

MENS JURIS
REVISTA JURÍDICA

N.º 1 * novembro-abril 2013 / 2014 * Diretor: Valter Pinto Ferreira



Mens Juris
Revista Jurídica

N.º 1 * novembro-abril 2013 / 2014 * Diretor: Valter Pinto Ferreira

Propriedade da Revista:

António Soares da Rocha, Abílio Machado Ferreira & Associados,
Sociedade de Advogados, RL

Morada: Rua Arquitecto Cassiano Barbosa, 112-D, 1º andar, sala 1

Código Postal: 4100-009 Porto

Telefone/fax: 222016148 / 222023135

Título

Mens Juris: Revista Jurídica

N.º 1 * novembro-abril 2013/2014

Semestral**Diretor**

Valter Pinto Ferreira

Coordenadora-geral

Maria João Mimoso

Conselho editorial

Abílio Machado Ferreira, Ana Abreu da Costa, António José Ramos, António Soares da Rocha, Celso Alves dos Santos, Gonçalo S. de Melo Bandeira, Maria João Mimoso, Patrícia Cruz Duarte, Paula Conceição Cardoso, Rui Manuel de Freitas Rangel, Sandra Carvalho Rocha, Sónia Póvoas de Almeida, Valter Pinto Ferreira, Vera Teixeira dos Santos.

Nota: Porque acreditamos e defendemos a liberdade, seja na palavra falada ou escrita, não se impõem aos autores que sigam as regras do acordo ortográfico, deixando ao seu critério a utilização do mesmo.

ISSN 2183-1238

SUMÁRIO

Nota ao primeiro número..... 5

Doutrina

Assumir a paternidade: um direito ou um dever?..... 9

Valter Pinto Ferreira

Insolvência Internacional: o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio sob uma perspetiva jurisprudencial e as principais correntes doutrinárias na insolvência transnacional..... 21

Bruno Filipe Magalhães Patrício

A adaptação em Direito Internacional Privado: a inversão de um paradigma 41

António Jorge Madureira Lourenço

Fundações Públicas com regime de Direito Privado: o especial caso das *Fundações Públicas Universitárias*, uma realidade com futuro? 55

Cláudia Cordeiro de Almeida

Jurisprudência crítica

Comentário ao Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça 8/2000 79

António José Ramos

Nota ao primeiro número

Porque as coisas só são verdadeiramente importantes quando deixam de ser apenas nossas e passam a ser um objetivo de todos, é tempo para uma palavra de agradecimento.

Obrigado a todos e a cada um daqueles que tornaram este projeto possível; obrigado pela dedicação, pelo querer e o acreditar que cada um colocou à disposição deste propósito comum. Chegar aqui é motivo de orgulho e sensação de dever cumprido.

Quando iniciámos este trajeto, dizia-se não ser provável concretizá-lo em tão pouco tempo, no entanto, houve elementos vários que facilitaram a nossa tarefa. Desde a docência universitária à magistratura, passando pela advocacia, reunimos um conjunto de pessoas da comunidade jurista que colocou a sua sapiência ao serviço deste objetivo, proporcionando, com o seu esforço e empenho, a credibilidade e responsabilidade necessárias e decisivas para tornar real a nossa *Mens Juris*.

Esperamos, a partir de agora, oferecer ao universo jurídico estudos que sirvam para provocar a reflexão e a discussão dos temas; no fundo, que ofereçam todos os elementos capazes de fazer *jus* ao nome deste projeto e *pensar o Direito*, sem nunca deixar de lado, evidentemente, o responsável tratamento das questões.

Convidamos, por isso, todos os leitores a sentirem-se à vontade para nos fazerem notar as imperfeições do nosso trabalho. As vantagens dessa colaboração seriam por demais evidentes.

Porto, novembro de 2013.

O fundador,



(Valter Pinto Ferreira)

DOCTRINA

Assumir a paternidade: um direito ou um dever?

Valter Pinto Ferreira

Mestre em Direito

Consultor da SRMF & Associados

Fundador e Diretor da Revista Jurídica Mens Juris

§ 1 Antes de abordarmos o tema propriamente dito, manda a necessidade de um estudo sério que se tome em atenção um ponto fundamental: enquanto juristas que somos, argumentos como a (i)moralidade das pessoas/situações, apesar de sermos os primeiros a reconhecer-lhes legitimidade, não podem ser transportados para a discussão de um tema que vê inserido no Direito todos os valores relativos à sua problemática, sob pena de nos tornarmos puramente dogmáticos e filosóficos, o que se não pretende para quem tem como finalidade propor soluções práticas e exequíveis à nossa ordem jurídica. Todavia, há que dizê-lo, não se deseja aqui impor uma ideia, uma solução, ou uma tendência; ambicionamos, apenas, dar o nosso contributo para uma reflexão sobre o tema.

§ 2 Assim, e na sequência do que fica dito, respondamos à pergunta colocada em epígrafe dizendo que o pai deve ter o direito a recusar a paternidade.

§ 3 Desde logo, são inúmeros os problemas de uma resposta nestes termos. Instintivamente levantamos o primeiro: até quando deve o pai ter esse direito? Dir-se-á: Podem cogitar-se duas soluções: até à efetiva prova/declaração de paternidade, seja antes ou depois do nascimento completo e com vida, ou simplesmente até ao momento em que a mãe também o tem, as 10 semanas em que a lei lhe permite abortar.

§ 4 Permitam-nos alertar para uma incorreção: apesar de não ser punível a interrupção voluntária de gravidez até às 10 semanas, a mulher não tem o *direito a abortar*. O que sucede, bem diferentemente, é que o Direito não pune essa conduta se realizada nos termos previstos pela alínea e), do n.º 1, do art.º 142.º do Código Penal¹. Ora, o facto de

¹ “1 – Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: e) for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”. Sobre este artigo, veja-se a anotação de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 431-437.

uma ação não ser criminalmente punível, não a transforma, *propter hoc solum*, em um direito.²

§ 5 Por conseguinte, partimos desde já em desigualdade para esta discussão, pois que dar-se ao homem um direito que a mulher não tem, ainda que a consequência possa ser apelidada de similar, é avantajá-la uma das partes ferindo-se de inconstitucionalidade qualquer alteração à atual legislação em vigor. Contudo, postas as coisas nestes termos, fariamos já cair pela base até mesmo esta proposta de trabalho, pelo que aceitamos colocar aquela não punibilidade como direito reconhecido à mulher de não assumir a maternidade e é nessa posição que a encaramos daqui em diante.

§ 6 Atentemos nas palavras de JORGE RIBEIRO³: “(...) independentemente do (in)existente relacionamento entre os progenitores, também o homem, por mera opção, pode não querer ser pai, tal como a mulher pode não querer ser mãe. Do mesmo modo que as razões que levam a mulher a rejeitar a maternidade, através da I.V.G., não serão propriamente sindicáveis, também as do homem para não ser pai não terão de o ser, podendo até nada ter a ver com o mais óbvio dos motivos, a obrigação de sustentar o filho”.

§ 7 No âmbito puramente jurídico, e afinal como dissemos no início é exatamente esse o nosso propósito, as palavras do Autor levam-nos a recordar o princípio da igualdade⁴. Se a mulher tem esse direito, em nada nos chocaria o homem também o ter e até aqui estamos de acordo. O problema surge depois e desde logo com este princípio

² E não se diga, aplaudindo uma linguagem habilmente adulterada, que “a conceber-se a I.V.G. não como o exercício de um direito mas apenas como a mera prática de um ilícito criminal, ainda que não punível, poderá chegar-se à conclusão de o legislador permitir que o Estado faculte os meios para que sejam cometidos atos preparatórios, ou até atos de execução, de tipos de ilícito” (cf. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido contra a sua Vontade: A Igualdade na Decisão de Procriar*, Coimbra Editora, 2013, p. 180). Se afirmamos isto, estamos a ignorar que um facto típico, além de se presumir ilícito, é uma ação ou omissão que provoca um resultado, sendo este contrário ao Direito, ou como bem diz FIGUEIREDO DIAS, que “serve para exprimir **um sentido de ilicitude, individualizando uma espécie de delito** e cumprindo, deste modo, a função de dar a conhecer ao destinatário que tal espécie de comportamento é **proibida** pelo ordenamento jurídico” (cf. *Direito Penal: Parte Geral: Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 285, § 5). O facto típico abrange a conduta (dolosa ou negligente), um resultado, o nexa causal (a relação de causa-efeito entre a conduta e o resultado, ainda que nos crimes de mera atividade não seja exigida a produção do resultado para a sua consumação), e a própria tipicidade (o enquadramento do caso concreto na norma penal descrita em abstrato). Assim, o aborto não é um direito, é um facto típico e ilícito, embora não punível nas circunstâncias previstas no art.º 142.º do Código Penal. Esta norma limita-se a excluir a punibilidade do crime, não a ilicitude do mesmo. Em definitivo: uma vez qualificada a conduta como criminosa, ainda que não punível, jamais ela será um direito.

³ Vide JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, op. cit., p. 99.

⁴ Este princípio é desde logo sugerido pela expressão “do mesmo modo”.

constitucional⁵. É que se a mulher só tem esse direito até às 10 semanas de gravidez, não é necessária uma longa explicação para que se compreenda a disparidade do direito dado a um e aquele que se quer dar ao outro, pois, no caso de aceitarmos conceder ao homem o direito a recusar essa paternidade, essa será uma recusa *ad eterno*. Com isto, pergunta-se: ainda podemos falar em princípio da igualdade se à mulher reconhecemos um direito “com prazo de 10 semanas” e ao homem atribuir-lhe-íamos um direito vitalício?⁶ A isto voltaremos *infra*.

§ 8 Uma nova questão surge se entendermos que o pai deve ter o direito a recusar a paternidade, uma vez que esse direito chocará, sem mais, com o direito pertencente à criança⁷ de, permitam-nos, *ter pai*: como resolver a questão da colisão de direitos?⁸ Como bem refere ELSA VAZ SEQUEIRA⁹, são três os pressupostos para que se esteja ante uma colisão de direitos: “a) a presença efetiva de uma pluralidade de direitos (*o direito da criança em saber quem é o pai, e por isso a ser-lhe reconhecido o estatuto de filho com todas as implicações que daí advém; e o direito (evidentemente o direito aqui ainda meramente académico) do pai em recusar assumir a paternidade*); b) a pertença desses direitos a titulares diversos (*de um lado a criança, do outro lado o pai*); c) a impossibilidade de exercício simultâneo e integral dos referidos direitos (*com a recusa do pai em assumir a paternidade, torna-se clara a impossibilidade da criança poder exercer os seus direitos*)”.

§ 9 E com isto, a única objeção que se nos afigura, salvaguardando, evidentemente, qualquer uma outra posição que veja para lá da nossa linha de horizonte, é a de darmos também ao pai a possibilidade, apenas e só até às 10 semanas, o direito a

⁵ Vide o art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa. Melhor em GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (arts. 1.º a 107.º), 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 333-350.

⁶ É certo que existem gravidezes puramente levadas avante com o propósito de criar um vínculo com alguém mais ou menos enricado, ou simplesmente com alguém por quem se nutre um sentimento, quantas vezes não correspondido, todavia, não são essas vicissitudes, nem os princípios morais, éticos, ou de outro tipo, de cada um, o propósito do comentário que ora se dá a conhecer.

⁷ É que o problema, ao contrário do que se quer fazer parecer (veja-se JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, *op. cit.*, pp. 224-238), não se coloca só entre o pai e o nascituro, mas também entre o pai e a criança, pois, pode perfeitamente dar-se o caso de uma mulher engravidar e durante os 9 meses de gestação não se encontrar, nem por uma única vez, com o pai da criança, sendo que o problema da recusa dos efeitos jurídicos da paternidade só se colocará depois da criança nascer.

⁸ Vide o art.º 335.º do Código Civil. Melhor em PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I (arts. 1.º a 761.º), 4ª edição revista e atualizada, reimpressão, Coimbra Editora, 2010, pp. 300-301.

⁹ Veja-se ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, 2004, pp. 15-20 (itálico nosso).

decidir se quer ou não assumir a paternidade. Ora isto, não tem qualquer relevância prática. E não tem porque, em primeiro lugar, é impossível realizar um teste de ADN antes das 10 semanas de gravidez¹⁰, o que inviabiliza a certeza relativamente à paternidade da criança. É certo que relativamente aos pais casados presume-se ser pai o marido da mãe¹¹, todavia, tal presunção não resolve o problema. Não resolve porque se trata de uma presunção ilidível; e não resolve porque são variadíssimos os nascimentos que não acontecem num cenário de casamento.

§ 10 Aqui chegados, é fundamental direcionar a nossa atenção para um problema que antecede ainda tudo isto que até agora se disse. É que, independentemente do momento em que o teste de ADN seja realizado, este só é possível se a mãe o permitir, sob pena de ofensa à integridade física prevista e punida no art.º 143.º do Código Penal¹².

§ 11 Permitam-nos abrir aqui um parênteses e *pensar o Direito*: atentemos no Direito das Sucessões e chamemos à colação o art.º 2157.º do Código Civil¹³. Diz-nos este artigo que são herdeiros legitimários, e portanto com direito à porção de bens de que o testador não pode dispor¹⁴, “o cônjuge, **os descendentes** e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima”. Como se pode ver, a lei diz “os descendentes”; não diz “os filhos” e muito menos diz “os filhos assumidos pelo pai”, o que até seria totalmente descabido. Com certeza que quem nos lê já se apercebeu do problema que temos entre mãos. É que o filho, mesmo que não seja assumido pelo pai, continua, queira-se ou não, a ser descendente do futuro *de cuius*.

¹⁰ “O nosso ADN é o mesmo em qualquer tecido do corpo. Assim o teste em ADN pode ser feito em qualquer célula e tecido, inclusive antes do nascimento do bebé. Para o teste pré-natal de paternidade o tecido fetal é obtido durante a gravidez com uma coleta de vilos coriais (tecido da placenta) ou através do líquido amniótico que banha o bebé. A coleta de vilos coriais é uma aspiração de células da placenta (geneticamente iguais ao feto) que pode ser feita **a partir da 10ª semana de gestação** com uma picada com uma agulha fina através da parede abdominal da grávida. A amniocentese é a coleta do líquido amniótico que contém células fetais, podendo ser realizada a partir da 14ª semana de gravidez. Ambos os procedimentos para obtenção de células fetais para determinação de paternidade pelo ADN antes do nascimento da criança são simples e confiáveis quando realizados por profissionais experientes em ultrassonografia e coletas obstétricas.” Cf. *Perícia de Paternidade Pré-Natal em Vilo Corial ou Líquido Amniótico*, s/p, s/d, disponível em <http://laboratoriogene.info/Paternidade/PN.htm>, acessado a 19/11/2012 (realce nosso) e ERIC WANG et al., *Gestational age and maternal weight effects on fetal cell-free DNA in maternal plasma*, Prenatal Diagnosis, 2013, 33, pp. 662-666, texto gentilmente cedido pela Drª. Cristina Lima.

¹¹ Cf. o n.º 2, do art.º 1796.º, do Código Civil. Melhor em PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume V (arts. 1796.º a 2023.º), reimpressão, Coimbra Editora, 2010, pp. 1-7.

¹² Para uma melhor compreensão deste preceito, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, op. cit., pp. 438-441.

¹³ Cf. a anotação de PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume VI (arts. 2024.º a 2334.º), reimpressão, Coimbra Editora, 2010, pp. 253-255.

¹⁴ Que dá pelo nome de legítima. Vide o art.º 2156.º do Código Civil. Veja-se *idem*, pp. 251-253.

§ 12 Ainda que se possa dizer que a solução seria a mesma que hoje se tem para o regime da adoção, ou seja, o filho não assumido (naquele caso adotado sob o regime da adoção plena) perderia evidentemente o direito à herança do pai biológico, pode também afirmar-se que corremos o risco de ver pais mais ou menos enricados a usar tal escapatória na lei para proteger o seu património. Isto para não falarmos do risco de assistirmos a situações de dois gémeos em que o pai decide assumir um, mas não o outro, seja porque, como sugere JORGE RIBEIRO, simplesmente não quer, seja até, por absurdo, porque duas crianças trariam demasiados encargos ao seu património. Em jeito de conclusão interrogativa: é isto comportável num Estado de Direito?

§ 13 Centremos agora as nossas atenções no Processo Penal. Diz-nos a al. a), do n.º 1, do art.º 134.º, do Código de Processo Penal¹⁵, que podem recusar-se a depor como testemunhas “os **descendentes**, os ascendentes (...) e o cônjuge do arguido”. Imaginemos então, para efeitos meramente académicos, que *A, filho não assumido de B, arguido num processo, é chamado a depor como testemunha*. Pergunta-se: pode *A* recusar-se a depor neste processo fazendo-se valer daquela norma? Diga-se o que se disser, *A* é descendente de *B*, apenas não assumido por este. E mesmo que se diga que não deve ter o direito a fazer-se valer daquela norma, pois não é um filho assumido, poder-se-á refutar tal afirmação dizendo que, *numa situação normal*, sendo neto, e não filho, tem o direito a recusar o depoimento sem necessidade “de ser assumido” pelo avô.

§ 14 Este pequeno ensaio sobre o Direito na prática mostra-nos que a conclusão não pode ser outra: quando sugerimos uma lei ou uma alteração de lei, não podemos fazê-lo sem ponderar todas as consequências que daí possam advir, sob pena de passarmos a ideia de que estamos a cometer um dos mais frequentes erros: confundir a lei com o Direito.

§ 15 Fechado o parênteses, veja-se o que diz MARTINA MARIE PARISI¹⁶: “(...) se uma mulher pode abortar porque não deseja tornar-se mãe nesse momento, (...) os homens devem poder renunciar a todas as responsabilidades parentais, incluindo financeiras, se não desejarem tornarem-se pais”. Antes de mais, e não obstante reconhecermos legitimidade ao que acaba de ser dito, acreditamos que afirmações deste género carregam consigo extrema

¹⁵ Veja-se a anotação de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 374-376.

¹⁶ In MARINA MARIE PARASI, *Choice*, Nova Iorque, Silently Screaming Designs, LLC, 2010, p. 98.

perigosidade, porquanto, uma vez estilhaçado o selo daquele primitivo e irredutível limite, ninguém mais nos garante que de passo em passo não se chegue a situações que hoje se não admitem. Partindo do raciocínio já espelhado no § 7, pergunta-se: porquê só reconhecer à mulher o direito a decidir se quer ou não assumir a maternidade através do aborto? Porque não reconhecer-lhe o direito a não assumir a criança depois do nascimento¹⁷, tal como parece querer fazer-se com o homem?

§ 16 Não querendo ser dogmáticos nem tão pouco filosóficos, diríamos que corremos o risco de um dia acordar e vermo-nos a braços com um novo flagelo da sociedade: o aumento exponencial de crianças abandonadas, porque não assumidas pelos pais, mas desta vez com a anuência daquele sobre quem impende a obrigação de as proteger: o Direito.

§ 17 Em suma, se o *superior interesse da criança* é realmente muito mais que um *chavão jurídico*, é importante que não nos prestemos ao tremendo erro de deixar para os

¹⁷ Dir-se-á: a mulher já tem esse direito, basta que para isso dê o seu consentimento para adoção nos termos do art.º 1982.º, n.º 3, do Código Civil. Não se confundam as coisas. Como bem nos ensina GUILHERME DE OLIVEIRA, “a maternidade “resulta do facto do nascimento”, isto é, do parto” (cf. *Curso de Direito da Família: Direito da Filiação: Estabelecimento da Filiação, Adoção*, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, p. 59), salvaguardando, evidentemente, a discussão entre a mãe-genética e a mãe-gestadora, facto que transcende o objeto de estudo deste trabalho. Por outras palavras: a não ser que se abandone a criança, sendo essa conduta criminalmente punível nos termos do art.º 138.º do Código Penal (sobre esta norma, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *op. cit.*, pp. 423-425. Com interesse, veja-se também a anotação ao art.º 10.º do mesmo diploma legal, pp. 73-85), não há “necessidade de um ato subsequente de perfilhação, tanto para os filhos de mulheres casadas como para os filhos de mulheres solteiras”, uma vez que se “responsabiliza absolutamente a mãe pelo facto do parto”. Aliás, até mesmo antes da Reforma de 1977 “já não era puro o sentido de permitir à mãe rejeitar licitamente o estatuto jurídico da maternidade”, pois, se a declaração de nascimento, “com indicação do nome da mãe, tivesse sido feita pelo diretor do estabelecimento oficial de saúde ou de assistência em que tivesse ocorrido o parto, ou pelo médico que tivesse assistido ao parto, **a maternidade considerava-se automaticamente estabelecida, sem necessidade de qualquer consulta à mulher indicada como mãe.** Nos outros casos, se a mãe não praticasse o ato de perfilhação, no ato de registo do nascimento, **seguia-se um procedimento officioso de estabelecimento da maternidade**” [in GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito...*, *op. cit.*, pp. 58-59 (realce nosso)]. Mais se diga, é o próprio Código do Registo Civil que coloca a mãe numa posição de maior responsabilidade em relação à criança, porquanto prevê a sua identificação na declaração obrigatória (no prazo máximo de 20 dias, art.º 96.º, n.º 1, pelas pessoas previstas no art.º 97.º) do nascimento (art.º 112.º, n.º 1), o que já não sucede em relação ao pai, a não ser que esteja em causa a paternidade presumida (art.º 118.º, n.º 1). Ora, uma coisa é dizer-se que a mãe, escondendo a paternidade da criança, ou se esta não ficar estabelecida, ou se não se conseguir proceder a uma averiguação officiosa, ou mesmo que se consiga esta não fique provada, pode dar o seu consentimento para adoção (cf. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, *op. cit.*, pp. 150-154), embora o processo não seja tão fácil como se possa querer fazer parecer, desde logo porque o estabelecimento da maternidade só deixará de existir se a criança for adotada na modalidade “adoção plena”. Outra coisa, completamente diferente, é dizer-se, erradamente, que a mãe não tem a obrigação de assumir a maternidade. De qualquer forma, mesmo a considerar-se o consentimento para adoção como uma forma de não assumir a maternidade, a mulher estaria sempre em uma posição de desvantagem em relação ao homem, dado que precisa, em qualquer situação, de assumir a criança antes de dar a sua anuência. Quanto ao homem, propõe-se que pura e simplesmente lhe seja reconhecido o direito a não assumir qualquer responsabilidade (veja-se, a título de mero exemplo, o § 6 *supra*).

anais da história uma alteração legislativa que corte radicalmente com os valores intrinsecamente ligados à proteção e defesa das crianças, apenas por laivos de modernidade contemporânea que pretendem a qualquer custo cortar com o passado e igualar situações inigualáveis.¹⁸ Não nos vamos alongar; apenas quisemos, de forma assumidamente breve, mostrar o quão perigoso pode ser tal raciocínio.

§ 18 Para além do que já se disse, importa ainda atentar naquelas palavras e questionar: o que fazer relativamente aos casos em que as mulheres não sabem que estão grávidas antes de se perfazerem as 10 semanas?¹⁹ Retira-lhe a lei o *direito a abortar*, afastando-lhe por isso a escolha relativamente à decisão de assumir ou não a maternidade, mas continua a dar-se ao pai o direito a, mesmo assim, poder decidir se assume ou não a paternidade? E se dermos ao pai esse direito apenas até às 10 semanas, não estaremos a correr o risco de verificar situações em que a mulher *esconde* a gravidez até perfazer esse tempo, tendo portanto o poder de afastar, unilateralmente, o direito que o Direito quis dar? Isto, evidentemente, sem nos esquecermos do que já atrás foi dito: até às 10 semanas, não é possível determinar a paternidade da criança, pelo que a mulher continuaria, no caso de ser dado ao pai aquele direito até esta data, a ter o poder de decisão sobre continuar ou não com a gravidez, porquanto só ela saberá quem é o pai e ainda que, como *supra* se disse, haja uma presunção de paternidade, tal presunção é ilidível, pelo que não podemos, como é óbvio, atribuir a decisão de assumir ou não a paternidade a alguém de quem se não pode afirmar ser o pai da criança.

§ 19 Dir-se-á: para evitar tais situações, deve o Direito pensar numa solução igual à que hoje se tem para os casos em que o presumível pai se recusa a submeter ao teste, ou seja, inverter o ónus da prova²⁰, tendo assim, neste caso, a mãe que provar não ser aquele o pai, caso contrário, deve o Tribunal “substituir-se ao teste” e proferir decisão nesse

¹⁸ O *superior interesse da criança* é completamente desprezado com a proposta de que fique “averbado no registo de nascimento, a declaração de rejeição do pai” (cf. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, *op. cit.*, p. 316), fazendo-se tábua rasa dos comentários agressivos, troças, *bullying*, e outras crueldades, a que são sujeitas as crianças que fogem aos padrões ditos *normais* da sociedade, por parte de outras crianças, com todas as consequências, físicas e psicológicas, que daí advêm.

¹⁹ São inúmeras estas situações. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o caso de Mírian Saldanha, disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI236433-10484,00-EU+NAO+SABIA+QUE+ESTAVA+GRAVIDA+ATE+DAR+A+LUZ.html>, acedido a 19/11/2012 e o caso de Jennifer West, disponível em: <http://discoverymulher.uol.com.br/programas/nao-sabia-que-estava-gravida/>, acedido a 19/11/2012.

²⁰ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/02/2012, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf?OpenDocument>, acedido a 19/11/2012.

sentido²¹. Impõe-se a interrogação: será isto, objetivamente, viável? Não nos parece. E não nos parece porque, em primeiro lugar, continuamos a ter de resolver o problema do tempo quanto ao direito à recusa da paternidade. De outra forma: se entendermos que o pai deve poder recusar assumir a paternidade até às 10 semanas, esse prazo será facilmente ultrapassado, quer pela unilateralidade da ação da mulher, como já se disse no § 18, quer pela própria demora do processo em tribunal, desde logo porque se haverão situações em que o processo chega a juízo na segunda ou terceira semana de gravidez, também haverão, por certo, aquelas em que esse mesmo processo será proposto já no limite daquelas 10 semanas.

§ 20 Se, pelo contrário, entendermos que devemos dar mais tempo ao pai para recusar a paternidade, além de termos os problemas que já relatamos, por exemplo, no § 7, precisamos de uma norma deste género: “ao presumível pai, é concedido o direito a recusar os efeitos jurídicos da paternidade até à sentença transitada em julgado que decida pela sua efetiva paternidade”. Poderia estar encontrada a solução e vemo-la como perfeitamente credível, todavia, levantar-se-ão vozes discordantes, nas quais nos inserimos, questionando se devemos permitir que uma lei, um tribunal, e em última instância um juiz, retire à criança o *direito a ter pai* pelo simples facto da sua mãe se ter recusado a colaborar com a justiça e fazer um teste de ADN.

§ 21 Evidentemente não cabe aqui a argumentação de que a procriação medicamente assistida também não confere à criança o direito a saber quem é o pai e não é por esse motivo que achamos obsceno o facto de este não assumir a paternidade, porquanto há que não esquecer um princípio fundamental e basilar do Direito: há que tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente²². Aqui existe legislação própria²³, legislação essa devidamente vocacionada para estas situações, pelo que nada no processo é surpresa, ou seja, desde o início que a mulher sabe as condições e as consequências da decisão que vai

²¹ Em termos pragmáticos: a inversão do ónus da prova, que até agora serviu para defender os interesses da criança, serviria, a partir deste momento, para lhe quartar os direitos.

²² Não esqueçamos, evidentemente, com esta afirmação, a sapiência de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS quando alertam para a “fórmula vazia, sem conteúdo material próprio” do princípio da igualdade, se entendermos que este se esgota na formulação de que tudo que é igual se deve tratar igualmente e tudo que é diferente se deve tratar diferentemente, pois, bem nos ensinam, esta última máxima não é válida perante vicissitudes “criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador”, mas antes face a “situações que forem substancial e objetivamente desiguais”, o que é, obviamente, o caso. In *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 222-225.

²³ Cf. a Lei 32/2006, de 26 de julho.

tomar.²⁴ De outra forma: nestes casos, o que existe é um dador, não um progenitor, o que aliás decorre do n.º 2, do art.º 10.º, da Lei 32/2006, de 26 de julho.

§ 22 Ainda na mesma senda, JORGE RIBEIRO²⁵ afirma que se “[c]riou uma geração de pais à força”, insistindo que se o homem não pode, “legitimamente, impedir a continuação da gravidez, afigura-se então que a única via possível é a de poder recusar os efeitos jurídicos da paternidade”, para depois rematar defendendo que a determinação da mesma só deveria aplicar-se aos casos em que houvesse manifestação de vontade do homem nesse sentido, sendo inclusive “condição de procedibilidade, um requisito de instauração da ação de averiguação da paternidade”, pois, se a mulher decidisse avançar com uma gravidez contra a vontade ou sem conhecimento do pai, este deveria poder recusar os efeitos jurídicos daquela paternidade, com base “nos mesmos argumentos que foram utilizados a favor da interrupção voluntária de gravidez, liberdade de autodeterminação, de projeto de vida e de dispor de si”.

§ 23 Ora, o que aqui se parece esquecer é que não existem somente ações de investigação da paternidade, mas também, embora menos visível é certo, ações de investigação da maternidade, o que não parece gerar o mesmo tipo de incómodo no Autor²⁶, levando-o a afirmar algo deste género: “criou-se então uma sociedade de mães à força”, podendo continuar, *v. g.*, dizendo que, “do mesmo modo que se não pretendem pais coagidos a assumir a paternidade, não se deveria coagir as mães, não necessariamente através do aborto, a assumir os efeitos jurídicos daquela maternidade, pelo que a determinação desta só deveria aplicar-se aos casos em que houvesse manifestação de vontade da mulher nesse sentido, pois, além de serem variadas as situações em que a mulher só sabe que está grávida ultrapassadas as 10 semanas, sendo que desta forma já não poderá abortar legalmente, pode também não lhe ser permitido, seja por razões morais, éticas, religiosas, ou outras, optar por essa via de *negação da maternidade*”.

²⁴ Pode, isso sim, discutir-se se não se põem em causa os direitos da criança pela unilateralidade da ação da mãe, decidindo sozinha que aquele bebé não saberá quem é o pai, contudo, por respeito à delimitação do objeto aqui em análise, não aprofundaremos a questão, pelo que a remetemos para um novo estudo.

²⁵ Cf. JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, *op. cit.*, pp. 34/316/212.

²⁶ A preocupação única com a posição do homem é clarividente, desde logo pela afirmação de que, naquele estudo, se pretendeu “analisar os fundamentos, e a viabilidade, de ser afirmado e juridicamente construído um **direito subjetivo do homem a rejeitar os efeitos jurídicos da paternidade** quando a gravidez, ou a continuidade da gravidez, não seja desejada pelo progenitor”. Cf. *idem*, p. 66 (realce nosso).

§ 24 Poder-se-ia aqui ensaiar uma objeção: uma mulher que não abdica das suas razões morais ou religiosas para não se permitir fazer um aborto, também as terá para que se sinta, (pelo menos) com essa mesma obrigação moral ou religiosa, de assumir a criança, não negando assim a maternidade. Não podemos concordar. Afirmar algo desse género seria descuidar que se procura aqui uma solução para a ordem jurídica; não para a moral, não para a religião, não para os bons costumes de cada um. De outra forma: não é necessária uma exaustiva explicação constitucional, civil, ou de outro tipo, para que se perceba que não nos podemos prestar à *aberração legislativa* de criar uma lei para quem se rege por essas normas, e uma outra para quem não se revê nelas.²⁷

§ 25 Quanto a tudo que até este momento foi referido, importa responder à seguinte questão: qual o argumento que se utilizará para negar a possibilidade ao pai, ou à mãe, de poder decidir se assume ou não os efeitos jurídicos respetivos consoante a criança seja deficiente, deformada, ou simplesmente *feia*? Mesmo que o não permita, podemos controlar essa situação, efetiva e objetivamente? Ou para isso vamos coagir os pais a assinar um qualquer papel assumindo as obrigações antes de a criança nascer, evitando assim aquela possível escolha? Sejam razoáveis. Sejam, acima de tudo, sensatos.

§ 26 Permitam-nos agora uma reflexão em jeito interrogativo: se, por qualquer razão, o aborto até às 10 semanas voltasse a ser criminalmente punível, continuar-se-ia a defender que o homem deveria poder negar os efeitos jurídicos da paternidade? É que se dissermos que sim, teríamos também de reconhecer o mesmo direito à mulher, assumindo todas as consequências inerentes, desde logo a que já relatamos no § 16. Mas se, por outro lado, dissermos que não, caímos então no erro a que já fizemos referência no § 4 e estamos, naturalmente, a afirmar que a mulher já não teria o direito (que nunca teve) ao aborto, sendo que, por isso mesmo, já não existiria mais a necessidade de fazer valer o princípio da igualdade, o que tornava ilegítimo, a partir desse momento, reconhecer ao homem a possibilidade de negar os efeitos jurídicos da paternidade.²⁸

²⁷ Aliás, já nada mais nos voltaria a surpreender a partir do momento que um Estado de Direito se permitisse negar à mulher o direito que reconhece ao homem, com a justificação de que a mulher deve reger-se por princípios morais e religiosos.

²⁸ Dizer-se, para justificar um hipotético *direito à não assunção dos efeitos jurídicos da paternidade*, que “não é o direito da criança à biparentalidade que impede os seus ascendentes de poderem, de acordo com a lei, optar por uma separação ou um divórcio” (*vide* JORGE MARTINS RIBEIRO, *O Direito...*, *op. cit.*, pp. 131-132), é fazer-se valer de uma verdadeira “tática da confusão”, lançando mão de um argumento falacioso, pois, o que aqui está em discussão, não é um qualquer direito dos pais, mas os direitos da criança que têm de ser assegurados pelos dois, casados, em união de facto, separados, ou divorciados. No caso da

§ 27 Posto isto, fica uma interrogação por colocar: deve, então, continuar tudo como está? O sentido da resposta, não querendo evidentemente ser donos da verdade, foi sendo encaminhado pelos vários problemas encontrados. Embora sejamos da opinião convicta que o Direito não deve ser estanque e é por isso suscetível de diálogo, novas ideias e vários pontos de vista, queremos correr o risco de sermos chamados de “demasiado garantistas” no que ao *ius defendat* diz respeito, pois acreditamos que a limitação é condição subjacente ao Ser humano, o que, no caso concreto, quer dizer, especificamente, que há situações que transcendem o Homem em geral e o homem em particular. Assim, há que aceitar que as vicissitudes da vida não são todas equitativas; existem, necessária e objetivamente, factos concretos que nos ultrapassam e para as quais nem a lei, nem o Direito, têm uma resposta equilibrada, desde logo porque as partes são, incontornavelmente, distintas.

§ 28 Não se pretendeu aqui o fundamentalismo de que, perdoem-nos o plebeísmo das palavras, *quem faz tem de assumir*, até porque se assim fosse teríamos de defender o fim do aborto legal, uma vez que a mulher, ao abortar, pode²⁹ também estar a não querer assumir o filho que gerou; ambicionou-se, isso sim, que ficassem claros os motivos pelos quais continuaremos a aplaudir as boas soluções que o legislador até agora encontrou em prol dos princípios que importa defender.

§ 29 Se bem estão recordados, deixamos claro que não procuramos impor qualquer ideia; apenas desejamos, pelo contrário, oferecer um contributo para a reflexão deste tema. Se, com as nossas palavras, tivermos conseguido provocá-la numa só pessoa que seja, está então cumprido o objetivo.

monoparentalidade *ab initio*, apenas um dos progenitores – neste caso a mãe, pois parece querer-se transformá-la na única com a obrigação de assumir a criança nascida – terá a seu cargo a educação, alimentos, saúde e todas as despesas/obrigações/deveres decorrentes da vida comum de qualquer Ser humano. É disto que se trata.

²⁹ Utilizou-se a palavra “pode”, pois evidentemente há que salvaguardar as situações, p. e., de violação, em que a mulher ao abortar está a fazê-lo, não porque não quer assumir o filho, mas por razões que transcendem o objeto de estudo deste trabalho.

Insolvência Internacional

O Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio sob uma perspetiva jurisprudencial e as principais correntes doutrinárias na insolvência transnacional

Bruno Filipe Magalhães Patrício

Mestrando em Direito

1. Introdução – Uma perspetiva global da Insolvência

A vida económica dos vários agentes que nesta operam, só por erro será considerada como obrigatoriamente afeta a um determinado território. A pretensão de abranger novos mercados é decorrência da intensão de enriquecimento pessoal, que impulsiona a incursão de determinada pessoa numa determinada atividade económica.

A realidade das empresas é assim permeável à realidade económica onde operam. No tecido corporativo nacional, que se marca primordialmente pela existência de pequenas e médias empresas, os agentes económicos têm sido agoniados pela crise económico-financeira que assombra o país.

É cada vez mais recorrente, como forma de encarar as dificuldades de caixa, que os empresários favoreçam o cumprimento de determinadas obrigações, por considerarem que os credores das mesmas têm uma relevância preponderante à manutenção da empresa, em detrimento de outras, que se vão acumulando e que nas mais das vezes, resultam em processos de execução coerciva, ou numa situação financeira de balança negativa. Outras vezes, o incumprimento surge das consequências nefastas que a crise origina.

Mas não se pense que esta conjuntura apenas ocorre no nosso país. Desde 2008 que é incoerente desconsiderar a crise mundial, e tendo em conta as consequências desta crise nos agentes internacionalizados, a balança financeira destes agentes poderá também desaguar numa situação negativa.

Surge assim o problema do processo de insolvência no contexto internacional. Isto é, a verificação dos pressupostos da insolvência numa empresa que encerra os seus elementos patrimoniais em vários ordenamentos jurídicos. Note-se que nos referimos a

elementos patrimoniais e não pessoais. É o património do devedor a garantia geral das obrigações e é na tentativa dos credores em abarcar todo o património do devedor insolvente, que o problema se coloca.

Sublinha-se que nos temos vindo a referir ao processo de insolvência num contexto empresarial, isto é, reportando-nos à atividade dos agentes económicos enquanto estruturas organizadas e compostas por elementos pessoais e patrimoniais, com o propósito de desempenhar uma determinada atividade económica. Fazemo-lo apenas em consequência do contexto de estudos académicos em que nos inserimos, e não porque as considerações que temos vindo a tecer não se estendam às pessoas singulares cujo ativo patrimonial se encontra deslocalizado por vários ordenamentos jurídicos.

Para uma incursão profícua à sinalização das tendências e aspetos relevantes na insolvência internacional, começaremos por analisar um caso em concreto, socorrendo-nos da análise jurisprudencial e criticando a decisão tomada. De seguida, enquadraremos a base jurídica que primou a decisão proferida pelos órgãos jurisdicionais portugueses com as conceções relevantes no tráfego jurídico internacional, quando focado na insolvência internacional.

2. Análise Jurisprudencial

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18/05/2009, Processo n.º 3175/06.1 TBPRD.P1

2.1. Matéria de Facto

AA., portugueses, venderam a R., espanhol e este comprou-lhes quatro quotas no capital social da sociedade E, Lda., no valor de € 588 000,00 (quinhentos e oitenta e oito mil euros), em 24 de Março de 2005.

A quantia seria paga em 39 (trinta e nove) prestações mensais e sucessivas de € 15 000,00 (quinze mil euros) e a última de € 3 000,00 (três mil euros), a primeira vencendo-se a 24 de Março de 2005 e a última a 24 de Junho de 2006.

R., apenas liquidou duas prestações, continuando em dívida a quantia de € 558 000,00 (quinhentos e cinquenta e oito mil euros).

AA., propuseram ação ordinária de condenação contra R., peticionando a quantia devida.

R., na contestação, defendeu-se por exceção dilatória, argumentando que era parte ilegítima nos autos contra ele propostos, pois que tinha sido declarado insolvente em Espanha, em data anterior à propositura da ação que ora se defendia. Alegou ainda que o crédito *sub judice* já se encontrava reconhecido em sede do processo de insolvência.

AA., contra-alegaram a exceção arguida e peticionaram a imediata condenação de R., no despacho saneador.

Pedido que o juiz de 1ª Instância atendeu, decidindo pela improcedência da exceção elevada e condenando R., no pagamento da quantia peticionada.

R., inconformado, recorreu apelando à Relação.

Em sede de recurso foi entendido a aplicação do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000, ao caso em apreço. Tendo sido revogada a decisão da 1ª Instância, decretando-se a incompetência dos Tribunais portugueses e absolvendo R. da instância.

2.2. Matéria de Direito

Por efeito do artigo 1.º do Regulamento 1346/2000 de 29 de Maio em conjugação com o anexo A do mesmo diploma, não ressaltam dúvidas quanto à aplicabilidade do Regulamento ao processo de insolvência aberto em Espanha que declarou R., insolvente.

Por força do artigo 16.º do Regulamento, a declaração de insolvência é automaticamente reconhecida nos restantes Estados-Membros, produzindo nestes todos os efeitos que lhe são reconhecidos pela lei de abertura do processo.

Assim, aplicar-se-á a Ley Concursal n.º 22/2003 de 9 de Julho do Reino de Espanha, que no seu artigo 50.º determina que os juízes de processos cíveis instaurados

posteriormente à abertura do processo de insolvência, se absterão de conhecer do pleito, advertindo as partes para reclamarem as suas pretensões no processo de insolvência.

Daqui resulta que todos os créditos contra R., deverão ser reclamados no processo de insolvência aberto em Espanha, tornando a decisão de 1ª Instância, para além de inútil, nula, por violação das regras de competência internacional, a saber, o artigo 3.º do Regulamento, artigo 271.º do CIRE e 65.º n.º 1 do CPC.

2.3. Crítica Jurisprudencial

Uma das decorrências do princípio do primado, que impera no Direito Comunitário, é o conhecimento oficioso da lei comunitária e a supremacia desta em relação à lei interna. Com efeito, a decisão do Tribunal de Comarca, mesmo que não fosse posteriormente revogada pela Relação, sempre o seria em última instância pelo TJUE. E aproveita-se ainda para sublinhar a não conformação de caso julgado de uma decisão contrária às regras comunitárias, o que relevaria se a interposição do recurso fosse extemporânea perante as regras de processo internas – o que não aconteceu.

Mas fazemos referência àquele princípio e aos seus efeitos para demonstrar o desfazamento dos Tribunais portugueses em relação às normas comunitárias – no caso, o Regulamento relativo aos processos de insolvência.

Como da simples explanação do caso resulta, o Tribunal de 1ª Instância só por desconhecimento da Lei poderia preceituar tamanha decisão. Este Tribunal considerou – veja-se – que um crédito já reconhecido num processo de insolvência aberto num Estado-Membro da Comunidade, poderia ser objeto de ação de condenação para o seu cumprimento e pela ausência de complexidade da matéria em causa, a ação poderia ser decidida em despacho saneador.

A única razão que nos ocorre para tal entendimento, passa pelo desconhecimento do Regulamento 1346/2000, já que se outras razões imperaram aquela decisão, nunca puderam ser tidas em conformidade com o Direito.

Paralelamente, não merecendo críticas a decisão sobre o mérito proferida pela Relação, merecerá um reparo a fundamentação daquela decisão. Não advogamos que esta

esteja visceralmente errada, pelo contrário, defendemos até, face à decisão da primeira Instância, que esta é bastante assertiva. Mas existe uma “lacuna” na fundamentação, que por nós, se deve à ausência doutrinária sobre a matéria em mãos.

Note-se que a decisão da 1ª Instância, antes de violar a lei espanhola – que por força do Regulamento era aplicável – viola princípios do Direito Comunitário, como o princípio primeiramente descrito. E essa vicissitude vincularia a decisão da Relação *ab initium*.

3. A Insolvência no Paradigma Europeu

O problema da insolvência no âmbito comunitário não é diferente daquele que se coloca no âmbito internacional (extra comunidade). Aliás, até poderemos afirmar que a solução vertida no Regulamento 1346/2000 constitui uma linha de orientação para a celebração de Tratados ou acordos de cooperação entre países, quando defrontados com o problema da insolvência “além-fronteiras”.

Como resulta do que se tem vindo a expor, o Regulamento 1346/2000 de 29 de Maio é o diploma comunitário relativo aos processos de insolvência.

A necessidade de existência deste regulamento pode ser reconduzida ao princípio da livre circulação de pessoas e bens. Por emanção deste, as fronteiras não constituem barreiras à deslocação de pessoas e capitais, facilitando a deslocalização patrimonial e potencializando atividades transfronteiriças das empresas.

Destarte, a insolvência de uma pessoa singular cujo património se encontra deslocalizado por vários Estados, ou de uma empresa cuja organização se encontre repartida pelo território da União Europeia, terá de ter efeitos transfronteiriços, ou o bom funcionamento do mercado interno (entenda-se, dentro do espaço intracomunitário), seria posto em causa.

A preocupação supra enunciada constitui a primeira razão que primou a regulamentação da insolvência europeia. A segunda razão que podemos sublinhar será evitar o *forum shopping*.¹

O âmbito de aplicação do Regulamento em análise, não poderá ser aferido apenas pela leitura do artigo 1.º. De facto, este preceito terá de ser coadjuvado tanto dos considerandos 7 e 9, como do artigo 2.º e Anexo A. Assim, o presente Regulamento será aplicável aos processos de insolvência coletivos previsto no Anexo A ao Regulamento, que exijam a participação de um síndico² e impliquem a inibição total ou parcial do devedor para a administração ou disposição do respetivo património, que se encontre localizado em mais que um ordenamento jurídico abrangido pelo presente diploma ou que contemple credores de outros ordenamentos abrangidos pelo Regulamento, sendo que o devedor poderá ser comerciante ou não comerciante, pessoa singular ou coletiva, desde que não seja instituição de crédito ou empresa de investimento detentora de fundos ou títulos por conta de outrem, não seja um operador de seguros nem organismo de investimento coletivo.

O Regulamento em perspetiva não institui normas processuais. Ele apenas prevê normas instrumentais e formais de repartição de competência internacional entre os Estados-Membros abrangidos pelo mesmo. Isto é, apenas prevê normas de conflitos.

Nesta ótica, no âmbito de uma situação de insolvência que caiba no âmbito de aplicação do presente diploma legal, será competente para abrir o processo o Estado-Membro onde o devedor encerre o centro dos seus interesses principais. Entenderemos como centro de interesses principais o local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses. Mas no tocante às pessoas coletivas, presume-se que o centro de interesses principais será o local da sede estatutária.

A preocupação da determinação do local em que se encontra o centro dos interesses do devedor prende-se com a determinabilidade por terceiros. Nesta sede e salvo melhor entendimento, deveremos discordar da solução preceituada, principalmente no que diz

¹ Esta expressão traduz a deslocalização de bens ou ações judiciais no intuito de alcançar uma posição mais favorável.

² Nos termos do artigo 2.º al. b), síndico será qualquer pessoa ou órgão com competência para administrar ou liquidar os bens cuja disposição o devedor esteja inibido, ou fiscalizar a gestão de negócios do devedor, e esteja previsto no Anexo C do Regulamento.

respeito à presunção estatuída – mesmo sabendo que esta será *iuris tantum*. É que, a determinabilidade por terceiro é um critério casuístico e variável, pois que depende, por um lado, da percepção do credor da realidade que constitui um “centro de interesses”, incumbindo-lhe o conhecimento exato e extenso dos hábitos económicos do devedor, e por outro lado, nada obsta a que o devedor crie a aparência de centro de interesses em Estado cujo regime de insolvência lhe seja mais vantajoso – boicotando dessa forma uma das primordiais pretensões do Regulamento. A tais críticas, acresce a eleição enquanto elemento de conexão, o critério da “sede estatutária”. Como é sabido, tal critério individualizador tem vindo a ser substituído pelo critério “sede efetiva”, pois que será nesta que se encontra a efetiva direção da pessoa coletiva.

Concomitantemente e com a devida vénia, é do nosso entendimento que a eleição de outros elementos de conexão, como a sede efetiva ou a nacionalidade tida por consagração da teoria da incorporação para o caso das pessoas coletivas, e da residência ou domicílio habitual para o caso das pessoas singulares, seria um critério mais seguro. Note-se que o elemento de conexão residência seria considerado na sua perspetiva subjetivista, isto é, seria tido por referência ao cúmulo de duas premissas: a efetiva permanência em determinado local, e a intenção de permanecer nesse local de forma permanente e estável.

Conforme o artigo 39.º, qualquer credor – seja sujeito privado, autoridade fiscal ou organismo de segurança social – com domicílio, sede ou residência habitual em Estado-Membro diferente do Estado de abertura do processo, poderá reclamar os créditos no processo de insolvência, contando que o faça por escrito.

O Regulamento preceitua a existência de um processo principal, secundário e territorial de insolvência.

3.1. O Processo Principal

O processo principal será o processo aberto no Estado-Membro onde o devedor tenha o centro dos seus interesses principais – artigo 3.º n.º 1.

Este será um processo de carácter tendencialmente universal, pois em princípio abarcará todo o património do devedor, situado ou não no Estado de abertura do processo,

ao qual se aplicará, conforme o artigo 4.º, a lei desse Estado, mesmo que o processo produza efeitos noutra Estado-Membro.

Por efeito do artigo 16.º, a decisão que determina a abertura do processo de insolvência será de reconhecimento automático em todos os Estados-Membros, logo que produza os seus efeitos no Estado de abertura do processo.

Desta forma, a qualidade de insolvente será ao devedor reconhecida em todos os Estados-Membros, mesmo que pela lei desses Estados, a situação do devedor não configurasse esse instituto. Porém, se a decisão produzir efeitos manifestamente contrários à ordem pública desses Estados, o reconhecimento poderá ser recusado, de acordo com o artigo 26.º do Regulamento.

Ressalva-se que a existência desta norma quase constitui uma redundância, já que será sempre tido como limite à aplicação de norma estrangeira o princípio de ordem pública internacional.

E nos Estados-Membros diferentes do Estado de abertura do processo, serão produzidos todos os efeitos que lhe são atribuídos pela lei do Estado de abertura.

Dissemos supra “tendencialmente universal” por existirem um conjunto de matérias que não serão reguladas pela lei aferida conforme o artigo 4.º. Estas matérias são as previstas nos artigos 5.º e seguintes.

Por respeito ao artigo 5.º, a abertura do processo de insolvência não afetará os direitos reais de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, determinados ou indeterminados, perecíveis ou não, que pertençam ao devedor mas que no momento de abertura do processo se encontrem em território de outro Estado-Membro. Note-se que neste caso, a validade e o alcance destes direitos será reconhecida pela lei onde os mesmos tenham sido constituídos, e mesmo depois de aberto o processo principal no Estado onde se situa o centro dos interesses principais do devedor, o terceiro titular destes direitos poderá continuar a exercê-los. Se o síndico no processo principal entender ser fulcral que aqueles bens integrem a massa insolvente, terá de instaurar processo secundário nesse Estado, sendo que só o poderá fazer, se o devedor tiver aí um estabelecimento. Se não for aberto tal processo, o remanescente da venda dos bens onerados por direito real será entregue àquele síndico.

O artigo 6.º constitui também um limite à lei aplicável ao processo, por referência ao artigo 4.º do Regulamento. Com efeito, se o devedor for titular de um crédito perante um seu credor, este poderá obter compensação mesmo que a lei do Estado de abertura do processo não admita esta figura, se a lei sob a qual o crédito foi constituído fizer previsão do instituto da compensação de créditos.

A reserva de propriedade e os contratos relativos a bens imóveis serão regulados pela lei onde se situe esse bem. Os efeitos em relação a bem imóvel, navio ou aeronave serão regulados pela lei onde o registo se encontre lavrado. Note-se que o Regulamento faz referência a bens imóveis sujeitos a registo e a navio ou aeronave, deixando de fora todos os bens móveis sujeitos a registo que não sejam navios ou aeronaves. Teremos que concluir que em relação a estes bens, será aplicável a lei do Estado de abertura e não a lei onde se encontra lavrado o registo.

Em relação a ações pendentes cujo objeto seja um bem ou direito de que o devedor se encontre inibido, será aplicável a lei do Estado-Membro onde a ação corra termos – artigo 15.º.

Esta norma, para além de constituir mais um limite à universalidade do processo principal, carece de alguma explanação. Para que opere, teremos de estar perante uma ação já pendente aquando a abertura do processo de insolvência, que esta ação tenha como objeto um bem ou direito pertencente ao devedor e o devedor esteja inibido de administrar ou dispor desse bem ou direito. Assim, se por ventura, aquando a abertura do processo principal de insolvência, já se encontre a correr termos contra o mesmo sujeito uma ação noutra Estado-Membro, mas não tenha havido qualquer decisão cautelar, os efeitos da abertura do processo serão tidos por referência à lei do Estado de abertura. E sublinha-se que se as regras do processo de insolvência do Estado onde se encontra a ação, para efeitos do artigo 15.º proposta, determinar a extinção da instância e a reclamação dos créditos no processo de insolvência, passaram os credores daquele processo a ter de fazer valer as suas pretensões no processo de insolvência principal, entretanto aberto.

O que se pretende referir é que o facto dos efeitos do processo de insolvência, no âmbito do artigo 15.º, operarem por referência à lei do Estado onde corre termos ação pendente, não é dizer que esta ação correrá termos como se não existisse processo de insolvência. A existência do processo de insolvência far-se-á sentir naquela ação, mas ao

invés desses efeitos serem regulados pela lei do Estado de abertura do processo, serão regulados pela lei do Estado onde se encontra a ação pendente.

Concentrando agora esforços na figura do síndico, já vimos que este será aquela pessoa ou órgão habilitado para administrar ou liquidar os bens do devedor que integrem a massa insolvente, ou fiscalizar a gestão de negócios do devedor. Entre nós, o síndico será o administrador de insolvência.

Este terá todos os poderes que lhe são conferidos pela lei do Estado de abertura do processo (artigo 18.º), e poderá exercê-los em todos os Estados-Membros, a menos que seja aberto processo secundário noutro Estado.

Note-se que o síndico poderá deslocar bens para o Estado de abertura do processo, que se encontrem noutro Estado, desde que estes sejam bens móveis sujeitos a registo que não navios ou aeronaves, e sobre os mesmos não recaia direito real de terceiro. Este poder é emanção do princípio da universalidade do processo.

3.2. O Processo secundário

Será havido como processo secundário, o processo aberto em conformidade com o artigo 3.º n.º 3 e 27.º do Regulamento.

Este não será, em princípio, um processo universal, pois os seus efeitos serão limitados aos bens que se encontrem no território do Estado de abertura do processo secundário, que será diferente do Estado de abertura do processo principal, e deverá ser um processo de liquidação.

Assim, para que este processo seja instaurado, já deverá ter sido aberto o processo principal nos termos do artigo 3.º n.º 1. Ter sido reconhecido no Estado do processo secundário a decisão de abertura do processo principal, existir nesse Estado estabelecimento do devedor e a forma processual terá de ser uma das constantes no Anexo B.

Este processo só poderá ser requerido por quem tenha legitimidade para requerer a insolvência do devedor conforme a lei desse Estado e pelo síndico do processo principal.

A Lei aplicável a este processo será a do Estado em que tenha sido aberto o processo secundário.

Foi por nós dito que o processo secundário será um processo de liquidação, cujos efeitos se reportarão apenas aos bens do devedor, situados no território onde seja aberto – artigo 3.º n.º 3 e 27.º.

No entanto, e apesar do carácter aparentemente imperativo das disposições normativas enunciadas, tal afirmação está longe da verdade.

Com efeito, o processo secundário não será obrigatoriamente um processo de liquidação. O artigo 34.º, que regula as medidas que põem termo ao processo secundário, determina no seu n.º 1, que se a lei do Estado onde foi aberto o processo secundário o admitir, este processo poderá findar sem liquidação, seja através de um plano de recuperação, concordata ou outra medida análoga. Logo, o processo secundário não terá obrigatoriamente de ser um processo de liquidação, o que nos permite perguntar, que tipo de processo poderá ser, se nenhum processo de natureza diferente se encontra enunciado no Anexo B ao Regulamento...

Outra incongruência na afirmação que serve de mote à crítica ao estatuído em relação ao processo secundário, será a disposição que regula o exercício dos direitos dos credores – artigo 32.º.

Determina este artigo que qualquer credor pode reclamar o respetivo crédito no processo principal e no processo secundário, indo mais longe, preceituando que os síndicos do processo principal e do secundário, poderão reclamar nos outros processos os créditos já reclamados nos respetivos processos, se entenderem tal reclamação útil para os credores do processo que hajam sido designados.

Como facilmente se constata, o carácter territorial do processo secundário poderá assim ser alargado, já que os credores deste processo poderão ver os seus créditos pagos à custa de património do devedor não situado no Estado do processo secundário.

3.3. O Processo Territorial

Apesar do processo territorial ser o previsto no artigo 3.º n.º 2, e regulado pelo Capítulo III que regula o processo secundário, no nosso entendimento, estamos perante um tipo processual diferente.

Para que estejamos perante um processo desta natureza, não poderá ter sido ainda aberto um processo principal de insolvência, nem poderemos estar no Estado onde se encontra o centro de interesses principais do devedor. Se estivermos, então o processo aberto será o processo principal, e se este já tiver sido aberto, o processo territorial será tido enquanto processo secundário.

Desta forma, para que exista um processo secundário, o devedor terá de ter um estabelecimento nesse Estado, e conforme o n.º 4 do artigo 3.º, a abertura do processo terá de ser requerida por um credor que tenha residência habitual, sede ou domicílio, no Estado onde se situa o estabelecimento, ou o respetivo crédito tenha por base a exploração desse estabelecimento.

Acresce ainda sublinhar que o próprio Regulamento faz referência ao processo territorial de insolvência enquanto tal, pelo que será de admitir este tipo de processo enquanto um terceiro tipo de processo, diferente dos restantes.

Em tudo o mais que a este processo diga respeito, aplicar-se-ão as regras do processo secundário.

3.4. Reflexão Crítica

Concedemos que a análise realizada ao Regulamento n.º 1346/2000 de 29 de Maio relativo aos processos de insolvência, não é exaustiva e deixa algumas questões em aberto. No entanto, não poderemos deixar de ressaltar que no mais, o Regulamento, pela sua literalidade, não suscita grandes dúvidas de interpretação, embora seja possível questionar as opções tomadas.

É o que sucede, a título de exemplo, no artigo 42.º do Regulamento. Este preceito destina-se a determinar qual a língua que deverá ser empregue no decurso do processo.

O n.º 1 deste artigo determina que tanto o síndico como o órgão jurisdicional que dirige o processo comunicará com os credores conhecidos do devedor na língua oficial do Estado de abertura do processo, mesmo que os credores sejam residentes noutro Estado-Membro, sendo apenas traduzida em todas as línguas oficiais das Instituições da União Europeia o título do Documento. O n.º 2 do mesmo artigo preceitua que os credores poderão reclamar os seus créditos na sua língua oficial, sendo que o título da sua reclamação terá de ser na língua oficial do Estado de abertura do processo, podendo ser-lhes exigido que traduzam a reclamação deduzida para a língua do Estado de abertura.

Este regime não faz, no nosso entendimento, qualquer sentido. Se estamos perante um processo universal, e a igualdade das partes deve ser assegurada, apenas fará sentido que as comunicações a que se referem os artigos 40.º e 42.º n.º 1 sejam em duas línguas – a do Estado de abertura do processo, e numa das línguas oficiais das Instituições da União Europeia, sendo que a tradução para esta língua terá de ser uma tradução oficial.

Do mesmo modo, os credores deveriam responder na língua do seu Estado e na língua oficial das Instituições da União Europeia que tenha sido utilizada pelo síndico ou órgão jurisdicional na comunicação para este remetida. E que tal documento resulte de tradução oficial da reclamação enviada na língua do seu Estado.

Só assim haveria coerência, e só assim um processo de insolvência principal, com credores espalhados por vários Estados-Membros não lembraria uma verdadeira “Torre de Babel”.

Outra crítica que não nos imiscuímos de tecer é referente à natureza híbrida dos processos estatuídos no Regulamento.

Ainda que o Regulamento no seu conjunto defenda a existência de um processo universal – o processo principal – e outros processos de carácter territorial, como vimos, nem o primeiro é um processo realmente universal nem os seguintes são somente territoriais.

Concedemos que o desenho de um processo realmente universal implicaria que decisões de órgãos jurisdicionais de um Estado produzissem efeitos em relação a bens imóveis e semelhantes situados noutro Estado, o que poria sempre em causa matérias que se encontram na competência exclusiva dos Estados. Fazendo com que se considere, *in*

extremis, que o universalismo processual ponha em causa a soberania dos Estados, já que as decisões de um órgão jurisdicional teriam efeitos imperativos e automáticos noutro Estado.

4. As Principais Correntes na Insolvência Transnacional

No ordenamento jurídico português o processo de insolvência é regulado pelo Código da Insolvência e Recuperação de Empresa (C.I.R.E.). Este diploma estatui o processo de insolvência como sendo um processo executivo universal, cujo objetivo será a satisfação dos credores, seja pela liquidação do ativo patrimonial do insolvente, seja pela recuperação da empresa insolvente.

A nomenclatura utilizada pelo artigo, no que se refere à natureza do processo de insolvência (universal), converge com a grande discussão que ocupa a comunidade doutrinária, no que tange à insolvência transnacional.

Mas no que toca às normas de conflitos existentes no Título XV do CIRE (artigos 280.º e seguintes), uma breve análise logo nos revela que quando se trate de uma insolvência transnacional, não foi o princípio da universalidade acolhido.³

No Regulamento (CE) n.º 1346/2000 de 29 de Maio relativo aos processos de insolvência pugna-se pela necessidade e existência de um processo universal, quando um processo de insolvência abranja mais que um Estado-Membro. No entanto, como foi prontamente revelado, não foi conseguida a pretensão, tendo sido estatuído um regime híbrido.

Daí que se revele necessário analisar os contornos dos princípios que primam na insolvência internacional – *princípio da universalidade* vrs. *princípio da territorialidade*.

³ Estas normas de conflitos apenas serão aplicadas face a ordenamentos jurídicos não abrangidos pelo Regulamento 1346/2000 de 29 de Maio.

4.1. Princípio da Universalidade

Preliminarmente, sempre se terá de esclarecer que a *universalidade* aqui em causa não diz respeito à totalidade do património do devedor, mas antes à competência de uma só lei para conduzir todo o processo de insolvência, mesmo que este produza efeitos noutros ordenamentos jurídicos.

Esta será a essência do princípio da universalidade – um único tribunal assume o controlo de todo o processo de insolvência. Como refere LOPUCKIT, «*Under universalism, one court plays the tune, and everyone else dances.*»⁴

Será assim uma única lei a determinar a recuperação ou a liquidação da massa insolvente, a determinar a prevalência entre credores, a diligenciar pela distribuição do resultado da liquidação pelos credores em todos os ordenamentos jurídicos envolvidos, e reduzindo o papel dos Tribunais de outros Estados à mera assistência dos representantes do Tribunal do foro.

No início da concetualização deste princípio, e da concretização do mesmo em alguns ordenamentos, apesar da internacionalização empresarial, logo surgiram os tradicionais problemas associados à *fraus legis* no Direito Internacional Privado, entre os quais, o *forum shopping*.

Para evitar a aplicação de regimes de insolvência que se regiam pelo princípio do universalismo, as partes influenciavam voluntariamente os elementos de conexão que os ligavam a esses ordenamentos, aproveitando assim outros regimes que permitiam a salvaguarda de determinados bens. Por outro lado, eram os próprios credores, que aproveitando-se de certas situações de facto que connexionavam certo Estado (cujo regime de insolvência respeitava este princípio) ao seu devedor, aí requeriam a insolvência para que conseguissem resultados conducentes à satisfação do respetivo crédito, sendo que em virtude de outras leis connexionadas com o devedor, tal pretensão não seria satisfeita.

Face a tais demandas, a doutrina começou a estabelecer exceções ao princípio da universalidade, referentes primordialmente a questões do foro laboral e créditos cujo objeto

⁴ LYNN M. LOPUCKIT, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, in *Cornell Law Review*. p. 699.

apresentava uma ligação insuperável com o Estado em que se encontrava – bens imóveis ou móveis sujeitos a registo.

Paralelamente, os Estados não acolheram o princípio da universalidade como concebido, dadas as barreiras *supra* mencionadas, pugnando por soluções não universalistas para problemas multinacionais.⁵

Em resultado, a maioria dos sistemas universalistas existentes, apenas o são de forma mitigada.

4.2. Princípio da Territorialidade

Não poderemos deixar de parafrasear LOPUCKIT, «*Territoriality is the antithesis of universalism.*»

Com efeito, seguindo este princípio, cada Estado será competente para a condução do processo de insolvência, na medida em que os bens do devedor sujeito à insolvência transnacional se situem no respetivo território. Teremos assim mais que uma Lei competente e mais que um foro a participar no processo de insolvência.

Face ao princípio agora em escrutínio, caberá a cada Tribunal competente a decisão de participar num processo transnacional de insolvência, cooperando com Tribunais de outros ordenamentos jurídicos, ou pelo contrário, “encerrar-se” num processo interno de insolvência, segundo a respetiva lei.

Do exposto, logo se concebe a maior dificuldade na adoção deste sistema – a cooperação entre Estados.

E outras dificuldades ressaltam, caso os Estados não se comprometam. Obrigariam os credores a requerer a abertura de processos de insolvência em todos os Estados onde se encontrassem bens do devedor, e obrigariam, por consequência, a que o mesmo devedor fosse declarado insolvente em todos os Estados onde tivessem sido abertos processos, exigindo que os credores litigassem em mais que um Estado, potenciando decisões uniformes em relação a créditos de idêntica natureza. E deixando ainda em aberto a

⁵ LYNN M. LOPUCKIT, *ob. cit.*, p. 700.

hipótese de o devedor não reunir as condições para ser declarado insolvente em certos Estados.

4.3. Reflexão Crítica

Para concebermos ou escolhermos um sistema de princípio para a insolvência, deveremos equacionar primeiro quais os objetivos que o tratamento internacional da insolvência pretende alcançar.

Assim, o sistema eleito deve ser previsível, de forma a que a segurança jurídica seja salvaguardada. O sistema deve igualmente assegurar liquidações ao melhor valor possível, bem como recorrer à recuperação do insolvente, se tal se demonstrar possível. Deve ainda minimizar despesas e pugnar pela celeridade, distribuindo o produto da liquidação de forma proporcional entre credores não privilegiados.⁶

Como vimos, nenhum dos sistemas clássicos são capazes de resolver estas questões, pelo que a formulação de outros sistemas tem vindo a ocupar a doutrina.

Podemos apontar, como alternativas aos modelos clássicos, duas grandes correntes: uma corrente advoga a modificação dos sistemas clássicos, conservando-os nas suas premissas iniciais mas corrigindo os seus defeitos; e outra corrente que baseia esforços numa premissa realmente nova.

Manifestações da primeira corrente são o universalismo modificado, a insolvência secundária e o territorialismo cooperante. A segunda grande corrente assume a maior referência na Insolvência Contratual de Rasmussen.

O universalismo modificado pouco difere do puro universalismo que anteriormente referimos. A inovação fulcral é a possibilidade dos Estados que não o Estado do foro poderem abster-se de cooperar com o Estado do foro, boicotando assim a produção de efeitos no seu território, que poderiam por em causa questões de soberania nacional.

Facilmente se concebe que este não era o único problema do universalismo, e de igual modo se conclui que tal contingência é prerrogativa da soberania Estadual. Tanto

⁶ LYNN M. LOPUCKIT, *ob. cit.*, p. 702.

mais que, se tais efeitos fossem manifestamente atentatórios da ordem pública do Estado onde se pretendia que fossem produzidos, esse Estado poderia sempre lançar mão à exceção de ordem pública internacional.

O que pretendemos sublinhar é que tal “modificação”, em boa verdade, pouco ou nada modifica. Mais, põe em causa as grandes vantagens do universalismo, como a previsibilidade do resultado do processo de insolvência, do ponto de vista do credor, uma vez que pelo universalismo clássico, este sabia que lei iria tutelar o processo de insolvência no seu todo.

Exigir que um processo universalista dependa da cooperação de todos os ordenamentos envolvidos, pode implicar que um processo que se inicie universal, desague no territorialismo, pois se poucos ou nenhum Estado cooperar, colidimos com a exata crítica que prima ao sistema territorialista.

O sistema da insolvência secundária é também fruto repensado do universalismo clássico. Porém, este não carecerá de grande explanação, já que o mote da incursão a que nos propusemos foi a análise do regime da insolvência por respeito ao Regulamento (CE) n.º 1346/2000 de 29 de Maio, e o mesmo estatuí exatamente um sistema de insolvência secundária.

Reitera-se apenas que neste sistema, não obstante a existência de um processo universal, que será o processo principal, existirão outros processos de abrangência apenas territorial, que reportarão ao processo principal o resultado da respetiva liquidação, se o remanescente da satisfação dos credores do processo secundário houverem satisfeito os respetivos créditos.

O sistema designado como territorialismo cooperativo, avançado por LOPUCKIT, não passa do territorialismo clássico com – salvo o devido respeito – “ilusões de grandeza.”

O autor defende, grosso modo, que não haja qualquer tipo de modelo internacional de insolvência. Cada Estado deve observar o respetivo regime de insolvência, abrangendo apenas os bens e satisfazendo apenas os credores do seu território.

A destrinça advém do modelo de cooperação,

«Among the kinds of cooperation contemplated are the following: (1) the establishment of procedures for replicating claims filed in any one country in all of them; (2) the sharing of distribution lists by representatives to ensure that later distributions do not go to creditors who have already recovered the full amounts owed to them; (3) the joint sale of assets, when a joint sale would produce a higher price than separate sales in multiple countries or when the value of assets within a country is not sufficiently large to warrant separate administration; (4) the voluntary investment by representatives in one country in the debtor's reorganization effort in another; and (5) the seizure and return of assets that have been the subject of avoidable transfers.»⁷

Mas este modelo não responde à grande questão que esgota os esforços e completa as pretensões, no que à insolvência internacional diz respeito: em que medida é que os credores podem ver os seus créditos satisfeitos, quando o património do seu devedor se encontra plurilocalizado, e por isso, “escapa” ao processo de insolvência entretanto requerido e que corre termos num determinado Estado, sendo que no estado onde se encontram os bens, o devedor não reúne os pressupostos de insolvência, mas estes são relevantes para a satisfação dos credores.

A enunciação desta pergunta, que aquela teoria não responde de forma eficaz, levamos ao encontro de uma tese que talvez o faça – a insolvência contratual de Rasmussen.

Esta teoria rompe totalmente com as premissas tradicionais, fundando-se numa outra – as sociedades, nos contratos de sociedade, estipulariam qual ou quais os ordenamentos jurídicos competentes para conduzirem a eventual insolvência, sendo que a referência à lei determinada, seria obrigatoriamente uma referência material. Este sistema baseia-se na conceção do “contrato de insolvência”, por via do qual, credores e devedor convencionariam qual o regime de insolvência aplicável ao respetivo litígio.

O referido autor defende que o eventual devedor seria motivado a eleger um ordenamento cujo regime de insolvência fosse o mais eficiente possível, pois que tal escolha valorizaria a empresa desde o seu início. E porque a referência à lei reguladora seria sempre material, o problema do *forum shopping* seria colmatado.

⁷ LYNN M. LOPUCKIT, *ob. cit.*, p. 750.

Contudo, este sistema contratual encontra mais defeitos do que virtudes.

Primeiro, sempre teremos que sublinhar a salvaguarda em quase todos os ordenamentos da competência exclusiva dos Tribunais do foro para os processos de insolvência cujo devedor encerre nesse Estado a sua sede ou domicílio, pelo que a derrogação desta competência por vontade das partes seria de difícil implementação.

Segundo, toda a teoria aparece vocacionada para as pessoas coletivas e a insolvência transnacional não é uma problemática exclusiva daquelas.

Por último, não obstante credores e devedor reportarem-se a uma lei competente por força do contrato de sociedade, mesmo que o regime desta lei seja universal, encontrará sempre resistência quando necessite de produzir efeitos noutros ordenamentos que não aceitem aquela estipulação de competências como válida, pelo que poderá levar aos problemas que assombram o universalismo e o territorialismo clássico.

5. Conclusão

Na presente incursão, propusemo-nos a analisar o regime de insolvência estatuído pelo Regulamento (CE) n.º 1346/2000 de 29 de Maio relativo aos processos de insolvência.

Este Regulamento visa dar resposta ao problema da insolvência internacional e para tanto, contempla um sistema, que como vimos, se concretiza numa modificação do sistema universalista através do modelo da insolvência secundária.

Porém, de todos os sistemas analisados e do escrutínio do próprio diploma, resulta que muitas dificuldades continuam por solucionar, fazendo com que o sistema eleito não seja, de todo em todo, um sistema plenamente eficaz.

Concedemos no entanto que nenhum sistema o é, pelo que nos remetemos à seguinte pergunta: Terá sido a eleição do sistema da insolvência secundária um verdadeiro eufemismo, não passando de uma escolha entre “males”?

A adaptação em Direito Internacional Privado

A inversão de um paradigma

António Jorge Madureira Lourenço

Mestrando em Direito

Advogado-estagiário

1. O fenómeno da adaptação num plano teórico

1.1. Observações prévias

O Direito Internacional Privado (DIP), “*lato sensu*”, teve origem no século XI d.C., tendo na sua génese a necessidade de dirimir conflitos de leis. Desde então foram-se desenvolvendo as mais variadas técnicas para a resolução dessas questões de cariz absolutamente internacional (ou seja, em contacto direto com dois ou mais ordenamentos jurídicos), assim surgindo a qualificação, método que se pode subdividir em três fases, duas delas próprias do DIP e uma outra intermédia lhe é alheia, mas constituindo um elo necessário para a descoberta da lei concretamente aplicável.

Assim, o processo da qualificação comporta a interpretação do conceito-quadro, seguindo-se a dita fase intermédia, que corresponde à procura da solução que resolve a questão concreta no ordenamento jurídico para que aponta o elemento de conexão, terminando o processo com a qualificação propriamente dita, esta expressamente consagrada no artigo 15.º do Código Civil e que consiste, na esteira de FERRER CORREIA, na subsunção de um *quid* num conceito-quadro de uma norma de conflitos.

Todo o processo do silogismo terá, neste caso, de ser mais abrangente do que numa visão nacionalística, atendendo às assinaláveis diferenças que surgem entre os diversos ordenamentos jurídicos, apenas se pretendendo, para que se possa proceder à subsunção da solução preconizada no conceito-quadro, que ambas visem tutelar os mesmos interesses e objetivos.

Contudo, ainda nesta interpretação extensiva e com base no princípio da relatividade dos conceitos, surgem incongruências que podem revestir, entre as mais usuais, três grandes configurações, ou seja, um conflito negativo de leis (nenhuma lei se considera aplicável), um conflito positivo de leis (duas ou mais leis consideram-se aplicáveis para resolver a mesma questão jurídica) e ou ainda a um “*depeçage*” legal, que se traduz no desmembramento de uma mesma situação ou realidade, que consubstancia uma aplicação de vários ordenamentos jurídicos que chocam entre si.

No presente estudo tentar-se-á clarificar alguns conceitos teóricos para depois se concluir com uma análise crítica de um acórdão, visando a demonstração da relevância de que se reveste o fenómeno da adaptação em Direito Internacional Privado.

1.2. Enquadramento teórico e relevância prática

A adaptação surge na sequência do que vem sendo referido, “*id est*”, de uma incongruência na aplicação mecânica do DIP por via das normas de conflitos e com recurso à qualificação, implicando a sua correção com base em técnicas subjetivas e excepcionais.

Tendo em consideração o exposto, pode desde já afirmar-se já que o fenómeno da adaptação é indesejavelmente usado por estar em oposição ao desígnio, a nosso ver algo utópico, da inexistência de incongruências ou conflitos, finalidade esta prosseguida pelo percurso legislativo internacional tendente à uniformização das normas de conflitos entre os diversos Estados, assim reduzindo por esta via o recurso à adaptação.

Por outro lado, ainda com este mesmo objetivo, cumpre também destacar o esforço recente dos Estados em uniformizar matérias específicas, não no direito de conflitos, mas no próprio direito substantivo, como é exemplo paradigmático a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças.

Esta tendência de progressiva eliminação das normas de conflitos (se a todos os ordenamentos jurídicos se aplica o mesmo direito não é necessário existirem normas de conflitos), afigura-se-nos contudo inglória, desde logo porque há matérias de que os Estados não abdicam de regular no âmbito do seu direito interno; o que não invalida o

reconhecimento, numa perspetiva prática e tendo em consideração o aumento exponencial do mercado internacional, da fulcral importância da criação daquele diploma, com ele se tendo garantido a segurança e a certeza jurídica, num área fundamental das transações internacionais.

Com base no exposto, resulta que, muito embora se reconheçam os esforços no sentido de uniformização, tanto no DIP (Regulamento Roma I, Regulamento Roma II, “*et cetera*”), como no direito substantivo, a adaptação será sempre necessária, mas com uma alteração do paradigma sedimentado no passado, enraizado na inércia de quem infundadamente o vem utilizando.

Nestes termos, sendo a adaptação uma realidade que tem que ser usada, é imperial desmistificá-la, alterar o “*status quo*” que paira sobre si e que compara o fenómeno (analogicamente) a uma cartola de um mágico, de tão grande ser a incerteza sobre como funciona.

Isto posto, é necessário estabelecer, de forma transparente, os contornos do processo de adaptação, muito embora se reconheça a dificuldade de espelhar todos os casos possíveis. No mínimo, procuremos evidenciar e analisar os critérios por que se regem os tribunais na sua invocação e aplicação, sendo este o desiderato essencial deste trabalho e mesmo assim nada fácil de realizar em breves linhas, tal a delicadeza e complexidade do assunto.

1.3. A adaptação propriamente dita

No que concerne ao fenómeno da adaptação, efeitos e critérios utilizados, importa tratar cada uma das modalidades isoladamente, por tão díspares serem os procedimentos a usar.

Atente-se, todavia, que não se pretenderá definir a adaptação num plano puramente teórico, nem tratar das ténues barreiras que a separam das figuras da transposição e da substituição, devendo, no entanto, deixar-se uma noção, o mais precisa possível, do conceito da adaptação “*stricto sensu*”.

Assim, defendendo-se uma autonomia da adaptação, traduz-se esta na “*busca de congruência entre as estatuições das normas materiais designadas como aplicáveis por força das normas de conflitos, pela compatibilização de tais normas materiais, qualquer que seja a via – adaptação de normas de conflitos ou adaptação de normas materiais – a que se recorra para obter essa incongruência*”.¹

Constitui pois nosso objetivo abarcar os conflitos positivos e negativos de leis, por serem geradores de incongruências na aplicação do direito, pretendendo-se ainda considerar todas as situações que, direta ou indiretamente, impliquem a utilização de métodos subsidiários, quando as normas de conflitos não bastam, “*tout court*”.

1.3.1. Conflito de qualificações

O conflito de qualificações implica, na maioria das situações, o recurso à adaptação por configurar um resultado insatisfatório. Nestes termos, na esteira de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “*os chamados conflitos de qualificações levam muitas vezes à necessidade de adaptar, quer as normas de conflitos, quer as normas materiais, com vista a obter a congruência lógica ou teleológica na regulamentação material da questão privada internacional.*”²

Assim, numa primeira análise e por implicar tratamentos diferentes, importa destringir o conflito de qualificações positivo e o conflito de qualificações negativo. Quanto ao primeiro, também tratado na doutrina como “*cúmulo*”, representa uma situação em que duas ou mais leis se consideram competentes para a mesma realidade, por se subsumirem em duas ou mais normas de conflitos. Quanto ao segundo, também denominado *vácuo*, verifica-se o inverso, não se subsumindo o caso concreto em nenhuma norma de conflitos, com base no último passo da qualificação, plasmado no artigo 15.º do Código Civil.

Isto posto, quando surge uma situação insatisfatória que tem na sua base um conflito positivo, soluciona-se a questão por critérios estabelecidos pela doutrina, tendo por

¹ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Breves Considerações Sobre a Adaptação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1988, p. 21.

² ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Breves Considerações Sobre a Adaptação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1988, p. 34.

ponto de partida uma hierarquização dos estatutos envolvidos, “*id est*”, admitindo que em confronto está (a título meramente exemplificativo) o estatuto real e o estatuto pessoal, terá prevalência o estatuto real por força da forte ligação que se estabelece entre as coisas e o lugar da situação dos bens. Todavia, como se pode já concluir, a adaptação nesta modalidade implica uma grande sensibilidade, não se podendo determinar, “*ab initio*”, qual o estatuto que terá prevalência num determinado caso concreto, sendo a hierarquização, repisando, apenas um ponto de partida.

Por seu turno, quando, após a qualificação, nenhuma lei é indicada uma vez que o caso concreto não é subsumível em nenhuma norma de conflitos, a doutrina e uma escassa jurisprudência tendem a admitir, como melhor solução para resolver a questão, a criação de uma norma *ad hoc*, querendo isto significar que, no momento em que surge o problema de vácuo jurídico, deverá recorrer-se á adaptação, que tanto poderá ocorrer na norma de conflitos como na norma material mediante o que se julgar mais conveniente, alargando o seu conceito quadro ou alterando o elemento de conexão, caso se opte por adaptar a norma de conflitos ou dilatar a previsão ou estatuição de uma norma material, respetivamente, podendo ainda admitir-se a criação de uma norma “*ex novo*”.

Muito embora se presencie uma discussão acesa em torno desta problemática, tem vindo a ser entendimento da esmagadora doutrina (a qual subscrevo) proceder-se à adaptação na própria norma de conflitos por motivos de segurança e certeza jurídica, bem como por força do, sempre presente, objetivo da harmonia jurídica internacional. Assim, nas palavras de MARIA JOÃO MIMOSO, “*será sempre mais fácil elaborar novas regras de conflitos. Mas constata-se que esta solução não será sempre concretizável, o que fará com que se recorra à adaptação de normas materiais*”³.

1.3.2. Dépeçage

O fenómeno comumente tratado como “*dépeçage*” ou desmembramento das questões privadas internacionais pode configurar uma situação de profunda incongruência e por isso reclamar a necessidade de se operar a adaptação.

³ MARIA JOÃO MIMOSO, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, Quid Juris, 2011, p. 131.

Este “fracionamento” configura todas as situações que, por se revestirem de cariz complexo, se subdividem em autónomas matérias jurídicas que, por sua vez, preenchem conceitos-quadro distintos, podendo ocorrer, a mais das vezes, que os elementos de conexão não indiquem um mesmo ordenamento jurídico.

Deste ponto pode suceder e muitas vezes sucede não ser necessário recorrer à adaptação, uma vez que, apesar de simultaneamente e na mesma situação jurídica serem concretamente aplicáveis várias leis, podem elas efetivamente coexistir sem a criação forçosa de uma solução materialmente injusta.

No entanto, é precisamente nos outros casos, isto é, quando da aplicação sucessiva de vários ordenamentos jurídicos resulta uma incongruência insanável por meras técnicas hermenêuticas, que se revela necessária a adaptação. Ilustra na perfeição o que se pretende aqui definir o exemplo de escola sobejamente referido mas que, por ser tão transparente e esclarecedor, merece ser plasmado: um casal alemão adquire nacionalidade sueca e posteriormente o marido morre sem testamento.

Nesta hipótese, dado que o direito sueco não confere à viúva qualquer direito sucessório e na liquidação do casal por dissolução do casamento adjudica a cada um dos cônjuges ou sucessores metade dos bens do dito casal, fundidos para o efeito numa massa comum e que o direito alemão, por seu turno, não reconhece ao cônjuge supérstite qualquer pretensão ao regime matrimonial, uma vez que já lhe reconhece um direito sucessório, o cônjuge sobrevivente não poderá deduzir qualquer pretensão sucessória, ficando a viúva, conforme ensina BAPTISTA MACHADO⁴ de mãos vazias.

Este resultado, ainda na esteira de BAPTISTA MACHADO, “*produto do jogo automático das normas de conflitos, é tido como inadmissível*”⁵ merecendo, naturalmente, a correção do resultado material por via da adaptação, por forma a tutelar de forma congruente os direitos que no caso concreto se encontrem em vulnerável posição.

⁴ BAPTISTA MACHADO, *Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e substituição*, Lisboa, 1961

⁵ BAPTISTA MACHADO, *Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e substituição*, *op. cit.*

1.3.3. Conflito Móvel

No que diz respeito ao conflito móvel, não podendo deixar de se registrar por também ser gerador de incongruências, apenas cumprirá mencionar, por ter pouca relevância nas folhas que aqui se preenchem, que esta questão se suscita sempre que ocorre uma “*sucessão no tempo de ordenamentos jurídicos aplicáveis à mesma questão em razão da alteração do conteúdo concreto do elemento de conexão*”⁶, como facilmente se vislumbra quando ocorre uma mudança de nacionalidade de um sujeito.⁷

1.3.4. A Situação materialmente injusta

Por fim, a situação materialmente injusta surge quando, pese embora a norma de conflitos aponte para apenas um ordenamento jurídico, aquele que abstratamente é considerado o mais competente a tratar aquele concreto assunto, o resultado da aplicação do Direito Internacional Privado gera soluções insatisfatórias.

A propósito, tenha-se em consideração que é hoje assente que “*em Direito Internacional Privado a justiça é eminentemente formal. Mas também sabemos que a justiça só efetivamente existe se as partes virem os seus respetivos problemas solucionados e isto dependerá sempre, que mais não seja, de critérios de razoabilidade.*”⁸.

Neste ponto, emerge impreterível a existência do fenómeno da adaptação.

Na verdade, não se poderia o Direito Internacional Privado bastar com uma aplicação cega e automática das normas de conflitos, devendo antes existir todo um percurso subjacente que tenha em consideração os reais interesses das pessoas que o invocam, sob pena de desligar este ramo de direito privado da realidade material, redundando por isso num direito débil, inútil e vazio.

⁶ ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Adaptação em Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 42.

⁷ Para mais desenvolvimentos, consultar o caso *Chemouni*, submetido aos tribunais franceses em 1958, 1960 e 1963.

⁸ MARIA JOÃO MIMOSO, *Nótulas de Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 126.

2. Análise Jurisprudencial

2.1. Observações Prévias

A adaptação, conforme sumariamente foi tratada supra, é uma figura que não se esgota no Direito Internacional Privado, podendo aliás operar em todos os ramos de Direito; todavia, o seu conceito não se encontra ainda consolidado, o que implica tratar-se necessariamente de um campo volátil e em evolução, que se vai (passe a redundância) adaptando e consolidando com o decurso do tempo.

Concretamente no Direito Internacional Privado, estando longe de estar implementada esta (diga-se) técnica jurídica, o primeiro passo foi já dado, comprovando-o a jurisprudência mais recente, que demonstra sensibilidade para o tema e que admite não ser prescindível a assunção de determinados conceitos base para se adaptar situações que se afigurem injustas de um ponto de vista material.

Pelo exposto, trataremos neste capítulo de analisar um acórdão acompanhado de uma reflexão crítica, onde melhor se compreenderá os conceitos (estáticos) que atrás ficaram escritos, numa dinâmica realidade em que, pela aplicação e operância “*ipso jure*” das normas de conflito, resultem situações de profunda injustiça a que não se pode ficar indiferente.

2.2. Acórdão

2.2.1. A escolha do acórdão 2357/08.6TVLSB.L2.S1 do Supremo Tribunal de Justiça

O presente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça enferma de erros que demonstram o terreno movediço em que assenta o Direito Internacional Privado e, concretamente, o fenómeno da adaptação. Tem ele subjacente um caso simples caso que por isso facilita a sua compreensão e entendimento e permitirá um melhor enfoque no que aqui se pretende analisar.

Assim, após uma resumida análise dos factos que deram vida a este processo, proceder-se-á a uma observação do modo como as partes acompanharam o processo

(analisando-se, por isso, o papel do advogado), seguindo-se o modo em como as sucessivas decisões foram sendo estruturadas (estando-se a observar agora o Direito Internacional Privado na perspetiva do juiz).

2.2.2. Resumo da factualidade e enquadramento legal

Em 2003, ocorreu um acidente automóvel entre uma viatura automóvel de matrícula espanhola e uma outra viatura automóvel de matrícula portuguesa, em território espanhol.

Ora, muito embora atualmente exista uma uniformização das normas de conflitos no que concerne à responsabilidade civil extracontratual ao abrigo do Regulamento 864/2007, tratado usualmente por Roma II, quando ocorreu o facto gerador dos danos (leia-se acidente), ainda não era aplicável tal Regulamento, sendo, por isso, aplicáveis as disposições do Código Civil.

Nestes termos, por força do disposto no artigo 45.º do Código Civil, no seu n.º 1, a responsabilidade civil extracontratual é “regulada pela lei do Estado onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo”, o que, “*in casu*”, indicava o ordenamento jurídico espanhol.

No entanto, apesar da responsabilidade civil extracontratual ser reconhecida em Espanha, a disciplina dos prazos prescricionais não é idêntica em Espanha e Portugal, verificando-se no caso em apreço que, à luz dos preceitos do ordenamento jurídico português, o direito indemnizatório ainda não se encontrava prescrito (tomando em consideração o prazo prescricional do crime de ofensas corporais negligentes) e em Espanha, onde o prazo de prescrição é apenas um ano, já tal direito havia prescrito, tendo em conta que tinham decorrido quase 5 anos desde o momento em que ocorreu o facto (28 de Agosto de 2003) e a data da citação da Ré seguradora (25 de Agosto de 2008).

Perante tal quadro fáctico, os tribunais decidiram de uma forma constante no que concerne ao Direito Internacional Privado, operando mecanicamente a norma de conflitos por forma a determinarem como competente o ordenamento jurídico espanhol. Isto posto,

definidos os traços gerais da realidade material, cumpre analisar a questão tanto do ponto de vista do advogado, como do ponto de vista do juiz.

2.2.3. Do advogado

Face a tudo o exposto, resulta de forma clara que o Direito Internacional Privado não está, e muito menos o fenómeno da adaptação, dominado de uma forma geral pelos advogados portugueses, o que leva, numa primeira fase, a que constantemente seja invocada ou considerada a lei portuguesa, com absoluta revelia pelas normas de conflitos, podendo desta forma incorrer-se num patrocínio gerador de prejuízos sérios para os legítimos interesses dos patrocinados.

Ora, foi exatamente o que parece ter sucedido no caso “*sub judice*”, uma vez que a ação foi intentada tendo em consideração o prazo prescricional português, levando a que o Autor não fosse ressarcido pelos danos que teve, quando ele efetivamente poderia ter esse direito.

Ora, como ficou referido, o direito espanhol foi considerado competente para tratar do caso que aqui se estuda, onde se determina que o direito de indemnização nestes moldes prescreve no prazo de um ano, prazo este largamente ultrapassado, não tendo por isso o Autor direito a ser ressarcido.

O que levanta outra questão, não menos pertinente. Será obrigatório um qualquer viajante que se encontre em Espanha em passeio conhecer o sistema jurídico espanhol?

Não seria por isso razoável, no presente caso, admitir-se que o viajante apenas tinha conhecimento de que o prazo prescricional em Portugal era de cinco anos, não equacionando sequer a hipótese de ser aplicável a lei espanhola, adaptando-se o direito material espanhol com alargamento do prazo prescricional?

É certo que a justiça formal foi encontrada, aplicando-se a lei do ordenamento jurídico indicado pelo elemento de conexão da norma de conflitos do artigo 45.º do Código Civil, sendo evidente o erro do Autor e respetivo mandatário na aplicação da lei, o que demonstra, mais uma vez, a fraca preparação dos juristas portugueses.

A questão fulcral, no que ao advogado diz respeito, passa pelo evidente pouco à vontade com que coabita com uma realidade hoje em voga, mas que desconhece, bastando-se para tal e a título meramente exemplificativo invocar o esbatimento das fronteiras em toda a União Europeia.

É urgente e necessário, que os advogados e juristas, em geral, se consciencializem desta questão, para que possam estudar e utilizar o Direito Internacional Privado como uma realidade implementada e para que seja usado de forma uniforme e previsível, garantindo-se, como vem sido sobejamente referido no presente, a segurança e certeza jurídica.

2.2.4. Do Juiz

O juiz desempenha um papel preponderante no reconhecimento do Direito Internacional Privado e do fenómeno da adaptação, que apenas operam se existir uma preparação e sensibilidade tanto na aplicação, como na identificação das problemáticas desta natureza.

No presente caso, a norma de conflitos foi corretamente aplicada, acompanhada de uma clara e transparente explicação dos motivos que levaram à sua aplicação, com respeito por todas as regras do Direito Internacional Privado, tendo sido verificados os pressupostos da qualificação supra mencionados, bem como a eventualidade da norma de conflitos espanhola tratar a questão de forma diferente, podendo levantar um problema de reenvio.

Tudo isto, ainda que escamoteado todo o processo de aplicação da norma de conflitos, resulta inequivocamente que o direito espanhol é concretamente aplicável para dirimir a questão “*sub judice*”.

Assim, em primeiro lugar, é certo que o direito espanhol reconhece figura idêntica à responsabilidade civil extracontratual portuguesa através de normas que partilham dos mesmos fins e interesses, pelo que o direito do Autor existia.

Reconhecido o direito que abstratamente o Autor detinha na concreta questão que aqui se analisava, poderia numa primeira análise ter-se a tentação de, a partir daqui, se utilizar o direito português pela sua evidente aproximação. No entanto, a norma de conflitos, concretamente o elemento de conexão, indica um ordenamento jurídico preciso e

no seu todo, que deve ser analisado como tal, retirando-se tudo o necessário para a resolução do litígio.

O que implica, naturalmente, que a questão da prescrição seja analisada do ponto de vista da legislação espanhola, com conseqüente adoção do prazo prescricional de um ano, implicando para o Autor a improcedência da ação.

No entanto, seguindo a linha de raciocínio que tem vindo a ser delimitada, a preocupação em criar uma solução materialmente justa ficou em todo o processo, verificando-se uma operação mecânica, quase automática, da norma de conflitos. Isto apenas confirma o que vem sendo defendido quanto à impreparação generalizada dos juristas para estas questões, em particular para os diversos agentes da administração da justiça, sendo necessário abrir-se o caminho a novas decisões, mais ricas e vastas, que abram a porta a que se aplique a adaptação (e o próprio Direito Internacional Privado), com certeza e segurança, garantindo-se estes mesmos valores aos cidadãos portugueses.

A inconsideração desta possibilidade de se adequar pela figura da adaptação a aplicação do direito às soluções mais justas do ponto de vista material, em detrimento das soluções formais iníquas, justifica uma ampla e transversal reflexão dos operadores judiciários para melhoria dos serviços de justiça em Portugal, devendo cada jurista marcadamente definir a sua posição e começar a praticar os atos no sentido de aplicar a adaptação.

Retomando o tema “*in casu*”, reitera-se: não seria materialmente justo reconhecer-se a tutela do direito do Autor, que efetivamente foi lesado e tinha em abstrato o direito a ser ressarcido, apenas não tendo sido por força de uma exceção?

Considero, no meu humilde entender e salvo melhor opinião, que este caso poderia ter facilmente sido adaptado pelos tribunais, mais concretamente e avançando uma possível solução no direito material espanhol, alargando-se conseqüentemente o prazo prescricional por forma a viabilizar a materialização do direito invocado pelo Autor.

Compreende-se, todavia, o conflito que aqui se verifica, não sendo também materialmente justo causar-se um dano na esfera jurídica de alguém que, por força do seu ordenamento jurídico, se encontra protegido, como seria a eventual condenação da seguradora em face de um direito prescrito.

Ora, sobre esta questão não se pronunciaram os juízes, ou por considerarem materialmente justa a decisão que sucessivamente foi sendo impugnada, ou por, conforme tem vindo a ser referido, não terem conhecimentos aprofundados sobre este ramo do direito.

Concluindo, a questão da adaptação no caso que aqui se analisa não foi abordada com desprezo geral da sua virtualidade por advogados e juízes e assim sucedeu porque, à semelhança da generalidade dos juristas, provavelmente desconheciam as suas potencialidades da figura para obstar à consumação de manifestas e evidentes injustiças materiais

3. Considerações Finais

O Direito Internacional Privado, com tudo o que ficou dito e que ficou por dizer, está em formação, sendo por isso imprescindível o apoio e a dedicação de todos para uma sedimentação digna de um país desenvolvido, que se encontra globalizado, pela quebra de barreiras, físicas e virtuais (leia-se *Internet*), que colocam um negócio jurídico à distância de um *click*.

Acabando como se começou, espera-se que os leitores tenham acompanhado esta singela digressão em torno de um tema “tabu”, que paira sobre todos os juristas, almejando-se que tenha sido clarificadora e, diga-se, desmistificadora, se bem que pontual num tão vasto tema que mereceria bem maior aprofundamento.

Que este meu contributo seja por isso apenas encarado como mais um estímulo ao amadurecimento do Direito Internacional Privado.

Ainda em jeito de conclusões no que concerne ao acórdão escolhido e comentado, relembra-se que se louva a boa prática e uso das normas de conflitos pelos tribunais onde correu termos o dito processo, bem como a falta de preparação para as questões absolutamente internacionais (que contactam com diversos ordenamentos jurídicos) por parte dos juristas e população em geral, o que provoca, como no caso que aqui se analisou, que não se reconheçam direitos que em princípio deveriam ser reconhecidos.

Deste ponto, estabelece-se a ponte para o fenómeno da adaptação, que, como se viu e como resulta da consulta da jurisprudência portuguesa, não opera hoje com a frequência que os temas impõem, em prejuízo de se prejudicarem os interesses dos cidadãos, atenta a “banalização” dos negócios internacionais, aliado ao facto de, conforme é assente, existirem diferenças brutais entre ordenamentos jurídicos.

Todavia, mesmo não existindo grandes diferenças (pense-se, a título exemplificativo, nos ordenamentos jurídicos português e espanhol), pequenas diferenças podem deixar desprotegido ou impedir o reconhecimento de um direito, mais uma vez se aludindo ao acórdão que aqui se tratou, onde uma mera diferença de prazo prescricional fez cair a possibilidade do Autor se ver ressarcido pelos danos que lhe tinham sido causados.

A adaptação deverá servir exatamente para isso, isto é, para tutelar as questões que, na aplicação da norma de conflitos, provoquem uma situação materialmente injusta ou insatisfatória. Todavia, para tal, é imperativo que os juristas, que intervêm nos concretos casos, possuam uma adequada sensibilidade jurídica para esta temática e um concreto conhecimento da sua disciplina, nomeadamente dos princípios que a orientam e dos limites da própria figura da adaptação.

Fundações Públicas com regime de Direito Privado

O especial caso das *Fundações Públicas Universitárias*, uma realidade com futuro?

Cláudia Cordeiro de Almeida

Mestre em Direito

Advogada

Numa época marcada por sucessivos processos de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas¹, muito se tem discutido acerca desta nova figura, que à natureza pública de um ente, criado para realização de determinados fins públicos, alia um regime privatístico.

A adoção deste modelo fundacional com um regime privatístico para o ensino superior público, causa ainda hoje grandes reticências, seja pela obscuridade que figura representa, seja pela adoção de um modelo fundacional, marcado por um regime privatístico, para as universidades públicas.

¹ *Ab initio* importa destacar que são várias as formas de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, podendo existir uma privatização na execução de tarefas públicas, onde entidades privadas executam tarefas públicas que lhe são confiadas, transferindo-se em alguns casos a responsabilidade por essa execução para entidades privadas, como é o caso da privatização orgânica, ou noutros casos, nem sequer esta responsabilidade é transferida, limitando-se a entidade particular a colaborar na execução de uma tarefa pública, como sucede na privatização funcional. No caso da privatização orgânica há uma transferência da responsabilidade pela execução de uma tarefa pública para entidades privadas, podendo realizar-se através de um contrato de concessão ou através da delegação de funções públicas em entidades particulares – (privatização orgânica material), ou através da criação por iniciativa pública ou por parceria público - privada, de entidades em forma jurídico – privada, para realizarem tarefas de interesse público (privatização orgânica formal) – as denominadas entidades administrativas privadas. Distinto de privatização orgânica é a privatização funcional, que como referimos a entidade particular apenas colabora com a Administração, colocando os seus meios à disposição desta, para serem utilizados na realização da tarefa pública, levada a cabo pela própria Administração. Neste caso, a entidade particular apenas se compromete a exercer uma atividade, que produz um resultado pretendido pela Administração, não havendo aqui uma transferência da responsabilidade da execução de uma tarefa pública. Além desta medidas de privatização orgânica e funcional, que se enquadram dentro da privatização na execução de tarefas públicas que é uma das modalidades de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, existe uma outra forma de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas que consiste não no recurso a entidades privadas para a execução de tarefas públicas, mas no recurso à privatização do direito pelo qual se regem as entidades públicas na execução das tarefas públicas. Assim, temos uma privatização no âmbito da execução de uma tarefa pública, não do ponto de vista organizativo, que continua a ser realizada por entidades públicas, mas na forma de ação da Administração, que passa a reger-se pelo direito privado na execução de tarefas públicas, havendo aqui uma privatização do regime jurídico aplicável à atuação da Administração na realização de tarefas públicas.

Afinal o que são as fundações públicas com regime de direito privado e onde e que impacto tem estas medidas de privatização.

As fundações públicas com regime de direito privado, surgiram no nosso ordenamento jurídico como uma consequência do movimento de privatização fortemente sentido no último quartel do séc. XX.

A “*fuga para o direito privado*”² pela Administração, acarretou o aparecimento de inúmeras entidades de substrato público com um regime de direito privado e de entidades privadas com regime de direito privado, criadas por iniciativa de um ente público, para prossecução de fins de interesse público. Mas mais do que isto, acarretou, este processo de privatização, o desaparecimento da “*identidade entre pessoas coletivas públicas e regime de direito público e entre pessoas coletivas privadas e de regime de direito privado*”³.

Evoluiu-se, assim, da conceção clássica de que o Estado só poderia criar pessoas coletivas públicas, submetidas ao direito administrativo e os particulares só poderiam criar pessoas coletivas privadas, submetidas ao direito privado, para uma nova conceção onde o Estado e restantes pessoas coletivas públicas territoriais podem criar entidades públicas de direito público ou de direito privado e entidades privadas, para prosseguirem interesses seus. Quanto aos particulares continuam a poder criar somente pessoas coletivas privadas, no entanto passa a haver “*pessoas coletivas privadas sujeitas ao direito administrativo e pessoas coletivas públicas formadas de particulares*”⁴ (no primeiro caso veja – se e o exemplo das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e no segundo as associações públicas).

Desta forma, admite-se a existência de entidades com substrato público mas com uma forma privada e com regime de direito privado, ou com uma forma pública mas com um regime de direito privado e entidades com um substrato privado, numa forma privada mas com um regime predominantemente de direito público e ainda entidades com um substrato privado, numa forma pública, com um regime de direito público. Dando-se, por

² MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, coleção de teses, Coimbra: Almedina, 1999. A expressão “*fuga para o direito privado*” deve-se no entanto a FRITZ FLEINER, autor da obra *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8ª ed., Ed. Mohr, Tübingen, 1928, p.326, tendo sido traduzida para Castelhana em *Instituciones de Derecho Administrativo* por SABINO A. GENDIN, Barcelona: ed. Labor. S.A., 1933.

³ VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p, 279.

⁴ VITAL MOREIRA, *ob. cit.* p. 278.

isso, uma verdadeira “*dissociação entre a origem e a forma de personificação, e entre esta e o regime aplicável.*”⁵”

Pelo que, podemos concluir, que passam a existir pessoas coletivas públicas de direito público e pessoas coletivas públicas de direito privado, mais concretamente, no caso das fundações, passam a existir além das clássicas fundações públicas de direito público, fundações públicas com regime de direito privado.

Estas últimas caracterizam – se por serem entidades com uma origem, substrato e forma pública, criadas por um ente público, para prossecução de fins de interesse público, regem a sua organização e funcionamento pelo direito administrativo e sua atividade pelo direito privado.

As fundações públicas com regime de direito privado distinguem-se das fundações públicas *tout cour* (de direito público), que são uma espécie de instituto público, não pelo critério da iniciativa, fim ou controlo que são também públicos, mas pelo regime jurídico a que aquelas se encontram sujeitas para reger a sua atividade. Passando a reger a sua atividade pelo direito privado. No entanto, devido à sua natureza administrativa, continuam vinculadas aos princípios constitucionais e legais de direito administrativo, passando, assim, a regerem-se pelo direito privado administrativo⁶.

Estas Fundações distinguem-se também das fundações privadas *tout cour* por estas serem criadas por iniciativa privada, através de um negócio jurídico, *inter vivos* ou *mortis causa*, com património particular, para a prossecução de fins de interesse coletivo, regem a sua organização, funcionamento e atividade pelo direito privado.

Distinguem-se, ainda, das fundações privadas com uma origem pública, apesar de terem uma iniciativa pública, um património de origem exclusiva ou predominantemente público e serem criadas por decreto – lei, regem a sua organização, funcionamento e

⁵ VITAL MOREIRA, *ob. cit.* p. 278.

⁶ O direito privado administrativo é um conceito criado pela doutrina alemã, designado de *verwaltungsprivatrechts*, segundo o qual o direito privado pelo qual a Administração se encontra submetida, é um direito adaptado “*por elementos de direito público tendentes à salvaguarda mínima dos direitos fundamentais e os princípios fundamentais da constituição relativos à Administração pública (igualdade, imparcialidade, proporcionalidade)*”. VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 284. Trata-se de um direito privado “*adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*” PEDRO GONÇALVES, “Entidades privadas com poderes administrativos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 58 Julho/Agosto, 2006, pp. 53 e 54. Sobre este conceito ver na doutrina alemã entre outros HANS WOLFF; OTTO BACHOF; ROLF STÖBER, *Verwaltungsrecht II*, Munique: Juristische Kurz-Lehrbücher, 1987.

atividade pelo direito privado e prosseguem fins de interesse social que coincidem com fins públicos, o que faz com que sejam pessoas coletivas privadas e de utilidade pública.

Finalmente, distinguem-se das fundações privadas *tout cour* e utilidade pública, por estas serem criadas por iniciativa privada, com património e meios particulares, prosseguem fins de interesse social, cooperam com a Administração central ou local, em termos que lhes é reconhecido o estatuto de utilidade pública.

As fundações públicas com um regime de direito privado caracterizam-se por:

- Serem criadas por iniciativa pública,
- Existem para a prossecução de fins públicos primários ou secundários;
- São criadas e configuradas por lei;
- Regem – se a sua organização e funcionamento por um “*direito administrativo organizatório especial (a saber o constante da respectiva lei orgânica e dos seus estatutos)*”⁷,
- Regem a sua atividade predominantemente pelo direito privado, como vimos, pelo direito privado administrativo.

Como refere PACHECO DE AMORIM esta nova figura é “*semelhante à das entidades públicas empresariais, no sentido de que, sendo pessoas coletivas públicas (de natureza jurídico - organizatória pública), continuando a ser pessoas coletivas públicas, constituem todavia uma excepção à regra de que às pessoas coletivas públicas se aplica o direito próprio destas entidades, o direito estatutário da Administração pública (ou seja o direito administrativo): com efeito a sua actividade é também regida em regra pelo direito privado, apenas detendo poderes públicos de autoridade, nos termos da lei, em casos excepcionais.*”⁸

Trata-se, por isso, de entidades que tem uma origem, substrato, património e forma pública, regem a sua organização e funcionamento por um direito administrativo especial (que consta do diploma legal que as institui e dos seus estatutos), regendo a sua atividade pelo direito privado e excecionalmente pelo direito administrativo.

⁷ JOÃO PACHECO DE AMORIM, Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO, p. 10.

⁸ *Ibidem.*

O que causa alguma estranheza, na medida em que sempre existiu identidade entre a origem, forma e direito aplicável, o que *in casu*, sempre foi o direito administrativo que regulou a atuação das entidades administrativas, e excepcionalmente o direito privado, quando estas atuassem no âmbito de gestão privada.

Atualmente temos entidades administrativas, como as fundações públicas com regime de direito privado, que no âmbito da execução de tarefas públicas, regem a sua atividade pelo direito privado, ficando somente sujeitas ao direito administrativo, quando a sua atuação externa se encontre submetida a normas que a estas se dirigem, enquanto membros da Administração, para por exemplo atribuírem poderes de autoridade ou imporem deveres.

Verificando-se, aqui uma contenção do direito administrativo na regulação da atuação destas entidades administrativas, mas simultaneamente uma expansão, na medida em que o direito privado pelo qual estas entidades se regem, é um direito “*adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”⁹, o que faz com que o direito aplicável seja o direito privado administrativo¹⁰.

O que “*torna o regime privatístico a que estas fundações de origem e substrato público se encontram predominantemente sujeitas, num regime impuro*”^{11 12}.

Neste sentido, apesar da rutura entre origem, forma e o regime aplicável, ou da forma de privatização operada, seja na forma de ação ou na forma de organização da administração, sempre terão que ser observados, pelas entidades administrativas os princípios legais e constitucionais de direito administrativo.

Pelo que, quando o Estado recorre a este modelo fundacional com um regime de direito privado, para entidades públicas que realizam tarefas de interesse público, em

⁹ PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 53 e 54.

¹⁰ Sobre o direito privado administrativo *vide* nota 6.

¹¹ CLÁUDIA CORDEIRO DE ALMEIDA, *Fundações públicas com regime de direito privado num contexto de privatização*, Porto: 2012, p. 97, disponível em:
<http://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/65033/2/5009.pdf>.

¹² Neste sentido, as fundações públicas com regime de direito privado, mesmo que estejam predominantemente sujeitas a um regime de direito privado, tem que observar (na medida em que fazem parte da Administração) os princípios constitucionais ou legais de direito administrativo, o que faz com que estas fundações não se encontrem puramente sujeitas a um regime privatístico. Assim, o direito pelo qual se regem estas fundações é o direito privado administrativo.

momento algum coloca em causa os princípios a que estas entidades estão constitucionalmente ou legalmente vinculadas.

Por conseguinte, o modelo fundacional com regime predominantemente privatístico adotado pelo Estado, para entidades que prosseguem fins públicos, tem como vantagem além de manter a natureza jurídica pública do ente (que para todos os efeitos, trata-se de uma fundação pública, uma verdadeira pessoa colectiva pública, com uma origem, forma e fim público, mas com um regime de direito privado), permite que as entidades públicas realizem, de uma forma autónoma, com “*maior eficiência*”¹³ e com menores custos, o interesse público.

Neste sentido, na criação desta figura tão controversa na doutrina e no recurso a tantas outras figuras similares¹⁴, estiveram certamente razões económicas e estruturais. Com a aplicação do regime de direito privado, à atividade administrativa, consegue reduzir – se custos, logo no setor administrativo, contratando-se os funcionários através do contrato individual de trabalho. Consegue-se a uma maior rentabilidade dos recursos e o cumprimento de objetivos. Estas fundações estão excluídas, da obrigação de sujeição à contabilidade pública e detêm uma maior autonomia, desde logo, na contratação de pessoal, gestão financeira e patrimonial.

E foi exatamente pela maior autonomia que as universidades públicas portuguesas têm vindo a converter – se em fundações públicas com regime de direito privado.

Este modelo fundacional com um regime privatístico, tem vindo a ser utilizado pelo Governo para as universidades públicas, desde a última reforma do ensino superior público, de 10 de Outubro de 2007, altura em que a Lei 62/2007 de 10 de Setembro, que

¹³ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 284.

¹⁴ Como por exemplo: as Entidades Públicas Empresariais (E.P.E) que são empresas públicas, nos termos do art.º 3º do Regime Jurídico do Setor Empresarial do Estado e das Empresas Públicas. Trata-se de entidades públicas sujeitas a um regime de direito privado (art.º 7º e 23º do RJSEEP), operando-se aqui a privatização no direito aplicável à atuação destas entidades públicas. Em contraponto com estas entidades públicas de natureza empresarial, temos as entidades criadas pelo Estado sob a forma de sociedades comerciais, também consideradas empresas públicas, nos termos do art.º 3º n.º 1 do RJSEEP. Trata-se de entidades que o Estado ou outra entidade pública estadual cria sob a forma societária, nos termos das leis comerciais, para a realização de fins públicos, exercendo uma influência dominante sobre estas (v.g a maioria do capital ou do direito de voto ou no direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou do conselho de fiscalização). Estas entidades tal como as primeiras são criadas por iniciativa pública, para a realização de fins públicos, regem-se pelo direito privado, e são ambas empresas públicas. No entanto, distinguem-se, pelo facto de estas últimas revestirem a forma societária, fazendo delas pessoas coletivas privadas, ao invés das primeiras, que são entidades públicas de natureza empresarial, e por isso, pessoas coletivas públicas.

consagra o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior¹⁵ entrou em vigor, e que veio permitir que as instituições de ensino superior públicas possam transformar-se em fundações públicas com regime de direito privado¹⁶.

Tendo já adotado esta figura de fundação com um regime de direito privado, o ISCTE — Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), em 27 de Abril de 2009, pelo Decreto – Lei nº 95/2009 de 27 de Abril; a Universidade do Porto (UP), na mesma data, pelo Decreto-Lei nº 96/2009 de 27 de Abril e a Universidade de Aveiro (UA), também na mesma data, pelo Decreto-Lei nº 97/2009 de 27 de Abril.

A Universidade do Minho (UM) iniciou o processo de transformação em fundação pública com regime de direito privado, tendo sido aprovada a sua passagem a este modelo fundacional.

Existem, no entanto, ainda hoje muitas reticências a este modelo fundacional com regime privatístico, seja pela obscuridade que a figura ainda se apresenta no nosso ordenamento; seja pela falta de estabilidade na implementação deste modelo; seja pela privatização do direito aplicável à atuação das universidades públicas ou pelos novos órgãos introduzidos por este modelo, como o conselho de curadores, que faz com que muitos reitores não tenham apresentado a proposta de passagem a fundação.

A passagem a fundação pública com regime de direito privado, não acarreta tantas mudanças como se poderia pensar, nem coloca em causa a realização do interesse público a que as instituições de ensino superior público se encontram adstritas.

Refere o art.º 9º do RJIES que as instituições de ensino superior público são pessoas coletivas de direito público, podendo, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado.

Apesar da previsão de um regime dualista para as instituições de ensino superior público, não deixamos, em momento algum, de estar perante pessoas coletivas públicas, só

¹⁵ Adiante designado por RJIES.

¹⁶ A criação desta figura jurídica tão ambígua como a fundação pública com regime de direito privado, para as universidades públicas, teve a sua origem no RJIES. Referindo o art.º 9º deste diploma legal, que as “*instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas de direito público, podendo, porém, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado, nos termos previstos no capítulo VI do título III*”.

que com regimes diversos, no caso das fundações regem-se predominantemente pelo direito privado.

Aliás, o que não estiver regulado no capítulo VI referente às instituições de ensino superior público de natureza fundacional, e nos estatutos da fundação, aplica-se supletivamente o regime geral das instituições de ensino superior públicas contido no RJES.

Neste sentido, as universidades que adotem um regime fundacional, continuam a ser pessoas coletivas públicas, gozando dos mesmos direitos que as demais instituições de ensino superior públicas.

Verificando-se, somente, esta medida de privatização na forma de ação da Administração, que passa a regular a sua atividade pelo direito privado e excecionalmente pelo direito administrativo.

Havendo aqui uma privatização do direito aplicável à atuação da Administração na execução de tarefas públicas. Constituindo uma forma indireta privatização, que mantendo a natureza pública do ente, opera a uma privatização do regime jurídico aplicável à sua atividade, o que no fundo, traduz o mesmo efeito que as outras medidas mais ostensivas e incisivas de privatização, a evasão para o direito privado.

Pelo que, como pudemos constatar, que com esta medida de privatização, mantém-se a natureza pública da entidade, privatizando-se somente o regime jurídico pelo qual se vai regular a entidade administrativa na execução das tarefas públicas, tendo já sido denominada esta forma de privatização por PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ como uma “*privatização do direito aplicável pela Administração Pública*”¹⁷. Constituindo esta medida de privatização uma das modalidades de privatização no âmbito da execução de tarefas públicas, caracterizando – se pela privatização do regime jurídico pelo qual se rege a entidade administrativa na execução de uma tarefa pública.

Havendo aqui uma privatização encoberta na execução de tarefas públicas, mantendo a natureza pública da entidade, esta passa reger-se predominantemente pelo

¹⁷ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Os Parâmetros de Controlo da Privatização Administrativa, instrumentos de fiscalização judicial da decisão jurídico-pública de privatização*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

direito privado, direito comum das entidades privadas, para a realização de tarefas públicas.

Esta medida de privatização e a consequente evasão para o direito privado pela Administração, teve a sua fase embrionária no setor empresarial do Estado (v.g com as Entidades Públicas Empresariais, as E.P.E), e rapidamente se expandiu para outros setores como o do ensino superior, permitindo-se, como vimos, às universidades públicas a conversão em fundações públicas com regime de direito privado.

Prevendo o RJIES que as instituições de ensino superior públicas são pessoas coletivas de direito público, podendo, no entanto, revestir a forma de fundações públicas com regime de direito privado, nos termos previstos nos art.º129º a 137º.

As instituições de ensino superior público podem requerer ao Governo a sua transformação em fundações públicas com regime de direito privado.

As universidades que adotem este modelo fundacional, passam a ter como vimos, uma maior autonomia, que as demais instituições de ensino superior público. Através da celebração de contratos-plurianuais com o Estado, representado pelo ministro das finanças e da tutela, estas recebem um financiamento para um período não inferior a três anos, comprometendo-se a atingir os objetivos propostos. Deixando a instituição de estar dependente dos montantes concedidos anualmente no Orçamento de Estado. O que permite desde logo investir em projetos de investigação sem estar dependente das atribuições anuais do Orçamento de Estado às universidades¹⁸, e mesmo que não tenha recursos financeiros para investir nestes projetos podem recorrer ao financiamento bancário ou até mesmo alienar património da fundação¹⁹ para subsidiar projetos de investigação.

As instituições de ensino superior público, que se convertam em fundações públicas com regime de direito privado dispõe de uma maior autonomia patrimonial, podendo dispor e gerir o seu património, sendo a receita total para as fundações universitárias, não

¹⁸ Tendo referido pelo reitor da Universidade do Porto, Dr. José Marques dos Santos, no 3º ciclo de conferências organizadas pelo conselho geral da Universidade do Minho, sobre o regime fundacional, que a passagem a fundação pública com regime de direito privado permite desde logo uma *“maior capacidade para a realização dos planos estratégicos, facilitada pela não sujeição às mudanças anuais das políticas orçamentais do Governo (...) pelo financiamento ser complementado por meio de contratos plurianuais com o Estado segundo objetivos de desempenho”*. Discurso proferido no 3º ciclo de conferências do regime fundacional das universidades, organizado pelo conselho geral da universidade do Minho. Disponível ONLINE o vídeo da conferência em: <http://www.conselhogeral.uminho.pt>.

¹⁹ A alienação de património da fundação está dependente da autorização do conselho de curadores, nos termos do art.º 133º nº 2 al. c) conjugado com o art.º 82º nº2 al. h) do RJIES.

ficando somente com 50% do valor da venda como sucede com as demais instituições de ensino superior público, que vêm cativos pelo Estado os outros 50%.

Pelo que, a passagem a este modelo fundacional permite uma maior autonomia das universidades na gestão do seu património, cujas receitas podem ser aplicadas com maior facilidade em outros projetos muitas vezes de maior investimento, havendo uma maior disponibilidade financeira. O que implica, também, uma maior responsabilidade, na medida em que o financiamento efectuado pelo Estado através da celebração de contratos plurianuais, é para três anos ou mais, consoante a duração estipulada no contrato²⁰.

Às universidades que se convertam neste modelo é exigido uma cuidada gestão dos seus recursos financeiros, que terão de os gerir, pelo período compreendido no contrato.

Estas fundações podem, ainda, candidatar-se a fundos públicos, bem como receber dotações do Orçamento de Estado como as demais instituições de ensino superior públicas (art.º 115º do RJIES).

Pelo que, podemos concluir que a adoção deste modelo fundacional para as universidades públicas, não retira qualquer benefício que estas já tinham como instituições de ensino superior público, acrescentando ainda alguns benefícios decorrentes de ser uma fundação pública com regime de direito privado.

A passagem a fundação com regime de direito privado permite, assim, uma maior autonomia patrimonial, passando a poder dispor e gerir o património da fundação da melhor forma, e com as receitas, o financiamento através de contratos plurianuais, entre outros rendimentos, consegue-se investir em projetos de investigação, que antes não seria possível.

No entanto, não é somente uma maior autonomia na gestão patrimonial e financeira, mas também uma maior eficiência e celeridade na gestão e contratação do pessoal, que regulando – se pelo direito privado, são contratados nos termos do código de trabalho.

Permitindo ainda este modelo a criação de carreiras próprias para o pessoal docente e investigador, devendo respeitar genericamente, o paralelismo no elenco de categorias e

²⁰ Cfr. artº 135º do RJIES.

habilitações académicas exigidas para o pessoal docente e investigador das demais instituições de ensino superior públicas (art.º 134º n.º 3 do RJIES).

Por último, a conversão das instituições neste modelo fundacional com regime privatístico, acarreta conseqüentemente uma verdadeira evasão ao regime jurídico público, pelo qual se regeriam, passando a reger-se pelo direito privado.

Este modelo fundacional aplicado às universidades, acarreta uma maior autonomia a nível patrimonial, financeiro e de pessoal, bem como uma maior eficiência dos serviços, pela privatização do regime jurídico aplicável às fundações, beneficiam de regimes menos burocráticos e mais céleres, conseguindo em menos tempo, o mesmo resultado.

Pelo que este modelo fundacional com regime privatístico para as universidades públicas além de manter “*a autonomia estatutária, pedagógica, científica, cultural, administrativa, financeira, patrimonial e disciplinar*” (art.º 76º n.º 2 da CRP e art.º 11º do RJIES) que têm as universidades públicas, reforça a autonomia financeira, patrimonial e administrativa destas, permitindo, com a privatização do regime jurídico pelo qual se regem as fundações, uma maior eficiência na realização do interesse público.

Por conseguinte, a par de uma maior autonomia está também uma maior responsabilidade, passando estas fundações a ter um maior controlo da sua gestão financeira, não estando dependentes do Orçamento de Estado, mas de contratos plurianuais, não inferiores a três anos. O que implica uma boa gestão do financiamento que lhe é atribuído pelo Estado. Tendo ainda que ter 50% de receitas próprias, o que para uma universidade que não tem um fim económico é uma tarefa difícil, tendo que recorrer às receitas provenientes das propinas, das patentes, e dos demais direitos de propriedade industrial e intelectual a que tenham direito.

A transformação de uma instituição de ensino superior público em fundação pública com regime de direito privado implica que esta passe a reger-se predominantemente pelo direito privado, designadamente no âmbito da gestão financeira, patrimonial e de pessoal e que passe a ter além do interesse público a que está obrigada a prosseguir (v.g ensino e investigação), um interesse económico, tendo que captar financiamentos externos ou rentabilizar projetos, de modo a ter 50% de receitas próprias.

Cabendo às instituições de ensino superior público, ponderadas as vantagens e desvantagens, decidir qual o melhor modelo para as nossas universidades públicas. Se a manutenção do tradicional modelo ou a conversão neste modelo, em fundações públicas com regime de direito privado.

Afinal o que são fundações públicas com regime de direito privado?

Entendemos que «*fundações públicas com regime de direito privados: (i) são entidades administrativas, criadas por uma pessoa coletiva de direito público, através de um decreto-lei; (ii) estruturadas em moldes públicos; regem a sua organização e funcionamento por um “direito administrativo organizatório especial (a saber constante da respectiva lei orgânica e dos seus estatutos)”*²¹ ; (iii) e a sua atividade predominantemente pelo de direito privado, que é adaptado aos princípios constitucionais e legais de direito administrativo; (iiii) para a prossecução de fins públicos primários ou secundários, e por isso, estão sujeitas ao poderes de controlo Estaduais.»²²

«E “*fundações públicas universitárias*²³”, que em sentido lato, se encontram e são fundações públicas de direito privado e num sentido restrito, (i) são instituições de ensino superior público, criadas pelo Governo, por decreto-lei, revestem a forma de fundação pública; (ii) com uma organização e estrutura pública, regem a sua organização e funcionamento por um “direito administrativo organizatório especial”²⁴ e (iii) a sua actividade predominantemente pelo direito privado, nomeadamente no âmbito da gestão patrimonial, financeira e de pessoal, com a ressalva da observação dos princípios constitucionais e normas de direito administrativo respeitantes à Administração, (iiii) prosseguem um interesse público primário, no âmbito do ensino, investigação, estão sujeitas à tutela do Estado.»²⁵

²¹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO, p. 10.

²² CLÁUDIA CORDEIRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 100.

²³ Expressão utilizada por PACHECO DE AMORIM para se referir às universidades públicas que se converteram em fundações públicas com regime de direito privado. Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO, p. 1.

²⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM, Parecer elaborado para a Universidade do Porto, em 2011, sobre a obrigação de sujeição das “*fundações públicas universitárias*” ao POC-EDUCAÇÃO, P.10.

²⁵ CLÁUDIA CORDEIRO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 101.

Por fim, importa referir que estas “*fundações públicas Universitárias*”²⁶, tal como no geral as Fundações públicas com regime de direito privado, regem-se nas suas relações com terceiros (relações externas) pelo direito privado, mas como já vimos, trata-se de um direito privado que é “*adaptado e conformado por uma eficácia reforçada dos direitos fundamentais e por princípios constitucionais e legais de direito administrativo*”²⁷, ou seja, pelo direito privado administrativo.

O próprio RJIES o refere, no art.º 134º n.º 1 e 2 que as fundações regem-se pelo direito privado, o que “*não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade*”²⁸.

Quanto às relações entre a universidade e os alunos, colocar-se-á a questão de saber qual o direito aplicável, o direito privado administrativo ou o direito público?

Dispõe o art.º 134º n.º 1 do RJIES, que o regime pelo qual as “*fundações públicas universitárias*”²⁹ se regem é o direito privado, nomeadamente no que respeita à gestão financeira, patrimonial e de pessoal.

Estipulando-se no n.º 2, 3 e 4 desta norma, algumas ressalvas a este regime geral: a primeira refere-se à obrigação destas fundações de observarem os princípios constitucionais respeitantes à Administração; a segunda, a possibilidade da instituição criar carreiras próprias para os docentes e investigadores, devendo ter em atenção o paralelismo das categorias e habilitações académicas exigidas nos demais estabelecimentos de ensino superior público; a terceira a salvaguarda do regime da função pública de que gozem os funcionários da instituição antes da transformação em fundação de direito privado.

O que precipitadamente nos faria responder pelo direito privado administrativo, não fosse o legislador no art.º 135º do RJIES referir de forma explícita, que os meios pelos quais os alunos são selecionados, são os mesmos que estão fixados por lei para as

²⁶ Vide nota 23.

²⁷ PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 53 e 54.

²⁸ Também resulta do art.º 2º n.º 5 do Código do procedimento Administrativo que “*os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*”.

²⁹ Vide nota 23.

instituições de ensino superior públicas. Reforçando ainda a ideia da regulação pelo direito público, na relação com os alunos, o preceito normativo do art.º 137º ao referir que os alunos destas instituições, estão abrangidos pela ação social escolar nos mesmos termos dos alunos das demais instituições de ensino superior público.

Podemos, assim, constatar que o legislador mais não quis do que atribuir aos alunos destas fundações universitárias os mesmos direitos de que gozam os alunos das outras instituições de ensino superior público não fundacional, pelo que só assim poderá ser, pela sujeição a um regime de direito público.

Assim, o regime jurídico pelo qual se regem as relações entre estas fundações universitárias e terceiros que são alunos, é um regime de direito público.

Já no âmbito das relações com terceiros que não alunos, a regra é que estas se regem pelo direito privado administrativo.

Desta forma, no âmbito das relações externas, a submissão direta destas fundações universitárias ao direito administrativo é de carácter excepcional, ocorre, quando a sua atuação externa se encontre, por determinação da lei, submetida a normas de direito administrativo, ou quando “*para a execução de tarefas públicas de que sejam incumbidas, lhe sejam outorgadas prerrogativas de autoridade ou imposta a observância de deveres especiais*”³⁰.

No âmbito das relações *ad intra*, entre a fundação universitária e o ente público que a criou, neste caso o Estado, diremos que se regem pelo direito público, tal como se regem as relações das demais instituições de ensino superior público, porque afinal estamos e estivemos sempre a falar de pessoas coletivas públicas criadas por um ente público de fins múltiplos.

Pelo que, podemos concluir que falar – se de fundações públicas com um regime de direito privado³¹, é o mesmo que falar-se em pessoas coletivas públicas, de natureza fundacional, criadas por um ente público, por ato legislativo, para a prossecução de determinados fins públicos, regem a sua atividade predominantemente pelo direito privado,

³⁰ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Demais Entidades Públicas*, (S.l.): Coimbra editora, 2008, p. 31.

³¹ A figura da fundação pública com regime de direito privado, não é um modelo utilizado só para as universidades públicas, podendo ser utilizado para qualquer entidade pública criada pelo Estado ou por outro ente público para a prossecução de fins de interesse público.

adaptado e modelado aos princípios constitucionais e legais de direito administrativo, a que estas se encontram sujeitas.

A Lei – Quadro das Fundações, aprovada pela lei 24/2012 de 9 de julho³², veio pela primeira vez tipificar e densificar o regime jurídico as fundações públicas de direito privado, definindo como “*fundações criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas, isolada ou conjuntamente, detenham uma influência dominante sobre a fundação*”. Considerando que existe uma influência dominante “*na afetação exclusiva ou maioritária dos bens que integram o património financeiro inicial da fundação, ou no direito de designar ou destituir a maioria dos titulares do órgão de administração da fundação*”.³³

Como se constata, esta definição é demasiado incompleta e ambígua, na medida em que define uma entidade somente pelo elemento patrimonial e pela iniciativa da criação, deixando de fora o elemento teleológico e organizatório. Assim, nesta definição, tal como é exposta, tanto podemos encontrar as nossas fundações públicas com regime de direito privado, como as fundações privadas de origem pública – porque estas também são criadas por uma entidade pública, por isso, é que são de origem pública; e com um património público. No entanto, assumem-se como pessoas colectivas privadas e de utilidade pública, regem-se pelo direito privado, prosseguem de fins de interesse social e de interesse geral, sendo – lhes logo reconhecida no ato de instituição a utilidade pública.

Da definição apresentada olvidou-se, o elemento teleológico e organizatório, o que nos permitia distinguir as fundações criadas por uma entidade pública, que são fundação públicas das que são fundações privadas.

O que nos leva a concluir que adoção apenas do elemento património e da iniciativa da criação é insuficiente para qualificar uma entidade como uma fundação pública, sendo necessário completar com o elemento organizatório e teleológico.

³² A lei 24/2012 de 9 de julho, aprova a Lei-Quadro das Fundações, altera o Código Civil, aprovado pelo decreto – lei nº 47 344 de 25 de novembro de 1966 e altera a Lei-Quadro dos Institutos Públicos, lei nº 3/2004 de 15 de janeiro.

³³ Cfr. art.º 4º n.º 1 c) e n.º 2 da lei-quadro das fundações.

Esta lei – quadro das fundações vem proibir a criação ou participação, do Estado, regiões autónomas, autarquias locais, demais pessoas coletivas da administração autónoma e demais pessoas coletivas públicas, em novas fundações públicas de direito privado³⁴.

Quanto às fundações públicas de direito privado já existentes, apesar da sua manutenção, com a alteração efetuada ao art.º 3 da lei- quadro dos institutos públicos³⁵, poderão passar a estar submetidas a este regime, bem como pela remissão aí constante, para a demais legislação aplicável às pessoas coletivas públicas³⁶.

A alteração efetuada ao art.º 3º nº 4 da LQIP, retira da referida norma, *as fundações criadas pelo Estado como pessoas coletivas de direito privado*³⁷, que supostamente são criadas neste formato, para se regerem pelo direito privado.

A LQIP aplicava-se aos institutos públicos, os quais para efeito da lei e independentemente da designação, são os serviços e fundos do Estado ou das Regiões Autónomas, dotados de personalidade jurídica³⁸.

De fora do regime jurídico que regula os institutos públicos, estavam as Entidades Públicas Empresariais, as sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas coletivas de direito privado pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais, encontrava-se, por isso, excluída a aplicação da LQIP, às fundações públicas de direito privado.

Ora, atualmente, falar-se em pessoas coletivas de direito privado³⁹, não é, a mesma coisa que pessoas coletivas privadas. A primeira refere-se ao regime jurídico pelo qual uma

³⁴ Cfr. art.º 57 nº 1 da lei-quadro das fundações.

³⁵ Lei - Quadro dos Institutos Públicos, Lei nº 3/2004 de 15 de janeiro, alterada pela Lei 51/2005 de 30 de agosto, pelo Decreto – lei nº 105/2007 de 3 de abril e pela lei 64-A/2008 de 31 de dezembro, pelo decreto-lei nº 40/2011 de 22 de março, pelo decreto-lei 5/2012 de 17 de janeiro e pela lei 24/2012 de 9 de julho. Adiante designaremos por LQIP.

³⁶ Art.º 6 da LQIP.

³⁷ Art.º 5º da lei n.º 24/2012, de 9 de Julho.

³⁸ Cfr. art.º 3º nº 1 da LQIP.

³⁹ Antigamente utilizava-se a expressão *pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado* para se referirem às entidades de natureza pública e de natureza privada. A Administração indireta do Estado era revestida por entidades públicas, sujeitas ao direito administrativo, não havia o recurso ao direito privado, por isso, ao falar-se de pessoas coletivas públicas ou pessoas coletivas de direito público, significava o mesmo. No entanto, atualmente estas últimas expressões são erróneas, na medida em que atualmente a pessoa coletiva pública pode ser de direito privado, como é o caso das fundações públicas com regime de direito privado, e as pessoas coletivas privadas podem estar sujeitas a um regime de direito público, como é o caso das fundações privadas e utilidade pública. Assim, existem pessoas coletivas públicas de direito público e pessoas coletivas públicas de direito privado, e pessoas coletivas privadas de direito privado e pessoas coletivas privadas sujeitas a um regime de direito público.

entidade se encontra sujeita, o que não impede que se trate de uma entidade pública, não estando aqui obrigatoriamente implícita uma entidade privada, como sucede com as fundações públicas com regime de direito privado, que são entidades públicas mas submetidas ao direito privado. Quanto à segunda qualificação, refere que a entidade é privada, reveste tal natureza, o que não significa que esteja obrigatoriamente e exclusivamente submetida ao direito privado, está naturalmente sujeito a este, podendo encontrarem-se submetidas a regime de direito administrativo.

Pelo que podemos concluir, que as fundações públicas com regime de direito privado encontravam-se dentro do conceito de “*fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado*”⁴⁰ não lhes sendo aplicável, de acordo com a redação anterior, a LQIP.

No entanto, com a alteração efetuada ao art.º 3º nº 4, pela lei 24/2012 de 9 de julho, as fundações criadas pelo Estado como pessoas coletivas de direito privado, deixam de estar excluídas do âmbito da aplicação desta lei, passando a aplicar-se a LQIP, e por consequência, também as fundações públicas com regime de direito privado, que são criadas por este, como pessoas coletivas públicas de direito privado.

Em conclusão, estas novas alterações legislativas, proíbem a criação e participação em novas fundações públicas de direito privado, mantem as que já se encontram reconhecidas, mas submetem nas a um regime de direito público.

Afinal poderemos continuar a falar de fundações públicas de direito privado, fará ainda sentido que assim sejam denominadas? Para onde caminham, com esta reforma das fundações?

Uma certeza, temos, não está previsto a criação e participação em novas fundações públicas de direito privado pelo Estado, regiões autónomas, autarquias locais, demais pessoas coletivas da administração autónoma e demais pessoas coletivas públicas.

Por último, importa referir que a lei – quadro das fundações, não é aplicável às “*fundações públicas universitárias*”⁴¹, as quais tem um regime próprio, contido no RJIES.

⁴⁰ Cf. art.º 3º nº 4 da LQIP.

⁴¹ Vide nota 23.

Recentemente foi apresentada uma proposta de lei 275/2013, de 3 de julho, que prevê a extinção da figura da fundação pública com regime de direito privado para as universidades públicas, substituindo este regime fundacional por um regime de autonomia reforçada.

Na exposição de motivos, refere-se a necessidade de se proceder a uma revisão do RJIES, incidindo esta revisão essencialmente sobre dois pontos:

- a posição das Instituições de Ensino Superior públicas na Administração;
- o regime fundacional para as Instituições de Ensino Superior públicas e mesmo para as suas Unidades Orgânicas.

Refere-se aqui que este «foi um novo modelo jurídico-institucional, de aplicação facultativa e sujeita a aprovação pelo Governo. (...) O regime é definido no próprio RJIES e caracteriza-se na prática por maior autonomia e flexibilidade de gestão. Não houve capital fundacional, mas apenas a possibilidade de registo patrimonial dos bens imóveis afectos a essas Instituições de Ensino Superior e de uso parcial do direito privado, nomeadamente no que respeita à sua gestão financeira, patrimonial e de pessoal.

As “fundações públicas com regime de direito privado” do atual RJIES são uma construção jurídica que traduz um reforço da autonomia de certas Instituições de Ensino Superior públicas, sob candidatura por elas apresentada. Na avaliação do Ministério da Educação e Ciência, tal construção pode com vantagem ser substituída por um regime de autonomia reforçada, sem alteração da natureza jurídica geral, e em que se põe termo à obrigatoriedade de financiamento por meio de contratos plurianuais e com a possibilidade de extensão a unidades orgânicas individuais.

O regime de autonomia reforçada é pensado para instituições universitárias públicas que apresentem a respetiva proposta ao Governo com base no seu projeto e perfil institucional, académico e científico e na sua capacidade de obtenção de receitas próprias em ambiente competitivo.»⁴²

Prevê esta proposta uma alteração do RJIES, nomeadamente ao art.º 9, passando a estipular o seguinte no nº 1: “as instituições de ensino superior públicas são pessoas

⁴² Proposta de lei 275/2013, de 3 de julho, de alteração do RJIES.

colectivas de direito público, podendo também estar sujeitas ao regime de direito privado, nos termos previstos no capítulo VI do título III.”

Constatamos que desta proposta pretende-se manter o modelo tradicional escolhido para as universidades, institutos públicos, podendo algumas destas deter, quando reúnam as condições exigidas, uma autonomia reforçada, passando a designar-se de Instituições de Ensino Superior com Autonomia Reforçada.

Estas instituições estão, como se pôde perceber do preceito acima enunciado, sujeitas ao regime de direito privado, encontrando-se regulado o seu regime jurídico no capítulo VI do título III (da proposta).

Desta proposta resulta ainda o propósito de revogar os artigos os artigos 129 a 137.º, referentes às fundações públicas com regime de direito privado e o aditar os artigos 137º-A a 137-I, referentes ao novo regime agora adotado – das Instituições de Ensino Superior com Autonomia.

Dispõe o artigo 137-A da proposta que:

1- Às instituições de ensino superior com autonomia reforçada aplica-se a presente lei, com as ressalvas estabelecidas neste capítulo.

2 - As instituições de ensino superior com autonomia reforçada regem-se pela presente lei, pelos respetivos estatutos e regulamentos internos, pelas normas de direito público, bem como pelo direito privado na parte aplicável, nomeadamente, quanto a património e pessoal.

3 - O regime de direito privado não prejudica a aplicação dos princípios constitucionais respeitantes à Administração Pública, nomeadamente a prossecução do interesse público, bem como os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça e da proporcionalidade.

4 - No âmbito da gestão dos seus recursos humanos, a instituição pode criar carreiras próprias para o seu pessoal docente, investigador e outro, sendo a remuneração suportada por receitas próprias, respeitando genericamente, quando apropriado, o paralelismo no elenco de categorias e habilitações académicas, em relação às que vigoram para o pessoal docente e investigador das demais instituições de ensino superior públicas.

5 - O disposto no número anterior não prejudica a manutenção do regime geral da administração pública de que beneficiem os trabalhadores em funções públicas da instituição de ensino superior antes da atribuição do regime de autonomia reforçada.

Da leitura deste preceito, constata-se alguma similitude com o 134º do RJIES, ainda em vigor, nomeadamente os nº 3 a 5 deste artigo com os nº 2 a 4 do 134 do RJIES, que pouco inovam em relação ao já disposto para as fundações.

Constata-se, igualmente, que é intenção de manter a submissão de algumas instituições de ensino superior, (as que se a convertam neste novo modelo), ao direito privado, passando a estar sujeitas somente a este, no que respeita ao património e ao pessoal.

Retira-se, assim, a regra da sujeição no âmbito da atividade dessas fundações ao direito privado, nomeadamente a gestão financeira, passando a estar somente submetidas agora as universidades que se convertam neste modelo de autónima reforçada, a um regime privatístico parcial, no que respeita ao património e pessoal.

Há, assim, uma regressão ao regime tradicional, de sujeição das entidades administrativas ao seu direito comum, ao direito administrativo, sujeitando-se ao contrário do que se pareceria querer (no artigo 9º. da proposta) parcialmente ao direito privado, as instituições de ensino superior com autonomia reforçada, como se constata do art.º 137- A nº2.

Não há aqui como sucede com as fundações públicas com regime de direito privado uma submissão ao direito privado, que como vimos será sempre, um direito privado administrativo.

Aqui, tal como vem exposto na proposta de lei, no art.º137-A, as instituições de ensino superior público com autonomia reforçada, estão sujeitas parcialmente ao direito privado, que como sabemos também aqui, será sempre o direito privado administrativo.

Temos assim, ao contrário do que sucede com as fundações públicas com regime de direito privado, previstas nos art.º 129 a 137 do RJIES, (que regem a sua atividade predominantemente pelo direito privado e excecionalmente pelo direito administrativo), a submissão destas instituições com autonomia reforçada, a um regime misto, regendo a sua atividade pelo direito publico e parcialmente pelo direito privado.⁴³

Refere o art.º 137-C no nº 1 a 3 da proposta que “*1- As universidades e os institutos universitários públicos podem requerer ao membro do Governo com a tutela do ensino*

⁴³ Cfr. art.º 137- A nº 2 da Proposta nº 275/2013, de 3 de julho.

superior a atribuição do regime de autonomia reforçada (...), mediante proposta fundamentada do reitor, aprovada pelo conselho geral, por maioria absoluta dos seus membros.

2 - A proposta do reitor deve encontrar-se cumulativamente sustentada na sua capacidade de autofinanciamento da instituição, através da captação de receitas próprias, e na solidez científica da mesma, revelada através do número de terceiros ciclos acreditados, da qualificação do seu corpo docente e do desenvolvimento de investigação de excelência.

3 - Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se existir:

a) Capacidade de autofinanciamento da instituição, através da captação de receitas próprias, sempre que, no seu universo consolidado, onde se incluem os centros e unidades de investigação ligados à universidade ou ao instituto universitário independentemente da sua natureza jurídica, estas representem um valor superior a 50% do total da receita, nestas se incluindo as transferências da FCT, IP.

b) Solidez científica da instituição revelada através: i) Do número de terceiros ciclos acreditados, sempre que estes sejam em número superior a 15 e representem um mínimo de 10% do total dos ciclos de estudos acreditados; ii) Do número de docentes doutorados, que deve representar pelo menos 75% do total do corpo docente; iii) Do número de centros de investigação com classificação de muito bom ou excelente, que devem representar a maioria dos centros de investigação da instituição e do seu universo consolidado.

Repare-se que a exigência de capacidade de autofinanciamento da instituição, através da captação de receitas próprias, não é uma grande novidade, já sucedia com as fundações, que tinham que ter 50% de receitas próprias.

Pelo que as instituições que se queiram converter neste regime de autonomia reforçada, deverão ter *capacidade de autofinanciamento*, através da captação de receitas próprias, e *solidez científica*, que se revela através do número de terceiros ciclos acreditados, da qualificação do corpo docente e da investigação desenvolvida.

Quanto ao futuro das instituições de ensino superior públicas de natureza fundacional, refere o art.º 177 da proposta, que estas *“convertem-se automaticamente em instituições com autonomia reforçada, sem prejuízo dos seus reitores, sob proposta do conselho geral, poderem, no prazo de três meses, solicitar ao membro do Governo*

responsável pela área do ensino superior a sua transição para o regime de instituições com autonomia comum. 2 – (...) dispõem de nove meses para adequarem os seus estatutos ao novo regime. 3 - Os contratos-programa plurianuais celebrados com as três instituições de ensino superior universitário públicas de natureza fundacional caducam com a sua conversão em instituições com autonomia reforçada ou com a decisão de transitar para o regime de instituições com autonomia comum.”.

Em conclusão, está aberto o caminho para uma nova realidade, a passagem das fundações públicas com regime de direito privado, previstas no RJIES, designadas como “*fundações públicas universitárias*”⁴⁴ e das outras instituições de ensino superior público que assim o requeiram, para instituições com autonomia reforçada, dando, assim, início a um novo regime que abandonando o modelo fundacional, mantém a submissão ao direito privado mas de forma parcial, e atribui como o próprio *nomine* indica, uma autonomia reforçada às instituições.

Esta proposta de implementação de um novo regime para as instituições de ensino superior público, a par do modelo tradicional já existente, prevê a extinção das fundações públicas com regime de direito privado, dando lugar a assunção de uma nova figura, as instituições de ensino superior com autonomia reforçada, justificando-se esta revisão, em detrimento da estabilidade e implementação dos regimes jurídicos, em prol do interesse público

⁴⁴ Vide nota 23.

Jurisprudência crítica

**Comentário ao acórdão de fixação de jurisprudência do
Supremo Tribunal de Justiça 8/2000**

António José Ramos

Juiz Desembargador

A proposta de trabalho visa saber a nossa posição relativamente ao enquadramento legal do consumo de estupefacientes, tendo como pano de fundo o recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 8/2008¹, que firmou jurisprudência no sentido de que *“Não obstante a derrogação operada pelo art. 28.º da Lei 30/2000, de 29 de Novembro, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”*.

O Acórdão fundamento de tal aresto consistiu na ali referida decisão, datada de 18/10/2006, na qual a Relação do Porto *“entendeu fundada uma interpretação que não atribuisse ao n.º 2 do artigo 2.º da Lei 30/2000 uma função vinculativa, que arredasse do ilícito de mera ordenação social as situações de consumo e de aquisição ou detenção de droga para consumo em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, mas lhe reservasse uma função meramente indicativa ou orientadora”*.

Por seu turno, o Acórdão recorrido, oriundo da mesma Relação, datado de 22/11/2006, veio a sustentar que *“o disposto no artigo 40.2 do DL 15/93 terá sempre a sua aplicação desde que o estupefaciente destinado ao consumo seja de quantidade superior à prevista no artigo 2.2 da Lei 30/2000”*.

Foi, pois, com base em tal constatada oposição de julgados que se veio a firmar a jurisprudência *supra* mencionada, pretendendo-se, agora, salientar a posição que adoptamos (sem prejuízo, obviamente, e à partida, da vinculação funcional a tal fixada jurisprudência).

¹ In DR., I Série, de 05/08/08.

Com vista a podermos tomar posição, parece-nos importante perceber o fio condutor da sobredita decisão uniformizadora, chamando ainda à colação as opiniões dissonantes ali vertidas (numas e noutras se incluindo as resultantes de citadas opiniões ali expressas).

O sobredito Acórdão uniformizador assenta, desde logo, numa reflexão sobre o tratamento dispensado no âmbito do Decreto-Lei n° 15/93, de 22/01 à problemática do consumo de estupefacientes, quer em si mesmo, quer por referência ao tráfico objecto de previsão nos artigos 21°, 25° e 26° e, depois, por confronto com o ora preconizado na Lei n° 30/2000, de 29/11.

Por outro lado, tal decisão ponderou igualmente as razões de ordem estratégica que, na luta contra a droga, estiveram na génese da Lei n° 30/2000, de 29/11, sem perder de vista os esclarecimentos ínsitos na Resolução do Conselho de Ministros n° 46/99², ao abrigo da qual foi aprovada a Estratégia Nacional da Luta contra a Droga.

O desenvolvimento do raciocínio de tal aresto assenta na ideia de que “ao invés do que viria a suceder com a Lei n° 30/2000, de 29/11, o Decreto-Lei n° 15/93, de 22/01 não estabelecia qualquer limite quantitativo para efeitos de definição de uma dada conduta como consumo e como assim para distingui-la do tráfico”, ilação que resulta da interligação que o artigo 21° fazia com o artigo 40°, ambos do citado diploma, daí resultando que se estabelecia claramente a distinção entre o “tráfico e outras actividades ilícitas” e o “consumo”.

Ora, e diversamente, continua tal raciocínio, a Lei n° 30/2000, de 29/11, e conquanto não houvesse alterado substancialmente os termos da questão, estabelecendo que o consumo, a aquisição ou a detenção para consumo próprio até determinada quantidade (não excedente à necessária para consumo médio individual durante 10 dias, artigo 2°, n° 2) passariam a integrar mera contra-ordenação, deixou de fora um largo número de condutas até então contempladas no artigo 40° do Decreto-Lei n°15/93, de 22/01, condutas que se não fossem os termos em que se encontra redigida a norma revogatória do artigo 28°, da Lei n° 30/2000, todos concordariam que continuavam a ser abrangidas pela previsão do citado artigo 40°.

² In DR., n° 122/99, 1ª Série-B, de 26/05/99.

Na perspectiva de tal aresto, e salientando as várias razões que estiveram na génese da Lei 30/2000, de 29/11 (v.g, a necessidade de o aparelho judicial dever estar afecto ao combate do tráfico de drogas e da criminalidade complexa que lhe anda associada - branqueamento de capitais, associações criminosas, tráfico de armas, corrupção, etc. - e, por via disto, isentá-lo da luta contra outros ilícitos de menor gravidade e relevância como o consumo de substâncias da aludida natureza, as ilações a retirar dos desencorajadores resultados obtidos com a criminalização até então feita destas condutas consideradas menos desvaliosas como forma de dissuadir os consumidores de drogas a utilizarem-nas, e a diferente perspectiva como devia ser encarada a problemática do consumo e o drama do consumidor: mais um doente a reclamar medidas de protecção sanitária e social do que um criminoso), ali se conclui que, não obstante tal confessado propósito descriminalizador, face ao que decorre, quer da Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26/05/99, pela qual a Lei n.º 30/2000, de 29/11 foi aprovada, quer do próprio texto desta, “dúvidas não subsistem de que com o novo regime jurídico visou o legislador não legalizar de todo o consumo das referidas substâncias mas, apenas e tão só, descriminalizar as situações que, com ele relacionadas, considerava revestirem-se de menor gravidade, como, de resto, foi profusamente proclamado e com linear nitidez flui do que ficou estatuído, primeiro nos artigos 1.º e 2.º e, depois, no artigo 28.º da mesma Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro”.

Seguidamente, e para sustentar a encontrada decisão, o aresto em apreço desenvolve um esforço de interpretação das normas em causa, mormente a citada norma revogatória, e, partindo do texto da lei, no seu cotejo com o disposto no artigo 9.º do Código Civil, ali se assinala que, caso se considerasse apenas o elemento literal, a interpretação dos artigos 2.º, n.ºs. 1 e 2 e 2.º, da Lei n.º 30/2000, de 29/11, e do artigo 40.º do Dec-lei n.º 15/93, de 22/01, levaria a concluir que “a detenção ou aquisição, para consumo próprio, de estupefaciente em quantidade superior à necessária para consumo individual durante 10 dias não havia de ser punida quer pelo n.º 2 do artigo 40.º do Dec-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (revogado) quer pelo artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro (por via da limitação negativa feita no n.º 2 do mesmo normativo)”, mas, recorrendo-se a uma interpretação teleológica (elemento lógico--racional em conjugação com o elemento histórico), conclui-se que uma tal solução é ilógica, incongruente e incompreensível, porquanto não se compreenderia que o legislador punisse a conduta menos grave (detenção para consumo não superior a 10 dias) e despenalizasse o comportamento mais desvalioso (detenção para consumo superior a 10 dias) – tratar-se-ia

de um absurdo jurídico que consubstanciaria uma traição ao espírito do legislador e aos fins de política criminal que estiveram na génese do novo regime jurídico, que visou descriminalizar apenas as condutas que se revestissem de menor gravidade.

Ali se afasta também a tese dos que pugnam pela sua descriminalização, pois que entendem que a falta de directa previsão na Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, da conduta de quem detenha ou adquira, para consumo próprio, estupefaciente em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante 10 dias, consubstancia uma verdadeira e pura lacuna sancionatória, insusceptível de integração por proibição do recurso à analogia (n.º 3 do artigo 1.º do Código Penal).

Ali também não se adere à solução proposta por aqueles outros que, ainda por aplicação literal do citado artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, entendem ser de remeter para a norma fundamental do artigo 21.º (ou do tipo privilegiado do artigo 25.º ou até mesmo do artigo 26.º) do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o encargo de sancionar as condutas de aquisição ou detenção, para consumo próprio, antes abrangidas pelo artigo 40.º, e que, pela quantidade do produto em causa, não se encaixam na previsão do novo diploma legal (solução que ali se entende contrariar as finalidades visadas pela Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro - uma lei benfazeja para o consumidor, surgida no âmbito de um movimento de despenalização das condutas menos desvaliosas de consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas e imbuída da noção do “consumidor-doente” a reclamar, mais do que censura legal, a sua inclusão em programas virados para o tratamento e integração social - na medida em que, na prática, e contra toda a lógica, tal traduzir-se-ia em transmutar um “doente” em traficante; por via de mais uns gramas de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas que porventura detivesse ou adquirisse para consumo próprio, não menos verdade é que essa solução, desproporcionada e aberrante (à luz quer do novo diploma quer da própria Lei n.º 15/93, de 22/01 - que, distinguindo claramente o tráfico e outras actividades ilícitas do consumo, não transformava um crime noutra pelo mero facto de o agente deter maior ou menor quantidade de produto - importaria ainda a violação dos princípios da culpa e bem assim da necessidade - ou da justa medida - e da proporcionalidade - ou da proibição do excesso - das penas, para além de que, sob o ponto de vista dogmático, só com manifesta afronta ao princípio da legalidade, e conseqüente proibição da analogia e da tipicidade isso seria possível.

Na verdade, ali se sustenta que, nos moldes em que se encontra configurado no DL n° 15/93, de 22 de Janeiro, o tipo base do tráfico de estupefacientes (bem como o tipo privilegiado do artigo 25° ou até mesmo o do artigo 26°) - com exclusão dos casos previstos no artigo 40° -, ele não pode aplicar-se às situações em que a substância detida ou adquirida se destina a consumo próprio do agente, qualquer que seja a quantidade em causa.

Por outro lado, mal se compreenderia que o simples facto de a quantidade de estupefaciente detido ou adquirido pelo agente, para consumo próprio, exceder o necessário para consumo médio individual durante 10 dias levasse o legislador da Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro, a transformar o crime de consumo em tráfico quando, expressa e inequivocamente salvaguardando da norma revogatória do artigo 28° o cultivo - conduta bem mais desvaliosa -, preveniu que ele continuasse a ser sancionado, ainda no âmbito do consumo, como crime e nos termos do preceituado na norma do artigo 40° do Decreto-Lei n° 15/93, de 22 de Janeiro.

Por último, ali se tem também como indefensável a solução avançada pelos que sustentam que a detenção ou aquisição de estupefacientes, para consumo próprio, em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante 10 dias, configura apenas e tão só um ilícito de natureza contra-ordenacional, previsto e punido pelo artigo 2°, n° 1 da Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro.

E isto porque, e continuámos a citar, começando por uma interpretação puramente literal que se faça do texto da Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro, “maxime” do artigo 2°, com particular enfoque para o seu n.º 2, impõe-se constatar que a ideia directa e imediatamente apreensível é que o legislador não quis punir como contra-ordenação o agente que detivesse ou adquirisse, para consumo próprio, produto estupefaciente em quantidade que excedesse a necessária para consumo médio individual durante 10 dias.

Razões adiantadas para tal ilação (aqui igualmente citadas):

- se não fosse este o pensamento do legislador, então inexplicável, incompreensível e carecida de qualquer sentido resultaria a limitação que no n° 2 do citado artigo 2° fez à quantidade que, no seu entender, relevava para efeitos de integração da conduta como ilícito contra-ordenacional;

- depois, tendo como certo que, em sede de interpretação da lei, não devendo o intérprete cingir-se à letra da lei, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento do legislador, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições em que é aplicada (artigo 9º, nº 1 do Código Civil), privilegiando a interpretação teleológica de cariz objectivo, não perdendo de vista que, na fixação do sentido e alcance da lei, o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir em termos adequados o seu pensamento que, na letra da lei, há-de ter um mínimo de correspondência verbal, ainda que de forma imperfeita, tem-se por irrazoável que ao fazer aquela limitação ao consumo dos 10 dias pretendesse o legislador dizer coisa diametralmente oposta, isto é, que, excedesse ou não aquele limite a quantidade de estupefaciente detida ou adquirida para consumo próprio, a conduta do agente sempre enquadraria mero ilícito contra-ordenacional;

- ao invés, porém, numa interpretação, quer literal quer teleológica de cariz lógico--racional que se faça do referenciado texto legal, tudo parece indicar que este não teria sido necessariamente o pensamento do legislador, pois se assim não fosse não teria procedido à indicação de qualquer limite, relegando para o intérprete o encargo de optar e decidir se estava na presença de um mero ilícito contra-ordenacional ou de um crime.

E, contra esta perspectiva de ver as coisas, não se oporão a intenção do legislador e os fins da política criminal que o teriam levaram a conceber um novo regime legal para o consumo. É que, se a (aqui defendida) intenção do legislador não foi obviamente a de legalizar o consumo (como bem o demonstra o próprio texto legal), também não foi descriminalizá-lo integralmente, mas apenas naquelas situações que, considerando revestir-se de menor gravidade [tais sejam, as consistentes no consumo, na detenção ou aquisição, para consumo próprio, de estupefaciente em quantidade que não excedesse o limite que fixou no n.º 2 do artigo 2º da Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro], transmudou de crime para ilícito de mera ordenação social. Propósito este bem patente, de resto, na ressalva que, quanto ao cultivo (ainda que para consumo próprio) de substâncias estupefacientes e psicotrópicas, o legislador fez na norma revogatória do artigo 28º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro que, numa óptica mais concordante - julgamos nós - com o que terá sido o seu pensamento, limitar-se-ia a ponderar apenas para as situações ora abrangidas pelo artigo 2º da citada Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro, ficando tudo o mais (designadamente as situações relativas ao cultivo e as não cabimentadas no nº 1, por via do

estatuído no n° 2 do mesmo artigo 2°) para o regime previsional do artigo 40° do Decreto-Lei n° 15/93, de 22 de Janeiro.

É certo que contra um entendimento do tipo sempre se poderá argumentar que, a suceder assim, então o legislador não precisava de ter formulado nos moldes em que fez a norma do artigo 28° Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro, já que, por via da incompatibilidade existente entre as novas e as precedentes regras, estas claudicariam tacitamente perante aquelas. Porém, a uma tal crítica poder-se-á, efectivamente, refutar que, experimentando o legislador necessidade de introduzir uma disposição sobre a revogação do artigo 40° por forma a salvaguardar a vigência deste quanto ao cultivo, acabou por utilizar uma fórmula ambígua que o levou a dizer mais do que queria e que era tão só que ficava revogado o artigo 40° para os casos abrangidos pela nova contra-ordenação.

Interpretação (restritiva) esta que, ao invés do que sustentam os que defendem que integra uma mera contra-ordenação a situação prefigurada na questão de direito que se suscita, não acarreta uma ampliação incriminatória, com afectação do princípio da legalidade.

Em conclusão: crê-se que a solução da questão controvertida passa por interpretar a norma revogatória do artigo 28° da Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro, com o sentido restritivo de que o artigo 40° do Decreto-Lei n° 15/93, de 22 de Janeiro foi por ele efectivamente revogado, excepto quanto ao cultivo e bem assim na parte em que vai além do estatuído no artigo 2° da lei (o que vale dizer na parte em que a aquisição ou a detenção, para consumo próprio, exceda o limite definido no n° 2 do artigo 2° da Lei n° 30/2000, de 29 de Novembro, como condição para que a conduta seja sancionada como contra-ordenação, logo nos termos do n° 1 do mesmo dispositivo), caso em que a punição do comportamento do agente se fará de acordo com o preceituado no n° 2 do artigo 40° do Decreto-Lei n° 15/93, de 22 de Janeiro.

Na verdade, ali se acrescenta, recuperando tudo quanto mais para trás ficou referido e seguindo muito de perto a posição defendida por Cristina Líbano Monteiro e bem assim o entendimento sufragado nos paradigmáticos arestos deste Supremo Tribunal de 03/07/2003, de 07/04/2005 e de 16/02/2006, crê-se que a solução que se vem buscando para suprir a aparente lacuna (pois disto apenas se trata na medida em que, parecendo

embora que não foi regulada pela lei, efectivamente foi, como a interpretação que dela se faça, de acordo com os critérios gerais previstos no artigo 9º do Código Civil, facilmente o demonstrará) que a situação plasmada na questão controvertida prefigura, só pode passar por aí, de sorte que, no citado dispositivo do artigo 28º da Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro, onde as palavras parecem apontar no sentido de um total desaparecimento do artigo 40º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro (excepto no que diz respeito ao cultivo, salvaguardado expressa e inequivocamente na mesma norma revogatória), deve entender-se que ele continua a aplicar-se aos casos da detenção ou aquisição para consumo próprio, não transmutados em ilícito de mera ordenação social, visto ter sido intenção do legislador manter incólume tal segmento previsivo de que decorre que a norma existe, de facto. Interpretação restritiva que, ao invés do que dizem os que para o caso a criticam, conducente à manutenção a situação anterior (a existente no artigo 40º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro), não consubstancia uma ampliação incriminatória, mediante recurso à analogia e, como assim, não acarreta violação dos princípios da legalidade e da tipicidade, com assento constitucional (artigo 29º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa).

De resto, ali se acrescenta, e como com inteira oportunidade, citando Simas Santos e Leal Henriques, se refere nos arestos deste Supremo Tribunal de 03/07/2003, de 07/04/2005 ou de 16/02/2006, a interpretação extensiva ou restritiva da lei penal é admitida no nosso direito. E, como defendem os referidos autores na citada obra e se sufraga naqueles arestos do Supremo Tribunal de Justiça, sendo o “sentido literal possível” dos termos linguísticos utilizados na redacção do texto legal o limite máximo de interpretação da lei penal, e não havendo qualquer espaço a percorrer, por via interpretativa, entre o “sentido literal possível” e o “mínimo de correspondência verbal” a que se refere o nº 2 do artigo 9º do Código Civil, tem-se igualmente de partilhar do entendimento de que, no caso aqui em análise, esse “mínimo de correspondência verbal” pode ser surpreendido no facto do legislador não ter revogado totalmente o aludido artigo 40º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, na medida em que, tendo posto a recato da revogação o cultivo para consumo próprio, “deixou a porta aberta para uma vigência parcial dessa norma”. Daí que - nada obstando a que se proceda a uma interpretação restritiva da norma revogatória do artigo 28º da Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro, no sentido de que o artigo 40º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, foi apenas revogado na parte relativa às situações ora previstas no artigo 2º daquela Lei nº 30/2000, mantendo-se no mais em vigor - se

entenda que a detenção ou a aquisição de estupefaciente, para consumo próprio em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante dez dias, excluída que está da previsão da contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 2º, n.º 2 da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, integra o crime previsto e punido pelo artigo 40º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Tal aresto, cujos salientados excertos acabámos de citar, desenvolve o mantido raciocínio, quer a partir da análise da já aludida resolução atinente à estratégia nacional de luta contra a droga, quer através da pormenorizada análise da própria Lei n.º 30/2000, de 29/11, rematando com as seguintes conclusões (que sustentam a fixada jurisprudência):

- conciliando o equívoco texto do artigo 28º da Lei n.º 30/2000 com o objectivo legal de evitar a descriminalização e, mesmo, a despenalização da aquisição e da detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, em quantidade que excedesse a necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, haverá (na presunção de “que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”) que confinar a expressa “revogação” do artigo 40º do Decreto-Lei n.º 15/93 ao contexto do próprio diploma (“**Para efeitos da presente lei**, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior **não poderão** exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”);

- o artigo 40º do Decreto-Lei n.º 15/93 (circunscrito ao consumo e à aquisição e detenção para consumo próprio de drogas ilícitas em pequenas quantidades, por redução teleológica, o alcance da sua revogação pelas disposições conjugadas dos artigos 28º e 2º, n.º 2, da Lei n.º 30/2000) conservará válido e actual o texto remanescente: “1 - Quem, para o seu consumo, cultivar plantas compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias. Se a quantidade de plantas cultivadas pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias. 2 - Quem, para o seu consumo, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Conforme decorre do próprio aresto em análise há vozes dissonantes, algumas já ali expressamente focadas (e por isso, dispensámo-nos de as repetir), sendo conveniente salientar, ainda que por súmula, os seguintes votos de vencido:

1 – Conselheiro António Silva Henriques Gaspar: (seguido pelos Conselheiros Armindo dos Santos Monteiro e António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes) mantém a sua anterior posição (por si subscrita, como relator, no acórdão de 28/09/2005, proferido no processo 1831/05) coincidente com a formulação proposta pelo magistrado recorrente.

Do extenso raciocínio expendido para sustentar tal ilação sobressai, ao que cremos, a ideia de que na interpretação da lei há que ter em conta os princípios penais, mormente o da tipicidade, o da legalidade, e, por inerência, a não retroactividade “*in malam partem*” e a proibição da analogia, da análise dos quais resulta que:

- **os princípios da legalidade e da consequente proibição da analogia, e da interpretação teleologicamente comandada apontam para a impossibilidade estrutural e dogmática de fazer apelo à disciplina típica dos artigos 21º, 25º ou 26º do Dec-lei nº 15/93, de 22/01** (antes da nova lei nunca o consumo foi punido nos termos das restantes actividades de largo espectro da tipicidade do artigo 21º - ou dos artigos 25º e 26º-, pelo que a superação por tal modo de um hipotético “vazio legislativo”, isto é, “a punição de quem detenha droga para consumo em quantidade superior à referida no nº 2 do artigo 2º da Lei nº 30/2000, só pode resultar de uma aplicação analógica de normas incriminadoras, expressamente proibida pelo artigo 29º, nºs. 1 e 3, da Constituição - e pelo artigo 1º, nºs. 1 e 3, do Código Penal.

- a solução que fez vencimento faz apelo, na construção interpretativa, a uma interpretação restritiva da norma revogatória do artigo 28º da Lei nº 30/2000, de 29/11, construção que, embora sem argumentação densificada, parece utilizar como instrumento a redução teleológica; todavia, **o princípio da legalidade opõe-se também, decisivamente, a esta solução, justamente por causa da revogação expressa que foi operada.**

2 – Conselheiro Eduardo Maia Costa: entende que **a aquisição ou detenção de estupefacientes para consumo pessoal está sempre abrangida pelo art. 2º da Lei nº 30/2000, constituindo portanto uma contra-ordenação, independentemente da quantidade adquirida ou detida, sem prejuízo do funcionamento do nº2 do mesmo artigo como critério indiciário da separação entre tráfico e consumo**, uma vez que, em seu entender, e tendo como pano de fundo estratégia nacional da luta contra a droga, ou seja, a necessidade de descriminalização do consumo, o nº 1 do art. 2º da Lei nº 30/2000 descriminaliza todo o consumo, convertendo-o em contra-ordenação, pelo que a restrição quantitativa constante do nº 2 terá que harmonizar-se e compatibilizar-se com o nº 1, não podendo de forma alguma esvaziá-lo, compatibilização que só pode passar pelo respeito pelo enunciado do nº 1, funcionando a previsão do nº 2 como complemento da regra enunciada naquele.

Trata-se de um complemento com que, eventualmente, o legislador quis traçar um critério, meramente indicativo ou indiciário, das situações em que a detenção deve ser considerada para consumo. Como tal, um critério que cede perante a prova de que uma quantidade superior se destina inteiramente ao consumo pessoal.

Mais sustenta que a posição maioritária, na sua tentativa de justificar materialmente a sobrevivência do art. 40º do DL nº 15/93, de forma a abranger as situações de aquisição ou detenção de quantidades superiores a 10 doses diárias, chega a um resultado paradoxal: o da **criação de um novo crime**, denominado “aquisição e detenção de drogas ilícitas, para consumo próprio, de quantidades excessivas”, **que é afinal um crime de tráfico**, uma vez que é o perigo de as drogas detidas serem lançadas no mercado que é aí tutelado. E um **crime de tráfico de duvidosa constitucionalidade**, porque a protecção do perigo recua aqui a uma fase remota em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória ou incerta pode correr perigo, pois necessário se torna, para que esse perigo se possa configurar, que previamente o detentor da droga a desafecte do consumo pessoal.

Aqui chegados, importa agora tomar posição sobre tão controvertida questão.

E para tanto, impõe-se dizer que, em nosso modesto entender, a tese fixada pelo sobredito aresto é de duvidosa legalidade, raiando até a inconstitucionalidade, precisamente porque, no fundo, e tal como resulta de algumas das salientadas e divergentes

opiniões, acaba por criar um novo ilícito, repondo em vigor uma norma nessa parte expressamente revogada (violando, além do mais, o princípio da legalidade).

No fundo, o intérprete colmatou uma autêntica lacuna sancionatória decorrente de evidenciado erro do legislador, assim preenchendo o inerente vazio, estribado em alguma “especulação” interpretativa em torno daquilo que seria a real intenção do legislador.

É certo que, e tal como decorre de tal aresto, numa fase embrionária do projecto que veio a gerar a Lei nº 30/2000 não existia a limitação quantitativa ora prevista no nº 2 do artigo 2º da citada lei. No entanto, nada existe na própria lei nova que permita perceber o verdadeiro sentido e alcance de um tal acréscimo, assim se inviabilizando um tal e imprescindível contributo que poderia decorrer de tal elemento histórico de interpretação. Mas, e muito para além disso, não se vê como possa o intérprete ultrapassar o rigoroso e expresso sentido revogatório plasmado no artigo 28º de tal diploma, o que, e salvo melhor opinião, constituirá sempre uma irreversível barreira inultrapassável, face aos atrás expressos princípios.

Creemos, pois, que o “vazio” deixado pelo legislador dificilmente poderá ser validamente colmatado a não ser pela mesma via, obviamente apenas para o futuro.

E, assim sendo, resta-nos aderir à tese vencida que estriba o Acórdão fundamento do aresto aqui em apreço, porque mais consentânea, quer com os próprios princípios atrás mencionados, quer com a própria “*ratio*” decorrente da também assinalada resolução que aprovou a “Estratégia Nacional de Luta contra a Droga”, passando, pois, a sustentar que o nº 2 do artigo 2º da Lei 30/2000 não tem uma função vinculativa, que arrede do ilícito de mera ordenação social as situações de consumo e de aquisição ou detenção de droga para consumo em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias, mas apenas uma função meramente indicativa ou orientadora (de facto, seria um perfeito absurdo punir, ainda que como contra-ordenação, a detenção de doses que não excedam os assinalados dez dias e deixar “impune” todo o demais consumo; por outro lado, também não se mostra curial, designadamente em face da mencionada estratégia nacional de luta contra a droga, com a subjacente ideia de despenalização e inerente “cura” dos toxicodependentes, no seu cotejo com a nítida separação entre consumo e tráfico que decorre do Dec-lei nº 15/93, que o consumo passasse a ser encarado

como tráfico, mesmo que em diferente grau do que resulta do artigo 21º deste último diploma citado).

Daí decorre, porém, e inelutavelmente, que há-de ser a prova de cada caso concreto que há-de ditar o possível enquadramento em sede contra-ordenacional, o que nos obriga (tal como sucederia com a solução “imposta” pelo aresto em apreço) a tratar a questão conexa atinente às quantidades de estupefaciente e inerentes períodos de consumo.

Quanto a tal aspecto entendemos que não deve, pura e simplesmente, lançar-se mão do mapa anexo à Portaria nº 94/96, de 26/03.

Com efeito, este critério, e para além da questão da sua abrangência, apenas em sede dos artigos 26º, nº 3 e 40º, nº 2, ambos do Dec-lei nº 15/93, este último entretanto revogado, excepto quanto ao cultivo, apresenta uma outra dificuldade, pois que as quantidades a que alude o referido mapa referem-se a quantidades puras, ou seja, ao princípio activo a que alude o artigo 71º, nº 1, al. c) do Dec-lei nº 15/93, o que não pode confundir-se com o peso líquido resultante dos relatórios do LPC, sendo estas as principais críticas conhecidas que ao mesmo são feitas.

Resta, pois, como alternativa, preencher tal conceito através do caso concreto, socorrendo-nos para tal do tipo de estupefaciente em análise, do grau de adição do consumidor e do próprio modo como é consumido, critério este tido como mais consentâneo com o actual quadro legislativo, até pela acrescida impossibilidade de, por via de regra, podermos lidar com os dados de quantidades puras/princípio activo.

É claro que uma tal análise há-de ter um limite razoável, decorrente das próprias e objectivas quantidades “a se”, sob pena de correremos o risco de contribuir para “branquear” outras actividades “camufladas” em aparente e mero consumo, o que o legislador seguramente não quis.

Aqui fica, pois, a nossa modesta e convicta opinião.

Ainda que um tanto “*a laterae*”, diremos ainda que a solução definitiva do problema da toxicodependência, e tal como preconiza Cristina Líbano Monteiro³, passará

³ “O Consumo de Droga na Política e na Técnica Legislativas: Comentário à Lei nº 30/2000”, *in* RPCC, Ano 11, fascículo 1, p. 98.

seguramente pela percepção de que “o consumo de estupefacientes constituiu o objecto adequado para “testar” um **novo tipo de direito sancionatório**, não penal nem contra-ordenacional, mas **de intervenção social**”. O que nos reconduz (adiantámos nós), num segundo momento, à urgente análise da “questionável” imputabilidade dos toxicodependentes, ao menos nos momentos da “ressaca”, bem como nos precedentes momentos que a anunciam.