um reformatório, onde sofre abusos e maus-tratos. Dora é encaminhada a um orfanato, mergulhando em uma depressão que culmina na sua morte precoce. A partir deste ponto, os destinos dos membros desse grupo tomam rumos diversos, evidenciando a influência do ambiente social na trajetória individual de cada personagem.

A obra de JORGE AMADO não se limita a contar a história dos “Capitães da Areia”; ela incita uma profunda reflexão sobre a natureza do crime e os seus contornos sociais e jurídicos. A inclusão de trechos de jornais na trama evidencia a manipulação da informação para criar uma imagem distorcida dos protagonistas.

3. Direito e Literatura: uma análise humanística do facto jurídico

Na confluência entre o Direito e a Literatura desenha-se um cenário intelectual rico em reflexões que transcende as fronteiras convencionais dessas disciplinas aparentemente distintas. Nos últimos anos, testemunhamos nos Estados Unidos da América um movimento que busca amalgamar esses campos, explorando nuances interpretativas sob diferentes perspectivas, como o *Law in Literature* e o *Law as Literature*. O primeiro propõe uma simbiose entre os campos do conhecimento, enquanto o segundo incorpora métodos literários na interpretação hermenêutica do fenómeno jurídico.

“O direito e a literatura são campos de conhecimento que podem se enriquecer mutuamente. A literatura pode nos ajudar a compreender o direito de uma forma mais humana e afetiva, e o direito pode nos ajudar a entender a literatura de uma forma mais crítica e reflexiva.”²

A visão de ROBERT DWORKIN sobre “Direito e Literatura” destaca a similaridade entre ambos, especialmente no contexto do *Common Law*, onde juízes utilizam mecanismos literários para compreender decisões passadas. No entanto, ele ressalta a distinção crucial entre a arte literária, focada no valor estético, e o Direito, um empreendimento político com o objetivo de coordenar esforços sociais, resolver disputas e assegurar a justiça.

“Disse que uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas.”³

Pode o leitor, operador do Direito, se fazer valer da Literatura para compreender a eficácia de um conceito jurídico frente ao caso literário; neste sentido encontra-se o Direito na Literatura, como ensina LUIS CARLOS OLIVO:

“A vertente do Direito na Literatura estuda as formas sob as quais o Direito é representado na Literatura. Não se trata somente de procurar representações jurídicas nos textos literários, mas, sobretudo, utiliza-se das múltiplas perspectivas que a literatura é capaz de oferecer, para fazer desse material uma possibilidade de multiplicar as possibilidades de se pensar, interpretar, criticar e debater o Direito. Assim,

² ALFREDO COPETTI, *Direito e Literatura: uma ponte entre as disciplinas*, Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2022, p. 25.

³ RONALD DWORKIN, *Uma questão de princípio*, tradução de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 239.

discussões sobre a justiça já foram feitas a partir de obras, como as de Shakespeare, por exemplo; debates sobre criminologia foram feitos a partir de *A ressurreição*, de Tolstói; *Ensaio sobre a lucidez*, de Saramago, foi mote de questionamentos sobre os dilemas da democracia e a função do Estado; e a incoerência dos processos jurídicos, discutida a partir de Kafka, entre tantos outros exemplos.”⁴

No cenário brasileiro, embora a abordagem do estudo jurídico-literário ainda não seja tão evidente, suas raízes precedem o movimento nos Estados Unidos da América. Nomes como Lemos Brito, Aloysio Carvalho Filho e Nilo Batista têm contribuído para esse campo, lançando luz sobre obras literárias brasileiras e analisando-as sob uma lente jurídica⁵.

A interlocução entre Direito e Literatura, segundo LENIO STRECK, não é marcada pela incomunicabilidade, mas por “empréstimos recíprocos e trocas implícitas”. A Literatura, com seu poder de recriar o imaginário, proporciona uma visão única e mais abrangente das questões sociais, complementando o rigor técnico do Direito.

«A Literatura ajuda a existencializar o Direito. Por isso, o que está sempre mais próximo da Literatura é a hermenêutica. A angústia, para ser “tratada”, exige intermediação. Exige o outro. Não dá mais para fazer sacrifícios aos deuses. Agora estamos frente a frente com nós mesmos. Com nossos fantasmas. Com a existência nossa e dos outros. Deus morreu, e agora é que não podemos fazer tudo. Ou qualquer coisa.»⁶

Embora o estudo jurídico-literário no Brasil ainda não tenha atingido o seu auge, há um movimento crescente. Pesquisadores como Vera Karam, Alfredo Copetti e outros têm enriquecido o debate, explorando a relação dialética entre Direito e Literatura, evidenciando “interações tão significativas quanto os confrontos”.

Em síntese, a interseção entre Direito e Leitura no contexto brasileiro é um campo promissor, onde a Literatura amplia a compreensão do Direito, desafiando os limites tradicionais e proporcionando uma visão mais holística das relações sociais. Este movimento, embora recente, carrega consigo o potencial de transformar

⁴ LUIS CARLOS CANCELLIER DE OLIVO, *Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura*, Santa Catarina, Fundação Boiteux, FAPESC, 2010, p. 10.

⁵ EDUARDO ALEIXO MONTEIRO, “Direito e Literatura no Brasil”, in *Revista de Direito, Arte e Literatura, Evento Virtual*, v. 6, n. 1, 2020, pp. 72-73.

⁶ L. L. STRECK/H. KARAM, “A literatura ajuda a existencializar o direito”, in *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, pp. 615-626, 2018. Disponível em <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/525/pdf> [acesso em 8/11/2023].

a maneira como percebemos e aplicamos o Direito, enriquecendo o debate teórico e expandindo os horizontes de pesquisa nessa interseção única.

4. Contexto histórico e a representação do crime em *Capitães da Areia*

Nessa ótica, o romance *Capitães da Areia* propicia uma reflexão crítica sobre a interseção entre Direito e Literatura, notadamente no contexto da criminalização da juventude pobre e periférica. A narrativa evidencia um grupo de crianças e adolescentes marginalizados que recorrem ao delito como forma de subsistência, sendo alvos de estigmatização pela sociedade e pela mídia da época.

O início do livro propõe uma análise centrada na representação midiática dos eventos na cidade, considerando tanto a ótica do jornal local quanto a perspectiva da sociedade local, tal como apresentada pelo próprio periódico. Observa-se uma tendência à demonização do grupo de crianças e adolescentes, sendo retratados como os mais proeminentes delinquentes em toda a região da Bahia:

«Crianças ladronas – as aventuras sinistras dos ‘Capitães da Areia’ – A cidade infestada por crianças que vivem do furto – Urge uma providência do juiz de menores e do chefe de polícia – ontem houve mais um assalto

Já por várias vezes o nosso jornal, que é sem dúvida o órgão das mais legítimas aspirações da população baiana, tem trazido notícias sobre a atividade criminosa dos “Capitães da Areia”, nome pelo qual é conhecido o grupo de meninos assaltantes e ladrões que infestam a nossa urbe. Essas crianças que tão cedo se dedicaram à tenebrosa carreira do crime não têm moradia certa ou pelo menos a sua moradia ainda não foi localizada. Como também ainda não foi localizado o local onde escondem o produto dos seus assaltos, que se tornam diários, fazendo jus a uma imediata providência do Juiz de Menores e do doutor Chefe de Polícia. Esse bando que vive da rapina se compõe, pelo que se sabe, de um número superior a 100 crianças das mais diversas idades, indo desde os 8 aos 16 anos. Crianças que, naturalmente devido ao desprezo dado à sua educação por pais pouco servidos de sentimentos cristãos, se entregaram no verdor dos anos a uma vida criminosa. São chamados de “Capitães da Areia” porque o cais é o seu quartel-general. E têm por comandante um mascote dos seus 14 anos, que é o mais terrível de todos, não só ladrão, como já autor de um crime de 99 ferimentos graves, praticado na tarde de ontem. Infelizmente a identidade deste chefe é desconhecida. O que se faz necessário é uma urgente providência da polícia e do juizado de menores no

sentido da extinção desse bando e para que recolham esses precoces criminosos, que já não deixam a cidade dormir em paz o seu sono tão merecido, aos Institutos de reforma de crianças ou às prisões.»

A abordagem mediática apresentada na obra reflete um cenário no qual a delinquência juvenil era amplamente criminalizada, destacando-se a urgência de intervenção por parte do Juizado de Menores e das forças policiais.

CARLA CARVALHO LEITE, traçando um histórico sobre a proteção da criança e do adolescente no Brasil, expõe sobre o marco legal da década de 1920 acerca da questão infantojuvenil, ressaltando a criação de um serviço estatal destinado à proteção do menor abandonado e delinquente:

«Na década de 1920, houve importantes marcos referentes à questão infantojuvenil. Em 1921, na cidade do Rio de Janeiro – que, à época, era o Distrito Federal-, foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. Em 1923 foi instituído o Juízo de Menores no Distrito Federal e em 1927 entrou em vigor o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como “Código Mello Mattos”, que consolidou normas de assistência e proteção aos menores, extrapolando a esfera do jurídico.

O Código de Menores de 1927 tinha forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre.»⁷

IRENE RIZZINI, *apud* CARLA CARVALHO LEITE, destaca que o objetivo do Código de Menores era de resolver os problemas, exercendo firme controlo sobre os menores infratores, veja-se:

“O que o impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controlo sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação.”⁸

Esse contexto remete à Doutrina do Direito Penal do Menor, consagrada no Código de Menores de 1927, que concebia crianças e adolescentes como sujeitos de tutela estatal em situação irregular, desconsiderando a sua condição de titulares de direitos. Posteriormente, vem o Código de Menores de 1979, que representou uma

⁷ CARLA CARVALHO LEITE, “Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.º 23, pp. 93-107, jan./jun. 2006.

⁸ *Ibidem*.

reformulação do Código de 1927, mantendo, contudo, a abordagem predominantemente repressiva em relação à comunidade infantojuvenil. Assim dispunha o Código:

“Art. 2.º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”⁹

No período em que o romance se desenrola, a doutrina da Situação Irregular proporcionava uma intervenção arbitrária sobre os jovens em circunstâncias consideradas irregulares, muitas vezes associadas à pobreza e marginalização. O Código de 1927 refletia uma visão punitiva e negligente com relação à proteção integral desses menores, relegando-os a uma abordagem legal que não distinguia o infrator da criança negligenciada.

Outro dado importante é o de que o Código de Menores não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e menor delinquente, considerando ambos em situação irregular e, portanto, passíveis de aplicação das mesmas medidas – ge-

⁹ Brasília, *Código de Menores*, Lei n.º 6.697, de 12/10/1979. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm [acesso em 8/11/2023].

ralmente, a de internação –, cujo cumprimento, em ambos os casos, se dava numa mesma unidade de atendimento¹⁰.

A literatura de JORGE AMADO, ao apresentar a vida dos “Capitães da Areia”, permite uma análise aprofundada das raízes sociais da delinquência juvenil e das falhas do sistema legal da época. A narrativa transcende os estigmas, explorando as aspirações e pensamentos ingênuos presentes em cada personagem, conferindo-lhes uma humanidade muitas vezes negligenciada pelas instituições judiciais.

O contraste entre a abordagem legal retratada no Código de Menores de 1927 e a atualidade, marcada pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na década de noventa, revela uma metamorfose paradigmática na concepção jurídica e social da proteção à infância e adolescência:

“Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a doutrina da Situação Irregular, prevista no Código de Menores de 1979, foi substituída integralmente pela doutrina da Proteção Integral. Sendo assim, o ECA reconheceu a existência de um novo sujeito de direitos, um cidadão portador de direitos e garantias, independentemente de sua raça, situação social ou econômica, religião ou qualquer diferença cultural, e que deveria ter para si a atenção prioritária de todos.”¹¹

O ECA, alinhado às diretrizes internacionais da ONU, introduziu o princípio da proteção integral, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, independentemente de sua situação socioeconômica.

Assim, a obra de JORGE AMADO transcende o mero registro sociológico da delinquência juvenil, servindo como um referencial para a evolução do pensamento jurídico em relação à salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente. A dicotomia entre a doutrina superada da situação irregular e o atual princípio da proteção integral destaca a necessidade imperativa de uma abordagem mais humanizada e inclusiva na formulação de políticas públicas destinadas à juventude em situação de vulnerabilidade.

¹⁰ CARLA CARVALHO LEITE, “Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas”, *op. cit.*

¹¹ JOSELMA GOMES PEREIRA/LUCAS GOMES DA SILVA, *Uma análise da teoria criminológica da subcultura delinquente no contexto de adolescentes autores de atos infracionais*, in *Congresso Internacional de Direitos Humanos*, 14, 2017, Campo Grande, Anais eletrônicos, pp. 1-2. Disponível em https://cidh2017.files.wordpress.com/2018/01/bn_gf9-10.pdf [acesso em 9/11/2023].

5. Criminologia e direito penal

A interdisciplinaridade presente no diálogo entre criminologia e direito penal desvela um campo de estudo enriquecedor, fundamental para a compreensão aprofundada do fenômeno criminal e a formulação de políticas criminais eficazes. RAFAEL APARECIDO SANTINO e SANDRA REGINA VIERA DOS SANTOS definem a criminologia como:

“[...] a criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que estuda o crime, o criminoso, a vítima e as formas possíveis de controle social dos delitos. Empírica porque reside no facto de que a Criminologia extrai suas conclusões por meio da observação de casos concretos e pesquisas de campo com criminosos. Interdisciplinar porque demanda da aplicação de conhecimentos de diversas áreas como a biologia, a sociologia, a psicologia, a psiquiatria, dentre outras.”¹²

Para EDWIN H. SUTHERLAND a “criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”¹³. Nesse contexto, as teorias criminológicas desempenham um papel crucial, delineando abordagens que variam desde as explicações individuais baseadas em características biológicas e psicológicas até as análises macrosociológicas que destacam as dinâmicas sociais.

O surgimento da criminologia no século XIX trouxe consigo escolas de pensamento distintas, como a Clássica, a Positiva Italiana, a Franco-Belga e, mais recentemente, a Criminologia Crítica. Cada uma dessas correntes influenciou a compreensão do crime e do criminoso, lançando luz sobre diferentes aspectos do fenômeno criminal. A Escola Clássica, por exemplo, fundamentou-se na ideia do livre-arbítrio do indivíduo, enquanto a Positiva Italiana, liderada por Lombroso, enfatizou fatores biológicos como determinantes do comportamento criminoso.

Acerca do trabalho de Lombroso, DANIEL DIAS MACHADO destaca:

“Durante a produção do trabalho, foram analisados aproximadamente 25.000 prisioneiros na Europa e mais de 400 resultados de autópsia. Após análise, Lom-

¹² RAFAEL APARECIDO SANTINO/SANDRA REGINA VIEIRA DOS SANTOS, «Criminologia, Direito Penal e Literatura: “os miseráveis e as crianças ladronas”», in *REGRAD – Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM* [S.l.], v. 14, n. 1, pp. 34-50, apr. 2022. Disponível em <https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/3423> [acesso em 8/11/2023].

¹³ EDWIN H. SUTHERLAND, *Criminologia comparada*, Faria Costa/Costa Andrade (trad.), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

broso concluiu que, se uma pessoa apresenta várias características físicas, como assimetria do crânio, escape da testa, orelhas aladas, protrusão óssea, crânio menor, arco superciliar significativo, protrusão maxilar, rosto largo, órgãos sexuais anormais, cabelos ricos, corpo alto, braços muito longos, mãos grandes, insensibilidade, alívio da dor, mania (prioridade ao uso da mão esquerda), membros comprometidos (não acostumados a usar a mão) e vulnerabilidade são a capacidade dos indivíduos de se recuperar rapidamente de traumas físicos. Para mulheres com potencial criminoso, isso é atribuído a características relacionadas à masculinidade, como cordas vocais grossas, excesso de pelos no corpo e verrugas. Além disso, em relação às características psicológicas dos criminosos nascidos, haverá dormência moral, impulsividade, vaidade, preguiça, cinismo, imprevisibilidade, tendências a tatuar e ingenuidade.”¹⁴

No contexto das teorias criminológicas, a interação entre fatores individuais e sociais é notável. As teorias biológicas e psicológicas fornecem *insights* valiosos sobre as características individuais dos criminosos, enquanto as macrossociológicas lançam luz sobre as influências do ambiente, da educação e das condições sociais na gênese do crime. A criminologia crítica, por sua vez, desafia as estruturas tradicionais, direcionando o foco não apenas para o ato criminoso, mas também para as implicações sociais e as reações das instituições de controle.

Nesse cenário, a criminologia cultural surge com a intenção de humanizar e investigar o crime, levando em consideração as diversas formas de experienciar a individualidade. Busca libertar-se de abordagens matemáticas, indo além da análise exata da infração penal e enxergando como um produto social com origens multifatoriais, incorporando a diversidade humana. Nessa perspectiva criminológica, é afirmado que um crime pode resultar na mesma consequência, mas ter origens distintas. Para compreender suas razões, é necessário realizar uma análise minuciosa, evitando considerá-lo como um fenômeno isolado, desvinculando das complexas interações sociais, culturais e históricas que o moldam.

SALO DE CARVALHO (2015) descreve essa corrente da criminologia como:

“[...] linha de pensamento derivada da criminologia crítica, a qual fornece fundamentais instrumentos de análise sobre poder, instituições penais e a dimensão

¹⁴ DANIEL DIAS MACHADO *et al.*, “A teoria de Cesare Lombroso e sua influência na sociedade”, in *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, Ano 06, Ed. 01, vol. 07, Janeiro de 2021, pp. 57-73. Disponível em <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/cesare-lombroso> [acesso em 9/11/2023].

econômica dos processos de criminalização. Agrega, porém, às duas orientações propriamente criminológicas a reorientação crítica fornecida pela teoria pós-moderna, construindo possibilidade de criação de pensamento híbrido, complexo. [...] Não obstante o importante resgate e a atualização da teoria do entiquetamento – dado que permite afirmar emergência de renovada crítica aos temas tradicionais dos modelos microcriminológicos positivistas (etiologia do comportamento desviante, natureza delitiva, periculosidade e estatísticas criminais), bem como o avanço em áreas de destaque da macrocriminologia crítica (processos de criminalização, estigmatização e seletividade das agências de controle) –, a criminologia cultural insere novos temas que corrompem os horizontes da pesquisa criminológica, causando a dissolução de qualquer fronteira ou limite para investigação.”¹⁵

No primeiro capítulo da obra de AMADO encontramos uma reportagem do fictício “Jornal da Tarde” intitulada “Crianças Ladronas”. Nos parágrafos iniciais do romance fica evidente que a origem do crime e a sensação de insegurança na sociedade soteropolitana eram atribuídas aos “Capitães da Areia”. A mencionada reportagem clama por ações do juizado de menores e da polícia, buscando a extinção desse grupo e o recolhimento dos jovens criminosos aos institutos de reforma ou prisões, destacando a perturbação causada à tranquilidade da cidade.

No mesmo capítulo, na seção intitulada “Carta do Diretor do Reformatório à Redação do Jornal da Tarde”, é afirmado que os “Capitães da Areia” são um bando de delinquentes que amedronta a cidade, impedindo-a de viver em paz. Essas passagens refletem a visão da sociedade da época sobre as crianças e os jovens envolvidos em atividades criminosas, atribuindo a responsabilidade exclusiva aos infratores juvenis e simplificando as causas do comportamento criminoso.

Ambos os trechos citados revelam a percepção desses jovens como potenciais ameaças à ordem pública, sugerindo a necessidade de medidas moralizadoras e punitivas para contê-los. Essa representação cria um ambiente de medo na sociedade, que se enxerga como vítima nessa relação com os jovens infratores¹⁶.

TAMMY HOFFMANN BENATTO pontua:

“Jorge Amado mostra que o dever de cuidado com as crianças era considerado pela época como uma obrigação da família, devendo a mesma instruir as crianças

¹⁵ SALO DE CARVALHO, *Criminologia Cultural e Pós-Modernidade: Aportes Iniciais e Perspectivas desde a Margem. Antimanual de Criminologia*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp. 63-83.

¹⁶ JOSELMA GOMES PEREIRA/LUCAS GOMES DA SILVA, *Uma análise da teoria criminológica da subcultura delinquente no contexto de adolescentes autores de atos infracionais*, op. cit.

na educação religiosa resultando num adulto com princípios religiosos e que naturalmente iria se constituir um indivíduo de carácter que contribui na construção da sociedade formando sua família e levando nos mesmos princípios.”¹⁷

Dentro do contexto político e social abordado, onde a delinquência é analisada de forma isolada, a solução proposta é predominantemente a repressão. A falta de consideração das causas subjacentes leva ao equívoco de buscar apenas a repressão dos efeitos. A sociedade, ao se sentir vítima dos atos infracionais, muitas vezes não percebe que ela mesma contribui para as raízes do crime urbano.

Essa interconexão entre a criminologia e o direito penal é evidente na necessidade de uma abordagem conjunta para o desenvolvimento de políticas criminais efetivas. Enquanto o direito penal estabelece normas e sanções, a criminologia oferece uma compreensão mais profunda das causas do crime, da personalidade do criminoso e das estratégias de prevenção e ressocialização.

A contemporaneidade exige uma visão crítica, na qual a interdisciplinaridade não apenas enriquece o diálogo entre criminologia e direito penal, mas também desafia conceitos estabelecidos. A superação das dicotomias entre teorias do consenso e do conflito abre espaço para uma abordagem mais holística, considerando a complexidade das relações sociais e as suas influências na criminalidade.

Portanto, a convergência entre criminologia e direito penal não apenas enriquece a compreensão do fenômeno criminal, mas também oferece subsídios para a formulação de políticas públicas mais eficazes, alinhadas com uma visão crítica e atualizada das dinâmicas sociais e individuais que permeiam o universo do crime.

6. Considerações finais

Uma análise interdisciplinar empreendida sobre a obra *Capitães da Areia*, da autoria de Jorge Amado, revela-se como um exercício profícuo na compreensão das dinâmicas sociais e jurídicas intrínsecas no âmbito do período histórico em foco. A tessitura desta análise, permeada pelos prismas do Direito, da Criminologia e da Literatura, transcende a mera crítica das lacunas normativas da época, constituindo-

¹⁷ TAMMY HOFFMANN BENATTO, *Direito na literatura: justiça como virtude e a vingança como justiça – as duas faces do mesmo desejo em “Capitães da Areia”*, Monografia (graduação em Direito), Karla Pinhel Ribeiro (Orientador), Universidade Anhembí Morumbi, São Paulo, 2022. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/32360> [acesso em 9/11/2023].

-se em uma reflexão profunda sobre a eficácia e a humanidade inerentes ao sistema jurídico face às complexidades socioculturais.

A interseção entre Literatura e Direito, delineada na obra em exame, não se restringe à mera exposição das inadequações normativas, mas, de maneira mais ampla, oferece uma perspectiva rica e multifacetada sobre as realidades sociais e jurídicas. JORGE AMADO, ao forjar os personagens emblemáticos dos “Capitães da Areia”, não apenas desvela as imperfeições normativas da época, mas também instiga uma profunda reflexão crítica sobre os desafios persistentes nos contextos sociais e jurídicos contemporâneos.

No contexto jurídico, a narrativa evidencia não apenas a insuficiência normativa característica do período, mas também a aplicação assimétrica e, por vezes, desumanizada do Direito em relação aos jovens marginalizados. A perspectiva da criminologia cultural, ao analisar os “Capitães da Areia” como uma subcultura delinquente, fornece uma abordagem humanizada dos criminosos, questionando as suas raízes e sublinhando a busca intrínseca por identidade e pertencimento.

Particularmente significativa é a crítica à marginalização social, que impulsiona os personagens a elegerem as ruas como preferenciais aos espaços institucionais, denotando a carência de representatividade e apoio estatal. A lacuna de diálogo entre as instâncias jurídicas e os marginalizados perpetua estigmas e rótulos, consolidando, assim, a exclusão social.

Neste panorama, a busca pela justiça como virtude, personificada nas figuras emblemáticas do Professor e Pirulito, emerge como um contraponto sagaz à vingança e à retribuição negativa. A justiça como virtude, longe de ser uma mera aspiração por valores morais, sugere uma possibilidade concreta de superação dos desafios inerentes à vivência nas ruas.

Desta forma, a análise interdisciplinar de *Capitães da Areia* transcende a esfera meramente literária, erigindo-se como uma ferramenta crítica e reflexiva sobre a interface entre o Direito e a Sociedade. A concepção da justiça como virtude, tal como delineada na obra, propõe que, mesmo diante das adversidades, a busca pela integridade ética constitui-se como a chave mestra para a edificação de uma sociedade mais justa e inclusiva.

A responsabilidade social das empresas: um olhar sobre a nova Diretiva CSDDD

Leonor Maria Monteiro da Silva

*Jurista e Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa
(Escola de Direito da Universidade do Minho)*

Rafaela Ribeiro Silva

*Jurista e Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa
(Escola de Direito da Universidade do Minho)*

Resumo: A Responsabilidade Social das Empresas (RSE) e a Governação Societária, durante muito tempo alheias à malha jurídica que sustentava a atuação empresarial, têm vindo a assumir, nos últimos anos, o monopólio do discurso das empresas, desempenhando um papel fundamental na sua estratégia e gestão. Não sendo nova, esta questão tem ganhado destaque, fruto da tomada de consciência, pelos vários agentes económicos, do impacto que as organizações empresariais desempenham sobre os direitos humanos e o ambiente. A nova Diretiva CSDDD – ao obrigar as empresas a identificar, prevenir e mitigar os impactos negativos que possam resultar da sua atividade – representa um marco incontornável no contexto da governação empresarial transnacional e um importante compromisso político assumido entre os Estados-Membros da União Europeia. Esta Diretiva faz nascer no plano jurídico uma obrigação legal vinculativa de devida diligência, reforçando a RSE e assegurando que as boas práticas sociais e ambientais não são retóricas, mas antes controladas e monitorizadas de forma séria, responsável e transparente. A RSE já não é, hoje, uma opção (ética) das organizações empresariais, mas um dever e uma necessidade estratégica, que tem de integrar a governação societária, sob pena de se prejudicar a sustentabilidade empresarial.

No presente artigo faz-se uma reflexão sobre o objetivo primordial das sociedades comerciais (a obtenção de lucro), examinando-se a perene controvérsia em torno do seu interesse social (*shareholder value* vs. *stakeholder value* vs. *interesse social iluminado*). Analisam-se, ainda, os deveres dos administradores e o regime da sua responsabilidade civil, convocando-se, para o debate, a *business judgement rule*, que protege decisões empresariais tomadas de modo diligente e

informado. Por fim, apresenta-se criticamente o regime jurídico da CSDDD, refletindo-se sobre o impacto destas obrigações na cadeia de atividades, o (de)mérito da sua extraterritorialidade, a eficácia do regime sancionatório e de responsabilidade civil, o esforço (eventualmente excessivo?) de regulamentação e as vantagens que podem (ou não) estar a si associadas.

Palavras-chave: Responsabilidade social das empresas / CSDDD / Governança societária / Sustentabilidade / Deveres dos administradores

Abstract: Corporate Social Responsibility (CSR) and Corporate Governance, for a long time unknown to the legal framework that supported corporate action, have in recent years become the monopoly of corporate discourse, playing a fundamental role in their strategy and management. Although not trailblazing, this issue has gained prominence as a result of the awareness of multiple economic agents of the impact that business organisations have on human rights and the environment. The new CSDDD – by obliging companies to identify, prevent and mitigate negative impacts that may result from their activity – represents an unavoidable milestone in the context of transnational corporate governance and an important political commitment made by the Member States of the European Union. This Directive gives rise to a binding legal obligation of due diligence, reinforcing CSR and ensuring that good social and environmental practices are not rhetorical, but are controlled and monitored in a serious, responsible and transparent manner. Today, CSR is no longer an (ethical) option for business organisations, but a duty and a strategic necessity that must be part of corporate governance, otherwise corporate sustainability will be jeopardised.

This article reflects on the primary objective of commercial companies (making a profit), examining the perennial controversy surrounding their social interest (*shareholder value vs. stakeholder value vs. enlightened social interest*). The duties of directors and their civil liability are also analysed, and the *business judgement rule*, which protects business decisions made in a diligent and informed manner, is brought into the debate. Finally, the CSDDD legal regime is critically presented, reflecting on the impact of these obligations on the chain of activities, the (de)merit of their extraterritoriality, the effectiveness of the sanctions and tort law, the (possibly excessive?) regulatory effort and the advantages that may (or may not) be associated with it.

Keywords: Corporate social responsibility / CSDDD / Corporate governance / Sustainability / Directors' duties

Introdução

Nas últimas décadas, transformações paradigmáticas acometeram a sociedade e as empresas, enquanto parte constituinte deste tecido social, não ficaram imunes a essas alterações, tendo sido compelidas a adaptar-se, sob pena de não reunirem a aceitação social necessária para a prossecução dos seus fins. A transição para uma economia sustentável envolveu uma reforma substancial dos nossos mercados, reclamando uma tomada de decisão empresarial e um esforço legislativo de regulação do modo como as empresas devem gerir os impactos ambientais, sociais e governativos da sua atividade.

É inquestionável que a preocupação com o bem-estar e o desenvolvimento sustentável ganharam destaque no discurso empresarial – a Responsabilidade Social das Empresas (doravante, RSE) é, hoje, um imperativo inalienável da administração societária, como sentenciar a recente Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (CSDDD)¹.

A noção de RSE pode ser encontrada em vários instrumentos², nomeadamente na Norma Internacional ISO26000, que a define como sendo a “responsabilidade de uma organização pelos impactes das suas decisões e atividades na sociedade e no ambiente, através de uma conduta ética e transparente”. Apesar da diversidade de definições, a RSE é abraçada com igual intensidade pelas várias organizações internacionais e reclamada com igual pujança pela sociedade contemporânea.

As empresas são “criações artificiais para controlo de negócios e geração de riqueza”, dotadas de personalidade jurídica, autonomia e responsabilidade limitada, sob a forma de sociedades comerciais, que prosseguem uma missão central: “obter lucros, legais e sustentados”³. O interesse social que lhes subjaz continua a gerar controvérsia na doutrina jus-societária, num debate que traz à colação a

¹ Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024 (relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade) e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401760.

² No *Livro Verde – Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*, Bruxelas, 2001, definiu-se a RSE enquanto “conceito segundo o qual as empresas decidem, numa base voluntária, contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52001DC0366>.

³ PEDRO JORGE MAGALHÃES, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 13-14.

noção de sociedade, o seu escopo, a concretização do art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), a relação com os deveres dos administradores⁴, o regime da sua responsabilização e as várias teorias de *Corporate Governance* que germinam desse interesse.

A *Corporate Governance* – vista como um conjunto de mecanismos atinentes à estrutura de poderes decisórios das empresas, que permite avaliar e responsabilizar os administradores e que orienta a forma como a empresa é dirigida (conduzindo as relações entre os *shareholders* e os *stakeholders*)^{5/6} – aliada à RSE funcionam, hoje, como parâmetros avaliadores da excelência qualitativa da organização empresarial.

Com o objetivo de promover um comportamento empresarial sustentável e socialmente responsável nas operações das empresas e em todas as cadeias de atividade, foi aprovada, em 2024, a Diretiva CSDDD, que coloca a União Europeia na vanguarda dos esforços em prol da sustentabilidade. Assiste-se a uma mudança no panorama europeu que força os Estados-Membros a nivelarem o quadro legislativo em matéria de responsabilidade e sustentabilidade empresarial, introduzindo obrigações de devida diligência relacionadas com impactos adversos, reais ou potenciais, nos direitos humanos e no ambiente. A CSDDD constitui um importante passo na luta pela sustentabilidade empresarial europeia. Resta saber se os méritos suplantam as desvantagens de uma regulação com estes contornos...

1. As sociedades e o seu fim

A definição legal que norteia o conceito de sociedade deve ser colhida no art. 980.º do Código Civil, dizendo-se, neste epitáfio, que o “contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”. Haverá muito a dizer sobre esta definição, já que nela se encontram plasmados os elementos es-

⁴ Utilizar-se-á “administrador” num sentido amplo, abarcando os gerentes das sociedades por quotas e os administradores das sociedades anónimas.

⁵ OECD, *Governança corporativa*, disponível em <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/corporate-governance.html>.

⁶ FILIPE ANDRÉ DOS SANTOS RIBEIRO, *Responsabilidade Social das Empresas e Corporate Governance*, UCP, 2022, p. 34, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/41282/1/203309502.pdf>.

senciais do contrato de sociedade, mas focar-nos-emos somente no elemento teleológico (fim), que para o presente estudo releva⁷.

A parte final do art. 980.º do Código Civil contempla o fim da sociedade: obtenção de lucro e consequente repartição pelos sócios⁸. A doutrina identifica duas perspectivas de lucro – o *lucro objetivo*, que é criado diretamente na esfera jurídica da sociedade, e o *lucro subjetivo*, que se destina à repartição pelos sócios⁹. A essencialidade deste elemento (escopo lucrativo) distancia as sociedades de outras entidades dogmaticamente próximas, como é o caso das cooperativas, que apenas “visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades” dos seus membros, através da cooperação e entreajuda ou das associações e fundações, nas quais o eventual lucro não pode ser repartido pelos associados ou atribuído ao fundador.

A prossecução do fim lucrativo é, portanto, a característica mais acentuada das sociedades, estando inclusive os seus atos limitados à procura desse fim – art. 6.º, n.º 1, do CSC.

2. Os deveres dos membros do órgão de administração: o art. 64.º, n.º 1, do CSC e a discussão em torno do interesse social

Inalienável do direito das sociedades comerciais é o estudo do dever de administrar, uma vez que os administradores gerem a atividade da sociedade e os seus atos, praticados em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros.

Agora como antes, as sociedades voltam-se para a obtenção de lucro. Porém, urge, cada vez mais, atender à RSE como temática indissociável da gestão da própria sociedade comercial, já que, hodiernamente, a atuação empresarial se confronta com novas e acrescidas exigências sociais, ambientais e governativas, reclamadas pela sociedade civil, com quem a sociedade comercial tem estabeleci-

⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre os restantes elementos (pessoal, patrimonial e finalístico/objeto), veja-se RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 26-32.

⁸ Procurando a correção normativa, entender-se-á como distribuição de lucro, quando em causa estiver uma sociedade pluripessoal e como atribuição de lucro, quando for unipessoal, sublinhando-se que, no âmbito das sociedades comerciais, não são os sócios quem reparte os lucros, mas antes a própria sociedade (titular de personalidade jurídica), embora a competência para deliberar a repartição desses lucros caiba aos sócios – RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., p. 32.

⁹ A este respeito, veja-se RUI POLÓNIA, em *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., loc. cit.

das relações de confiança. O ingresso no cargo de administrador acarreta um vasto e não absolutamente determinado rol de deveres jurídicos, que, não sendo respeitado, motivará lesões nos interesses dos sócios e da sociedade.

2.1. O art. 64.º do CSC e os deveres fundamentais dos administradores

Embora não se conteste que a sustentabilidade está no centro das discussões atuais sobre Direito e Governança Societária, certamente se compreende que a sua relação com os deveres legais dos administradores é de contornos difíceis de traçar – são tantas e tão multímodas as situações com que os administradores se defrontam e são tão variados os atos que têm de praticar, que especificar os seus deveres num elenco legal taxativo e fechado se revelaria uma tarefa infrutífera e, convenhamos, humana e “manifestamente impossível”¹⁰.

A temática dos deveres dos membros dos órgãos de administração, designadamente o art. 64.º do CSC, foi fortemente alterada com a entrada em vigor do DL n.º 76-A/2006, de 29/3¹¹, devendo, atualmente, distinguir-se (para além dos deveres estatutários e legais) os deveres legais gerais e os deveres legais específicos dos administradores: os primeiros são “os que se destinam aos membros do órgão de administração de qualquer sociedade comercial, independentemente do seu tipo” e os segundos são “os que se destinam aos membros do órgão de administração de um tipo de sociedade comercial em concreto”¹², resultando imediata e especificadamente da lei, com múltiplos exemplos no CSC e fora dele¹³.

No presente estudo, focar-nos-emos na análise dos deveres legais gerais: o art. 64.º, n.º 1, do CSC estatui os deveres gerais fundamentais dos membros do órgão de administração, articulando, em alíneas separadas, os deveres de cuidado [alínea a)] e lealdade [alínea b)].

O dever de cuidado identifica-se com a competência dos administradores que, no exercício das suas funções, devem ser disponíveis, tecnicamente competentes

¹⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, in AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Coimbra, Almedina, 2007, p. 17.

¹¹ As principais motivações da reforma legislativa prenderam-se com a boa governação das sociedades.

¹² Veja-se RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., p. 66.

¹³ Para mais exemplos de deveres legais específicos, veja-se RICARDO COSTA, «Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 165.

e conhecedores da atividade da sociedade, esperando-se que atuem de forma criteriosa e ordenada¹⁴, sem que releve, para a aferição deste dever, o critério do direito civil *bonus pater familiae*.

Segundo COUTINHO DE ABREU, este dever implica que os administradores, “nas actividades de organização, decisão e controlo societários”, tenham de aplicar “o tempo, o esforço e o conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias” do caso concreto¹⁵. Continua o autor, numa análise de maior amplitude na sua compreensão, sub-distinguindo o referido dever em dever de vigilância organizativo-funcional – que pressupõe que o administrador preste atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem gere, devendo aceder à informação necessária e conhecendo efetivamente a atividade da sociedade, pois só assim a consegue controlar; dever de atuação procedimentalmente correta para a tomada de decisões – implica a recolha e análise de informação razoavelmente disponível, estando a razoabilidade dependente das circunstâncias do caso; e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis – não obriga o administrador a tomar a melhor decisão, mas, existindo um leque de decisões razoáveis, o administrador deve escolher a mais compatível com o interesse da sociedade, isto é, o administrador só viola este dever se a decisão por ele tomada não integrar o elenco das decisões compatíveis com o interesse da sociedade¹⁶.

Já no art. 64.º, n.º 1, alínea b), referente aos deveres de lealdade, estão consagrados “deveres inerentes à relação de confiança” estabelecida entre a sociedade e os administradores e com base na qual estes atuam em nome e no interesse daquela, procurando a satisfação do interesse social, mas abstendo-se de promover o seu próprio interesse ou interesses alheios¹⁷. Nesta alínea introduziu-se a noção de “interesse da sociedade” como referencial do dever de lealdade e uma cláusula geral de interesses dos *stakeholders*. Esta medida constituiu, de algum modo, um

¹⁴ Veja-se RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., p. 67.

¹⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, op. cit., p. 19.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 20-21.

¹⁷ A este respeito, veja-se CATARINA SERRA, “O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável”, in *Scientia Iuris*, vol. 14, Londrina, Universidade Estadual de Londrina, 2010, pp. 157-158, disponível em <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7655/6749>; e J. M. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, op. cit., p. 22.

sinal de integração da RSE na *Corporate Governance*, impondo uma cultura de ética no universo empresarial e passando os administradores a estar subordinados ao dever de realizar o “interesse social iluminado”, como adiante se explicará.

Segundo COUTINHO DE ABREU, várias concretizações emanam deste dever: os administradores devem comportar-se com correção quando contratem com a sociedade (arts. 397.º e 428.º do CSC), estão obrigados a não concorrer com a sociedade (ainda que de modo não absoluto) e a não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias, assim como bens e informações da sociedade e, por fim, a não abusar do seu estatuto¹⁸.

Ora, o dever de lealdade norteia-se pelo interesse social, cuja concretização, tendo como propósito o lucro da sociedade, comum ao interesse dos sócios, corresponde àquilo que a sociedade entende que, subjetivamente, é adequado para a prossecução do seu fim¹⁹. Havendo violação destes deveres poderá haver lugar a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade (como analisaremos adiante) e destituição com justa causa (arts. 257.º, n.º 6, e 403.º, n.º 4, do CSC).

2.2. Que interesses integram o dever de lealdade?

A orientação dada no art. 64.º, n.º 1, alínea b), é a de atender aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderar os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como sejam os trabalhadores, clientes e credores. Mas não se esgota nestes o elenco dos titulares dos referidos interesses, existindo outros beneficiários das iniciativas de responsabilidade social. Na discussão em torno da construção do interesse social e da preponderância atribuível aos vários interesses em presença e a fim de se responder à questão de saber a quem é devida a lealdade, afirmaram-se, entre nós, várias correntes doutrinárias.

RUI PINTO DUARTE afirma que o art. 64.º, n.º 1, só impõe aos administradores um dever de lealdade para com a sociedade e não também para com os sócios e outros sujeitos, embora o interesse desses *stakeholders* tenha de ser tomado em consideração na definição do interesse da sociedade, isto é, o administrador só

¹⁸ Explicação detalhada em J. M. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *op. cit.*, pp. 23-29.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/7/2023, proc. n.º 9377/20.0T8LSB.L1-1, (Amélia Rebelo), disponível em www.dgsi.pt.

tem de ser leal para com a sociedade, mas no próprio interesse social já deverão ser atendidos os interesses dos sócios e ponderados os dos *stakeholders*²⁰.

Em sentido diverso, MANUEL CARNEIRO DA FRADA defende que a lealdade, por si só, não realiza interesses, mas “está acima e para além deles”, exprimindo um critério de ética com base jurídica, e não existindo, por isso, para prosseguir ou maximizar os interesses que a alínea b) do n.º 1 do art. 64.º preconiza. Diz, ainda, que “a lealdade não é graduável”, mas antes “deve-se sempre”, ou seja, ao administrador não é consentido ser leal para com uns e desleal para com outros, já que a lealdade “não é passível de ponderações de eficiência económica”, devendo observar-se sempre, ainda que com custos elevados. Os administradores devem, portanto, ser leais à sociedade, aos sócios, aos credores, aos trabalhadores, aos clientes, enfim, a todos, colocando os interesses num plano absolutamente igual. Não havendo graus de lealdade, não poderá ser sacrificado constantemente o interesse da sociedade, mas este também não se poderá sobrepor sempre aos interesses dos *stakeholders*²¹.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, por seu turno, esclarece, num entendimento preterido pela jurisprudência, que “quem é leal a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente”, devendo o legislador evitar normas “com um aditamento ilimitado de novos termos”, como é o caso desta, sob pena de ficarem vazias de conteúdo²².

Jurisprudencialmente, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) tendeu a aproximar-se da doutrina de RUI PINTO DUARTE, ao afirmar que o “dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros”²³.

²⁰ Para maiores desenvolvimentos, veja-se RUI PINTO DUARTE, “Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais”, in *Católica Law Review*, vol. II, n.º 2, 2018, pp. 84-85.

²¹ A este respeito, recomenda-se MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 67, vol. I, 2007, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>.

²² Sobre isto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, in *ROA*, ano 66, vol. II, 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.

²³ Entendimento espelhado no Acórdão do STJ de 30/9/2014, proc. n.º 1195/08.0TYLSB,L1.S1, (Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt

2.3. Que visão se tem do interesse social? As várias teorias de governação societária

Qual a visão que se deve, então, adotar sobre o interesse social? Não há, ainda, um entendimento pacífico sobre o conceito, encontrando-se em confronto, tradicionalmente, teses contratualistas e institucionalistas.

Inicialmente, o interesse social era concebido unicamente como o interesse comum dos sócios, titulares das participações sociais (perspetiva da *shareholder value approach*). Segundo esta teoria, defendida pelos contratualistas, a tarefa de gestão da atividade societária dos administradores orientar-se-ia exclusivamente pela valorização das participações sociais, aumentando a receita e maximizando o lucro (conceção de capitalismo puro), fazendo equivaler o interesse social ao interesse daqueles que investem na empresa (*shareholders*). Entendia-se que os acionistas eram o motor económico da organização e o único grupo perante o qual a empresa seria socialmente responsável.

Segundo FRIEDMAN, precursor desta doutrina, pouco poderia enfraquecer tanto os pilares da nossa sociedade quanto a ideia de que os membros dos órgãos de administração deviam assumir responsabilidades sociais que fossem além do mero propósito de obtenção de lucro para os acionistas²⁴. Esta visão neoclássica de empresa e a ideia de que a responsabilidade pelas questões sociais é dos governos, devendo as empresas concentrar-se nos seus resultados financeiros, contribuiu para o desprezo, na época, pela RSE²⁵.

Contudo, os agentes económicos começaram a aperceber-se de que a procura desenfreada pelo lucro conduz, não raras vezes, a resultados indesejáveis, isto é, quando se prioriza a busca desimpedida do lucro, sem atender a outras preocupações, provocam-se danos de cariz financeiro (frustrando-se os interesses de outros sujeitos, como os trabalhadores ou credores) e social (através da adoção de práticas que agredem o meio ambiente, como a libertação de substâncias tóxicas para a atmosfera ou para águas correntes ou o recurso a mão de obra escrava).

²⁴ MILTON FRIEDMAN, *Capitalismo e Liberdade*, Coimbra, Actual, 2021 [1962], trad. de Jaime Araújo.

²⁵ MALLIN BAKER, *Arguments against corporate social responsibility – And some responses*, 2008, disponível em <https://mallenbaker.net/article/clear-reflection/arguments-against-corporate-social-responsibility-and-some-responses>.

Isto levou à ascensão de uma outra teoria (institucionalista) – perspectiva da *stakeholder value approach* – que preconiza a existência de outros interesses dignos de consideração. A defesa desta perspectiva assenta no alargamento da esfera de interesses a considerar pelos administradores – já não só os interesses dos sócios, mas também os dos trabalhadores, clientes, fornecedores, credores e quaisquer outros sujeitos que possam influenciar ou afetar a atividade societária ou de por ela ser afetados, como é o caso das Organizações Não Governamentais²⁶.

A passagem de uma tese monista/contratualista para uma tese pluralista/institucionalista não está isenta de problemas: na prática, os administradores depararam-se com a dificuldade de saber que interesses estão obrigados a realizar no exercício das suas funções, ou seja, se devem considerar os interesses dos sujeitos terceiros ou se devem priorizar a maximização do valor das participações sociais.

Naturalmente, nenhuma destas perspectivas satisfaz, na íntegra, as questões suscitadas na *praxis* empresarial sobre os beneficiários da gestão societária, pelo que, paulatinamente, emergem novas teorias de governação societária que visam harmonizar múltiplos interesses conflituantes, de modo a não onerar nenhum em demasia. Como teoria recente e intermédia, surge o modelo do “interesse social iluminado” (*enlightened shareholder value approach*), segundo o qual os administradores devem submeter-se ao dever de realizar o interesse social, prosseguindo o sucesso empresarial e “atendendo aos interesses de longo prazo”, mas sabendo que, para o alcançar, é necessário que “quem atua pela sociedade” promova um conjunto de “relações estáveis e duradouras da empresa com os trabalhadores, credores, clientes e fornecedores”, investindo em relações que aumentem o valor global da empresa²⁷ e mantenham a sua reputação a níveis elevados de condutas empresariais. Esta visão patenteia a obrigação de evitar prejuízos desproporcionados para os *stakeholders* e um conjunto alargado de deveres procedimentais relacionados com a apresentação de informação. Com o “interesse social iluminado” parece mais possível dar propó-

²⁶ CATARINA SERRA, “O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *op. cit.*, p. 160.

²⁷ A este propósito, veja-se CATARINA SERRA, *apud* HUGO LUZ DOS SANTOS, «Os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais e o *Enlightened Shareholder Value* à luz do acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ n.º 11/2014: mais um capítulo da (falta) de “cooperação dialéctica” entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?», in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, ano VII, n.º 1, 2015, p. 138, disponível em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/os-deveres-fiduciarios-dos-gerentes-das-sociedades-comerciais-e-o-enlightened-shareholder-value-a-lu>.

sito ao dever de ponderação dos interesses dos outros grupos de sujeitos presente no CSC, promovendo-se a RSE.

Independentemente das múltiplas teorias, o certo é que se torna evidente a relação umbilical entre o desempenho não financeiro de uma empresa (social e ambiental) e os seus resultados económicos, revelando-se indispensável o compromisso de obter resultados ambiciosos nos três níveis – Lucro/*Profit*, Planeta/*Planet* e Pessoas/*People* (três P)²⁸. É, por isso, na comunhão de todos eles que se encontra a verdadeira sustentabilidade do negócio a longo prazo.

3. Responsabilidade social das empresas – uma mudança no figurino

Intimamente ligada aos aspetos abordados anteriormente está a RSE. São várias as entidades²⁹ que têm vindo a anunciar a sua importância como questão central da economia – não como mera promessa, mas como compromisso efetivamente assumido pelas empresas – propondo-a como forma de garantir a sustentabilidade empresarial a nível ambiental, dos direitos humanos e da transparência (valores e direitos tantas vezes “atropelados” por uma governação unicamente centrada no crescimento económico).

Os agentes empresariais devem adotar estratégias conformes às boas práticas ambientais e, em simultâneo, assumir proativamente responsabilidades em relação ao bem-estar dos trabalhadores e das comunidades que suportam o sucesso a longo prazo das empresas. Em paralelo, e porque consciente das implicações que a valorização dos vários *stakeholders* acarreta para o plano governativo, a União Europeia, com forte apoio dos governos, deve fomentar uma *Corporate Governance* sustentável (como, de resto, tem feito)³⁰.

²⁸ Este conceito de sustentabilidade empresarial assenta na *Triple Bottom Line*, isto é, no desempenho social, económico e ambiental, defendendo-se que as empresas, embora devam procurar atingir bons desempenhos económicos a longo prazo, devem evitar ações que, no curto prazo, possam provocar prejuízos sociais ou ambientais – ANA CLÁUDIA SALGUEIRO, “*Compliance – Cultura organizacional, sustentabilidade empresarial e tomada de decisão ética*”, in RDS, ano XIV, n.º 1, 2022, pp. 38-39, disponível em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/articles/compliance-cultura-organizacional-sustentabilidade-empresarial-e-tomada-de-decisao-etica>.

²⁹ Destaque para a ONU – Organização das Nações Unidas e a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

³⁰ Veja-se, a título exemplificativo (mas fortemente elucidativo), a recente Diretiva CSDDD, que adiante analisaremos.

A RSE não implica o abandono do escopo lucrativo, mas o exercício desse fim, sem que, com isso, se prejudiquem outros valores cuja importância é anuída pela sensibilidade contemporânea – pense-se, como exemplo das consequências nefastas da atual concepção societária, no caso de *Alto Hospicio*, no Chile, onde a paisagem desértica tem vindo a sofrer alterações profundas nos últimos anos, substituindo-se as dunas de areia por aglomerados colossais de roupas, compostas por materiais não biodegradáveis, abandonados a céu aberto, num eminente atentado contra o ambiente, a saúde pública e a própria economia, simplesmente porque não calharam de ser vendidas³¹. Peças de roupa, muitas delas oriundas de marcas de luxo, passam diretamente do requinte das montras para as lixeiras a céu aberto, numa decisão empresarial inconsciente, irresponsável e profundamente impactante (pela negativa, claro!) em termos sociais e ambientais.

Esta responsabilidade envolve duas dimensões: uma interna, na qual se incluem práticas de cariz socialmente responsável na empresa para com as pessoas que nela trabalham, para com a prosperidade económica da empresa e em relação à gestão dos recursos naturais explorados no processo produtivo, e outra externa, que ultrapassa a esfera da própria empresa, estendendo-se à comunidade envolvente³².

A RSE é um produto de pressões sociais externas e fruto do escrutínio do mercado para que as empresas assumam preocupações éticas e sociais. Não poderá, portanto, continuar isolada da gestão estratégica empresarial e retida apenas em relatórios, mas deverá exigir uma mudança de paradigma dos agentes económicos, onde a sustentabilidade e racionalidade empresariais não se centrem apenas em questões financeiras, mas sejam capazes de aglomerar bem-estar social e ambiental³³.

Confrontadas com os desafios e exigências de uma sociedade em mutação, as empresas têm-se apercebido que a RSE não deve ser encarada como um encargo, mas antes como um investimento que transcende as obrigações legais elementares do domínio social, afetando diretamente a produtividade e resultando em competitividade reforçada.

³¹ Para mais exemplos destes efeitos prejudiciais, veja-se RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., p. 74.

³² Para maiores desenvolvimentos, veja-se *Livro Verde – Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*, op. cit.

³³ FILIPE ANDRÉ DOS SANTOS RIBEIRO, *Responsabilidade Social das Empresas e Corporate Governance*, op. cit., p. 30.

A maioria dos instrumentos nesta matéria assumiam a forma de *soft law*, não implicando, em caso de incumprimento, uma sanção efetiva³⁴, o que realçava o carácter voluntário característico da RSE. Levanta-se, pois, a questão de saber se, decorrente da entrada em vigor da CSDDD e tendo em consideração a coercibilidade do Direito, se poderá continuar a caracterizar a RSE como voluntária ou se esta se tornou, no fundo, uma obrigação. A resposta não é claramente avançada na letra da Diretiva, como adiante se constatará, mas há que considerar o seguinte: até então, têm-se destacado no mercado as empresas que efetivamente cumprem os princípios orientadores da responsabilidade social, ganhando vantagem competitiva por se preocuparem voluntariamente com este assunto. Dada a importância cada vez mais premente da temática, só trarão vantagens os trabalhos legislativos que coloquem estas orientações no campo da *hard law*.

Na vanguarda, a União Europeia tem trilhado esse caminho, tendo vindo, com esta legislação, a sublinhar que, como deixar a adoção destas práticas ao critério das empresas não tem sido suficiente³⁵, quer-se agora que haja uma regulamentação para pressionar as empresas, através de sanções e responsabilização, a integrarem a RSE no seu negócio. Trata-se de uma mudança de paradigma da filantropia corporativa para a RSE, com vista a que, no futuro, se caminhe para a internalização da sustentabilidade na cultura das empresas. Assim, com a sua integração no Direito³⁶, a RSE deixa de ser um valor ético-social para se assumir como valor jurídico.

Quanto à *Corporate Governance*, embora não encontre uma definição unânime, poderá ser entendida como um conjunto de mecanismos que concretizam a gestão

³⁴ Pauta-se, inversamente, por critérios de *comply or explain* – técnica usada em matéria de *Corporate Governance*, que institui um dever às empresas de declararem quais os preceitos que cumprem e justificarem o não cumprimento dos restantes, como explica ANA RAQUEL MENDES SALGADO, *ESG e o Direito Societário*, Universidade Católica Portuguesa, 2023, p. 40, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/41867/1/203332237.pdf>.

³⁵ Pense-se no flagelo atual da escravatura moderna e, a este propósito, vejam-se as Estimativas Globais da Organização Internacional do Trabalho em 2021, cujos dados revelam existirem cerca de 28 milhões de pessoas submetidas a trabalhos forçados (mais 10 milhões do que em 2016), sendo a maior percentagem identificada no setor privado e em países de rendimentos médios e altos. Permitimo-nos corroborar na íntegra a crítica de Grace Forrest, diretora fundadora da Walk Free, que caracteriza a escravidão moderna como a própria antítese da justiça social e do desenvolvimento sustentável – ILO, *50 million people worldwide in modern slavery*, 2022, disponível em <https://www.ilo.org/resource/news/50-million-people-worldwide-modern-slavery-0>.

³⁶ Note-se que o Direito tem assumido progressivamente um papel proativo, abandonando-se a conceção clássica de Direito reativo, promovendo a prática de comportamentos e estimulando condutas.

e o controlo das empresas, onde se incluem instrumentos que permitem avaliar e responsabilizar os administradores pela sua gestão e pelo seu desempenho. Nas últimas décadas, assistiu-se à emergência dos indicadores ESG (Environmental, Social and Governance), que concretizam um novo quadro de análise da atividade empresarial, controlando os impactos da sua atuação no meio ambiente, na valorização da componente humana e na relevância de boas práticas de *governance*. A trilogia ESG constitui “um conjunto de parâmetros diretivos a observar pelas empresas nas suas ações, estratégias e investimentos”³⁷, que abarca o compromisso de uma atuação empresarial mais preocupada com a proteção do ambiente (“E”), com o respeito pelos direitos humanos e pelos interesses legítimos titulados pelas comunidades locais (“S”) e com medidas de governação societária mais racionais, informadas, responsáveis e sustentáveis (“G”) e tem na sua base uma componente ética, pois visa orientar os comportamentos das empresas e agentes económicos, embora tenha já, hoje, notória relevância para o Direito, ao assumir-se como um critério de atuação empresarial que, quando não cumprido, determinará consequências jurídicas³⁸.

Surge a preocupação de garantir que as empresas efetivamente incluem a RSE nas suas decisões e que esta não é uma bandeira ilusória, erguida perante a sociedade apenas para sobressair no mercado e aí serem reconhecidas³⁹. Poderá uma empresa intitular-se defensora (e mais, promotora) da sustentabilidade se, na sua cadeia de atividades, inclui empresas que recorrem a mão de obra escrava ou são responsáveis por percentagens elevadas de poluição ambiental? Parece-nos que dizer que “sim” seria afirmar uma política empresarial, mais do que caricata, hipócrita, incongruente e fraudulenta⁴⁰.

³⁷ Veja-se o que diz ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «ESG, sustentabilidade empresarial e contratação responsável. Em especial o papel do contrato e das “cláusulas éticas”», in *Revista de Direito Comercial (RDC)*, 2023, pp. 1105-1106, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/esg-sustentabilidade-empresarial-e-contratacao-responsavel>.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Procura-se evitar que as empresas capitalizem o foco ambientalista, servindo-se de alegações aparentemente salutares, mas, muitas vezes, falsas ou hiperbolizadas, alimentando o fenómeno de *greenwashing* – para mais desenvolvimentos, JOSÉ VILAS BOAS, “À procura de ética na cadeia de valor: códigos corporativos vs. due diligence law”, in *RDS*, ano XIV, n.º 2, 2022, pp. 261-264, disponível em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/a-procura-de-etica-na-cadeia-de-valor-codigos-corporativos-vs-due-diligence-law#revista>.

⁴⁰ Como exemplo, veja-se o caso do Grupo LEGO, conhecido pelos largos investimentos em RSE, mas que, em simultâneo, mantinha parcerias com a Shell, uma das empresas mais poluidoras do

4. Responsabilidade civil dos administradores – Breves considerações sobre o art. 72.º do CSC

O nosso direito societário tem mecanismos para responsabilizar os administradores em caso de incumprimento dos deveres a que estão adstritos. O regime da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade exige a verificação dos quatro pressupostos estabelecidos para o regime geral da responsabilidade (facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade entre facto e dano). No CSC destacam-se três modalidades: responsabilidade por danos provocados à sociedade (art. 72.º), aos credores (art. 78.º) e aos sócios e a terceiros (art. 79.º).

O art. 72.º é acionado quando existam danos causados à própria sociedade por atos ou omissões dos administradores, pressupondo o incumprimento de deveres legais/contratuais. No n.º 1 prevê-se uma presunção de culpa, que implica uma responsabilidade solidária pelos danos a ressarcir. No n.º 2 prevê-se a possibilidade de excluir a responsabilidade, desde que se prove que o administrador atuou de modo procedimentalmente informado (tendo-se munido devidamente das informações necessárias à sua atuação), isento de interesses pessoais (evitando conflitos de interesses entre ele e a sociedade, *shareholders* e *stakeholders*) e segundo critérios de racionalidade empresarial (de entre as disponíveis, a decisão é a que racionalmente serve melhor o interesse societário)⁴¹.

Preenchidos os requisitos legais e mesmo que não cumpram o que seria exigível à luz do critério do “gestor criterioso e ordenado”, deve entender-se que os administradores “não merecem ser responsabilizados numa avaliação judicial *ex post* do mérito das suas escolhas, incentivando-se desta forma um risco económico controlado na gestão”, como esclarece RICARDO COSTA. O art. 72.º, n.º 2, do CSC consagra a *business judgment rule*, que ampliou a discricionariedade empresarial⁴²

mundo – BÁRBARA VASCONCELOS, “A Falsa Responsabilidade Social nas Empresas”, in *Revista Técnica de Tendências em Comunicação Empresarial*, n.º 2, 2022, p. 3, disponível em <https://parc.ipp.pt/index.php/trendshub/article/view/4666/2518>.

⁴¹ RUI POLÓNIA, *Direito das Sociedades Comerciais*, op. cit., pp. 77-80, e RICARDO COSTA, «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», in *RDC*, 2021, pp. 1255-1261, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-social-na-irracionalidade-das-decisoes-dos-administradores-de-sociedades>.

⁴² Não se aplica quando se contrarie o dever de lealdade ou deveres específicos, porque não há discricionariedade.

e implicou uma “suavização” da responsabilização dos administradores ao invocarem uma “libertação de responsabilidade pelas consequências dos seus actos/ / decisões perante o risco de administração”⁴³.

Assim, se o administrador atuou em conformidade com o art. 72.º, n.º 2, respeitando o conteúdo mínimo do dever de cuidado, deve considerar-se afastada a responsabilidade, mas se aquele não o provar, avaliar-se-á a sua conduta à luz do art. 64.º e se se concluir que violou estes deveres será ilícita a conduta, presumindo-se a culpa nos termos do n.º 1⁴⁴.

5. Um olhar sobre a Diretiva CSDDD – Análise crítica do regime

A nova Diretiva CSDDD surge da consciência de que o comportamento empresarial é fundamental para se alcançarem os objetivos da União Europeia em matéria de sustentabilidade e as obrigações que vem estabelecer brotam dos princípios orientadores das Nações Unidas e das diretrizes da OCDE, sublinhando a importância do respeito pelos direitos humanos e ambiente, através da observação de um novo dever de diligência, previsto no art. 5.⁴⁵

A CSDDD visa potenciar o mercado único (promovendo a transição para uma economia sustentável através da prevenção e da atenuação de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, associados às empresas e respetivas cadeias de atividades), regular a responsabilidade das empresas em caso de incumprimento e garantir que as empresas adotem um plano de transição compatível com a redução dos efeitos das alterações climáticas, cumprindo o Acordo de Paris⁴⁶ (art. 1.º).

Os critérios para aferir que empresas ficam abrangidas pela Diretiva (âmbito de aplicação) estão no art. 2.º – número de trabalhadores e volume de negócios (não relevando o tipo societário). Ficam, ainda, indireta mas materialmente sujei-

⁴³ RICARDO COSTA, «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», *op. cit.*, pp. 1257-1258

⁴⁴ PEDRO JORGE MAGALHÃES, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa*, *op. cit.*, pp. 405-406.

⁴⁵ Doravante, os artigos sem menção de proveniência legal pertencem à Diretiva CSDDD.

⁴⁶ O Acordo de Paris é um tratado internacional que visa o combate às alterações climáticas, através da pretensão de manter o aquecimento global abaixo dos 1,5 °C – Conselho Europeu e Conselho da União Europeia, *Acordo de Paris sobre alterações climáticas*, disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/paris-agreement-climate/>.

tas à CSDDD empresas que pertençam à cadeia de atividades de uma empresa submetida à Diretiva, quer sejam pequenas e médias empresas (PME) quer sejam empresas de países terceiros e sociedades-mãe de país terceiro com subsidiária abrangida pela CSDDD. Mas desde já se aponta uma crítica: a vinculação direta das empresas europeias será limitada, porque vai abranger apenas uma pequena percentagem de empresas⁴⁷, estando, no ordenamento jurídico português, praticamente excluídas todas as sociedades por quotas (por não cumprirem os requisitos) – empresas essas que compõem a maior parcela do tecido empresarial nacional⁴⁸.

As empresas deverão saber identificar impactos adversos no ambiente e nos direitos humanos, tal como definidos no art. 3.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*)⁴⁹, bem como ser capazes de integrar o dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão de risco (art. 7.º), identificando e avaliando os efeitos negativos, reais e potenciais, das suas operações e das operações das suas filiais e parceiros comerciais (art. 8.º). Este dever implica que as empresas mapeiem a sua cadeia de atividade [art. 3.º, n.º 1, alínea *g*)], identificando as áreas onde é mais provável que se produzam impactos graves, fruto da atuação dos parceiros quer a montante quer, em parte, também a jusante, o que confere à Diretiva um vasto alcance⁵⁰.

No art. 5.º, n.º 1, elencam-se as obrigações que derivam do dever de diligência, sendo essas concretizadas nos arts. 7.º a 16.º. Trata-se de impor às empresas a obrigação de envidarem esforços para atuar com vista à identificação, prevenção, gestão, mitigação, reparação e correção dos danos provocados, sejam eles potenciais (art. 10.º) ou reais (art. 11.º). Havendo efeitos negativos reais, haverá lugar a reparação (art. 12.º). A Diretiva fomenta uma relação colaborativa entre empresas e partes interessadas, nomeadamente permitindo a apresentação de reclamações (arts. 13.º e 14.º). Prevê, ainda, a apresentação de denúncias fundamentadas sem-

⁴⁷ Estima-se que fiquem diretamente vinculadas apenas 5400 empresas da União Europeia, o que corresponde a 0,05% – SABELA GONZALEZ GARCIA, “REACTION CSDDD endorsement brings us 0.05% closer to corporate justice”, in *European Coalition for Corporate Justice Blog*, 2024, disponível em <https://corporatejustice.org/news/reaction-csddd-endorsement-brings-us-0-05-closer-to-corporate-justice/>.

⁴⁸ Apesar da crítica, sempre resistiria a questão de saber se, caso incluídas no âmbito material, as PME teriam possibilidade de responder a estas exigências.

⁴⁹ Note-se que as empresas com sede em países terceiros que fiquem abrangidas por este regime terão de garantir o cumprimento das convenções e declarações internacionais que não tenham sido ratificadas ou não estejam em vigor no seu país.

⁵⁰ Note-se, porém, que as empresas não serão obrigadas a eliminar absolutamente todos os impactos adversos das suas redes comerciais, pois tal seria manifestamente inviável.

pre que existirem motivos para acreditar que uma empresa não está a cumprir as obrigações (art. 26.º).

Para efeitos de controlo, os Estados-Membros deverão designar autoridades de supervisão, dotadas dos poderes previstos no art. 25.º, que aferirão o cumprimento das imposições (art. 24.º).

Sobre o art. 22.º, que impõe às empresas a adoção e implementação de um plano de transição para atenuar as alterações climáticas, destaca-se a formulação de uma obrigação de “melhores esforços”, que poderá trazer apenas um impacto morno, uma vez que utiliza conceitos indeterminados, deixando um espaço vago de concretização.

A CSDDD veio, também, desassossegar as empresas que viviam bem com o “peso na consciência” de incluírem na sua cadeia de atividades agentes económicos que violassem estes direitos. Ora, a extraterritorialidade da CSDDD será decorrência inevitável do destaque concedido às cadeias de atividade, independentemente da sua localização. Os efeitos transfronteiriços desta regulamentação trazem, assim, vantagens e desvantagens. Para os defensores, a amplitude da legislação é necessária para evitar a deslocação e terceirização de práticas antiéticas. Já os críticos sublinham as repercussões nos países em desenvolvimento, prevendo que a imposição de “princípios eurocêtricos” a outras jurisdições possa culminar na preterição das empresas desses países e na acentuação de tensões nas relações comerciais internacionais⁵¹. Ao empurrar a agenda regulatória europeia além-fronteiras, a CSDDD exigirá que as empresas naveguem por redes complexas de obrigações legais e expectativas sociais, não sendo consensual na doutrina o mérito desta opção⁵².

Assim, o novo dever de diligência, apesar de impender sobre as sociedades, implicará, em última instância, um acréscimo da responsabilidade dos administradores, que terão mais deveres para cumprir.

⁵¹ RASMUS ENGSTRÖM, *CSDDD – A New Order in International Trade? Extraterritorial Effects Understood from the Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, LUP Student Papers, 2024, p. 37, disponível em <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/9159837>.

⁵² Questiona-se o (de)mérito em ALEXANDER SCHALL, “The CSDDD: Good Law or Bad Law?”, in *European Company Law Journal* 21, n.º 3, 2024, disponível em <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\EUCL\EUCL2024009.pdf>.

5.1. Em especial, sobre as consequências do incumprimento do dever de diligência

O incumprimento das obrigações integrantes do dever de diligência leva a que a empresa incorra, por um lado, em “sanções dissuasivas”⁵³ e, por outro lado, quando o incumprimento se relacione com obrigações destinadas a prevenir os efeitos negativos potenciais ou fazer cessar os efeitos negativos reais, em obrigação de reparar.

Não sendo cumpridas estas regras, conseguem antecipar-se, desde logo no art. 27.º, sanções administrativas (pelo menos algumas não poderão ser inferiores a 5% do volume de negócios líquido, pelo que, para as grandes entidades, representarão sanções com algum peso). A Diretiva aponta para que cada Estado designe uma entidade competente para gerir e fiscalizar o cumprimento das obrigações, portanto, poderão existir fiscalizações, provindo daí multas efetivas.

Existirá, também, uma lista pública com a identificação das empresas incumpridoras, o que provocará danos reputacionais consideráveis para as organizações. Afetando-se a imagem da empresa, não tardarão a surgir perda de confiança, dificuldades de acesso a financiamento, perda de contratos, diminuição das receitas e entraves ao relacionamento com parceiros... Ademais, o cidadão comum, fortalecido pelo fácil acesso aos meios necessários para disseminar a sua opinião, poderá ampliar o alcance destas informações. Também do lado dos investidores se destaca a preferência por investimentos “verdes” e socialmente responsáveis, pelo que, efetivamente, haverá mais pressão para cumprir.

Quanto ao regime da responsabilidade civil previsto na Diretiva, este foi alvo de forte discussão, tendo sido reduzido para minimizar as ingerências nos regimes internos de cada Estado-Membro, uma vez que, e acompanhando CATARINA SERRA, nos parece que a intenção do art. 29.º será criar um regime autónomo de responsabilidade civil por violação do dever de diligência, capaz de coabitar com os regimes nacionais de cada Estado-Membro⁵⁴. O art. 29.º prescreve uma responsabilidade em três camadas distintas – abrange não apenas as operações da própria empresa, como também, num duplo alargamento, as das filiais e demais parceiros da cadeia de atividades.

⁵³ CATARINA SERRA, “O novo dever de diligência das empresas: prevenção e responsabilidade”, in AA.VV., *VII Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2023, p. 41 e considerando 76.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 45.

Sobre este regime, a primeira dúvida que se coloca é se é possível responsabilizar independentemente da produção de danos. COUTINHO DE ABREU questiona como se poderá responsabilizar alguém por danos ainda não concretizados, concluindo que os “efeitos negativos potenciais” deverão ser entendidos como “prejuízos futuros” (danos não presentes, mas previsivelmente verificáveis)⁵⁵. Alguns autores, numa tentativa de aproximação ao direito administrativo ambiental, aludem a uma “reparação com escopo preventivo”⁵⁶, mas levanta-se a questão de saber se, tal como acontece na responsabilidade administrativa – que prescinde do dano –, também no art. 29.º se poderá encontrar um meio de tutela antecipatória que dispense a verificação deste requisito. Ora, pela análise do artigo em causa, em particular pela alínea *b*) do n.º 1, esclarece-se que a verificação de dano é requisito essencial para a responsabilidade civil. Ao que acresce o facto de a reparação apenas se referir aos efeitos negativos reais (art. 12.º). Tudo isto faz concluir que os agentes só responderão civilmente havendo um dano real, atual, efetivo.

O art. 29.º estabelece, nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1, os requisitos que necessitam de estar cumulativamente preenchidos para que haja obrigação de indemnizar, sendo estes equivalentes aos pressupostos habituais da responsabilidade civil. Não se esclarece, porém, quem terá o ónus da prova desses requisitos⁵⁷ (considerando 81), pelo que, no caso português, será de convocar o art. 342.º do Código Civil – em regra, caberá ao lesado provar os pressupostos, não se excluindo os casos de inversão do ónus da prova. A omissão legislativa poderá justificar-se se pensarmos no quão oneroso seria reunir todos os elementos de prova, principalmente quando em causa estivessem empresas com atividade internacional, detentoras privilegiadas de informações essenciais comparativamente aos lesados.

No segundo parágrafo do n.º 1 do art. 29.º prevê-se uma causa de exclusão de ilicitude, clarificando-se que as empresas não respondem pelos danos causados

⁵⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, “Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil”, in Jorge Coutinho de Abreu/Alexandre de Soveral Martins/Rui Pereira Dias (coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2022, p. 36.

⁵⁶ MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial”, in Jorge Coutinho de Abreu/Alexandre de Soveral Martins/Rui Pereira Dias (coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2022, p. 59.

⁵⁷ Numa proposta anterior da Diretiva também não estava prevista a legitimidade ativa para propor a ação de responsabilidade. Porém, a versão aprovada preenche essa lacuna, definindo-a no art. 29.º, n.º 3, alínea *d*).

apenas pelo parceiro comercial, pelo que não há lugar a responsabilidade objetiva. Não se prevê, porém, os casos de danos apenas provocados pelas filiais, concluindo-se que poderão as empresas-mãe ser responsabilizadas, já que, quando empresa-mãe e filiais sejam abrangidas pela Diretiva, a empresa-mãe pode assumir algumas obrigações em nome das suas filiais (art. 6.º, n.º 1).

O art. 29.º complementa a supervisão administrativa de devida diligência pelos Estados-Membros (arts. 24.º e 28.º) – se forem usados recursos suficientes para a monitorização e as empresas cooperarem, evitam-se danos reais (e, por inerência, pedidos indemnizatórios), mas se, mesmo assim, os danos ocorrerem, recorrer-se-á ao art. 29.º para que desempenhe a sua função e, assim, confira o direito à compensação integral das pessoas afetadas. O n.º 2 proíbe indemnizações punitivas. Contudo, os direitos ambientais e humanos são um campo propício a lesões de interesses difusos, hipótese que parece ser aceite pela referência à reparação de danos causados às comunidades [art. 3.º, n.º 1, alínea t)], interrogando-se como seria arbitrada uma indemnização por esses danos, dificilmente quantificáveis pela sua ampla expansão. Parece-nos que este artigo se esquece desta perspetiva, considerando apenas danos individualizáveis...⁵⁸

No n.º 5, segundo parágrafo, esclarece-se que, no caso de pluralidade de responsáveis, a responsabilidade será solidária (fazendo recordar o art. 490.º do Código Civil). O n.º 6 expressa uma clara intenção de máxima responsabilização, fixando que este regime não impedirá os Estados-Membros de imporem regras mais rigorosas às empresas, mas a verdade é que este regime se avizinha em muitos aspetos aos regimes nacionais.

Destaque, ainda, para a expressão utilizada no n.º 1 do art. 29.º – existirem “danos causados a uma pessoa singular ou coletiva”. Com esta formulação, parece excluir-se a reparação dos danos puramente ambientais previstos em diversas jurisdições⁵⁹.

⁵⁸ Para mais considerações sobre a (in)eficácia deste regime veja-se NICKY TOUW, “The CSDDD: Beyond remedies in civil litigation”, in *Academy of European Law*, European University Institute, 2024, disponível em https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/77305/AEL_2024_25.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵⁹ NICOLAS BUENO/Franziska Oehm, “Las condiciones de responsabilidad civil empresarial en la Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”, in *Human Rights and de Environment Blog*, Nova Centre on Business, 2024, disponível em <https://novabhr.novalaw.unl.pt/%f0%9f%87%aa%f0%9f%87%b8-las-condiciones-de-responsabilidad-civil-empresarial-en-la-directiva-de-diligencia-debida-en-materia-de-sostenibilidad-empresarial/>.

Ora, o regime da Diretiva refere-se à responsabilidade civil das empresas e não dos administradores, como estava previsto em propostas anteriores⁶⁰. O regime suprimido espelhava um dever de diligência dos administradores que os vinculava diretamente às obrigações específicas da empresa, subordinando-os a responsabilidade pessoal no caso de não aplicação ou supervisão das medidas emergentes desse dever. Concordamos com os críticos⁶¹ que aduziam a violação dos princípios da necessidade e da subsidiariedade, reforçando que um regime com estas diretrizes diminuiria a eficiência dos mercados de capitais e misturaria relações, enfraquecendo os poderes de controlo dos sócios – se os administradores respondessem pessoalmente, ofereceriam mais resistência à tomada de certas decisões dos sócios sobre o futuro das sociedades.

O recuo na regulamentação justificou-se, para não hostilizar a aplicação destes mecanismos. Entendeu-se que seria demasiado gravoso impor uma responsabilidade direta dos administradores, inclusive atendendo ao valor das sanções (que serão elevadas). O que existe é uma responsabilidade indireta, pois havendo incumprimento terá de ser a própria organização a demonstrar que o seu administrador não agiu com a diligência necessária e, portanto, passará por uma responsabilidade coletiva.

5.2. Uma nova era de responsabilidade social na União Europeia?

Paulatinamente, disseminou-se a ideia de que as empresas são as grandes artífices de destruição do meio ambiente, movidas exclusivamente pelo lucro imediato que almejam obter. Daí a “receita habitual dos governos, nacionais e europeus: (mais) regulação”⁶². A intervenção legislativa europeia, através da Diretiva, constitui, assim, um produto da relevância crescente conferida à RSE, compreendendo-se que o Direito não pode ignorar esta realidade.

Como referido *supra*, no ponto 3, a CSDDD, numa versão fortemente diluída de propostas anteriores, vem positivar valores que, até então, não eram facilmente

⁶⁰ Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de fevereiro de 2022, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071>.

⁶¹ PAUL KRÜGER ANDERSEN *apud* CATARINA SERRA, “O novo dever de diligência das empresas: prevenção e responsabilidade”, *op. cit.*, p. 59.

⁶² CARLOS MARTINS FERREIRA, “A responsabilidade empresarial vista do lado de uma empresa”, in Jorge Coutinho de Abreu/ Alexandre de Soveral Martins/Rui Pereira Dias (coord.), *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2022, p. 19.

sindicáveis, “endurecendo” a *soft law* e impondo uma legislação obrigatória e padronizada para todos os Estados-Membros. Isto permite evitar a fragmentação de processos de devida diligência, tornando mandatário para todos os Estados-Membros a observância de condutas sustentáveis, e obriga as empresas a internalizar os custos da violação dos direitos humanos e ambientais das suas atividades comerciais, fortalecendo a responsabilização civil da empresa pelos danos a terceiros ou ao ambiente. As empresas que estão abrangidas terão mesmo de cumprir com as obrigações que a Diretiva preconiza. Para as restantes será uma “voluntariedade forçada” pela própria cadeia de atividades. Mas os Estados-Membros decidiram que este é o caminho para se atingirem os objetivos de desenvolvimento sustentável, direitos humanos e alterações climáticas, pelo que o paradigma adotado quanto à sustentabilidade empresarial do futuro deixará de repousar apenas em “normas internacionais voluntárias” para passar a estar titulado em injunções normativas que exigirão responsabilidades das empresas, sob pena de estas serem responsabilizadas⁶³.

Apesar de o período de transposição ser de dois anos (art. 37.º), parece-nos imprescindível que as empresas comecem já a integrar no processo decisório a ponderação de fatores de preocupação ambiental, climática e social, a fim de encetarem nas suas políticas empresariais, o quanto antes, estas novas regras, promovendo a sustentabilidade empresarial e evitando um futuro cenário judicial rico em contencioso (temem-se novos casos de litigância em torno da sustentabilidade com respaldo na nova Diretiva europeia)⁶⁴.

Quem tem responsabilidade pela decisão empresarial, em última análise, é quem está na administração, pelo que a aferição do cumprimento destes deveres sempre passará pelos administradores, colocados numa posição de contacto privilegiado com o risco empresarial. Fomentar a responsabilidade social no meio empresarial será, também, sua função.

O sucesso da implementação interna destas obrigações passará por proporcionar formação especializada em setores com maior exposição a estes assuntos e pela definição, pelo órgão de administração, de metas reais, possíveis de serem

⁶³ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos”, in RDC, 2022, pp. 4-5, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/esg-racionalidade-empresarial-e-novos-contenciosos>.

⁶⁴ *Ibidem*.

atingidas por cada ramo da empresa. Claro que, nessa definição, será essencial o *input* dos acionistas, investidores e *stakeholders*, porque se estes sujeitos não se identificarem com a atuação empresarial, o investimento ficará comprometido e o cenário será de insustentabilidade financeira da empresa (o que não se pretende).

Também a inclusão de “cláusulas éticas”⁶⁵ nos futuros contratos no âmbito de parcerias comerciais ajudará a robustecer os contratos, através da definição de parâmetros de sustentabilidade que as partes se obrigam a cumprir e da clarificação de consequências jurídicas para o inadimplemento, mitigando o risco⁶⁶. Afigura-se, ainda, pertinente rever procedimentos internos e, havendo parceiros comerciais que sejam PME, as empresas devem prestar apoio específico (art. 20.º), facultando, em certos casos, apoio financeiro [arts. 10.º, n.º 2, alínea e), e 11.º, n.º 3, alínea f)].

Quanto à responsabilidade direta dos administradores, como vimos, não surge expressamente prevista, o que não significa a ausência de vinculação. O art. 64.º do CSC constitui “título habilitante suficiente”⁶⁷ para filiar os administradores ao respeito pelo dever de diligência imposto pela Diretiva. Resulta das próprias funções dos administradores a obrigação de implementação dos deveres confiados às empresas – terão de agir, fazer os planos, monitorizar e corrigir, sob pena de nenhum objetivo ser operacionalizado. Para sua proteção, os administradores podem invocar a *business judgment rule* – que, como vimos, permite ao administrador justificar a sua decisão, desde que demonstre que, mesmo tendo causado prejuízos a terceiros, a decisão foi baseada em critérios de racionalidade empresarial.

Só poderá equacionar-se um pedido indemnizatório, em sede de responsabilidade civil, diretamente contra os administradores, se houver dano (terá de ser demonstrado que a decisão não ponderou, em termos de adequada razoabilidade, os impactos previsíveis da atividade e a suscetibilidade de interferência nefasta nos direitos humanos e no ambiente); ilicitude (conduta antijurídica); culpa do

⁶⁵ Sobre estas cláusulas, veja-se ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «ESG, sustentabilidade empresarial e contratação responsável. Em especial o papel do contrato e das “cláusulas éticas”», *op. cit.*, p. 1120.

⁶⁶ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Se as empresas não se prepararem vai haver muito contencioso por causa da sustentabilidade”, *Expresso*, 2023, disponível em <https://expresso.pt/sustentabilidade/2023-07-05-Se-as-empresas-nao-se-prepararem-vai-haver-muito-contencioso-por-causa-da-sustentabilidade-6f06f821>.

⁶⁷ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (“CSDDD”) – Aspectos actuais e desafios futuros», in RDC, 2023, p. 1477, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-proposta-de-directiva-relativa-ao-dever-de-diligencia-das-empresas>.

agente (atitude negligente ou dolosa) e nexo de causalidade entre o facto (ação ou omissão) e o dano⁶⁸. Se os administradores documentarem as suas decisões, demonstrando que houve preocupação com os aspetos sociais e ambientais, estarão mais salvaguardados. O facto de a responsabilidade direta dos administradores ter sido eliminada da Diretiva não minimiza a sua responsabilidade, uma vez que esta já estava prevista no CSC. A supressão desses artigos não prejudica a aplicabilidade de preceitos consagrados no Direito interno dos Estados-Membros, apenas revela uma opção político-legislativa que lhe dá menos protagonismo.

Mas, vejamos: a generalidade dos acionistas quer ganhar o mais possível, a curto prazo, e os administradores, que devem normalmente aos acionistas a entrada e permanência no cargo e têm remuneração cujo montante corre em paralelo com a evolução financeira da sociedade, alinham naquela direção (tudo isto potenciado pela lógica dos mercados)⁶⁹. Embora se saiba que esta conjuntura pode não ser amiga dos direitos humanos, ambiente e boa governação, questiona-se se será desejável (e até justo) colocar o foco da responsabilidade nos administradores, convertendo-os em “bodes-expiatórios” e vítimas de um “dedo apontado”, não tanto para que se resolva a questão, mas para que se crie na comunidade um sentimento de justiça. O desencadeamento da sua responsabilidade por violação do dever de diligência terá de ser feito com muita cautela, sob pena de, a montante, se inibir os administradores no exercício das suas funções e, a jusante, os expor a decisões judiciais injustas.

E uma outra problemática se levanta, atinente ao facto de a CSDDD contemplar, nos Anexos I e II, uma lista fechada de direitos e proibições que devem ser assegurados pelas empresas, deixando de fora um vasto leque de outros direitos e, com isso, fomentando situações complexas, onde as empresas tenham de escolher o que aplicar, o que certamente gerará discussão e, naturalmente, escolhas diferentes de país para país, potenciando a incerteza jurídica. Parece-nos frágil a opção de reconduzir os direitos protegidos a uma manta de retalhos incompleta de disposições internacionais, deixando desprotegidos tantos outros com igual dignidade... O considerando 33 parece resolver esta questão, ao permitir que as

⁶⁸ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (“CSDDD”) – Aspectos actuais e desafios futuros», *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, “Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil”, *op. cit.*, pp. 30-31.

empresas ponderem normas adicionais, mas aqui tropeça-se na (perene) discussão do valor hermenêutico dos considerandos⁷⁰...

Levanta-se, ainda, outra questão, mais basilar, que contende com a opção de legislar, por parte da União Europeia, nestas matérias. Por um lado, como mencionado no ponto 3 deste estudo, é meritória a intenção de uniformizar as regras aplicáveis em matéria de sustentabilidade (com todas as vantagens que tal acarreta), mas, por outro lado, é preciso indagar até que ponto é razoável a União Europeia envolver-se na dinâmica empresarial. Se se levarem longe demais as exigências legais quanto a questões sociais e ambientais, a ponto de se começar a afetar negativamente o funcionamento de uma sociedade (cujo objetivo primordial é gerar lucro), não estaremos a desvirtuar o propósito da sociedade, transformando-a numa associação ou fundação (que, como vimos, não segue este escopo lucrativo)? E mais: se a União Europeia tornar excessiva a regulamentação, não poderá, num certo ponto, por impor demasiado, criar obstáculos de negócio e levar as empresas europeias a perderem competitividade face a outros países, como a China, os Estados Unidos da América ou a Rússia? É uma espada de dois gumes...

Parece-nos que a positivação foi importante, nomeadamente porque passou a oferecer vinculatividade e coercibilidade num âmbito que, até então, não observava um cumprimento efetivo e generalizado (talvez por não haver sanção e, portanto, se entender que não havia direito exigível) e que, cumprindo-se este dever de diligência, as empresas terão benefícios, desde logo mais aceitação junto dos consumidores, para além de ganharem consciência do impacto dos atos resultantes da sua atividade e da dos seus parceiros comerciais, promovendo uma melhor gestão empresarial⁷¹. Con-

⁷⁰ Por razões de extensão não a podemos desenvolver, mas a este respeito, veja-se TADAS KLIMAS/JURATĖ VAIČIUKAITĖ, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, 2008, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159604.

⁷¹ A adoção de um plano diligente e sustentável permitirá evitar desastres como o de Rana Plaza – trata-se do colapso de um edifício que albergava fábricas de vestuário, lojas e um banco, após ter sido detetado com fissuras estruturais e que, apesar disso, abrigava no seu interior trabalhadores do setor vestuário que tinham sido obrigados a ir trabalhar. O desmoronamento originou milhares de mortos e feridos, expondo as trágicas consequências de uma decisão governativa imprudente, negligente e totalmente afastada de qualquer dever de diligência. São estas (e outras) situações que a nova Diretiva visa evitar. SABELA GONZALEZ GARCIA, “REACTION The European Parliament approves the CSDDD: A step towards corporate justice”, in *European Coalition for Corporate Justice Blog*, 2024, disponível em <https://corporatejustice.org/news/reaction-the-european-parliament-approves-the-csddd/>.

tudo, acreditamos que a União Europeia não poderá exceder-se nas regras impostas, sob pena de colocar o mercado europeu em desvantagem, de descaracterizar as sociedades comerciais, impondo-lhes obrigações demasiado onerosas e injustificáveis, à luz dos seus objetivos, e de introduzir uma distorção comercial ilegítima que acabe por prejudicar as próprias empresas e, em última instância, os Estados.

O dever de diligência é um passo crucial, mas, em assuntos tão sensíveis, qualquer lei por si só será insuficiente, pelo que só com o envolvimento ativo dos múltiplos *stakeholders* será possível alcançar a verdadeira sustentabilidade social, ambiental e económica⁷². O fim da sociedade é obter lucro, mas não a todo o custo, pelo que é necessário equilibrar esta missão com a manifesta importância da RSE na vida societária.

De notar, ainda, que a essência do dever de diligência tem já longa tradição no direito societário, sendo, por norma, atribuído diretamente aos membros dos órgãos de administração e fiscalização e no interesse da sociedade. Na CSDDD, porém, este dever impende sobre a sociedade (e não apenas sobre aqueles órgãos) e visa a satisfação de interesses de terceiros que possam ser afetados por externalidades negativas produzidas pela sociedade. Importa, então, referir que a obrigação será de meios, pelo que as empresas se obrigam a um comportamento cuidadoso para alcançar certos efeitos, mas não garantem que os objetivos serão atingidos.

Conclusão

As atuais discussões em torno da RSE resultam da tomada de consciência, por parte dos agentes económicos e civis, dos problemas sociais e ambientais associados à atividade empresarial. No direito societário, a consagração destes valores é fundamental: o foco da governação societária não estará somente na obtenção de lucro a curto prazo (aliás, esta será maximizada pela adoção de comportamentos socialmente responsáveis), mas na consideração dos “outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”, como caminho para a satisfação do interesse social – não apenas o dos sócios, mas também o dos *stakeholders*.

No processo de exploração do binómio “deveres dos administradores/sustentabilidade”, não há como desatender ao conceito de interesse social, acolhido

⁷² JOSÉ VILAS BOAS, “À procura de ética na cadeia de valor: códigos corporativos vs. due diligence law”, *op. cit.*, p. 283.

no art. 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC, uma vez que é a respeito “dos interesses atendíveis e ponderáveis pelos administradores” que a lei faz expressa alusão à sustentabilidade⁷³.

Acompanhando CATARINA SERRA, concluímos que o dever de lealdade existe exclusivamente para com a sociedade, impondo-se aos administradores a prossecução do interesse social. É certo que a lei alude aos “interesses de longo prazo dos sócios”, subentendendo-se um requisito de estabilidade do interesse, e, ainda, aos “interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”, exortando o administrador para que, na medida do possível, pondere os interesses dos *stakeholders*. A norma não contempla um dever de “servir a dois amos”, mas apresenta um critério de eticidade no universo empresarial: o administrador passa a ter o dever de procurar a compatibilização dos interesses em conflito e, subsidiariamente, o dever de os ponderar, evitando que a satisfação dos interesses dos sócios exceda o que seria “razoável ou eticamente admissível”⁷⁴. Torna-se, então, possível uma leitura da lei portuguesa à luz do “interesse social iluminado”. Embora não seja pacífica a determinação do conteúdo do interesse social, entendemos que o art. 64.º, ao integrar “interesses extrassociais”, parece ter afastado o contratualismo puro, pelo que é permitido aos administradores, no exercício das suas funções, distanciarem-se da busca exclusiva dos interesses dos sócios para considerarem, igualmente, interesses dos *stakeholders*.

É, agora, manifesto que a prossecução do interesse social deve orientar-se, também, pela sustentabilidade e, por isso, é frequente que as empresas demonstrem a sua dimensão ético-socializadora, a par da função económica clássica que lhes fora reservada, já que a RSE se tornou, mais do que uma prática conveniente, uma condição efetiva à prosperidade (e diga-se, boa sobrevivência) no mercado atual, sendo, por isso, perentório que o respeito pelos novos deveres de sustentabilidade suplantem a mera declaração de intenções. E mais: só uma *Corporate Governance* fortalecida e transparente permitirá assegurar o compromisso de prosseguir a verdadeira RSE.

⁷³ RUI PEREIRA DIAS/MAFALDA SÁ, “Deveres dos Administradores e Sustentabilidade”, in *Administração e Governação das Sociedades*, Paulo Câmara (coord.), Coimbra, Almedina, 2020, p. 33.

⁷⁴ CATARINA SERRA, “O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *op. cit.*, pp. 163-169.

Por tudo isto, a RSE apresenta-se como mutuamente benéfica⁷⁵ – por um lado, empresas socialmente responsáveis serão mais competitivas nos mercados internacionais (altamente agressivos em termos de concorrência) e mais aliciantes para captação de parcerias e investimentos. Será, também, mais fácil atrair e manter recursos humanos qualificados e, havendo preocupação social, aumentar-se-á a produtividade interna. A empresa estará mais apta a gerir os riscos e, pela adoção de compromissos éticos e ambientais, fomentará uma imagem positiva na sociedade (livrando-se de acusações de práticas violadoras de princípios fundamentais, altamente nefastas em termos reputacionais). Os consumidores também beneficiarão, já que empresas mais transparentes oferecem mais informação sobre os produtos, empoderando os consumidores e promovendo escolhas mais conscientes. Para além disso, produtos e serviços prestados de forma ética e sustentável reduzirão os impactos prejudiciais no ambiente e na esfera social, melhorando a qualidade de vida das pessoas.

Escoltando FILIPA ANTUNES, concluímos que os critérios ESG conduzem a uma relação triangular (e a um novo quadro relacional) entre sustentabilidade, responsabilidade e racionalidade – a sustentabilidade empresarial pressupõe a consideração do perímetro de risco da atuação empresarial em relação a terceiros e ao ambiente e implica a adoção de uma base partilhada de valores que integre uma racionalidade económica voltada para compromissos socioambientais. Não sendo adotado um comportamento sustentável, convocar-se-á a responsabilidade civil, com obrigação de indemnizar, como uma das consequências pelo incumprimento. As empresas terão, assim, de implementar “estratégias racionais de negócio” para concretizar um plano de sustentabilidade (cabendo aos administradores assegurar o seu efetivo cumprimento), à luz desta nova pauta valorativa⁷⁶.

Quanto à CSDDD e ao dever de diligência, atendendo à importância dos interesses em jogo (e cientes de que deixar a definição de regras próprias a cada Estado-Membro poderia ser ineficaz e conduzir à fragmentação do mercado interno)⁷⁷, entendemos ser da maior conveniência definir regras gerais e claras (numa erosão

⁷⁵ Sobre as vantagens da RSE, veja-se PEDRO JORGE MAGALHÃES, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa*, op. cit., p. 149.

⁷⁶ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, «ESG, sustentabilidade empresarial e contratação responsável. Em especial o papel do contrato e das “cláusulas éticas”», op. cit., pp. 7-8.

⁷⁷ Considerando 99.

do espaço deixado à *soft law*). Contudo, temos reservas quanto ao volume e à extensão da regulamentação, questionando se, numa ânsia de proteger, regras tão apertadas não poderão “sufocar” as empresas, removendo-as de um mercado liderado por outros agentes que não fiquem submetidos às mesmas regras. Apesar de portadora de várias vantagens, a CSDDD não está imune a críticas – os *lobbys* económicos, políticos e empresariais acusam-na de constituir um fardo normativo ameaçador da competitividade europeia. Embora se reconheça o mérito da legislação – ao ser um sinal da preocupação da União Europeia na proteção dos direitos humanos e ambientais –, a verdade é que o texto final fica a quem da ambição exigida.

Apesar das críticas, a CSDDD, desafiando o *status quo*, não deve ser vista como o término, mas antes o início da construção de uma base equitativa capaz de promover a adoção de práticas sustentáveis na União Europeia. Não é uma tendência ou estratégia de imagem pública, mas um processo de gestão empresarial de risco que, não sendo acatado, trará consequências para esses atores empresariais⁷⁸.

No contexto português, acreditamos que este instrumento representará um estímulo e uma oportunidade de modernizar (e fortalecer) o tecido e a mentalidade empresariais, alinhando-o com as exigências do mercado internacional, muito atentas a estas condições, mostrando aos mais céticos que a responsabilidade social, se bem doseada, não é “um apêndice”, mas quota indispensável da estratégia empresarial⁷⁹. Como vão ser dados os próximos passos? Resta-nos esperar para ver...

⁷⁸ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO/CHIARA MARULLO/DANIEL SCHÖNFELDER, “Adopción de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: relevancia para España y las empresas españolas”, in *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, 2024, disponível em <https://revistas.colex.es/index.php/empresasyderechoshumanos/article/view/229/366>.

⁷⁹ ANA MARIA BANDEIRA, “Um novo paradigma de sustentabilidade e competitividade para as empresas portuguesas”, in *VidaEconómica*, 2024, disponível em <https://pt.cision.com/cp2013/ClippingDetails.aspx?id=e0d96753-782a-449e-9cc7-5938d925f6c9&analises=1&userid=3d485ee9-e5fc-4310-9ce8-0938df0bcd10>.

Exoneração do passivo restante: os rendimentos excluídos da cessão – A alínea *b*) do n.º 3 do art. 239.º do CIRE

Mariana Lopes da Costa

Jurista, Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa

Resumo: O direito da insolvência tem sido objeto de crescente atenção e debate no sistema jurídico português. Neste trabalho procuramos explorar a questão da exoneração do passivo restante, um mecanismo fundamental no processo de reabilitação financeira das pessoas singulares em situação de insolvência.

Visto que a exoneração do passivo restante continua a suscitar dúvidas nos tribunais portugueses, o que se reflete nas diferentes decisões jurisprudenciais relativas a esta matéria, dar-se-á especial enfoque na determinação do rendimento indisponível para a cessão, explorando-se a interpretação jurisprudencial do art. 239.º, n.º 3, alínea *b*), do CIRE, nomeadamente os conceitos de “rendimento razoavelmente necessário” e “sustento minimamente digno”.

Concluir-se-á com uma análise reflexiva acerca do impacto deste regime, avaliando se este “rendimento razoavelmente necessário” é ou não garantido ao insolvente do melhor modo. Teceremos ainda algumas considerações sobre as alterações que entendemos que deveriam ser levadas a cabo pelo legislador, de modo a garantir que o regime jurídico português não se torna um regime punitivo para as principais partes do processo de insolvência – o devedor e o credor.

Palavras-chave: Exoneração do passivo restante / Insolvência / Rendimento indisponível

Abstract: Insolvency law has been the subject of increasing attention and debate in the Portuguese legal system. This study explores the issue of the discharge of remaining liabilities, a fundamental mechanism in the financial rehabilitation process of individuals facing insolvency.

Given that the discharge of remaining liabilities continues to raise uncertainties in Portuguese courts, as reflected in varying judicial decisions, particular focus will be placed on determining income exempt from assignment. This includes an analysis of the judicial interpretation of Article

239(3)(b) of CIRE, specifically the concepts of “reasonably necessary income” and “minimally dignified livelihood”.

The study concludes with a critical reflection on the impact of this regime, assessing whether the “reasonably necessary income” is effectively guaranteed to the insolvent party. Additionally, considerations will be made regarding potential legislative amendments to ensure that the Portuguese legal framework does not become punitive for the key parties in the insolvency process – the debtor and the creditor.

Keywords: Exoneration of remaining liabilities / Insolvency / Unavailable income

1. Insolvência das pessoas singulares – A exoneração do passivo restante

O instituto da exoneração do passivo restante foi adotado pelo nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor do atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), nos arts. 235.º a 248.º. De modo geral, a exoneração do passivo restante incentiva os credores que não consigam satisfazer a dívida total ou parcialmente durante o processo de insolvência a, mesmo assim, “negociarem” de modo responsável com os devedores e adotarem uma solução alternativa. É, por isso, um incidente que permite satisfazer tanto os interesses dos credores, mesmo que apenas em parte, como os interesses do devedor, em especial, o de recuperar financeiramente da situação de insolvência que tanto o afeta económica e socialmente a si e, quando caso disso, ao seu agregado familiar. Por isso, com este instituto concedido, cumprindo todos os seus deveres, o insolvente verá extintos todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que a exoneração é concedida, incluindo até os créditos que não tenham sido reclamados no processo de insolvência. Esta possibilidade de dar um “novo começo” ao devedor é a génese da exoneração do passivo restante, sendo este um instituto com uma filosofia substancialmente diferente da adotada na generalidade do CIRE¹.

¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas [anotado]*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 302.

1.1. Origem da exoneração do passivo restante – O modelo americano e alemão

Este instituto tem origem americana, remontando ao *Bankruptcy Act of 1978*, e encontra-se previsto no *Chapter 7*, §§ 701-784, do *Bankruptcy Code* dos EUA, sob o nome de *Discharge*² – “A discharge releases individual debtors from personal liability for most debts and prevents the creditors owed those debts from taking any collection actions against the debtor”³. Este modelo promove um verdadeiro *fresh start*, visto que no curto período de aproximadamente quatro meses o devedor estará já isento de dívidas⁴ – “o devedor estará consciente da perda dos seus bens, que serão liquidados, pelo que não se compreende a sujeição a um longo período de cessão, que poucos ou nenhuns resultados trará aos credores”⁵. Assim, uma vez concluído o processo de insolvência, “restem ou não dívidas por pagar, o devedor deverá ser libertado de forma a poder retomar, com tranquilidade, a sua vida”⁶. Contudo, este mecanismo foi alterado em 2005 e a *Discharge* deixou de ser automática, passando a ter algumas pequenas condicionantes⁷ – por exemplo, a obrigação de o devedor frequentar sessões de reeducação financeira.

Após o sucesso que teve nos EUA, a exoneração do passivo restante foi adotada na Europa, pela primeira vez, no ordenamento jurídico alemão, em 1999, sendo denominado de *Restschuldbefreiung*, e estando prevista na oitava parte da lei alemã *Insolvenzordnung*, nos §§ 286 a 303⁸, sendo que no caso alemão temos o modelo *earned start*, que serviu de inspiração ao modelo português⁹. Este modelo confere ao devedor um período temporal (*Wohlverhaltensperiode*) em que deverá entregar o seu rendimento disponível ao administrador judicial, deduzido o montante que seja o

² CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 610.

³ <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics> (consult. em 19/4/2024); CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 67.

⁴ LETICIA MARQUES COSTA, *Fresh start: a exoneração do passivo restante ou uma nova oportunidade concedida a pessoas singulares?*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011, p. 7.

⁵ ANA FILIPA CONCEIÇÃO, “A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante”, in *Revista Julgar Online*, 2016, p. 15.

⁶ CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 611.

⁷ JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A Exoneração do Passivo Restante*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 17 e 73.

⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/> (consult. em 19/4/2024).

⁹ ANA FILIPA CONCEIÇÃO, “A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante”, op. cit., p. 2.

necessário para as suas despesas e as do seu agregado familiar¹⁰. CATARINA SERRA defende que este será o outro modelo possível de insolvência da pessoa singular, sendo o chamado *earned start* ou “reabilitação”¹¹. Este modelo «assenta ainda no “fresh start” mas desenvolve um raciocínio diferente: o raciocínio de que o devedor não deve ser exonerado em quaisquer circunstâncias, pois, em princípio, os contratos são para cumprir (*pacta sunt servanda*)»¹², estando o devedor adstrito a um período em que deverá manter um comportamento pautado pela honestidade.

Fruto da crescente facilidade de acesso ao crédito (para habitação e consumo), das taxas de juro cada vez maiores, das precárias condições de trabalho e de uma economia cada vez mais débil, observou-se em Portugal uma tendência crescente de pessoas em situações de sobre-endividamento¹³. Tornou-se necessário introduzir na nossa ordem jurídica um instituto que permitisse reequilibrar a relação entre o devedor e o credor, surgindo assim a “exoneração do passivo restante”, prevista desde 2004 no CIRE.

1.2. Tramitação da exoneração do passivo restante

Segundo o art. 235.º do CIRE, a exoneração do passivo restante é a concessão de uma exoneração dos créditos sobre a insolvência que não fiquem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos três anos posteriores ao seu fim¹⁴.

Mas o processo de insolvência das pessoas singulares não começa com este instituto. Primeiramente, o devedor pode (e deve), sempre que consiga, negociar a sua dívida nos trâmites do processo de insolvência, através do plano de pagamentos aos credores, instituto adotado no nosso direito da insolvência também por influência alemã, sendo esta uma “solução discreta para o problema da insolvência da pessoa singular”¹⁵.

¹⁰ LETÍCIA MARQUES COSTA, *Fresh start: a exoneração do passivo restante ou uma nova oportunidade concedida a pessoas singulares?*, op. cit., p. 9.

¹¹ CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 611.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cf. preâmbulo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, em especial o parágrafo 45; CLÁUDIA MADALENO, “Notas sobre as alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Em especial, a opção pela recuperação do devedor”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. IV, Almedina, 2016, pp. 217 e 252.

¹⁴ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 400.

¹⁵ CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, op. cit., p. 68.

Contudo, caso o plano de pagamentos que o devedor apresente venha a ser rejeitado e não homologado pelos credores¹⁶, o devedor singular poderá então pedir a exoneração do passivo restante, ou seja, o perdão da dívida. Afasta-se, assim, do direito da insolvência português o caso em que a exoneração do passivo restante é automática (como no sistema americano), ficando entre nós dependente de um período probatório. Isto é, “o devedor deve passar por uma espécie de período de prova, durante o qual parte dos seus rendimentos é afetada ao pagamento das dívidas remanescentes”¹⁷ – período de cessão do rendimento disponível. Assim sendo, só findo este período de três anos, e ficando provado que o devedor merece a exoneração (*earned fresh start*), será perdoadada a dívida, “podendo começar uma nova etapa livre daquelas obrigações”¹⁸.

O requerimento deve ser apresentado pelo devedor, no próprio requerimento de apresentação à insolvência, ou 10 dias após a sua citação, no caso em que a insolvência foi requerida contra ele¹⁹. Ao pedir que lhe seja concedido este instituto, o devedor assume que o perdão da dívida será a sua “única saída” da situação de insolvência. Este prazo poderá ser ultrapassado no caso em que, tendo o devedor apresentado mais tarde esse requerimento, mas nunca depois da assembleia de apreciação do relatório, o juiz, por sua “livre decisão”, o admita²⁰. Porém, “quando o pedido for deduzido nesta fase processual, implicará sempre uma admissão condicionada à decisão do julgador”²¹. No caso em que a assembleia de apreciação do relatório seja dispensada pela sentença declaratória de insolvência, o devedor poderá ainda apresentar o requerimento no prazo de 60 dias após esta sentença²². Regra geral, segue-se a audiência prévia do administrador da insolvência e dos credores, para que possam garantir o seu direito ao contraditório²³.

Posto isto, o juiz, através do despacho inicial, poderá deferir ou indeferir liminarmente o pedido. Se indeferir o pedido, deve fazê-lo por despacho devida-

¹⁶ Cf. art. 237.º, alínea c), do CIRE.

¹⁷ CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 611. Citado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 2/3/2023, proc. n.º 2148/22.1T8GMR.G1.

¹⁸ CLÁUDIA MADALENO, “Notas sobre as alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Em especial, a opção pela recuperação do devedor”, op. cit., p. 233.

¹⁹ Cf. art. 236.º, n.º 1, do CIRE.

²⁰ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., pp. 404-405.

²¹ JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A Exoneração do Passivo Restante*, op. cit., p. 54.

²² MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 405.

²³ *Ibidem*, p. 43.

mente fundamentado, caso se verifique alguma das situações previstas pelo art. 238.º do CIRE²⁴, como, por exemplo, nos casos em que o devedor “tiver já beneficiado da exoneração do passivo restante nos 10 anos anteriores à data do início do processo de insolvência” [n.º 1, alínea c)].

Admita-se que o juiz deferiu o pedido. Com isto, finda o processo de insolvência²⁵, mas o devedor terá ainda obrigações para com o credor, sendo que só após o seu cumprimento é que verá a dívida extinta. É importante mencionar que o término do processo não implica a extinção das responsabilidades do insolvente²⁶. Assim, na prática, o que muda com o fim do processo de insolvência, após a concessão da exoneração do passivo restante, é que começará a contar o prazo de cessão do rendimento disponível pelo devedor. Note-se então que a exoneração do passivo restante não é concedida de imediato ao devedor que efetue o seu pedido, mas apenas “decorrido o prazo de três anos e cumpridas escrupulosamente as obrigações impostas”²⁷ (cf. art. 239.º, n.ºs 2 e 4, do CIRE). Durante esses três anos o devedor estará em “período experimental”²⁸, no qual deverá ceder parte do seu rendimento ao fiduciário. Este rendimento cedido servirá para: pagamento das custas do processo de insolvência em dívida; reembolso do organismo responsável pela gestão financeira e patrimonial do Ministério da Justiça das remunerações e despesas do administrador de insolvência e do fiduciário; pagamento da remuneração já vencida do fiduciário e das restantes despesas que ele tenha efetuado; e distribuição do remanescente pelos credores²⁹ – cf. art. 241.º, n.º 1, alíneas a), b), c) e d), do CIRE.

Existem ainda algumas salvaguardas a fazer quanto a este regime. Desde logo, o facto de o devedor estar adstrito ao período de cessão não o impede de constituir novas obrigações – contrair empréstimos hipotecários ou arrendamentos, comprar bens, celebrar contratos de seguro – com base no seu rendimento que não foi objeto de cessão³⁰. Diga-se ainda que a exoneração do passivo restante poderá ser

²⁴ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, 1.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 619-630.

²⁵ Cf. art. 230.º do CIRE.

²⁶ Cf. art. 233.º, n.º 7, do CIRE.

²⁷ Cf. o já citado Acórdão do TRG de 2/3/2023, proc. n.º 2148/22.1T8GMR.G1.

²⁸ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 127.

²⁹ CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, op. cit., p. 67, e *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 621.

³⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 349.

alvo de reapreciação, a requerimento fundamentado de algum credor, do administrador da insolvência ou do fiduciário, caso o devedor incorra em alguma das situações do art. 243.º, n.º 1, do CIRE³¹.

Em suma, o insolvente deve conseguir demonstrar durante o hiato temporal de três anos que é merecedor de um *fresh start*, e que não vê neste instituto um “incentivo” para voltar a acumular dívidas, presumindo que será perdoado³². Cumpridos todos os deveres adstritos ao período de cessão – exercer uma profissão remunerada; entregar o rendimento disponível; não efetuar pagamentos ou criar vantagens especiais aos credores da insolvência³³ –, o devedor demonstrará que é merecedor, a final, da concessão deste benefício, vendo perdoada a sua dívida³⁴, com o proveimento do despacho de exoneração.

1.3. Impacto da exoneração do passivo restante no devedor e credor

Esta possibilidade que o nosso ordenamento jurídico atribui à pessoa singular devedora de se libertar da totalidade ou de parte das suas dívidas, “que não sejam integralmente satisfeitas no processo de insolvência ou nos três anos posteriores ao seu encerramento”³⁵, mostra-se bastante benéfica para o devedor. O objetivo deste instituto legal é, por isso, dar-lhe a chamada “segunda oportunidade”, retirando-lhe o estigma da insolvência. Posto isto, o devedor deixa de estar adstrito ao prazo geral de prescrição da dívida, que seria de 20 anos (cf. art. 309.º do Código Civil), o que significava, para a generalidade de devedores singulares, uma impossibilidade de algum dia conseguirem estar numa situação de liberdade económica³⁶, ficando condenados *ad eternum* a uma débil posição financeira. Note-se que o legislador teve como objetivo tornar todo este processo de perdão da dívida menos punitivo para o insolvente singular comum. Assim, seguiu as demais tendências europeias³⁷

³¹ LUIS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, op. cit., p. 127.

³² MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 617; cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 4/6/2020, proc. n.º 240/15.8T8OLH-B.E1.

³³ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, op. cit., pp. 415-416.

³⁴ Cf. art. 237.º, alínea b), do CIRE.

Apenas os créditos referidos no n.º 2 do art. 245.º do CIRE é que não serão extintos.

³⁵ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 613.

³⁶ *Ibidem*, p. 614.

³⁷ ANA FILIPA CONCEIÇÃO, “A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante”, op. cit., p. 10.

e adotou em 2022 o atual período de três anos para cessão do rendimento disponível, que substitui o anterior de cinco, permitindo ao devedor uma mais célere reabilitação económica³⁸, tornando a insolvência menos estigmatizante.

Não obstante, este regime da exoneração do passivo restante mostra-se particularmente gravoso para os credores da pessoa singular insolvente, visto que o seu património será o que vai permitir o dito *earned fresh start* dos devedores³⁹ que não consigam satisfazer a dívida no processo de insolvência. Isto porque, mesmo com a cessão do rendimento disponível do devedor durante três anos, dificilmente recuperarão o valor total da dívida. Assim sendo, percebe-se que a adoção deste instituto não pode ocorrer de “ânimo leve”, nem pode ser vista pelos devedores como um “prémio a quem não cumpre”. Por isso mesmo, a possibilidade de exoneração do passivo restante tem a si associada uma panóplia de requisitos e etapas de tendência manifestamente judicial.

2. Rendimento disponível para a cessão

É crucial examinar o alcance do conceito de “rendimento disponível para a cessão”, estabelecido no art. 239.º do CIRE. A previsão deste rendimento disponível “constitui um ónus imposto ao devedor como contrapartida do facto de ser exonerado”⁴⁰, e trata-se de uma cessão de créditos futuros, e não uma promessa de entrega de rendimentos gerados pelo devedor⁴¹. Só a disponibilidade deste rendimento é que irá permitir de facto um equilíbrio da situação desvantajosa em que o credor se encontra após o fim do processo de insolvência, onde ainda não viu a dívida que tem para consigo ressarcida. O devedor será então obrigado a ceder à pessoa que venha a exercer as funções de fiduciário todo o “rendimento disponível” que venha a auferir, qualquer que seja a sua fonte⁴², durante os três anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, para que, chegado o fim desse período, veja finalmente a sua dívida perdoada. O rendimento disponível será, por norma, aquele rendimento “extra”, que não se mostre ex-

³⁸ Alteração introduzida pela Lei n.º 9/2022, de 11/1.

³⁹ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., pp. 615-616.

⁴⁰ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, op. cit., p. 306.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2013, p. 787.

cluído por ser completamente imprescindível para a subsistência do devedor e seu agregado familiar⁴³, abrangendo quaisquer acréscimos patrimoniais do devedor, independentemente da sua natureza^{44/45}.

2.1. A regularidade da reavaliação do rendimento disponível para a cessão

Há que referir que a avaliação do montante disponível para a cessão, estabelecido aquando do proferimento do despacho inicial, não deve assumir carácter definitivo, devendo ser avaliado ao longo do período da cessão. Contudo, esta questão levanta alguma discussão, pelo que, devido à falta de previsão legal, a jurisprudência diverge quando tem de decidir se o rendimento disponível para a cessão deve ser avaliado mensalmente ou anualmente. Logo, estando o devedor numa situação frágil como é a insolvência, se não tiver um rendimento fixo, podem existir meses em que não conseguirá auferir os valores acordados para ceder ao fiduciário. Neste caso, *quid iuris*?

Seguindo a generalidade da jurisprudência, é possível concluir que a cessão do rendimento disponível deve ser calculada por referência mensal e não anual, visto que o critério para estabelecer o seu máximo passa pela retribuição mínima mensal garantida que fixa um valor mensal e não anual. Porém, apesar da concordância pelo cálculo mensal do rendimento disponível, estamos ainda perante algumas divergências.

Em algumas decisões jurisprudenciais defende-se que podem mesmo existir meses em que o devedor nada terá de ceder, valorizando-se, acima de qualquer outro interesse, o direito da pessoa insolvente à sobrevivência digna⁴⁶. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 8/11/2021, proc. n.º 2718/18.2T8OAZ.P2, refere que “[n]os meses em que não advierem rendimentos ao devedor, ou advierem ren-

⁴³ Cf. subalínea i) da alínea b) do n.º 3 do art. 239.º do CIRE; MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 631.

⁴⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, op. cit., p. 345.

⁴⁵ Podem ser objeto da cessão: salário; vencimentos; pensões; pensões de reforma; subsídios de férias, de Natal, de alimentação; ajudas de custo; outros suplementos remuneratórios; reembolsos do IRS; compensações por cessação de contrato de trabalho; quantias recebidas por Fundos de Garantia Salarial ou indemnizações para compensação por despedimento.

Cf. MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., pp. 638-640.

⁴⁶ Cf. subalínea i) da alínea b) do n.º 3 do art. 239.º do CIRE.

dimentos inferiores ao que foi considerado necessário para o sustento minimamente digno do mesmo, não há lugar a cessão de rendimento”, acrescentando que o devedor não terá de compensar o credor por isso. Logo, segundo este acórdão, «não se pode argumentar validamente com a circunstância de haver meses em que se auferir menos do que aquilo que foi arbitrado a título de sustento, para a partir daí construir a tese de que terá de haver uma “compensação” pela diferença, sendo esta a fazer através dos meses (...) em que se auferir mais». Diga-se que este é o entendimento que nos parece mais razoável, sendo o direito à dignidade humana superior a qualquer direito de crédito. Logo, não se deverá autorizar o pagamento de um rendimento a ceder por ano ao fiduciário em prestações mensais fixas, pois, assim, podemos ter situações em que os insolventes ficam mensalmente com quantias inferiores às que garantem o seu sustento e do seu agregado familiar.

Contudo, nos termos do Acórdão do TRP de 8/10/2020, proc. n.º 9/20.8T8STS.P1, apesar de se concluir que a avaliação do rendimento disponível deve ser feita mensalmente e não anualmente, defende-se que o devedor fica obrigado a “compensar” o credor quando não conseguir ceder o montante previamente fixado como disponível. Ou seja, estabelece que deve ser feita uma “ponderação corretiva”, tendo em conta «qualquer acréscimo de rendimentos posterior, como sejam os subsídios de férias ou de Natal ou qualquer outro rendimento extra, de modo a encontrar-se um constante e consistente “sustento minimamente digno”».

Quanto aos entendimentos jurisprudenciais que defendem que o rendimento disponível para cessão deve ser avaliado anualmente, fundamentam que o CIRE não estabelece em nenhum preceito um critério temporal para o cálculo dos rendimentos excluídos da cessão. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 22/9/2020, proc. n.º 6074/13.7TBVFX.L1-1, vai mais longe e sustenta mesmo este entendimento no art. 240.º, n.º 2, do CIRE, que estabelece que é anual a periodicidade para a elaboração e apresentação do relatório do período de cessão pelo fiduciário. Logo, tendo isto em conta, “perante a irregularidade dos montantes mensais dos rendimentos auferidos pelos exonerados, com inclusão de meses com rendimentos de montante inferior ao judicialmente excluído da cessão de rendimentos, só através do apuramento dos rendimentos (...) anualmente auferidos é possível garantir aos devedores disporem, em cada mês de cada ano do período de cessão e por recurso aos rendimentos que ao longo do ano vão auferindo, de rendimentos de montante não inferior, ou de valor o mais aproximado possível, ao rendimento mensal indisponível fixado”.

Face a esta questão da reavaliação do rendimento disponível para a cessão, seguimos o estabelecido no art. 988.º do Código do Processo Civil (CPC) para os processos de jurisdição voluntária. Ou seja, defendemos que este montante deverá ser reavaliado “sempre que se verifiquem factos ou circunstância superveniente que o justifiquem”⁴⁷. Entre estas situações temos os casos em que ocorrem alterações do rendimento auferido pelo devedor ou das suas despesas fixas, ou ainda quando a composição do seu agregado familiar seja afetada⁴⁸. Sublinhe-se que em qualquer um destes cenários o devedor deve comunicar ao tribunal as alterações que afetaram a sua realidade económica.

3. Rendimentos excluídos da cessão – N.º 3 do art. 239.º do CIRE

Percebida a complexidade associada à tarefa judicial de estabelecer um valor disponível para a cessão, veja-se que será crucial o juiz não descuidar os rendimentos que devem obrigatoriamente ser excluídos desta cessão – “o rendimento disponível é o montante a ceder ao fiduciário, depois de excluídos os montantes a que se refere o n.º 3”⁴⁹. No âmbito do n.º 3 do art. 239.º do CIRE, encontramos então elencadas quatro situações em que parte do rendimento do devedor não se encontrará disponível para cessão ao fiduciário. Na alínea *a)* do preceito vemos que serão excluídos da cessão os créditos futuros, previstos no art. 115.º do CIRE, que tenham sido cedidos a terceiro pelo período de eficácia da cessão. No presente trabalho analisaremos mais detalhadamente a complexa alínea *b)* deste n.º 3 e as suas três subalíneas.

3.1. A alínea *b)* do n.º 3 do art. 239.º do CIRE

Apesar de o direito da insolvência ser um dos mais importantes a nível socioeconómico, o legislador continua a não esclarecer alguns conceitos basilares do mesmo – o “rendimento razoavelmente necessário”. A doutrina e a jurisprudência defendem que a expressão “razoavelmente necessário” serve para apelar à prudência e à ponderação do decisor no âmbito desta matéria⁵⁰, garantindo,

⁴⁷ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 644.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cf. o já citado Acórdão do TRG de 2/3/2023, proc. n.º 2148/22.1T8GMR.G1.

⁵⁰ JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A Exoneração do Passivo Restante*, op. cit., p. 91.

assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, mesmo em situação de insolvência⁵¹. Compreende-se então que se possa sacrificar o direito do credor, em parte absolutamente necessária, para garantir que tal não leva ao aniquilamento da subsistência do devedor⁵². Mencione-se que a avaliação deste conceito pelo juiz deverá sempre ser feita casuisticamente⁵³.

Passe-se agora à análise das situações de exclusão de rendimento disponível previstas nas subalíneas da alínea *b*) do n.º 3 do art. 239.º do CIRE.

3.1.1. O sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar

Nesta primeira subalínea o legislador teve como objetivo estender o direito do devedor a viver dignamente ao seu agregado familiar, o que demonstra a grande preocupação constitucional deste regime⁵⁴. Assim como o conceito de “razoavelmente necessário”, também o conceito de “sustento minimamente digno” é indeterminado e carece de esclarecimento. É, portanto, um conceito aberto, geral e abstrato que deve ser avaliado tendo em conta a singularidade da situação concreta de cada insolvente singular e do seu agregado familiar⁵⁵. Logo, caberá ao intérprete e aplicador do direito – o juiz – fixar o seu conteúdo, caso a caso⁵⁶, avaliando com razoabilidade o montante de que o devedor careça de dispor⁵⁷.

i) A aferição do valor indisponível para a cessão – Deveres do poder judicial

Sendo que a avaliação do valor indisponível para a cessão cabe ao poder judicial, o juiz tem então alguns deveres a cumprir. Primeiramente, deve agir à luz do princípio da dignidade humana, fazendo uma avaliação casuística, para determinar na prática qual será o valor desse rendimento indisponível para a cessão – o que se compreende visto que este é um princípio mutável dependendo da

⁵¹ Cf. o já citado Acórdão do TRG de 2/3/2023, proc. n.º 2148/22.1T8GMR.G1.

⁵² Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 28/2007.

⁵³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, op. cit., p. 306; CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, op. cit., p. 621.

⁵⁴ JOSÉ GONÇALVES FERREIRA, *A Exoneração do Passivo Restante*, op. cit., pp. 91-92.

⁵⁵ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, op. cit., p. 131.

⁵⁶ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 642, nota de rodapé 643.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 637.

época e do local⁵⁸. Deve então proceder à avaliação das despesas fixas e imprescindíveis que o devedor tem em prol da sua subsistência e do seu agregado familiar. Nesta avaliação terá de ter em conta, por exemplo, “a idade da [pessoa singular] insolvente, sua situação profissional, estado de saúde, seus rendimentos, composição do seu agregado familiar, encargos essenciais com habitação e com despesas de saúde”⁵⁹, as despesas com a alimentação e educação dos filhos, etc. É ainda importante mencionar que o devedor é que tem o ónus de comprovar factualmente ao juiz as suas “reais necessidades económico-financeiras”⁶⁰ e do seu agregado familiar, sob pena de nulidade da decisão que fixa o *quantum* indisponível à cessão⁶¹.

Contudo, não se deve negligenciar os interesses e a necessária proteção dos direitos do credor⁶². Ou seja, de seguida, o juiz deve então proceder ao “confronto da situação pessoal do insolvente com os interesses dos seus credores e a lesão que a exoneração do passivo restante lhes aporta”⁶³. O poder judicial deve ainda atuar segundo o princípio civil da interpretação e aplicação uniformes do Direito (cf. art. 8.º, n.º 3, do Código Civil) e o princípio constitucional da igualdade dos cidadãos (cf. art. 13.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), ou seja, além de ter em conta as particularidades únicas de cada caso, deve ter também em consideração todos os casos de cessão de rendimento pelo devedor ao fiduciário que mereçam tratamento análogo.

ii) O valor máximo indisponível para a cessão

Atente-se que o legislador não fixou na lei um valor mínimo para garantir o “sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar”, mas deixou, por sua vez, já explícito na própria letra da lei um montante máximo para a mesma finalidade. Assim, tendo em conta a subalínea *i)* da alínea *b)* do n.º 3 do art. 239.º, pode-se concluir que o rendimento indisponível para a cessão, no que concerne à garantia do sustento minimamente digno do devedor e do seu agre-

⁵⁸ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, op. cit., p. 131.

⁵⁹ Cf. Acórdão do TRL de 15/11/2012, proc. n.º 289/12.2TJLSB-B.L1-6.

⁶⁰ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 642.

⁶¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 8/4/2014, proc. n.º 4135/12.9TBLRA-C.C1.

⁶² MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 641.

⁶³ Cf. Acórdão do TRG de 14/3/2024, proc. n.º 3491/23.8T8GMR.G1.

gado familiar, não deve exceder três vezes o salário mínimo nacional (atual retribuição mínima mensal garantida). A fixação deste teto máximo demonstra que o legislador entende que acima deste valor já não estará em causa o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, pelo que o restante deve ser cedido ao fiduciário.

Refira-se a situação excecional prevista neste preceito – quando o sustento do devedor e do seu agregado familiar importa um valor mais elevado do que o de três RMMG (retribuição mínima mensal garantida). Nestes casos, caberá ao juiz fazer tal avaliação com acrescido grau de atenção e devida fundamentação, para evitar situações anómalas à lei e ao bom senso. Dentro destas situações excecionais podem estar, por exemplo, os casos em que o devedor ou alguém do seu agregado familiar se encontra em situação de doença, a precisar de cuidados especiais, etc.⁶⁴, que “pela sua natureza e relevância, devam prevalecer sobre o interesse dos credores na satisfação dos seus créditos”⁶⁵.

iii) O valor mínimo indisponível para a cessão

Quanto ao montante mínimo para garantir este “sustento minimamente digno”, existem várias perspectivas doutrinárias diferentes, o que contribui para a complexidade das decisões jurisprudenciais relativas à fixação deste valor. Avaliaremos então os três principais entendimentos acerca desta matéria.

i. A corrente maioritária defende que, como a lei não fixa um montante mínimo específico, deve procurar seguir-se um entendimento coerente e em prol da unidade do sistema jurídico, tendo, por isso, em conta o limite máximo isento da cessão do rendimento disponível fixado pelo legislador. Deste modo, conclui-se que o valor mínimo deve ser estabelecido tendo como único critério-base de aferição o valor da retribuição mínima mensal garantida (RMMG). Sustenta-se este entendimento no facto de esta ser a “remuneração básica estritamente necessária indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador”⁶⁶. Tal entendimento é ainda adotado em várias decisões jurisprudenciais⁶⁷.

⁶⁴ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, op. cit., p. 134.

⁶⁵ Cf. Acórdão do TRC de 15/1/2022, proc. n.º 1931/12.OTBACB-F.C1.

⁶⁶ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 635, nota de rodapé 1642.

⁶⁷ Cf. Acórdão do TRG de 7/12/2023, proc. n.º 2107/23.7T8VNF.G1.

ii. Porém, existe outro entendimento na doutrina – com o qual concordamos –, que defende que na maior parte das vezes não bastará indexar o rendimento indisponível tendo como referência apenas o valor da retribuição mínima mensal garantida (RMMG). Isto porque, apesar de o valor da RMMG ser atualizado anualmente, por vezes, a sua atualização não acompanha os aumentos no custo de vida em sociedade causados pela inflação, cada vez mais presente no nosso dia a dia. Acrescente-se também que “não só os insolventes não viviam anteriormente com tal quantia [SMN], nem deverão começar a fazê-lo quando os seus rendimentos são superiores e essenciais para o sustento digno do agregado familiar”⁶⁸. Seguindo este entendimento, refira-se ainda que, se o legislador não fixou um montante mínimo e fixou um teto máximo, tal pode demonstrar que a sua vontade seria mesmo deixar ao livre critério do poder judicial definir este rendimento mínimo indispensável ao sustento do insolvente e do seu agregado familiar. Ao nível da jurisprudência, este entendimento foi compartilhado em alguns acórdãos, como é o caso do Acórdão do TRL de 21/3/2023, proc. n.º 4479/22.1T8FNC-C.L1-1. Neste aresto, apesar de se admitir que o rendimento excluído da cessão não deva estar abaixo da retribuição mínima mensal garantida – devendo mesmo “situar-se no montante equivalente a um salário mínimo nacional ou regional” –, ressalva-se que esse valor não deverá servir como exclusivo “critério-base de aferição”, mas sim como um mero critério referencial.

iii. Existe ainda uma terceira via de interpretação do conceito de “sustento minimamente digno”. Assim, em alguns acórdãos mais antigos⁶⁹ encontramos o entendimento de que o juiz deve deixar de lado o valor da retribuição mínima mensal garantida para a fixação do valor mínimo garantido ao insolvente, ou seja, não encararam a RMMG nem como critério-base de aferição, nem como um simples critério referencial. Sustentam, pelo contrário, que “o julgador deve atender, quanto ao estabelecimento de um limite mínimo, ao Indexante de Apoios Sociais”⁷⁰. Defende-se então que o valor mínimo para garantir a digna subsistência

⁶⁸ ANA FILIPA CONCEIÇÃO, “A jurisprudência portuguesa dos tribunais superiores sobre exoneração do passivo restante”, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹ Cf. Acórdão do TRG de 20/3/2014, proc. n.º 8552/12.6TBBRG-E.G1; e Acórdão do TRL de 15/11/2012, proc. n.º 289/12.2TJLSB-B.L1-6 (este acórdão admite que o valor não deverá mesmo assim ser inferior a um salário mínimo nacional).

⁷⁰ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, *op. cit.*, p. 637, nota de rodapé 1646.

do devedor e do seu agregado familiar será, no mínimo, correspondente a $\frac{3}{4}$ do IAS (indexante de apoios sociais) por pessoa. Veja-se que este é um entendimento ultrapassado, até porque se sustentava no art. 824.º, n.º 4, do antigo CPC, já revogado.

iv) A natureza dos rendimentos indisponíveis para a cessão

Note-se que o valor do rendimento tanto disponível como indisponível para a cessão será meramente quantitativo, sendo irrelevante avaliar qualitativamente a natureza dos montantes auferidos pelo devedor e que para aquele valor quantitativo contribuem. Mesmo assim, na grande parte dos casos, o valor disponível para a cessão tem geralmente por base o montante dos rendimentos do insolvente relativo ao seu salário⁷¹. Contudo, veja-se que a jurisprudência diverge quando tem de decidir acerca da disponibilidade de cada tipo de rendimento do devedor que pode ou não ser afetado à cessão. Diante da impossibilidade de analisar jurisprudencialmente todos esses cenários, focaremos o presente estudo no complexo caso de os subsídios de férias e de Natal serem suscetíveis de integrar o rendimento disponível para a cessão do devedor ao fiduciário.

Regra geral, entende-se que, face a outras prestações retributivas que sejam auferidas pelo devedor para além do salário mensal, como os subsídios de férias e de Natal, estes valores podem e devem integrar o rendimento indisponível se estiverem dentro do limite pecuniário estabelecido como excluído da cessão, sem excedê-lo⁷². Caso excedam o valor fixado, podem integrar sim o rendimento disponível para a cessão. Este posicionamento sustenta que a finalidade dos subsídios é serem um complemento da retribuição para ajudar ao gozo de férias e auxiliar com as despesas da época natalícia, não sendo, por isso, imprescindíveis à satisfação de necessidades básicas⁷³.

Por contraponto, é possível encontrar alguma jurisprudência⁷⁴ que defende que o valor relativo aos subsídios de férias e de Natal é completamente excluído da cessão. Isto mostra que defende indiretamente que a natureza dos rendimentos importa para perceber quais serão os excluídos da cessão. Este entendimento considera, tendo em conta o DL n.º 158/2006, de 8/8, que a quantia mínima para ga-

⁷¹ Cf. Acórdão do TRE de 7/6/2018, proc. n.º 1125/13.8TBABT-F.E1.

⁷² Cf. Acórdão do TRP de 23/9/2019, proc. n.º 324/19.3T8AMT.P1.

⁷³ Cf. o já citado Acórdão do TRP de 8/10/2020, proc. n.º 9/20.8T8STS.P1.

⁷⁴ Cf. Acórdão do TRP de 22/5/2019, proc. n.º 1756/16.4T8STS-D.P1

rantir o “sustento minimamente digno” deve ser equivalente à retribuição mínima mensal garantida (outroza com a designação de salário mínimo nacional) multiplicada por catorze. Assim, visto que a retribuição mínima mensal garantida é, no mínimo, um critério referencial para a fixação do valor mínimo indisponível para a cessão, como o trabalhador recebe catorze RMMG ao longo do ano (doze relativos a cada mês de trabalho e dois relativos aos subsídios), então terá direito a manter para a sua subsistência esses catorze salários. A principal argumentação desta linha de raciocínio é de que “tais subsídios são parcelas de retribuição do trabalho e não extras para umas férias ou um Natal melhorados”⁷⁵.

v) A composição do agregado familiar e os seus efeitos no valor indisponível

Olhando à importância da composição do agregado familiar para a fixação do valor mínimo necessário para o sustento digno do devedor e do seu agregado familiar, temos o caso do já citado Acórdão do TRG de 14/3/2024, proc. n.º 3491/ /23.8T8GMR.G1, em que o agregado familiar da devedora é composto unicamente por ela e os seus dois filhos menores. Neste caso percebe-se que o valor anual de uma retribuição mínima mensal garantida (à data do acórdão era de € 760,00/mês, de acordo com o DL n.º 85-A/2022, de 22/12) não será suficiente para salvaguardar todas as despesas desta família, por exemplo, com alimentação, vestuário e educação dos filhos. Ainda no que diz respeito a esta questão de o agregado familiar do devedor incluir os seus filhos, diga-se que não será obrigatório que os mesmos sejam menores para que o valor do rendimento indisponível para a cessão seja mais elevado. Assim, podemos ter casos em que os filhos, apesar de maiores de idade, continuam a fazer parte do agregado familiar, vivendo em economia comum com os pais, pelo que têm direito a que estes lhes prestem alimentos, nos termos do art. 1880.º do Código Civil.

Como supramencionado, o rendimento disponível para a cessão, deverá ser “revisto e/ou alterado sempre que se verifiquem factos ou circunstância superveniente que o justifiquem”⁷⁶. Entre estas situações está exatamente aquela em que ocorre uma alteração no agregado familiar do insolvente. Percebe-se a importância que tem o agregado familiar e as suas despesas para avaliação do rendimento in-

⁷⁵ Cf. o já citado Acórdão do TRP de 8/10/2020, proc. n.º 9/20.8T8STS.P1.

⁷⁶ MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, op. cit., p. 644.

disponível para cessão. Imagine-se que o agregado familiar do devedor aumenta, tendo este mais um filho. Jurisprudencialmente, estabelece-se que “o período a considerar na apreciação do requerimento para alteração do montante do rendimento indisponível é o da data do nascimento do novo membro do agregado e não o da data do período inicial de exoneração”⁷⁷, ou seja, podemos ter aqui uma alteração do rendimento indisponível para a cessão.

Contudo, esta alteração nem sempre significará um aumento do rendimento excluído para a cessão, como se vê no Acórdão do TRP de 11/3/2021, proc. n.º 2299/17.4T8STS.P2. Do sumário deste acórdão consta que “o nascimento de mais um filho do insolvente e o inerente alargamento do seu agregado familiar justificam a correção do valor do rendimento de exclusão, [...], sendo regra um segundo filho produzir menos despesa do que o primeiro se houver reutilização de bens e equipamentos já anteriormente adquiridos.”. O acórdão em questão refere mesmo que a situação de aumento do agregado familiar não afetará o mínimo de dignidade que deve ser assegurada para o sustento do devedor, do cônjuge e dos filhos, sendo até uma situação “desejável” para o insolvente, diminuindo o rendimento indisponível. Discordamos integralmente deste entendimento.

3.1.2. O exercício pelo devedor da sua atividade profissional

A subalínea *ii*) garante a proteção da dimensão profissional do devedor, excluindo da cessão o rendimento do insolvente que seja razoavelmente necessário para o exercício da sua atividade profissional. Isto compreende-se, pois “o trabalho é a fonte normal e mais significativa de rendimentos”⁷⁸. Uma das obrigações do devedor é mesmo manter uma atividade remunerada durante o período da cessão, proibindo-se o seu abandono injustificado⁷⁹, sendo que, em caso de despedimento, deve procurar ativamente um novo emprego⁸⁰. Aqui também se privilegia a função interna do património – suporte de vida económica do devedor – sobre a sua função externa – garantia geral dos interesses dos credores⁸¹. Neste caso o legislador não

⁷⁷ Cf. Acórdão do TRE de 14/7/2020, proc. n.º 4927/12.9T8PTM-H.E1.

⁷⁸ LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, op. cit., p. 135.

⁷⁹ *Ibidem*; cf. art. 239.º, n.º 4, alínea b), do CIRE.

⁸⁰ CLÁUDIA MADALENO, “Notas sobre as alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Em especial, a opção pela recuperação do devedor”, op. cit., p. 235.

⁸¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, op. cit., p. 788.

fixou valor mínimo ou máximo para a exclusão do rendimento, pelo que caberá ao juiz fixá-lo, consoante as circunstâncias do caso concreto – por exemplo, qual o tipo de atividade profissional do devedor⁸².

3.1.3. Outras despesas

Será ainda excluída da cessão a parte dos rendimentos do devedor “razoavelmente necessária” para satisfazer outras despesas que o juiz expressamente ressalve no despacho judicial ou posteriormente⁸³. Ficam de fora do rendimento disponível aquelas despesas que, apesar de não serem previstas nas duas subalíneas anteriores, “visam assegurar a satisfação de concretas necessidades”, designadamente em função de uma doença, patologia ou condição física do devedor ou para algum dos elementos do agregado⁸⁴, etc. Na falta de critérios específicos estabelecidos pelo legislador, caberá ao prudente arbítrio do juiz proceder à determinação do valor indisponível⁸⁵. Contudo, esta exclusão dependerá sempre de requerimento do devedor, e de consequentes meios de prova que demonstrem uma real necessidade de usar esse rendimento específico para satisfazer tais necessidades económico-financeiras. Logo, o fiduciário deverá ser capaz de verificar tal circunstância, através de, por exemplo, comprovativos apresentados pelo insolvente⁸⁶.

4. Conclusão

Apesar de não ser o instituto perfeito, a exoneração do passivo restante oferece uma solução viável para equilibrar as necessidades das partes envolvidas na insolvência, sem ignorar as suas respetivas responsabilidades⁸⁷. Não obstante, entendemos que o legislador deveria proceder a alguns esclarecimentos em sede do regime da insolvência de pessoas singulares, que conta já com duas décadas de vigência e continua a apresentar fragilidades quanto à sua aplicação.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cf. o já citado Acórdão do TRC de 15/1/2022, proc. n.º 1931/12.OTBACB-F.C1

⁸⁵ LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, op. cit., p. 788.

⁸⁶ Cf. Acórdão do TRG de 15/12/2016, proc. n.º 1270/12.7TBFAF-B.G1

⁸⁷ <https://luismmartins.pt/2021/09/16/estou-endividado-e-nao-consigo-pagar-e-agora/> [17/5/2024].

Mesmo que se reconheça que o insolvente se encontra numa posição mais frágil, é essencial que se unam esforços para equilibrar os direitos das principais partes no processo de insolvência – devedor e credor. Priorizar excessivamente os interesses do insolvente face aos dos credores dificultará o pagamento integral dos créditos destes últimos no fim do período de cessão. Por isso, é necessário que os insolventes impetrantes da exoneração do passivo racionalizem o seu estilo de vida durante a cessão para minimizar as perdas dos credores⁸⁸, agindo com licitude, honestidade, transparência e boa-fé⁸⁹. Assim, aquando do apuramento do *quantum* indisponível, o juiz deve atender “apenas às despesas com bens essenciais, já não ao nível de vida a que o devedor e o seu agregado familiar estavam habituados”⁹⁰.

Contudo, este novo estilo de vida que o insolvente deve adotar, cumpre manter-se, acima de tudo, digno. Tal dignidade só será possível se o legislador estabelecer um valor mínimo ou um critério de aferição para o rendimento indisponível, tendo em conta a volatilidade cada vez maior do custo de vida. Olhe-se para o ano de 2025 em que a RMMG corresponde ao valor de € 870,00⁹¹. No caso de um devedor, sem agregado familiar, que tenha de suportar despesas básicas relativas à sua habitação e alimentação, tendo em conta os custos de vida atuais em que a inflação tem tendência crescente, é fácil compreender que o valor de € 870,00 mensais seria escasso ou até insuficiente para garantir um sustento verdadeiramente digno. Logo, adotar a remuneração mínima como critério-base de aferição do valor mínimo do rendimento indisponível parece-nos punitivo para o insolvente comum, tendo em conta a atual realidade socioeconómica portuguesa.

⁸⁸ Cf. Acórdão do TRC de 8/4/2014, proc. n.º 4135/12.9TBLRA-C.C1.

⁸⁹ Cf. Acórdão TRP de 7/10/2010, proc. n.º 2329/09.3 TBMAI-A.P1.

⁹⁰ Cf. Acórdão TRE de 15/9/2022, proc. n.º 806/22.0T8STR.E1.

⁹¹ Cf. DL n.º 112/2024, de 19/12.

A medida da proporcionalidade administrativa

Ricardo Sousa da Cunha

Doutor em Ciência Jurídicas-Públicas,

Professor de Direito (ESG/IPCA, EDUM), Investigador JusGov

Resumo: O conforto oferecido pelo princípio da proporcionalidade na racionalização de uma decisão fundamentada pode ser muitas vezes ilusório face às suas limitações, internas como externas, resultantes da falta de elementos que permitam a sua correta aplicação, ou às limitações próprias da formação dos juristas. O presente texto pretende analisar os desafios colocados na concretização administrativa do princípio da proporcionalidade, em especial a partir das sugestões (críticas) da análise económica da medida da proporcionalidade.

Palavras-chave: Proporcionalidade / Princípios jurídicos / Direito administrativo / Constituição / Argumentação jurídica / Fundamentação

Abstract: The comfort offered by the principle of proportionality in rationalising a reasoned decision can often be illusory given its limitations, internal as well as external, arising from the lack of elements that would allow its correct application or the limitations of legal training in its use. The aim of this text is to analyse the challenges posed by the administrative implementation of the principle of proportionality, especially regarding the (critical) suggestions of the economic analysis of the measure of the proportionality.

Keywords: Proportionality / Legal principles / Administrative law / Constitution / Legal argumentation / Legal reasoning

0. Introdução

A ideia de proporcionalidade é um dos mais relevantes limites do exercício do poder, historicamente¹, como hoje, um dos mais decisivos limites aplicáveis a toda a atuação do Estado Constitucional sujeito ao Direito. Constitucionalmente, numa das suas mais relevantes dimensões, o princípio da proporcionalidade é, nos termos do n.º 2 do art. 18.º, o critério para admitir a restrição legal de direitos, liberdades e garantias, como é o critério na escolha das modalidades de exceção constitucional, nos termos do n.º 4 do art. 19.º, e assume-se, ainda, doutrinal e jurisprudencialmente, como a resposta preferida para a solução de eventuais conflitos entre direitos fundamentais, num exercício dirigido tanto ao legislador como ao juiz no controlo da sua constitucionalidade. Administrativamente, a Constituição integra o princípio da proporcionalidade entre os princípios gerais da atividade administrativa, no n.º 2 do art. 266.º, que o Código do Procedimento Administrativo (CPA) desenvolve, no art. 7.º, no seu tradicional teste tripartido entre *a)* adequação, *b)* necessidade e *c)* proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade pondera, assim, diferentes direitos, valores, interesses, impactos, também aqui de diferentes tipos, em diversos procedimentos e por diversos atores. O sucesso da formulação mais conhecida de ALEXY, como uma ferramenta heurística que oferece o conforto de uma fundamentação, facilmente usada pelos juristas nos diferentes tipos de procedimentos dirigidos à adoção de uma decisão racionalizada, muitas vezes com reduzida informação, sempre com limitadas competências sobre como a usar. A construção tradicional da *medida* da proporcionalidade de ALEXY apresenta uma clara dimensão económica que os juristas, por formação, têm dificuldade em aplicar devidamente – basta lembrar como, numa das mais relevantes aplicações recentes do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional nem sempre curou sequer de aplicar os três testes tradicionais, por exemplo, na chamada “jurisprudência da crise”.

O conforto oferecido pelo princípio da proporcionalidade pode, assim, ser muitas vezes ilusório, parecendo prometer mais do que pode oferecer, seja face às suas

¹ Apesar de hoje ser aparentemente contraditória, é evidente a relevância histórica da ideia de proporcionalidade ínsita na Lei de Talião se perspectivada como “(apenas) olho por olho, (apenas) dente por dente”, num momento em que imperava a ideia de vingança incondicional, – pelo menos desde Êxodo 21:23-25.

limitações internas, como à própria falta de elementos que permitam a sua correta aplicação, incluindo as limitações próprias da formação dos juristas. Interessa aqui ponderar as diferentes possibilidades abertas no cumprimento do princípio da proporcionalidade, num exercício perspectivado como parte da instrução factual de um processo argumentativo jurídico dirigido à adoção de uma decisão jurídica fundamentada, em alguns casos mesmo imposta constitucional e legalmente, em termos que interessa aqui considerar, em especial, a partir da sua aplicação ao exercício da função administrativa. Apesar das necessárias diferenças na aplicação de diferentes *ideias de proporcionalidade* a cada uma das funções do Estado, este é um exercício com um ponto de partida comum mesmo que com desenvolvimentos particulares, como aqui se ensaiará ao longo do texto, especialmente em matéria administrativa².

1. A medida da proporcionalidade de ALEXY

A formulação contemporânea mais divulgada do princípio da proporcionalidade tem por base o triplo teste de ALEXY (*dreistufige Prüfung*), que parte da evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*), em especial desde 1958, com referência a dois acórdãos históricos proferidos no caso *Farmácias* (*Apothekenurteil*)³ e no caso *Lüth*⁴. A construção de ALEXY partiu da

² Um alerta deixado em VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, tese de doutoramento, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, p. 409, nota de rodapé 1380, que, no entanto, não impede o Autor de ensaiar um similar exercício em *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, Lisboa, AAFDL, 2024.

³ O *BVerfGE* foi aqui chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do § 1 do art. 3.º da lei das farmácias, onde se estabeleciam especiais condições, por razões de interesse público, para a abertura de novas farmácias, face à garantia constitucional de liberdade de escolha de profissão (interpretada como liberdade de vocação), consagrada no art. 12 da *Grundgesetz*, a partir do qual se construiu a metódica especial para a apreciação das situações em que o direito de liberdade individual é restringido por razões de interesse público, a qual se baseia nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁴ *BVerfGE* vol. 7, 198, no qual se afirma a “primazia” do sistema constitucional de direitos fundamentais sobre as normas de direito civil reguladoras dos direitos de personalidade, citado por ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, in *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2, June 2003, pp. 131 a 140. Um cidadão alemão, no pós-II Guerra Mundial, apelou ao boicote dos filmes de Veit Harlan, notório propagandista nazi, em especial do filme “*Jud Süß*”. O Tribunal de Hamburgo condenou o Sr. Lüth a abster-se de apelar ao boicote, uma vez que contrariava o disposto § 826 do Código Civil Alemão, em violação da política pública de tolerância, que o Tribunal referiu como “as convicções democráticas da lei e da moral do povo alemão”. Inconformado, o Sr. Lüth interpôs recurso para o

ideia de como os “princípios jurídicos” são diferentes expressões de comandos deônticos das normas, referidos como “determinando que algo seja realizado no mais alto grau possível legal e fisicamente possível”⁵, por isso, entendidos como “comandos de otimização”⁶, que podem ser cumpridos por graus, enquanto as normas são sempre cumpridas de forma “tudo-ou-nada”. No caso de um *conflito entre normas*, impor-se-ia, assim, o recurso a especiais regras de conflito, enquanto no caso de princípios conflitantes, a solução passa “pela prioridade condicional de um dos princípios em colisão sobre o outro, com respeito pelas circunstâncias do caso”⁷.

A ponderação casuística da realização *principal* assim imposta depende da formulação de uma “regra de proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)⁸, nas três sub-formulações de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*⁸. A medida da proporcionalidade é, por isso, referida a três passos, pelos quais é necessário, em primeiro lugar, saber da *adequação* da medida (*Geeignetheit*) como a idoneidade para a prossecução do fim, num segundo momento, verificar da respetiva *necessidade* (*Erforderlichkeit*), procurando saber se a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, na formulação de ALEXY). Os testes de *necessidade* e *adequação* são referidos como “mandatos de otimização fáctica”, na medida em que o juízo normativo depende da verificação das condições da validade fáctica da medida proposta. O teste final pondera a *proporcionalidade em sentido estrito* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) como um mandato de otimização jurídica, pelo qual se procura saber se uma determinada medida não é demasiado gravosa

BVerfG, através do mecanismo de “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*). Este Tribunal Superior julgou a decisão do Tribunal *a quo* insuficiente, uma vez que da subsunção do caso ao direito civil poderia resultar a restrição de direitos constitucionais. Assim, impunha-se a ponderação de princípios conflitantes, pelo que a cláusula “contra política pública” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*), na Secção 826 do BGB, deveria ser confrontada com a liberdade de expressão, prevista no § 5 (1) da *Grundgesetz*, à qual o Tribunal decidiu que deveria ser dada primazia sobre concorrentes princípios constitucionais.

⁵ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, in *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 3, September 2000, pp. 294-304. Ver também ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (tradução em castelhano *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), *maxime* pp. 81 e segs.

⁶ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, p. 295.

⁷ A ponderação casuística da realização *principal* assim imposta depende da formulação de uma “regra de proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)⁸, nas três sub-formulações de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, pp. 296 e segs.

⁸ ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *cit.*, p. 297.

em relação ao fim que se propõe alcançar. Este juízo afirma-se como normativo, uma vez que se pretende formular um juízo de ponderação entre dois direitos ou princípios conflitantes ou entre um direito e um interesse público relevante.

Para este efeito, ALEXY desenvolveu uma metódica própria – a “*fórmula do peso*” (“*the weight formula*” ou “*Gewichtsformel*”), segundo a qual é necessário colocar em confronto os princípios na sua valoração abstrata, medindo a intensidade da interferência exigida a um e outro e a medida empírica e normativa que deve ser atribuída à realização e não realização de cada um dos princípios. Esta ponderação (também referida como *balancing*) é, por isso, referida a três passos pelos quais é necessário determinar, em primeiro lugar, a) o grau de não satisfação de um determinado princípio, seguido b) da “importância de satisfazer princípios concorrentes” e, finalmente, estabelecer se c) “a satisfação deste princípio justifica a preterição, ou não satisfação, do primeiro”⁹. Neste sentido, formula-se uma “*regra de desproporcionalidade*”¹⁰ pela qual uma medida “é desproporcional se não for justificada por essa omissão dar lugar a uma interferência com outro princípio (ou com o mesmo princípio em relação a outra pessoa ou noutro contexto) desde que esta última interferência seja pelo menos tão intensa quanto a primeira”¹¹. A “*regra de desproporcionalidade*” cria uma relação entre juízos acerca da *intensidade* e da *proporcionalidade* que envolve uma *justificação interna*, pela qual, numa perspetiva analítica, premissas corretas conduzem a conclusões válidas, bem como uma *justificação externa*, pela qual se procuram fundamentar premissas empíricas e normativas. Esta fundamentação dirige-se a obviar o “*risco de decisões irracionais*”, segundo a qual não existiriam critérios racionais para a ponderação proposta¹². A “*fórmula do peso*” de ALEXY é, assim, um instrumento de medição que é construído como uma escala de níveis de interferência – leve, moderada e séria – formulada segundo uma sequência geométrica¹³. A formulação da

⁹ ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *cit.*, p. 136.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² “Because there are no rational standards here, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies” – ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *cit.*, p. 259.

¹³ A fórmula proposta por ALEXY pode ser expressa da seguinte forma:

Onde:	PC e PA se medem:	SP se mede:
$P1P2 = \frac{PC1 \times PA1 \times SP}{PC2 \times PA2 \times SP}$	– PC = peso concreto atual – PA = peso abstrato (normal) – SP = segurança das premissas empíricas	– Alto = 4 – Seguro = 1 – Médio = 2 – Plausível = 0,5 – Baixo = 1 – Baixo = 0,25

proporcionalidade de ALEXY não precisa de números para o seu funcionamento, mesmo que se possam atribuir os valores referidos a cada um dos princípios em conflito, preferindo-se aquele que tenha um valor superior. Para resolver situações de equilíbrio, ALEXY formulou uma “segunda lei do equilíbrio”, segundo a qual quanto maior for a interferência num direito, mais ainda se tiver natureza constitucional, maior deve ser a certeza das suas premissas – empíricas e normativas – subjacentes¹⁴.

2. A crítica económica da medida da proporcionalidade

Os referidos testes da proporcionalidade obrigam a uma consideração económica, especialmente relevante a partir da construção de ALEXY, que o próprio refere ao tratar o teste de adequação e o teste de necessidade como testes do *ótimo de Pareto*¹⁵. Esta asserção tem, no entanto, merecido crítica a partir da perspectiva da *Análise Económica do Direito* que os entende, na verdade, como testes de *superioridade de Pareto*¹⁶ – uma vez que esta é a situação que se verifica quando alguém fica numa situação melhor como resultado da comparação de uma medida com outra. TUZET aponta as limitações da construção económica da teoria de ALEXY quando refere como a eficiência de Pareto (ótima ou superior) não se aplica a conflitos com partes vencedoras e perdedoras (ou princípios vencedores e perdedores) como acontece no teste de *proporcionalidade em sentido estrito*. Segundo TUZET, a eficiência aqui medida é antes uma questão de eficiência de *Kaldor-Hicks* (KH), uma vez que quando uma escolha faz com que alguém fique em pior situação, a escolha é inferior na perspectiva da eficiência de Pareto, cujo *status quo* ótimo é

¹⁴ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 418.

¹⁵ ROBERT ALEXY, “Proportionality and Rationality”, in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Comparative Constitutional Law and Policy*, Vc. Jackson and M. Tushnet (Eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 13 e segs.

¹⁶ GIOVANNI TUZET, *Alexy & Economics*, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, Number 3542475, February 2020, p. 7, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542475 [31/5/2024]. Como refere TUZET, os princípios como critérios de otimização, a utilidade marginal decrescente da realização de um princípio, a crescente desutilidade marginal da infração do princípio, curvas de indiferença relacionadas com a lei do equilíbrio, referências aos custos associados à interferência com os princípios, são, na verdade, referências à *otimização de Pareto*. Nesta leitura económica, as três fases da ponderação podem ser referidas: ao estabelecimento dos custos para um princípio, ao estabelecimento dos benefícios para outro princípio e a uma avaliação comparativa dos dois. Isto proporciona um processo de decisão que é certamente racional, na medida em que o resultado decorre da avaliação comparativa dos custos e benefícios.

aquele no qual qualquer mudança possível faria com que uma parte ou um princípio ficasse em pior situação, o que acontece na maioria das decisões jurídicas. Se há vencedores e vencidos, a situação pode ser avaliada em termos de eficiência KH, considerando que os vencedores poderiam compensar os perdedores e ainda assim ficar em melhor situação – este é o funcionamento normal da ponderação em sentido estrito de direitos, princípios ou valores constitucionais, feita pelo legislador e controlada judicialmente, podendo também ser aplicada à ponderação administrativa de medidas possíveis de maximização da prossecução do interesse público, mesmo que em restrição dos interesses de particulares. No entanto, as soluções de *Kaldor-Hicks* para os problemas de equilíbrio só são possíveis nos casos em que os custos e benefícios monetários são quantificáveis. Nos outros casos, os decisores devem encontrar a solução de equilíbrio de acordo com a classificação *ordinal* do princípio da interferência e importância do ponto de vista do sistema jurídico. É claro que tais conclusões são falíveis e suscetíveis de revisão em função das circunstâncias.

É por isso que a argumentação assume relevo decisivo na teoria de ALEXY, como no cumprimento do princípio da proporcionalidade, em especial, sobre a intensidade de uma interferência num princípio e sobre a importância da realização de um princípio concorrente em determinadas circunstâncias. Como se verá, esta posição reforça a importância da argumentação jurídica e da fundamentação (incluindo a prova) no cumprimento do princípio da proporcionalidade, integrado como fase probatória de fundamentação de um procedimento decisório.

2.1. A ponderação das alternativas (e seus custos e benefícios)

Uma crítica económica mais radical da *teoria da proporcionalidade* assenta na sua incompletude para adequadamente pesar todas as consequências de qualquer decisão jurídica, de uma perspectiva *interna* à própria argumentação formulada em torno do juízo de proporcionalidade, como de uma perspectiva *externa*, que se refere às próprias condições para a existência desta argumentação.

Internamente, a limitação do princípio da proporcionalidade para ponderar os custos e benefícios parte da própria natureza *consequencial* da argumentação formulada, que procura comparar as consequências de *alternativas*, supostamente igualmente válidas, quando este exercício parte sempre da formulação das próprias alternativas admitidas ao teste da proporcionalidade. A solução de ALEXY

é, naturalmente, melhor do que a alternativa de tomada de decisões irracionais a que tentou obstar a formulação da teoria de proporcionalidade. Mas, em qualquer dos casos, esta solução de proporcionalidade é uma proposta inferior, segundo esta posição crítica, às existentes metodologias de *análise custo-benefício*¹⁷ que permitem considerar as diferentes consequências de determinada medida e formular diferentes alternativas possíveis. A maior simplicidade do controlo da proporcionalidade é talvez a razão do seu maior sucesso, considerando as maiores limitações de meios, acesso a informação e sua utilização pelos juízes face à máquina administrativa também ao dispor do poder legislativo. Também por esta razão se tem afirmado o sucesso do controlo da proporcionalidade em países em desenvolvimento¹⁸.

A consideração dos custos e benefícios envolvidos deve, assim, ser antecipada ao momento da formulação das alternativas possíveis, facilita a ponderação das mais eficientes logo no cumprimento dos testes da *adequação* e da *necessidade*, não deixando esta ponderação apenas num juízo alternativo no momento de aferição da *proporcionalidade em sentido estrito*, como proposto por ALEXY. O juízo de proporcionalidade, especialmente, em sentido estrito, pretende ponderar custos e benefícios, mas fá-lo de uma forma limitada face às alternativas metódicas de análise custo-benefício. Esta objeção é mais relevante, precisamente, na crítica feita à “*fórmula do peso*”, construída para a comparação de *duas* medidas admitidas como *adequadas e necessárias* e não para uma “*inter-means comparison*”¹⁹.

Daqui, no entanto, extrai-se uma consequência mais radical sobre as próprias condições argumentativas (*externamente*) para a ponderação da proporcionalidade, segundo a proposta de ALEXY ou a crítica económica aqui referida. A primeira consideração das alternativas ponderadas proporcionalmente é determinada por um momento que CHANG refere às limitações inerentes à construção da “*baseline*” definida para conduzir um teste – construída de forma binária entre *adotar* uma medida ou *não adotar* uma medida, no teste de ALEXY. A eventual mudança de *baseline* altera a resposta dada, segundo o teste do *ótimo de Pareto*, o que é inaceitável, da perspetiva desta crítica económica da proporcionalidade. Esta crítica aponta, assim, como a definição da *baseline* nos juízos sobre a proporcionalidade gera sempre um desvio

¹⁷ Vide ROBIN BOADWAY, “Principles of Cost-Benefit Analysis”, in *Public Policy Review*, 2006, vol. 2, n.º 11, pp. 1 e segs.

¹⁸ Segundo SCHAFER, in YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, I•CON (2021), vol. 19, n.º 3, pp. 1110 a 1134, *maxime* p. 1127.

¹⁹ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, *cit.*, p. 1126.

ou *viés* que não pode deixar de ser considerado. É, certamente, muito interessante a constatação de como julgar uma medida *inconstitucional*, como os Tribunais estão obrigados a fazer, nos termos do art. 204.º da Constituição, é diferente de julgar uma qualquer medida *constitucional*, com eventual fundamento na violação do *princípio da proporcionalidade*. Esta é uma importante lição sobre a análise económica da proporcionalidade, não apenas para a fiscalização judicial preventiva ou sucessiva da constitucionalidade das leis, como para qualquer um dos propósitos aqui enunciados.

Segundo o mesmo Autor, esta consequência até pode ter um efeito *ex ante* ao condicionar o decisor legislativo (o que também pode ser aplicado ao decisor administrativo) a adotar uma medida menos eficiente economicamente, mas mais suscetível de cumprir os testes da adequação e da necessidade, segundo a *baseline* definida de declarar ou não declarar a inconstitucionalidade desta medida²⁰. Na verdade, semelhante efeito pode resultar da construção do sistema de fiscalização de constitucionalidade como um teste de inconstitucionalidade (e não de constitucionalidade), colocando o ónus sobre o impugnante, que fica, assim, numa posição mais exigente.

2.2. Os potenciais desvios comportamentais

A identificação dos *desvios comportamentais* (*behaviouristas*) dos processos de decisão jurídica tem animado os esforços de parte da contemporânea análise económica do Direito. O *desvio* já assinalado na análise económica da proporcionalidade a partir da *baseline* preferida, por exemplo, no controlo judicial da inconstitucionalidade/constitucionalidade das leis estende-se à referida ponderação de alternativas suscitadas na aplicação dos testes da proporcionalidade, incluindo o teste da proporcionalidade em sentido estrito – neste caso favorecendo a formulação de alternativas binárias (adoção ou não adoção de determinada medida), sempre mais limitadas do que a ponderação de alternativas regulatórias.

A ponderação das alternativas regulatórias tem sido um dos deveres impostos ao legislador no quadro do procedimento legislativo baseado em evidências – no quadro da extensão ao legislador do mesmo dever de fundamentação que é imposto

²⁰ *Ibidem*.

ao juiz, como faz a *Legisprudência*²¹. Este não é um mero dever deontológico, mas é um dever jurídico, em Portugal, já previsto num ato normativo – mesmo que se discutam as consequências da sua violação²². Este é, na verdade, um de vários *desvios cognitivos* apontados ao teste da proporcionalidade, que na análise económica da proporcionalidade os economistas *behavioristas* identificaram há muito, mesmo na ação de seres racionais.

No que diz respeito à consideração dos testes da proporcionalidade evidenciam-se outros potenciais desvios cognitivos. Na aplicação da fórmula de ALEXY, cuja ponderação empírica é referida a uma escala de três níveis de interferência – leve, média e forte –, que, facilmente, evidencia um potencial de *fuga para o meio* na sua implementação, em especial, em situações da falta de suficiente informação ou de dificuldades na sua utilização. Noutra formulação, a *aversão ao risco* evidencia a preferência pela certeza e segurança jurídicas, ao passo que a *aversão à perda* é experienciada quando os decisores são confrontados com a possibilidade de anulação de uma medida, como referido anteriormente, a partir da *baseline* definida para a decisão em causa.

Renovadas propostas para limitar alguns dos efeitos dos desvios *behaviouristas* identificados, como na colegialidade da decisão, um teste que inverta a consideração das perdas e dos custos formulando dois testes de adoção e de recusa da medida que deveriam sempre chegar a iguais resultados, mesmo que aferidos por diferentes decisores²³. Em qualquer dos casos, justifica-se a ponderação da avaliação custo/benefício mais completa do que o teste da proporcionalidade, para garantir uma decisão administrativa racional, procedimentalizada e fundamentada. Decisivo é aqui o papel assumido pela fundamentação na identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

²¹ RICARDO SOUSA DA CUNHA, “A legisprudência na construção de uma teoria normativa da legislação em Timor-Leste”, in *e-BLJ*, Ano 1 (2018), n.º 2, pp. 122 a 144.

²² As regras de legística na elaboração dos atos normativos do Governo seguidas pelo XXIII Governo Constitucional de Portugal encontravam-se previstas no DL n.º 32/2022, de 9/5, tendo sido revogadas pelo regime de organização e funcionamento do XXIV Governo Constitucional, aprovado pelo DL n.º 32/2024, de 10/5, que não as consagrou neste ato legislativo.

²³ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, cit., pp. 1129 e segs.

As condições estruturalmente enviesadas da aplicação do princípio da proporcionalidade parecem mais adequadas ao controlo judicial da constitucionalidade das leis, uma vez que induzem uma proteção superior dos direitos sobre outros interesses²⁴. No entanto, já na União Europeia se estudou, empiricamente, como a atuação do Tribunal de Justiça promove mais adequadamente os direitos promovidos nos Tratados como liberdades de circulação do que os demais direitos fundamentais²⁵ – o que é, na verdade, o resultado normal da promoção hegemónica de qualquer projeto orientado politicamente²⁶. Perante esta inevitabilidade de desequilíbrios na presunção de racionalidade argumentativa do teste da proporcionalidade, volta-se à conclusão preliminar, relativamente à importância da argumentação que fundamenta, empiricamente, qualquer decisão jurídica, mesmo no cumprimento do teste da proporcionalidade.

3. O desafio de ordenar a incomensurabilidade

As objeções formuladas a partir da *incomensurabilidade* dos valores, princípios ou direitos em confronto foram já formuladas, em especial, a partir da “teoria do discurso”, considerando que o princípio da proporcionalidade proposto por ALEXY aponta para o risco de despromover direitos com previsão constitucional do estatuto normativo, que o discurso jurídico lhes garantiu, a “argumentos políticos” ordinários²⁷. No entanto, esta crítica da despromoção dos direitos constitucionais é, precisamente, contrariada pela formulação de uma “lei de utilidade diminuinte”, pela qual os direitos constitucionais ganham “sobre-proporcionalidade” quanto maior a intensidade da interferência que sofrem²⁸. Este argumento é formulado a partir da incomensurabilidade dos direitos e valores em confronto, que, na proposta teoria da proporcionalidade de ALEXY, se tentou quantificar a partir da intensidade da interferência sobre um determinado princípio ou direito. Por

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ PEDRO CABRAL/MARIANA DE CIMA CHAVES, “Livre circulação de mercadorias e direitos fundamentais”, in *Temas de Integração*, 1.º semestre de 2005, vol. 19, pp. 225 e segs.

²⁶ RICARDO SOUSA DA CUNHA, *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – O Direito Administrativo Global entre a Constitucionalização e a Fragmentação*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 251 e segs.

²⁷ JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA, MIT Press, que ALEXY não ignora em *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 130.

²⁸ ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, cit., p. 139.

isso se afirma que a *Lei dos Princípios Concorrentes* “reflete o carácter dos princípios como requisitos de otimização entre os quais não há, em primeiro lugar, nenhuma relação de precedência absoluta, e que dizem respeito, em segundo lugar, a atos e situações que não são quantificáveis”²⁹.

Daqui resulta uma segunda conclusão preliminar, formulada a partir da dificuldade suscitada a propósito da determinação da *medida* do cumprimento da proporcionalidade, em abstrato e em concreto – este exercício de definição da medida da proporcionalidade é (apenas) parte de um exercício argumentativo jurídico dirigido a instruir probatoriamente e fundamentar adequadamente uma decisão jurídica, nas suas diversas formulações constitucionais e legais já apontadas e a que se voltará no final.

A fundamentação empírica da argumentação tecida em torno do cumprimento dos testes de proporcionalidade remete para as alternativas metodológicas oferecidas na instrução de qualquer processo de decisão jurídica. Não é pacífica a natureza ordinal ou cardinal da solução proposta por ALEXY, que se pode colocar algures entre estas opções, na medida em que promove a comparação de duas propostas, graduadas segundo os seus próprios critérios – nem esta caracterização parece decisiva para os efeitos argumentativos aqui prosseguidos. Esta solução parece limitada da perspetiva das críticas discursiva ou económica para cumprir as exigências do princípio da proporcionalidade na expressão ordinal ou cardinal das opções admitidas – uma escala ordinal apresenta uma ordem sem outra expressão algébrica, enquanto uma ordem cardinal apresenta valores numa escala.

A *incomensurabilidade* da argumentação tecida no cumprimento dos testes da proporcionalidade apontaria para a impossibilidade de estabelecer uma ordem cardinal precisa dos diferentes elementos considerados, embora a classificação ordinal seja sempre possível. Neste exercício de avaliação, comparação ou ordenação de diferentes “variáveis” (jurídicas, económicas, axiológicas ou factuais) em que se jogam diferentes graus de restrição ou de não satisfação, bem como de peso abstrato, segundo o teste de ALEXY, ou de incerteza epistémica³⁰.

Numa resposta a esta crítica de incomensurabilidade, GIOVANNI SARTOR propôs uma leitura *quantitativa* da proporcionalidade e da teoria de ALEXY baseada na ideia

²⁹ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 54.

³⁰ Em especial, com referência a esta última questão, vide VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., pp. 634 e segs.

de quantificação “sem números” a partir da comparação de exemplos³¹. Estas formulações partem de estimativas *cardinais* sem números que permitem construir comparações semelhantes com princípios. Estes exemplos parecem apoiar não só uma leitura económica da obra de ALEXY, mas também um relato quantitativo que dispensa números (ou pelo menos com números exatos). Para tratar de conflitos entre *princípios de direitos fundamentais*, SAMPAIO constrói alguns critérios para justificar a atribuição de valores às variáveis utilizadas por uma fórmula como a “fórmula de peso”³².

Para os restantes casos, a crítica económica aos testes da proporcionalidade prefere seguir a *avaliação custo/benefício* para resolver eventuais situações de *incomensurabilidade*, especialmente quando a incerteza é empírica – como acontece, certamente, na ponderação da proporcionalidade em sentido estrito, mas pode ser antecipado nos demais testes da proporcionalidade. SARTOR enuncia que a forma habitual de lidar com a incerteza na teoria da decisão-padrão implica a introdução de um multiplicador de probabilidades quando os custos e benefícios de uma avaliação económica são os *custos e benefícios esperados* ou os *benefícios esperados*³³. No entanto, GHANG assume como este pressuposto não é incontroverso, uma vez que pode sempre ser discutível se a incerteza pode ser traduzida em valores de probabilidade, referindo que, se existe uma diferença entre risco e incerteza, é porque o primeiro é calculável com valores de probabilidade, enquanto a segunda não³⁴.

³¹ Como referido por Sartor, “cardinal measures: even without numbers we are able to assess (though in a very approximate way) the size (a cardinal measure) of an object or the extent of its difference from another. To express such nonnumerical cardinal evaluations we often refine our ordinal assessment with adverbs (we say, that this object is a little, fairly, a lot larger, or smaller, or quicker, etc., than that object)” – GIOVANNI SARTOR, “The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes”, in *German Law Journal*, 14(8), 2013, pp. 1419 a 1456.

³² Que Sampaio identifica a partir de «(i) critérios epistémicos objetivos relacionados (i1) com a “área” do antecedente do princípio, i. e., a quantidade de tipos de ação ou tokens interferidos; (i2) com o tempo: nomeadamente a duração, velocidade e frequência da interferência; (i3) com o contexto geral da interferência: normalidade ou anormalidade da realidade. Podem ainda existir (ii) critérios epistémicos subjectivos, nomeadamente as consequências específicas para os titulares do direito ou da liberdade (e. g., a interferência é direta ou indireta? É feita por ação ou omissão? É potencial ou atual?). Como se pode ver, estes critérios estão largamente relacionados com os elementos temporais, espaciais, pessoais e materiais do antecedente dos princípios constitucionais.» – JORGE SILVA SAMPAIO, “Proportionality – Measuring Impacts on Fundamental Rights”, in *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*, Mortimer Sellers/Stephan Kirste (Eds.), Dordrecht, Springer, 2021, pp. 1 a 7.

³³ Segundo SARTOR, se uma determinada medida produzirá um benefício de 100 com uma probabilidade de 0,5 e nenhum benefício com uma probabilidade de 0,5, o seu benefício esperado é de 50 ($100 \times 0,5 + 0 \times 0,5$). Se a medida custar mais de 50, a ACB será contra e apoiá-la-á se custar menos de 50 – in “The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes”, *cit.*, pp. 1419 e segs.

³⁴ YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, *cit.*, pp. 1129 e segs.

3.1. A proporcionalidade como comparação

As dificuldades aqui apresentadas de uma rigorosa medida económica dos impactos regulatórios sugere que, na instrução probatória de qualquer decisão jurídica, podem estabelecer-se relações comparativas entre as opções possíveis de *a) melhor, b) pior ou c) igual* – como alternativa à comensurabilidade, admitida tanto na conceção da proporcionalidade monista, como na de ALEXY, ou pluralista, afirmada por VITALINO CANAS³⁵, valendo-se, entre outros, de Dworkin.

É a construção de condições de igualdade jurídica que corresponde a um conceito relativo e valorativo assente numa comparação de situações, como critério e medida de qualquer tratamento discriminatório. Este é também um exercício aberto metodologicamente às sugestões que, há muito, se permitem comparar alternativas regulatórias, mesmo nos estudos jurídicos, como no Direito Comparado³⁶. Neste exercício já foi também devidamente assinalada a relevância metodológica jurídico-administrativa do terceiro comparado (*tertium comparationis*) na identificação da qualidade comum (a *praesumptio similitudinis*) entre dois *comparanda*³⁷. É a partir das alternativas, identificadas, comparadas e graduadas, que se pode cumprir o *dever de fundamentação da decisão administrativa* adotada no exercício de poderes discricionários. Já se referiu como este exercício jurídico-administrativo se encontra, integralmente, vinculado aos deveres metodológicos já identificados, que na comparação impõe três elementos: duas situações ou objetos que se comparam em função de um aspeto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação (*tertium comparationis*), como a qualidade ou característica que é comum às situações ou objetos a comparar; é o pressuposto da respetiva comparabilidade. Assim, o juízo de comparabilidade significa fazer sobressair ou destacar elementos comuns a dois ou mais objetos diferentes, de modo a permitir a sua integração num conjunto ou conceito comum (*genus proximum*).

³⁵ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 892.

³⁶ RICARDO SOUSA DA CUNHA. “A argumentação jurídico-constitucional comparada sobre hierarquia normativa”, in *e-BLJ*, Ano 3 (2020), pp. 178 a 200.

³⁷ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 876.

A comparação pode ser relevante no cumprimento dos testes da *necessidade*, enquanto comparação entre meios referidos a um fim, que habilita à comparação das diferentes opções que tenham passado o teste de *adequação*, como relação (empírica) causa/efeito. Mais relevante é o mesmo exercício implicado na medida da *proporcionalidade em sentido estrito*, na qual a formulação de um *tertium comparationis* procura habilitar a formulação de uma relação ordinal entre efeitos, em especial, na referida lógica consequencial, na ponderação de efeitos e efeitos marginais positivos e negativos³⁸. A comparação das alternativas formuladas no teste da *proporcionalidade em sentido estrito* questiona os termos, também já referidos, da *baseline* proposta, cuja solução não é apenas binária – proporcional/desproporcional – mas admite ainda a possibilidade de uma medida *não desproporcional* ser admitida neste juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Esta é a solução mais facilmente aceitável no quadro da fiscalização judicial da proporcionalidade da atuação legislativa, em homenagem ao cumprimento do princípio da separação de poderes e da legitimidade democrática reconhecida constitucionalmente ao poder legislativo³⁹, que acaba por reduzir os casos de admissibilidade de uma “proporcionalidade em sentido estrito comparativa” em que se afira da medida mais proporcional – em termos que podem ser estendidos ao juízo administrativo.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ VITALINO CANAS prefere uma posição em que a proporcionalidade em sentido estrito seja considerada como “*não desproporcionalidade*”, definindo que “*meio proporcional e.s.e. é aquele que não é desproporcional, ou seja, cujos efeitos marginais positivos não têm importância inferior aos efeitos marginais negativos*” – in *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 883, para quem a racionalidade e a objetividade implicadas no juízo da proporcionalidade em sentido estrito determinam que “[s]ó pode assistir a razão na escolha entre incomensuráveis” – *ibidem*, p. 886. Por isso, o mesmo Autor recusa a conceção da proporcionalidade em sentido estrito como simples auxiliar do decisionismo e como modelo matemático, preferindo uma “*conceção pluralista do momento ponderativo da proibição do excesso*”, assente nos seguintes pressupostos: “(i) defesa inequívoca do papel da razão na deliberação prática (*phronesis* ou sabedoria prática de Aristóteles); (ii) os juízos de valor podem ter um substrato cognitivo, não sendo necessariamente expressão de um ponto de vista subjetivo, discricionário ou arbitrário; (iii) a racionalidade e a objetividade não são sinónimos de certeza; (iv) a razão enquadra a intuição; (v) a razão exclui opções, delimita opções (a favor das quais há razões não derrotadas nem derrotantes de outras razões sustentadoras de alternativas), mas não determina forçosamente uma opção” por oposição à posição monista, pela qual “*racionalizadores automáticos*”, como o “*cerco deontológico*” à proibição do excesso convivem sem negligenciar a componente subjetiva, de criação, de escolha, de intuição, de quem tem a seu cargo a decisão. *Ibidem*, p. 889.

3.2. A argumentação sobre a proporcionalidade

A conclusão preliminar já afirmada é a relevância que a argumentação desempenha no cumprimento da ideia de proporcionalidade, como reconhecido pelo próprio ALEXY, num exercício que tem de se caracterizar como especificamente jurídico, dirigido à adoção de uma decisão jurídica fundamentada, mas que assume uma forma, necessariamente, aberta interdisciplinarmente. A questão aqui formulada sobre a medida da proporcionalidade projeta-se a final, ainda com ALEXY, então para a integração no contexto da hermenêutica jurídica de *argumentos práticos gerais*, considerando que “a argumentação jurídica se trata de um caos especial, uma vez que a correção reclamada no discurso jurídico é distinta daquela usada no discurso prático geral. Não está preocupada com a absoluta correção, mas com o que é correto no quadro e na base da validade de uma ordem jurídica vigente”⁴⁰. Esta referência é feita pela abertura dos processos decisórios, nos quais o *input* de argumentos “*não institucionais*” ocorre nos procedimentos jurídicos (legislativo, administrativo como no processo judicial ou em outras instâncias de participação de cidadania), pela qual a *law in the books* passa a *law in action*.

No entanto, a integração das aberturas empíricas da argumentação jurídica formuladas em torno do cumprimento do princípio da proporcionalidade no cerne das preocupações metodológica jurídicas, em especial na instrução probatória de qualquer processo jurídico dirigido a uma decisão racionalizada e respetiva fundamentação, parece reveladora das condições de fundamentação empírica da argumentação jurídica nos diferentes procedimentos jurídicos dirigidos a uma decisão fundamentada. Aliás, a partir da crítica económica da proporcionalidade aqui formulada permite-se dar um passo mais no projeto dos *Empirical Legal Studies*, colocando também as potenciais consequências jurídicas, além das meras considerações “deontológicas” aqui referidas de diferentes quadrantes. A reunião do *ser* e do *dever ser* é parte do projeto que anima os esforços de parte dos empiristas jurídicos que podem colmatar o fosso entre *facto* e *norma*, que, no projeto de

⁴⁰ ROBERT ALEXY, “The Special Case Thesis”, in *Ratio Juris*, 12 (1999), (4), pp. 375 e segs. Para mais desenvolvimentos, ver ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., maxime pp. 261 e segs., em especial o excuro acerca do “*Die Sonderfallthese*”, pp. 426 e segs. Em sentido contrário, JÜRGEN HABERMAS recusa a especialidade argumentativa do discurso jurídico, no qual se recebem, pela via democrática, os argumentos práticos gerais – vide *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, cit., p. 234.

FISCHMAN⁴¹, precisam de dar prioridade às questões normativas, centrando a sua investigação, não necessariamente, no que é facilmente mensurável. Para isso, as opções metodológicas devem ser orientadas pelas questões de investigação para gerar respostas normativamente significativas, explorando novas possibilidades da experimentação “em laboratório” que possam ser generalizadas a novos contextos. Em sentido semelhante, CHANG dá conta de como, apesar de não ser possível dar o salto de uma preposição de “ser” (*is* ou *sein*) para uma preposição de “dever ser” (*ought* ou *sollen*) – na famosa “falácia naturalista” esgrimida pelo normativismo positivista –, este exercício não deixa de partir sempre de como é uma constatação de facto *empírica* que, pela diferença que faz (“*difference-making fact*”), se converte numa *razão normativa* para ação normativa (“goal”)⁴². Os estudos sobre a fundamentação empírica da proporcionalidade são, assim, um pleno exemplo das *relações causais* estabelecidas juridicamente.

Mesmo nos sistemas jurídicos romano-germânicos⁴³, a ambição estadual de reduzir o Direito à codificação abre, necessariamente, à análise empírica *todos* os argumentos formulados – que ALEXY divide em empíricos (descritivos), analíticos (dirigidos aos conceitos jurídicos) e normativos (dirigidos à interpretação normativa). O maior peso que o enunciado linguístico da norma tem nos sistemas de *civil law* não o isenta do exercício aqui ensaiado, apenas o antecipa no exercício da função legislativa. Constitucionalmente, é, aliás, assumida esta orientação argumentativamente teleológica – aberta empiricamente, nos termos aí referidos. O legislador cumpre fins políticos, legitimados democraticamente, apesar desta omissão constitucional – valerá aqui a referência, por exemplo, presente no art. 20.º da Constituição Alemã. Os Tribunais decidem conflitos na administração da justiça, nos termos do art. 202.º da Constituição, vinculados à lei, nos termos do art. 203.º, que estão, no entanto, obrigados a desaplicar quando violem a Constituição, nos termos do art. 204.º. Já se viu como a Administração Pública prossegue o interesse público, nos termos do art. 266.º da Constituição.

⁴¹ JOSHUA B. FISCHMAN, “Reuniting ‘Is’ and ‘Ought’ in Empirical Legal Scholarship”, 162 *University of Pennsylvania Law Review* (2013), pp. 117 e segs.

⁴² YUN-CHIEN CHANG/XIN DAI, *The limited usefulness of the proportionality principle*, cit., pp. 1129 e segs.

⁴³ Este exercício seria mais característico de sistemas jurídicos comparados de *common law*, ao passo que a ambição dos sistemas jurídicos estaduais romano-germânicos de esgotar a normatividade vigente num determinado território e sobre uma determina população tornaria aí este exercício mais difícil. A argumentação aqui expandida a propósito do princípio da proporcionalidade, que vale tanto para sistemas jurídicos comparados de *common law*, como romano-germânicos, milita, precisamente, de forma que parece suficientemente evidente, em sentido contrário.

A *porosidade* da separação de poderes, sempre a solução contingente de uma norma constitucional, variável geometricamente entre a separação e o controlo⁴⁴, abre, empiricamente, o exercício jurídico de qualquer das funções do Estado a uma realidade factual, da qual, necessariamente, se retira uma diferente vinculação ao Direito, mesmo que nem sempre assumido, metodologicamente. Ora, neste sentido, impõe-se a consideração dos referidos contributos empíricos, normativos como factuais, no desempenho jurídico-constitucional destas funções do Estado.

4. A construção administrativa da proporcionalidade

No caso da vinculação administrativa ao Direito, já o art. 3.º do CPA concretizou as condições de cumprimento do princípio da legalidade administrativa pelos órgãos administrativos, “dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”. Estas especialidades hermenêuticas são aqui previstas de forma bem mais “realista” do que aquelas definidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 266.º da Constituição, mesmo que sejam sempre justificadas, precisamente, à luz da especial prossecução administrativa do “interesse público” sujeita ao direito administrativo, prevista naquele n.º 1.

4.1. A prossecução do “interesse público” na definição administrativa da proporcionalidade

Administrativamente, já se enunciou como o primeiro *desvio* cognitivo imposto na argumentação jurídico-administrativa advém da sua específica intencionalidade dirigida à “prossecução do interesse público”, nos termos do n.º 1 do art. 266.º da Constituição⁴⁵ – em especial, o cumprimento dos testes da proporcio-

⁴⁴ PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*, Lisboa, Cosmos, 1996, *maxime* p. 88.

⁴⁵ A construção jurídica das exigências da prossecução do interesse público, próxima daquelas que por estes dias se alargam à exigência da boa-administração, pode induzir outros vieses cognitivos na relevância (desproporcionada) dada a alguns elementos em particular, como no caso da eficiência económica – esta é a consequência natural de promoção de opções políticas, legitimadas democraticamente, como acontece na vinculação ao direito da União Europeia (que, naturalmente, promove, judicial e administrativamente, as liberdades para que foi criada), mas que pode ser potenciada pelas opções legislativas, muitas vezes inconsistentemente equívocas, em violação de qualquer das melhores práticas formais e materiais legislativas, como a doutrina refere à equívoca formulação do dever de boa administração no art. 5.º do CPA.

nalidade pode ser considerado o “cavalo de Troia” de um controlo de mérito da legalidade⁴⁶, como considerado a propósito da discussão em torno das consequências da consagração legal do princípio da boa administração⁴⁷.

Nesta perspetiva, não é fácil a reconciliação desta prossecução do interesse público, orientada por critérios de mérito (numa alternativa de bom/mau, melhor/pior), com a binária tutela da legalidade (legal/ilegal, válido/inválido). Facilmente se compreende a dificuldade de quem, como os juristas em geral e os juízes em particular, está condicionado por uma lógica de decisão válido/inválido (com o que daqui decorre) se vê confrontado com informação instrutória de melhor/pior. Aliás, algumas das consequências já enunciadas desta ação “motora” podem, inclusivamente, criar uma verdadeira *dissonância cognitiva* em juristas, por exemplo, limitados na integral utilização do instrumentário hermenêutico ao seu dispor, em homenagem ao princípio da separação de poderes, nomeadamente na integração de lacunas e na desaplicação administrativa de leis inconstitucionais.

Noutra formulação, a *aversão ao risco* sentida na prossecução administrativa do “interesse público” sujeita ao princípio da legalidade evidencia um outro condicionamento da preferência administrativa pelas certeza e segurança jurídicas, com decisivas consequências nas soluções hermenêuticas escolhidas – que não pode deixar de ser considerado na construção das condições procedimentais de formação da vontade administrativa. Em sentido semelhante, daqui também se constrói um importante *desvio cognitivo* de *aversão à perda*, experienciada quando os decisores administrativos são confrontados com a possibilidade de anulação de uma medida (administrativa ou judicial, neste último caso projetando-se um efeito *ex ante*), como referido anteriormente a partir da definição procedimental da *baseline* binária (válido/inválido) para a decisão em causa. Qualquer um destes *desvios behaviouristas* condiciona a formulação das alternativas regulatórias, a sua comparação e decisão, que nem sempre serão aquelas mais eficientes economicamente, em especial, no controlo da proporcionalidade em sentido estrito, mas poderão ser apenas aquelas mais facilmente suscetíveis de cumprir os testes da adequação e da necessidade.

⁴⁶ PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 272 e segs.

⁴⁷ DAVID DUARTE, *A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Edições Almedina, 2006, pp. 621 e segs. Sobre as críticas à equívoca formulação do dever de boa administração no art. 5.º do CPA, *vide* as críticas formuladas a este artigo por DAVID DUARTE, “Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review*, LVIII, 2017/1, pp. 19 a 34.

A ambição racionalizadora do procedimento administrativo, proposta pelo n.º 5 do art. 267.º da Constituição, é dirigida a limitar estes efeitos – que, no entanto, mereceriam melhor atenção, desde logo, legislativa, uma vez que começam por ser, precisamente, um problema da definição legislativa (também, metodologicamente, aberta e enviesada) das condições de formação procedimental da vontade da Administração. As propostas referidas para limitar alguns efeitos dos desvios comportamentais identificados são também extensíveis às soluções procedimentais administrativas, mesmo que na revisão do CPA, promovendo o reforço da referida colegialidade da decisão, a previsão legislativa de um teste que inverta a consideração das perdas e custos formulando dois testes de adoção e de recusa da medida que deveriam sempre chegar a iguais resultados, mesmo que aferidos por diferentes decisores. O pleno cumprimento dos desígnios de uma mais rigorosa avaliação custo/benefício implicaria uma atenção que está por prestar às modalidades de instrução probatória, para já previstas nos arts. 55.º e 115.º e segs. do CPA. Da mesma forma, a proposta de consideração da *incerteza* decisória, que se distingue dos riscos, precisamente pela sua *mensurabilidade*, leva a que se considerem diferentes cenários regulatórios no processo de decisão, que pode também ser limitada pela introdução de um multiplicador de probabilidades quando os custos e benefícios de uma avaliação económica são esperados e não atuais. Importante é, para já, assinalar como as irregularidades procedimentais deliberativas impostas pelos diferentes *desvios/vieses* têm de ser consideradas no estudo, como na implementação administrativa e na construção legislativa dos procedimentos administrativos.

No entanto, já aqui se viu como, apesar de a distinção traçada entre o n.º 1 e o n.º 2 do art. 7.º do CPA relativamente à sujeição de toda a atividade administrativa ao teste da *adequação* e *necessidade* parecer limitar o tradicional princípio da proporcionalidade em sentido estrito às “*decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares*”, a verdade é que uma interpretação conforme ao n.º 2 do art. 266.º da Constituição terá, necessariamente, de sujeitar a totalidade da atuação administrativa aos diferentes testes do cumprimento do princípio da proporcionalidade⁴⁸ – esta será também a consequência da construção de *uma* norma de proporcionalidade⁴⁹. O exercício ad-

⁴⁸ Ao contrário do referido por PEDRO GONÇALVES, *Manual de Direito Administrativo*, p. 269.

⁴⁹ DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, cit., pp. 631 e segs.

ministrativo de poderes discricionários, nos limites aqui recordados, obriga, assim, a “levar a sério” o dever de fundamentação dos atos administrativos, desvalorizado noutros âmbitos vinculados.

4.2. O dever de fundamentação dos atos administrativos proporcionais

As questões aqui tratadas a propósito da abertura argumentativa no cumprimento do princípio da proporcionalidade no direito administrativo não são meramente económicas, apesar do peso que aqui lhe é reconhecido. O exercício aqui enunciado é especificamente jurídico, dirigido à adoção de uma decisão jurídica, argumentativamente fundamentada e procedimentalmente racionalizada. A relevância dada à instrução procedimental da ação administrativa vinculada ao Direito, que se vale de uma necessária abertura interdisciplinar construída argumentativamente, é, precisamente, parte do esforço dirigido a evitar cair no “decisio-nismo” administrativo⁵⁰, cuja violação se resolve a partir da *baseline* (para usar a linguagem aqui preferida), especificamente construída para definir a legalidade da atuação administrativa, definida, de forma binária, para a validade/invalidade dos atos administrativos. A fundamentação é elemento essencial de qualquer decisão administrativa com ambição constitucional de racionalidade procedimentalizada, dirigida à identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

Para este efeito não parece ser decisiva a discussão em torno da melhor solução para cumprir esta finalidade especificamente jurídica – se a ordenação das alternativas identificadas é cardinal ou ordinal, segundo uma avaliação custo/benefício ou segundo os testes da proporcionalidade de ALEXY. Naturalmente, uma ordenação cardinal instruída segundo a avaliação custo/benefício estará mais fundamentada argumentativamente, mas será também muito mais difícil de implementar, seja porque nem sempre estão disponíveis os elementos necessários, seja porque nem sempre os juristas têm adequada formação para tratar esses elementos. Nesses casos, as possibilidades oferecidas pelo cumprimento dos testes

⁵⁰ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., pp. 885 e segs.

da proporcionalidade ordenadas ordinalmente de ALEXY serão, em qualquer circunstância, uma opção metodológica mais rica probatoriamente do que as alternativas que se aproximem do puro decisionismo. Identificar as opções regulatórias é, por isso, sempre um exercício relevante, mesmo que por si só, para o cumprimento dos propósitos aqui prosseguidos com a referência feita ao *princípio da proporcionalidade* como parte da fundamentação de uma decisão jurídica (administrativa) racionalizada, mesmo que melhor cumprido pela instrução rigorosa da sua medida. A partir deste exemplo, na instrução procedimental da atuação administrativa, muitas vezes, a mera identificação dos respetivos impactos é suficiente para enriquecer empiricamente uma argumentação jurídica, sempre dirigida a uma decisão jurídica, de outra forma deixada ao arbítrio dos intervenientes. A integração de elementos empíricos na argumentação jurídica afasta, assim, o cumprimento do princípio da proporcionalidade da dimensão deontológica, integrando esta preocupação entre os propósitos jurídicos – com consequências jurídicas segundo a lógica jurídica válido/inválido, que se encontram impostas na Constituição como na demais legislação. Decisivo é aqui o papel assumido pela fundamentação na identificação, consideração e mitigação destes desvios, alguns, necessariamente, implicados em qualquer procedimento administrativo dirigido à adoção de uma decisão racional, outros potenciados pela ação legislativa, pela orientação política ou pelo controlo judicial.

4.3. Fundamentação da proporcionalidade nos atos discricionários

Na indexação do cumprimento dos testes tradicionais da proporcionalidade ao exercício de poderes administrativos por atos administrativos discricionários, SUZANA TAVARES DA SILVA dá conta de como, no direito administrativo italiano, Stefano Cognetti equipara os testes da adequação e da necessidade à discricionariedade técnica – onde o Tribunal depende dos elementos de facto carreados para o processo para poder formular o seu juízo – e o teste da proporcionalidade em sentido estrito à discricionariedade administrativa – em que o Tribunal pode escrutinar a decisão com base em critérios normativos, pois “o parâmetro normativo” é, neste caso, aferido a partir da ponderação de interesses (públicos e privados), valores e princípios (igualdade, justiça ou boa-fé), de onde resultará um juízo final sobre a legitimidade da medida⁵¹.

⁵¹ Vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in

Tratando-se do exercício de poder administrativo discricionário, o cumprimento do dever de fundamentação é especialmente relevante na ponderação das alternativas abertas normativamente, aqui ao abrigo do princípio da proporcionalidade, o primeiro *dever de identificar as alternativas existentes* nem deve ser considerado, metodologicamente, um exercício discricionário, mas é vinculado à instrução factual da previsão normativa indeterminada. As alternativas identificadas carecem, ainda, de ser adequadamente comparadas, constituindo-se o *dever de comparar alternativas* discricionárias abertas normativamente também num exercício vinculado ao cumprimento dos deveres jurídico-metodológicos, em matéria administrativa, entre os quais se integra a procura da melhor solução no cumprimento das normas e de princípios da prossecução do interesse público ou da proporcionalidade. Sem cair no excesso de recusar a relevância da distinção entre atos vinculados e discricionários⁵² – que, na verdade, aqui se renova para efeitos da distinção das consequências jurídicas da violação do dever de fundamentação dos atos administrativos – a presunção de validade da instrução probatória administrativa⁵³ ainda depende do que forem os meios probatórios ao dispor da própria Administração. Ora, este é um caminho por fazer e ao qual os próprios Tribunais têm sido, naturalmente, sensíveis⁵⁴.

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Universidade de Coimbra, vol. 88, n.º 2, 2012, pp. 639 a 678.

VITALINO CANAS, a partir da posição dualista da discricionariedade que recusa a adequação do princípio da proporcionalidade para o exercício de poderes administrativos no espaço de margem de livre apreciação, não deixa de admitir um controlo judicial da aplicação do teste da proporcionalidade pela Administração Pública, seja no teste da adequação da medida adotada (e apenas desta), da necessidade desta medida que, não sendo meramente negativo, é limitado a quando existir apenas uma única alternativa menos drástica e, na ponderação de efeitos positivos e negativos implicada no teste de proporcionalidade em sentido estrito, entre a posição atomizada de ALEXI e a posição agregativa seguida, presume a validade da comparação administrativa das alternativas invertendo o ónus da prova que apenas excecionalmente permite ao juiz substituir-se ao juízo administrativo aqui discricionário. Vide VITALINO CANAS, *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, Lisboa, AAFDL, 2024, pp. 41 e segs.

⁵² COLAÇO ANTUNES, *Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental: para uma tutela preventiva do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 259 e segs.

⁵³ Proposta por VITALINO CANAS, *Discricionariedade, Vinculação e Proporcionalidade*, cit., p. 41.

⁵⁴ O Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão de 6/6/2019, proc. 2788/17.0BELSB, ilustrativamente, refere: “como se, de entre os tribunais, apenas os tribunais administrativos estivessem impedidos de recorrer a prova pericial quanto a factos controvertidos ou conclusões controvertidas de natureza técnica extrajurídica”.

Por estas razões, está na altura de repensar a consequência jurídica tradicionalmente cominada para a violação do dever de fundamentação dos atos administrativos no caso do exercício de poderes discricionários, aqui, em especial, com referência ao cumprimento do princípio da proporcionalidade. A já tradicional cominação de anulabilidade para a violação do dever de fundamentação merece ser repensada, em especial num momento em que se desvaloriza o dever de fundamentação de atos vinculados a quase mera irregularidade, privilegiando o aproveitamento do ato administrativo em homenagem à maior celeridade processual e economia de meios, nos termos do n.º 5 do art. 163.º do CPA, ao mesmo tempo que o controlo do cumprimento do princípio da proporcionalidade na fundamentação dos atos administrativos adotados no exercício de poderes discricionários assume, como aqui se vê, renovada importância. A cominação de nulidade para a violação do dever de fundamentação dos atos administrativos adotados no exercício de poderes discricionários é a consequência natural da sua autonomização como um direito fundamental dos particulares, nos termos da alínea d) do n.º 2 do art. 161.º do CPA, pelas razões referidas.

Esta é também uma decorrência necessária do *princípio do Estado de Direito*, consagrado no art. 1.º da Constituição, uma vez que o dever de indicar as razões que justificam qualquer das decisões do Estado é sempre condição para a sua compreensão, para o seu cumprimento ou para a sua impugnação por parte dos cidadãos. Por esta razão, neste espaço, o dever de fundamentação dos atos administrativos discricionários, em especial, face à comparação da proporcionalidade das possibilidades abertas normativamente, não tem uma mera dimensão instrumental no procedimento dirigido à adoção do ato administrativo, no sentido anteriormente discutido desde a Constituição de 1976 e do CPA de 1991⁵⁵, mas assume-se autonomamente como um direito dos particulares – dirigido a garantir a plena compreensão das opções discricionárias tomadas pelos órgãos administrativos,

⁵⁵ Com referência à lição de DIOGO FREITAS DO AMARAL *et al.*, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1995, pp. 197 e 212, que, conforme o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/9/2002, proc. 0360/02, disponível em www.dgsi.pt [5/7/2024], admite “a existência de casos em que a falta de fundamentação, por ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental, gera nulidade, nos termos da alínea d) do n.º 2 do citado artigo 133.º do CPA”, como parece ser o caso do exercício de poderes discricionários, em especial, face ao cumprimento do dever de comparação de opções proporcionais.

dirigidas, por um lado, aos seus direitos e interesses legalmente protegidos, e, por outro lado, à tutela da legalidade da atuação administrativa⁵⁶.

5. Conclusão

O princípio da proporcionalidade é das mais divulgadas ferramentas jurídico-metodológicas contemporâneas, historicamente, um passo decisivo na fundamentação de qualquer decisão jurídica, de outra forma deixada ao arbítrio dos seus atores. O espaço privilegiado de intervenção desenvolvido por ALEXY, na ponderação constitucional de direitos fundamentais, permitiu afastar de teorias mais radicais e argumentativamente menos suportadas como a teoria de (certos) “*rights as trump*”, de DWORKIN. O sucesso desta proposta de ALEXY, assente nos três testes de adequação, necessidade, segundo o *ótimo de Pareto*, e proporcionalidade em sentido estrito, segundo a ponderação da “*weight formula*”, levou à sua aplicação a todas as funções do Estado, incluindo as legislativa e administrativa, e o respetivo controlo judicial.

Este alargamento levou o princípio da proporcionalidade a ser chamado a ponderar valores, como direitos, interesses, custos e benefícios, no fundo, diferentes impactos, jurídicos e empíricos, numa argumentação *consequencialista* que a abriu a diferentes críticas – discursivas como económicas. Em especial, as dificuldades da *incomensurabilidade* levaram a diferentes críticas e reformulações da proposta de proporcionalidade de ALEXY, reconhecendo a particular vocação, nas suas virtudes e defeitos, para a original ponderação de direitos fundamentais, mais limitada em outros espaços onde a natureza dos impactos a avaliar, bem como as alternativas, em número e qualidade, a ponderar são mais diversas, complexas e numerosas. Neste exercício, as propostas de avaliação de custos e benefícios

⁵⁶ Conforme, com referência à mesma previsão do CPA de 1991, se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 594/2008, disponível em www.tribunalconstitucional.pt [5/7/2024]: “*Tal acontecerá sempre que, para além da imposição genérica da fundamentação, a lei prescrever, em casos determinados, uma declaração dos fundamentos da decisão em termos tais que se possa concluir que ela representa a garantia única ou essencial da salvaguarda de um valor fundamental da juridicidade, ou então da realização do interesse público específico servido pelo ato fundamentando ou quando se trate de atos administrativos que toquem o núcleo da esfera normativa protegida [pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais] e apenas quando a fundamentação possa ser considerada um meio insubstituível para assegurar uma proteção efetiva do direito, liberdade e garantia*”, aqui valendo-se da lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever de Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 293.

que podem conduzir a uma ordenação cardinal das diferentes opções em confronto oferecem mais e melhor informação ao decisor jurídico, em especial no âmbito dos procedimentos legislativos e administrativos onde as opções são mais numerosas, mais abertas e mais complexas nos seus custos e benefícios. Viu-se, aliás, como estas propostas são já impostas legalmente, por exemplo, no procedimento legislativo, mesmo que com variáveis consequências jurídicas pela sua preterição.

Nem sempre é, no entanto, possível encontrar suficiente informação para instruir adequadamente os procedimentos jurídicos vinculados ao cumprimento do princípio da proporcionalidade. Nestes casos, ainda assim, é decisivo instruir probatoriamente estes procedimentos jurídicos com a informação adequada a garantir a melhor decisão possível. Este não é um exercício deontológico, mas um exercício vinculado juridicamente, imposto pela própria vigência legal e constitucional do princípio da proporcionalidade, aqui construído como um princípio/norma da proporcionalidade, como uma decorrência do princípio do Estado de Direito e, administrativamente, cada vez mais, pela prossecução do interesse público e até pelo princípio/dever da boa administração. Por isso, mesmo quando não seja possível uma plena instrução probatória alimentada por todos os impactos avaliados, ou não seja possível gerir toda a informação disponível, a vinculação ao princípio da proporcionalidade impõe que seja garantida a sujeição a uma classificação ordinal da avaliação de custo e benefício ou mesmo do teste da proporcionalidade de ALEXY. Identificar as opções regulatórias é, por si só, sempre um exercício relevante para o cumprimento dos propósitos aqui prosseguidos de fundamentação de uma decisão jurídica (administrativa) racionalizada, no qual se integrou a referência ao *princípio da proporcionalidade*.

Esta solução deriva da necessidade pragmática de instruir empiricamente qualquer processo de argumentação, aqui em torno da ideia de proporcionalidade, intencionalmente sempre dirigido a uma solução fundamentada, num exercício jurídico, com consequências jurídicas. A argumentação jurídica em torno do cumprimento do princípio da proporcionalidade é, aliás, um exemplo cristalino da quebra pós-positivista da distinção entre facto e norma em qualquer processo de argumentação jurídica. Este procedimento especificamente jurídico antecipa o exercício empírico da medida da proporcionalidade ao momento dos testes da adequação e da necessidade, cujas consequências jurídicas impostas constitucional e legalmente se encontram, em larga medida, abertas, por exemplo, no exercício da função administrativa, em sede de cumprimento do dever de fundamentação

e do princípio da proporcionalidade nos atos administrativos discricionários, bem como no respetivo procedimento legislativo. Daqui fica também a ideia de como há ainda muito a fazer, doutrinal, legal e jurisprudencialmente, no que se refere à instrução probatória de cada um destes procedimentos dirigidos à adoção de uma decisão jurídica racionalizada e fundamentada, em especial, administrativos, como no seu controlo judicial.

A importância da tópica na evolução dos sistemas jurídicos

Tatiane Mendes Sanches

*Doutoranda em Direito Civil Comparado
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Larisse Salvador Bezerra de Vasconcelos

*Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Antonio Carlos França Pinto

*Doutorando em Direito Difusos e Coletivos
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o papel da tópica na concepção dinâmica do sistema, fazendo um breve aporte histórico sobre a tópica advinda de Aristóteles e Cícero; Theodor Viehweg que posteriormente traz a mesma ao cenário jurídico, debatendo ainda com outros autores que analisam a sua importância ao sistema e a crítica da mesma. Para tanto o método utilizado será o dialético.

Palavras-chave: Tópica / Interpretação / Argumentação jurídica / Sistema jurídico

Abstract: This article aims to analyze the role of the topic in the dynamic conception of the system, making a brief historical contribution to the topic from Aristotle and Cicero; Theodor Viehweg who later brings it to the legal scene, also debating with other authors who analyze its importance to the system and its criticism. For this purpose, the method used will be the dialectic.

Keywords: Topic / Interpretation / Legal argumentation / Legal system

Introdução

O estudo da tópica pode ser encontrado em matérias vinculadas à Introdução ao Direito, Filosofia do Direito e História do Direito, não sendo feita uma correlação direta com o Direito contemporâneo, mesmo sendo esta uma forma de conduzir o pensamento com vista a superar uma visão lógico-formal do raciocínio jurídico, fornecendo meios para uma construção argumentativa da solução de casos no âmbito da interpretação e aplicação do Direito.

Muito embora a temática remeta a ARISTÓTELES, o assunto faz parte do patrimônio intelectual da cultura mediterrânea, prevalecendo até a Idade Média, por meio da arte da gramática, retórica e dialética.

A tópica de ARISTÓTELES discute métodos para argumentação e debate. Neste contexto, tópica se refere ao estudo dos *topoi*, argumentos comuns que podem ser usados para sustentar ou refutar uma posição em um debate.

Embora a tópica aristotélica tenha sido desenvolvida originalmente para a retórica, ela também influenciou áreas como a lógica e a argumentação jurídica, fornecendo um arcabouço conceitual para a análise e construção de argumentos em diversas disciplinas e será THEODOR VIEHWEG que debaterá a mesma sob o aspecto do argumento jurídico.

Conforme será visto, a tópica jurídica é uma abordagem metodológica que busca organizar o pensamento e a argumentação jurídica através da identificação e classificação de argumentos comuns utilizados no processo de interpretação e aplicação do Direito.

Essa abordagem pode ajudar os juristas a encontrar soluções para casos difíceis, explorando argumentos e pontos de vista diferentes e considerando a complexidade e as nuances das situações jurídicas.

Para tanto, propõe o presente artigo analisar a tópica sob a ótica da dinâmica do sistema jurídico, sendo dividido em três partes: a primeira parte traz suas origens, portanto, analisado sob a ótica de ARISTÓTELES e CÍCERO; a segunda parte traz a tópica sob o olhar de THEODOR VIEHWEG, já adentrando a questão jurídica e a terceira e última parte, após a análise histórica, adentra a questão de sua importância para concepção dinâmica do sistema. Para tanto o método de abordagem é o dialético e de procedimento será de análise bibliográfica.

Entendendo as origens da tópica: uma leitura sobre ARISTÓTELES e CÍCERO

A tópica de ARISTÓTELES

Tópica é o nome específico do quinto dos seis livros que compõe o *Órganon*¹, que é um conjunto de tratados de lógica escritos por ARISTÓTELES, de modo que as demonstrações da ciência seriam apodíticas em oposição às argumentações retóricas, que seriam dialéticas, nada mais que premissas aceites pela comunidade parecendo verdadeiras².

O intuito de ARISTÓTELES é distinguir o apodítico, que não pode ser refutado, do dialético, que possui encadeamento interno fundado em ideias meramente prováveis, sempre passível de refutação³. Isto é de extrema importância, uma vez que a tópica está no campo do dialético, e não do apodítico. Parte-se de opiniões respeitáveis, dando verossimilhança às premissas, levando a conclusões possíveis, mas não absolutas e sempre passíveis de refutação.

No livro *Tópicos*, ARISTÓTELES trata de questões relacionadas à arte de disputar, bastante comum à obra de PLATÃO e SÓCRATES, que se caracterizava por ser um campo próprio dos retóricos e dos sofistas e bastante combatido por estes dois últimos. Ainda assim, PLATÃO buscou converter tal arte em algo filosoficamente estruturado, caminho seguido por ARISTÓTELES⁴.

Segundo ARISTÓTELES, o objetivo de sua obra é encontrar um método que parte de opiniões geralmente aceites, a respeito de todo e qualquer assunto, de forma a ser possível replicar adequadamente o argumento⁵. A obra estabelece uma relação entre a dialética e a retórica, delimitando parâmetros do que seja considerado lugar ou *topoi*.

¹ O *Órganon* é composto pelos seguintes tratados: Categorias, Da Interpretação, Primeiros e Segundos Analíticos, Tópicos e Refutações Sofísticas.

² TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 10.^a ed., rev. atual. ampl., São Paulo, Atlas, 2018, 2018, p. 355.

³ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, Kelly Susane Alflen da Silva (trad.), 5.^a ed., rev. e ampl., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

⁴ *Ibidem*.

⁵ ARISTÓTELES, *Órganon*, Edson Bini (tradução e notas), 3.^a ed., São Paulo, Edipro, 2023.

Dessa forma, o citado filósofo considera que a dialética seja uma forma de verificação da verdade formal de um argumento, ao passo que a retórica ocupa posição complementar, desenvolvendo os temas tratados a partir do que é próprio da dialética. A diferença entre dialética e retórica, uma vez que ambas tratam do argumento, está no facto de a dialética estar preocupada com o valor verdade, partindo de premissas aceites – os silogismos –, ao passo que a retórica está preocupada com os argumentos jurídicos e políticos, sem o carácter lógico-formal⁶.

A partir de ARISTÓTELES, pode-se definir o lugar como uma estratégia argumentativa, de forma a estabelecer um conjunto para sua elaboração. Mais especificamente, o lugar é composto de duas partes, a instrução e a lei, sendo a instrução a forma de se definir a premissa e a lei a forma de justificar tal premissa. A composição dos dois elementos torna possível a universalização do argumento, exigindo a participação ativa do orador em sua criação⁷.

Deve-se destacar que ARISTÓTELES ressalta que quem argumenta não se utiliza de qualquer meio de persuadir, de forma que não se utiliza de qualquer argumento falacioso, ao mesmo tempo que não omite qualquer meio disponível para elaborar o argumento.

Estabelece que a investigação exige a compreensão: (a) a respeito da quantidade e espécie do que se argumenta e quais os materiais que originam a argumentação; e (b) como é possível estar suprido dos referidos materiais⁸.

ARISTÓTELES ainda traz, o que é: (a) definição – é o que significa a essência de algo, podendo ser uma frase no lugar de um termo ou uma frase no lugar de uma frase; (b) propriedade – é um predicado que não indica a essência do que seja algo; (c) gênero – refere-se ao que se predica, dentro da essência, de elementos especificamente diferentes entre si; (d) acidente – aquilo que pode ou não pertencer a alguma coisa, sem que isto interfira nas características próprias da coisa.

Defendia-se que os conceitos e proposições básicas dos procedimentos dialéticos não constituíam nem axiomas e nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, ou seja, lugares comuns, que variavam, mas que possuíam força de persuasão no confronto de opiniões⁹.

⁶ MARCO TÚLIO CÍCERO, *Tópicos: os lugares dos argumentos*, Gilson Charles dos Santos (trad.), Campinas, Pontes, 2019.

⁷ *Ibidem*.

⁸ ARISTÓTELES, *Órganon*, *op. cit.*

⁹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, *op. cit.*, p. 356.

ARISTÓTELES divide os silogismos em dialéticos e apodíticos. Os dialéticos são aqueles cujas premissas¹⁰ tomam como base a *endoxa*, opiniões reconhecidas e estudadas na tópica, enquanto os apodíticos partem de premissas verdadeiras e são estudadas nos *Analíticos Posteriores*¹¹.

Nesse sentido, quanto mais as conclusões dialéticas são iguais às apodíticas e contrária a erísticas¹² e pseudoconclusões, são formalmente corretas¹³.

Por meio da tópica, ARISTÓTELES proporcionava um conjunto de ferramentas para os retóricos e filósofos argumentarem e refutarem proposições de maneira convincente, levando em consideração as opiniões e crenças do público-alvo. Portanto, possui estreita relação a tópica aristotélica com a dialética, além da retórica.

A tópica ciceroniana

Pode-se dizer que CÍCERO¹⁴ buscou trazer a retórica para o nível da filosofia, avançando em relação a Aristóteles, que buscara a reabilitação diante das críticas de Sócrates e Platão.

Seguindo Aristóteles, CÍCERO aproxima a dialética da retórica, atribuindo à dialética a parte de estruturação do discurso relacionada à composição, chamada de invenção, a partir da elaboração das ideias¹⁵, cabendo à retórica a ordenação das ideias elaboradas, destacando o carácter prático.

¹⁰ A diferença está na natureza das premissas, que nos argumentos dialéticos são *endoxa*, proposições que parecem verdadeiras a dois ou mais sábios, por isso ARISTÓTELES se preocupa ainda com a indução e o silogismo, descoberta das premissas [MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.), 2.^a ed., São Paulo, Landy Editora, 2002, p. 64].

¹¹ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, São Paulo, Noeses, 2011, p. 306.

¹² Se fundamentam em proposições que são apenas aparentemente prováveis (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 79).

¹³ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 64.

¹⁴ Marco Túlio Cícero foi um filósofo, orador e jurista de atuação no fim da República romana. A *Tópica* de Cícero foi escrita em 44 a.C. (cerca de trezentos anos depois da de Aristóteles), foi fruto de um pedido de seu amigo pessoal Trebácio Testa, um jurista que não entendeu a obra de Aristóteles, que, tendo sido explicado por Cícero, se trata de um sistema racional de invenção de argumentos, Trebácio pediu que lhe fosse demonstrado o assunto, tendo Cícero redigido sua versão da *Tópica* escrita através de sua memória, uma vez que não levava o original consigo (ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO/CLAUDIA ROSANE ROESLER, “A recepção da Tópica ciceroniana em Theodor Viehweg”, in *Revista Direito e Práxis*, v. 6, n. 10, 2015, pp. 26-48, em especial p. 33, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944513002> [consult. 16/4/2024]).

¹⁵ MARCO TÚLIO CÍCERO, *Tópicos: os lugares dos argumentos*, op. cit.

CÍCERO entende o lugar a partir da divisão do argumento em tipos, a partir dos quais se criam listas passíveis de estudo, podendo ser então definido como ligação entre retórica e dialética, formalizando a questão e identificando o argumento¹⁶.

CÍCERO defende que o estudo sistemático da lógica é composto de duas partes: uma de elaboração dos argumentos, seguida de outra de validação destes mesmos argumentos. A validação se dá por meio da dialética, ao passo que a elaboração se utiliza da tópica¹⁷.

Deve-se destacar que, na leitura ciceroniana, ARISTÓTELES considera retórica e dialética como artes semelhantes, até mesmo complementares, mas distintas quanto ao domínio. Enquanto a dialética faz parte do domínio da filosofia, a retórica está no domínio do político.

Nesse contexto, o lugar é a origem dos argumentos, a matriz do argumento. Já o argumento é o meio pelo qual se dá credibilidade a qualquer tema discutível.

O lugar pode ser: (a) intrínseco ao tema em discussão, ou seja, aqueles com origem no todo ou em partes do tema, assim como seus elementos e coisas outras relacionadas ou indicadas pelo tema; ou (b) extrínseco ao tema, tendo a sua origem fora do tema e, por vezes, consideravelmente afastado.

Por fim, CÍCERO esmiuça o processo argumentativo a partir de tópicos, trazendo sempre o destaque para as questões da vida prática, relacionando a tópica às questões jurídicas de Roma, de forma a fazer de modo efetivo a ligação entre Tópica e Direito.

A tópica analisada sob o olhar de THEODOR VIEHWEG: o despertar de uma teoria da argumentação

Em 1953, THEODOR VIEHWEG, juiz alemão¹⁸, conhecido por ser metódico e dotado de grande senso crítico, retoma a discussão sobre a tópica, analisando Cí-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ CÍCERO entendeu a tópica como uma práxis de argumentação, elaborando catálogos de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 356).

¹⁸ THEODOR VIEHWEG exerceu a profissão de magistrado na Alemanha, mas ficou desempregado no pós-guerra, pelo que desenvolveu as suas pesquisas após a Segunda Guerra Mundial, quando passou a residir em uma pequena aldeia, nos arredores de Munique.

cero sobretudo, bem como os métodos antigo, retórico e o crítico proposto por VICO¹⁹.

VIEHWEG escreve seu único livro publicado, *Tópica e jurisprudência* (*Topik und Jurisprudenz*), por meio do qual resgata a tópica para pensar sobre a estrutura da jurisprudência e acompanhar o seu desenvolvimento histórico. Atualiza a tópica clássica com contribuições da lógica, da linguística e da teoria da comunicação e visa às questões aporéticas, sem saídas definitivas, tendo como objetivo usar a tópica para apurar tais questões.

Como alusão à obra de Giambattista Vico, VIEHWEG questiona qual método de estudo seria melhor: o dos antigos²⁰ ou o dos modernos²¹. Por isso, retornar à tópica, um método de pensamento antigo frente à jurisprudência²², na perspectiva da ciência do Direito, e analisar as perdas dessa mudança e abandono ao método antigo do saber jurídico, é pensar sobre o que se perdeu com essa escolha pelo pensamento científico.

VICO criticava a pretensa generalização do método cartesiano, cuja vantagem seria a sua precisão, para todas as áreas do conhecimento, especialmente os ligados à convivência humana e que o abandono da tópica e da retórica trouxe prejuízos, tais como a “perda da penetração, a atrofia da fantasia e da memória, a pobreza da linguagem e a falta de amadurecimento do juízo²³”.

Seguindo a problemática suscitada por Vico, VIEHWEG questiona se a sistematização dedutiva, pretendida pelos modelos matematizantes, que se deram a partir do século XVII, era inadequada ao saber jurídico e se acabavam por retirar e ocultar questões fundamentais.

¹⁹ THEODOR VIEHWEG analisa a tópica fazendo uma alusão inicialmente a GIAMBATTISTA VICO, que, em 1708, elaborou uma dissertação: *De nostri temporis studiorum ratione*, traduzido para “o modo de estudar do nosso tempo”, servindo como guia dos métodos para combater uma argumentação jurídica com excesso de formalismos e arbitrária, resgatando a temática como uma alternativa à concepção do Direito positivo.

²⁰ Retórico, tópico; herança da antiguidade clássica; pensamento e análise voltada para o verossímil.

²¹ Crítico; cartesiano; sistematização dedutiva perfeita a partir de premissas verdadeiras, evidentes.

²² Antes que se prossiga com a análise do trabalho de VIEHWEG, é importante destacar que o termo “jurisprudência” não tem o mesmo significado aplicável no sistema jurídico do Brasil, como um conjunto de decisões reiteradas pelos tribunais. Na Alemanha, jurisprudência se aproxima do que chamamos como sendo ciência do Direito, o saber jurídico, o trabalho exercido pela doutrina e estudiosos de diversos ramos sobre normas, decisões, criando conceitos.

²³ CLAUDIA ROSANE ROESLER, *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

Em síntese, a ideia seria analisar o conhecimento jurídico sem a imposição do positivismo jurídico e científico de aplicar os padrões matemáticos das ciências exatas e naturais às demais áreas do conhecimento humano. Analisar o saber jurídico como ele é e foi sendo construído e não como ele deveria ser para se enquadrar como ciência.

O conhecimento, a teoria, o saber humano, para ter validade científica, precisava de ser ordenado por um sistema dedutivo, assim compreendido como um sistema de verdades conduzidas pela razão, apresentando suas proposições concatenadas entre si com exatidão matemática.

Importando esse raciocínio para o Direito, criou-se uma ideia dicotômica: ou as teorias jurídicas deveriam estar fundamentadas como modelos matematizantes ou deveriam assumir a sua irracionalidade, o que seria negativo, pois o jurista estaria condenado à irracionalidade e à arbitrariedade e a ter os seus estudos desconsiderados.

O que faz THEODOR VIEHWEG é resgatar os conceitos da tópica de Aristóteles e Cícero, com vista a analisar a estrutura tópica da jurisprudência romana antiga, entendida esta como ciência do Direito, constituída pelo pensamento problemático, oposto ao pensamento por sistemas. Dessa forma, enfrenta a problemática sustentando a possibilidade de uma discussão racional mesmo sem lidar totalmente com meios dedutivos.

Essa teorização cartesiana sobre o Direito e sua práxis estaria atuando como um corpo estranho²⁴, como um obstáculo à compreensão da realidade. Estava sendo desconsiderada a real estrutura da jurisprudência em prol de forçá-la a se adequar a outros modelos do saber, a ser observada e compreendida por meio de uma generalização e universalização do que seria o científico, o que nem conduziu a êxito completo, já que a cientificidade do Direito ainda segue sendo criticada, e também desencadeou outras problemáticas, o que estaria deixando de ser observado ao se tentar ver o Direito diferente do que ele realmente é e foi, ao ignorar a sua construção e modificação na história da humanidade.

Portanto, VIEHWEG torna a discussão num dos centros de polêmica em torno do chamado “método jurídico”, ressurgindo na Europa no pós-guerra em diversas disciplinas²⁵.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., passim, pp. 59-60.

Nesse sentido, a diferença clássica entre os métodos²⁶ se daria à medida que o crítico não pode ser anulado pela dúvida; o método antigo ou tópica, o ponto de partida é dado pelo senso comum, alternando pontos de vista segundo os cânones da tópica retórica e com particular silogismo²⁷.

A tópica busca um método que seja possível encontrar soluções a todos os problemas apresentados a partir de proposições opináveis e se possa evitar contradições quando se tiver de sustentar um discurso²⁸. O ponto de partida é um problema concreto, da vida real, um caderno de coisas denominado de aporia, dispondo de mais de uma resposta tendo uma compreensão provisória²⁹, encontrando na tópica as indicações sobre como se comportar em situações indefinidas.

Por meio da dialética é possível formular perguntas e apresentar ao adversário³⁰, havendo um catálogo de tópicos estruturados e aptos a fornecer relevantes serviços práticos³¹.

De outro turno, a tópica de CÍCERO³², escrita posteriormente³³, e mesmo com nível inferior à tópica aristotélica, traz duas partes: a primeira trata da invenção e a segunda da formulação do juízo e não há nenhuma discussão a qual não se possa aplicar algum *topoi*, mas não são todos adequados a qualquer debate³⁴.

²⁶ A noção de tópica jurídica está relacionada com a Teoria do Direito, especialmente com relação a metodologia jurídica (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 161-188, em especial p. 161. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10908/1/Doxa4_12.pdf [consult. 16/4/2024]).

²⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 19.

²⁸ *Ibidem*, passim, pp. 22-23.

²⁹ JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, op. cit., passim, pp. 162-163.

³⁰ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 26.

³¹ *Ibidem*, p. 30.

³² Esta dedicada ao jurista (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 64).

³³ A tópica de CÍCERO teve uma influência maior e se distingue por tentar criar um inventário de tópicos, ou lugares comuns, com aceitação generalizada e aplicáveis universalmente, se distanciando da apodítica e da dialética, mas se aproximando da obtenção de argumentos contidos nos lugares ou loci e os *topoi* que são depósitos de argumentos (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., passim, pp. 64-65).

³⁴ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., passim, pp. 28-30.

Desta forma, VIEHWEG caracteriza a tópica por três elementos: técnica de pensamento problemático³⁵; do ponto de vista do instrumento que opera, é a noção de *topos* ou lugar comum; e do ponto de vista do tipo de atividade, é a busca e exame de premissas³⁶, um debate na busca de um consenso. Que na verdade não termina nunca, sendo o repertório de tópicos provisórios e elástico³⁷.

Para além da retomada da importância do papel da tópica para o saber jurídico, o jurista contribui com a distinção entre um modo de pensar zetético³⁸ e um modo de pensar dogmático³⁹. O conhecimento como um âmbito de perguntas e respostas⁴⁰.

A tópica serve ao modo de pensar. Assim, se há um problema, há conflito em alguma parte, pode-se proceder simplesmente a escolher por meio de tentativas de pontos de vista mais ou menos ocasionais, buscando premissas adequadas que permitam consequências idôneas e esclarecedoras, a isso se denominando de *tópica de primeiro grau*⁴¹.

De outro turno, essa incerteza, que torna incompreensível, demanda buscar um apoio por meio de um inventário mais ou menos organizado, por meio catálogos de *topoi*, que delimitam as áreas argumentativas e este procedimento denomina-se *tópica de segundo grau*. Desta forma, o que fez ARISTÓTELES foi formar um catálogo de *topoi* para todos os problemas pensados, enquanto CÍCERO e seus sucessores tornaram este subsídio para debates de forma a ser utilizado sempre que possível⁴².

³⁵ Seria o objeto, que no Direito seria um caso concreto que abriga diversas possibilidades de respostas válidas.

³⁶ MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 65.

³⁷ *Ibidem*, p. 66.

³⁸ A zetética tem o enfoque na pergunta; as respostas são vistas como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento; o ponto de partida é uma evidência, frágil ou plena, admitida como verificável ou comprovável, ainda que momentaneamente; asseverações tratadas como zetemata estão sujeitas aos deveres de defesa/fundamentação e explicação; o seu pressuposto básico é a dúvida; tem função cognoscitiva, sendo esse seu papel funcional na sociedade; a sua intenção quando usa a linguagem é transmitir uma informação, descrevendo o estado de coisas.

³⁹ A dogmática, por sua vez, coloca o enfoque na resposta; aponta a impossibilidade de questionamento dos “dogmas”, os quais dominam as demais respostas que a eles devem se adequar; a premissa é considerada como estabelecida (seja de que modo for, por um ato de vontade, de poder ou de arbítrio), como inquestionável; as asseverações tratadas não estão submetidas a nenhum dever de defesa, a nenhum dever de fundamentação, senão simplesmente a um dever de explicação; ligada à formação de opinião; importância da hermenêutica, cujo papel é a flexibilização necessária dos dogmas indescartáveis, propiciando a revisão interna sem que sejam negados.

⁴⁰ CLAUDIA ROSANE ROESLER, *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*, op. cit.

⁴¹ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 36.

⁴² *Ibidem*, p. 37.

Os *topoi*⁴³ não se aplicam apenas universalmente, mas podem ser aplicados a uma área específica do saber. Enquanto os primeiros são aplicados a todos os problemas pensáveis e representam amplas generalizações, os segundos servem apenas a um determinado problema⁴⁴.

Desta forma, os *topoi* servem para permitir a discussão dos problemas⁴⁵ e para tanto buscar novas informações, servindo como fios condutores⁴⁶ do pensamento⁴⁷. Entretanto, o facto de sempre estar vinculado ao problema impede a especulação lógica, se vendo inclinado a premissas⁴⁸.

Os “*topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação”⁴⁹, não são dados, mas construções estruturantes, perceptíveis no curso da discussão⁵⁰.

Com os referidos catálogos se buscava fornecer uma lista de dispositivos que servissem para descobrir determinadas formas de premissas, não necessariamente verdadeiras, mas plausíveis.

Comprovar uma premissa é diferente de demonstrar ou fundamentar, sendo esta última uma operação lógica que reclama um sistema dedutivo requerendo que a proposição utilizada como premissa seja reconduzida a uma outra proposição e por último uma proposição central, ou reduzindo partindo daquela que possa ser definida como axioma. A tópica pressupõe ausência de tal gênero por sua vinculação com o problema⁵¹.

A tópica deve ser abandonada se pretende estabelecer um sistema dedutivo, pois o sistema por si só assume a decisão e decide sobre o sentido da questão⁵².

⁴³ Os *topoi* são aplicados em vários contextos, dentre eles na literatura, na música, no patrimônio, na pintura. Além de traduzir a compreensão da vida, ainda contribuem para construí-la (THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 39).

⁴⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 38.

⁴⁵ Entendendo aqui sob a ótica da dialogicidade.

⁴⁶ Só permitindo alcançar conclusões curtas (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 66).

⁴⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 40.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁵¹ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 45.

⁵² *Ibidem*, p. 45.

Neste sentido, o modo de pensar tópico surge como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo, assim, a lógica seria a geometria de Euclides, na Idade Moderna o método matemático-cartesiano. Desta forma, THEODOR, em resposta a estes modelos, traz os contornos da tópica jurídica.

Sob a ótica da interpretação jurídica, a flexibilidade de interpretação da lei em oposição a interpretação literal pode ser vista como *topos* da hermenêutica⁵³. Neste sentido, a tópica no sistema jurídico pode contribuir para “tomar casos decididos em toda sua extensão e utilizá-los como *exemplum*”⁵⁴.

Tanto a ideia trazida de “fins sociais” quanto a de “bem comum” direcionam sob a ótica da pragmática as noções tópicas que devem orientar o discurso aplicativo da lei. Os *topoi*⁵⁵ no discurso dão à estrutura uma flexibilidade e abertura, cuja função é resolver problemas⁵⁶.

No tocante à jurisprudência, buscam-se e encontram-se pontos de vista que justificam a aplicação de um texto, tão necessário quanto maior for a diferença entre a situação problemática e o desenvolvimento no mundo das formas jurídicas⁵⁷, portanto, demonstrando os serviços prestados pela tópica, muito embora não possa convertê-la em método, pois somente se pode denominar como método um procedimento que do ponto de vista lógico seja controlável, um texto argumentativo, cuja jurisprudência não tem um método, tendo mais um arbítrio e pouca controlabilidade⁵⁸.

Com essa pluralidade de sistemas, que torna possível colisões, é necessário um instrumento que as refute e este instrumento é a interpretação, cuja tarefa é criar uma nova concordância, que seja aceitável. Sua intervenção mediadora aumentará em alguns casos a pluralidade de sistemas e reduzirá em outros.

O que se percebe é que, no tocante ao estado do sistema, não se trata de utilizar a mesma técnica (retórica), mas se está diante de uma teoria que é questionável

⁵³ TÉRCIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23.

⁵⁴ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 50. Nesse sentido, o jurista romano apresenta um problema e busca encontrar argumentos, vendo-se instado a desenvolver uma técnica, sendo esta a postura da tópica, ainda que tais juristas estivessem distantes do modo sistemático, visto que se moviam no âmbito da retórica (op. cit., p. 51).

⁵⁵ Outros *topoi* poderiam ser identificados como: a imparcialidade do juiz, a noção de boa-fé, a prova em contrário (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 70.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 77.

quanto mais progride a investigação científico-lógica, sendo a lógica totalmente dispensável, sendo que a tópica precede a lógica⁵⁹.

Porém, uma Ciência do Direito que se pretenda uma cientificação técnico-jurídica concebe como consequência uma incessante busca do justo do qual emana o Direito positivo; pode se ver frente à jurisprudência como recurso esclarecedor; pode se usar de outras disciplinas; deve recorrer a investigação e deve considerar a perspectiva da tópica⁶⁰.

Assim, resta que a tópica se identifica com o aporético, contrapondo com o sistema jurídico axiomático⁶¹.

O que VIEHWEG já antecipava é a busca por uma perspectiva argumentativa, visto que a ideia de que no positivismo legalista o sistema é perfeito, e, portanto, estático e a sua aplicação é um simples silogismo, a tópica dentre outras doutrinas não aceita o Direito como um sistema perfeito, dependendo para completá-lo de outros fatores, a atividade de quem aplica será fundamental, assim, demandando o intercâmbio entre os sujeitos⁶².

Ainda, desenvolver um modelo retórico, no qual se conceba toda a argumentação como discurso fundamentador e como atividade comunicativa; a retórica forneceria um instrumento de análise mais adequado para o procedimento argumentativo, manifestando a dependência contextual da argumentação e o modo como se cruza com a tópica e a dimensão ética⁶³.

A tópica na dinâmica do sistema jurídico

Em oposição ao saber vulgar, advém a ciência como um “saber metodicamente fundado, demonstrado e sistematizado”⁶⁴ de modo a buscar uma explica-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁶¹ Neste sentido: “toda disciplina surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema, mas a ênfase pode recair em um ou outro elemento. Se a ênfase é posta no sistema, então este realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sobre ele são afastados e ficam simplesmente sem ser resolvidos. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar solução” (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, *op. cit.*, p. 67).

⁶² JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, *op. cit.*, p. 178.

⁶³ *Ibidem*, p. 180.

⁶⁴ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 26.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 34.

ção satisfatória da realidade, fundada em comprovações rigorosas⁶⁵, pois “o método é a garantia de veracidade de um conhecimento”⁶⁶.

De suma importância para o jurista, analisar os métodos, para daí se vislumbrar qual seria sua importância na concepção dinâmica do sistema.

No mundo jurídico, dada a estreita vinculação entre a jurisprudência e a retórica, a tópica caracterizou o estilo dos pré-glosadores, glosadores e pós-glosadores. Na Idade Média ela também esteve presente⁶⁷.

Vinculada à jurisprudência, se tornou menos um método e mais uma forma de pensar, ligada a aptidões e habilidades produzidas por meio da imitação e invenção, que se constitui para os juristas uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade na prática⁶⁸.

Hoje a tópica⁶⁹ está voltada ao pensamento que se orienta para os problemas. Neste aspecto, a tópica é vista na dinâmica do Poder Judiciário, interpretada por juízes⁷⁰, promotores, advogados, com o fito de obter aprovação de sua tese defendida.

Portanto, hoje não se trata de princípios de avaliação de evidências para selecionar hipóteses, não é um procedimento verificável rigorosamente. É sim um estilo de pensar que permite abordar problemas, deles partir e voltar; o problema é

⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 357.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 357.

⁶⁹ Vale destacar que Atienza efetua considerações críticas à obra de THEODOR VIEHWEG, que de modo sintetizado seriam: indicando que as noções básicas da tópica são imprecisas e equívocas; que se busca premissas enquanto a própria noção de problema seria vaga; do mesmo modo, o próprio conceito de *topos*, que possui uma variável desde lugares comuns a instruções, fórmulas heurísticas dentre outros; e, por fim, a noção de lógica e sistema surte problemas, mesmo sendo principal termo de contraste (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., passim, pp. 70-72). Amado Garcia, do mesmo modo, efetua a sua crítica à tópica, entendendo que, como método, este é incompleto, devendo ser completado por princípios e doutrinas a assistir sua racionalidade de decisão, portanto, não autêntica para uma teoria de argumentação jurídica (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, op. cit., p. 184). E ainda Miguel Reale, no sentido de que, acentuando o caráter não axiomático dos juízos jurídicos por serem formulados por meio de expressões concretas e variáveis do problema da justiça, VIEHWEG acaba por condenar a dogmática jurídica a uma natureza lógica-dedutiva, nega cientificidade à jurisprudência (MIGUEL REALE, *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 136).

⁷⁰ Qual a relação entre a tópica jurídica e o princípio da legalidade na atuação do juiz? Se trata de averiguar que lugar ocupa o Direito positivo no contexto dos tópicos que orientam a obtenção de decisões jurídicas (JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y Método Jurídico”, op. cit., p. 172).

um dado que orienta a argumentação e que culmina com uma solução, mas mantendo os princípios, conceitos e postulados⁷¹.

O pensar tópico só pode contar com conhecimentos fragmentários e para resolver os problemas, na busca das premissas, vale-se dos *topoi* tomados isoladamente⁷². Tendo como base a aplicação da norma jurídica no caso concreto, pode-se vislumbrar o seguinte: Premissa Maior (Norma Jurídica), Premissa Menor (Caso Concreto) e Conclusão (Decisão)⁷³.

Analizado sob a ótica da tópica de segundo grau, sendo ela problemática é assistemática até pela necessidade de produzir efeitos persuasivos de argumentação, por isso, o pensamento tópico o que tem de mais importante é a busca pelas premissas, logo, os tópicos são elásticos e o único controlo dos *topoi* catalogados é a discussão, pois o que se aceita é a premissa⁷⁴.

Assim, a tópica traz como importante para a concepção dinâmica do sistema o desenvolvimento de uma teoria de argumentação jurídica⁷⁵. Quando se está diante de algum conflito que não encontra no arcabouço jurídico uma solução, pode-se usar de premissas que não estão positivadas para encontrar uma solução para o problema, portanto, servindo como novo paradigma de decibilidade dos conflitos e servindo de técnica de interpretação.

O primeiro aspecto é a decisão. Decidir é uma ação humana e como tal ocorre numa ação comunicativa, enquanto a decisão jurídica é um discurso racional⁷⁶. No discurso decisório jurídico vincula-se ao dever de prova e para ser racional o discurso tem de estar aberto à possibilidade de questionamento e se em determinado momento a decisão jurídica termina as questões conflitivas, durante este processo houve argumentação⁷⁷.

⁷¹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 357.

⁷² *Ibidem*, p. 357.

⁷³ RENATO HAYASHI, “Os *Topoi* do Entimema Aristotélico: alicerces da argumentação jurídica”, in *A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa retórica*, João Maurício Adeodato (org.), Curitiba, Editora CRV, 2014, p. 71.

⁷⁴ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 357.

⁷⁵ Que se inicia nos anos cinquenta de modo trazida pela tópica de VIEHWEG; a nova retórica de PERELMAN e à lógica informal de TOULMIN, cuja similitude se dá pela rejeição da lógica formal dedutiva, posteriormente complementadas por teorias-padrão da argumentação jurídica introduzida por MAC-CORNICK e ALEX (MANUEL ATIENZA, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, op. cit., p. 13).

⁷⁶ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 351.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 352.

A teoria da argumentação se desenvolve à medida que nem toda a prova é concebível, requer técnicas capazes de gerar adesão às teses que se apresentam, requer raciocínios persuasivos⁷⁸. A decisão jurídica aparece como uma discussão racional, uma discussão de problemas⁷⁹.

A argumentação constitui uma das fases da concretização do direito positivo, que pressupõe a interpretação e parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico⁸⁰, de onde se destaca a importância da tópica no tocante ao preenchimento das lacunas.

A interpretação, no pensamento jurídico, se desenvolve no estilo tópico, pois o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de questões sociais que se desenrolam no tempo é o estilo flexível, em que os problemas são os pontos de partida e impedem o enrijecimento das normas interpretadas⁸¹.

Sendo o Direito um ordenamento, entendido como conjunto de normas, o problema da existência das lacunas vai depender da concepção que se tem do ordenamento⁸².

Parte-se, neste aspecto, da noção de que o legislador não consegue dar conta de todos os factos e conflitos tendentes nas relações sociais, até pela própria visão dinâmica do Direito, o que retiraria a sua própria função⁸³, além ainda da própria fixação de limites das decisões dos magistrados⁸⁴.

Assim, chega-se à conclusão que a lacuna existe ante o carácter dinâmico do Direito, não devendo ser considerada um problema, que só surge quando da sua aplicação⁸⁵, mas ao mesmo tempo se esconde em ideais díspares e antagônicos, portanto, a lacuna trata-se de uma aporia⁸⁶.

Assim, a aporia, ou a falta de um caminho, uma *dubitatio*, pode ser resolvida pela tópica, que pode propor orientações e recomendações sobre o modo como se comportar numa determinada situação⁸⁷, mas não utilizando-se de uma abor-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, op. cit., p. 286.

⁸¹ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, op. cit., p. 358.

⁸² MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, op. cit., p. 466.

⁸³ *Ibidem*, p. 477.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 478.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 476.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 478.

⁸⁷ THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, op. cit., p. 33.

dagem unitária, já que há várias maneiras de se conceber uma realidade, portanto, deve expor o tema de uma forma problemática, utilizando-se das diversas doutrinas que se complementam⁸⁸.

No Direito brasileiro, pode se identificar os *topoi* no próprio texto legal e é exemplo disso o disposto no art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸⁹, que elenca que “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁹⁰.

Conclusões

A tópica é um auxílio principal das partes neste processo dialógico que pode ser usado como fonte para os seus argumentos para tomada de decisões.

Porém, há muitas teorias da argumentação jurídica que despontaram nos anos cinquenta, das quais o presente trabalho se debruçou sobre a tópica. THEODOR VIEHWEG acrescentou um aspecto pragmático – mais que levar em consideração a situação dos signos, deve-se levar em consideração a situação dos sujeitos.

Entende-se que uma das principais contribuições do estudo do jurista foi a reflexão sobre a exacerbada tentativa do pensamento positivista de encaixar (talvez até mesmo encaixotar) o Direito em um modelo científico universal, aplicável às ciências exatas e naturais, passando a suscitar um questionamento sobre o que se perdeu nesse processo de adequação do Direito tal como ele é (e sempre foi), retórico, para que se adequasse à necessidade de ser exato, cartesiano, pois só assim seria racional, científico e válido.

Ao mesmo tempo, a partir da tópica, desse método que remonta à Antiguidade Clássica, que se conecta com os primórdios do saber jurídico, vê-se a possibilidade de compreender o Direito tal como ele se apresenta sem que se caia na irracionalidade. A tópica tem as suas premissas que conduzem a um conhecimento estruturado.

Ademais, ainda que haja críticas acerca do uso da tópica como método, cabe destacá-la como fonte dogmática.

⁸⁸ MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, op. cit., passim, pp. 478-479.

⁸⁹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa*, op. cit., p. 23.

⁹⁰ Brasil, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm [consult. 17/3/2024].

SCIENTIA IVRIDICA

Tomo LXXIV – N.º 367 – Janeiro/Abril de 2025

Ana Miguel Ferreira – <i>Insolvência, reclusão prisional e dignidade: os limites da apreensão de bens para um trio (im)provável</i>	375
Larissa Gabrielle Ferreira Baptista – <i>A interseção entre Direito, Literatura e Criminologia: uma análise de Capitães da Areia, de Jorge Amado</i>	395
Leonor Maria Monteiro da Silva/Rafaela Ribeiro Silva – <i>A responsabilidade social das empresas: um olhar sobre a nova Diretiva CSDDD</i>	411
Mariana Lopes da Costa – <i>Exoneração do passivo restante: os rendimentos excluídos da cessão – A alínea b) do n.º 3 do art. 239.º do CIRE</i>	443
Ricardo Sousa da Cunha – <i>A medida da proporcionalidade administrativa</i>	463
Tatiane Mendes Sanches/Larisse Salvador Bezerra de Vasconcelos/Antonio Carlos França Pinto – <i>A importância da tópica na evolução dos sistemas jurídicos</i>	491

