

# Percursos & IDEIAS

Revista Científica do IS CET

**IS CET**

## Cadernos de **Solicitadoria**

### Editorial

Ana Clara Azevedo de Amorim  
**O direito especial à gerência: garantias de tutela versus interesse social**

Ana Paula de Pinho Teixeira Mendes Cabral  
**My conscience your money – case study**

Melanie de Oliveira Neiva Santos  
**Do comodato de imóvel por toda a vida do comodatário**

Iwona Wojtalik  
**Building durable mediated settlements**

Luisa Maria Baptista Lopes Sousa  
**O processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento - aspectos gerais**

**3&4** números  
2ª Série

## EDITORIAL

O Solicitador dispõe hoje de inúmeras competências, certamente mais do que as que dispunha no passado recente, fruto de alterações legislativas. Com efeito, este profissional é atualmente protagonista de um acervo importante de atribuições que, a par das clássicas funções, foram acometidas à sua esfera de atuação.

Tradicionalmente, constituem atos próprios do Solicitador, dentro dos limites legais, o exercício do mandato forense e a consulta jurídica, em regime de profissão liberal remunerada.

Aos que abracem a especialidade de Agente de Execução caber-lhes-á efetuar todas as diligências de execução, incluindo citações, notificações e publicações.

O Balcão Único do Solicitador constitui, a par da especialidade de agente de execução, uma relevante manifestação das conquistas que a profissão conheceu nos últimos anos.

A estas novas competências correspondem novos desafios mas, sobretudo, deveres acrescidos. Por isso, o desempenho profissional responsável, ético e capaz exige uma sólida formação jurídica e profissional. Tal desiderato pressupõe um percurso de trabalho e rigor, por parte do futuro Solicitador, que se inicia com a sua formação e que o deverá acompanhar sempre, no desempenho da profissão.

É neste contexto que o ISCET proporciona uma forte e atualizada formação científica, contribuindo para a aquisição de competências essenciais ao futuro desempenho profissional.

Tal formação passa necessariamente pelo desenvolvimento de múltiplas aptidões das quais se destacam as capacidades de análise crítica, investigação e aprofundamento do conhecimento.

Os cadernos de Solicitoria constituem, justamente, neste contexto, um contributo científico para a diversificada formação que a profissão reclama.

Na presente edição cruzam-se várias áreas do direito, abordando-se questões éticas, de direito privado, direito laboral e a resolução alternativa de litígios, manifestação clara da multidisciplinaridade que, hodiernamente, as inúmeras dimensões da profissão pressupõem.

Melanie de Oliveira Neiva Santos

# **O DIREITO ESPECIAL À GERÊNCIA: GARANTIAS DE TUTELA *VERSUS* INTERESSE SOCIAL**

**Ana Clara Azevedo de Amorim**

ISCET | Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

## **RESUMO**

Nas sociedades por quotas de pendor personalístico, é frequente a atribuição aos sócios de um direito especial à gerência, que consiste na derrogação do princípio da livre destituição dos gerentes, fazendo-se depender a cessação da relação de administração da verificação de justa causa e da existência de um processo judicial. A destituição, enquanto construção jurídica apta a resolver o conflito de interesses decorrente da violação dos deveres do gerente ou da sua incapacidade para o exercício das funções, funda-se num critério de inexigibilidade que define, no caso concreto, a medida necessária de protecção do interesse social, em detrimento do interesse individual. Importa caracterizar as garantias de tutela do direito especial à gerência, para em seguida as confrontar, numa abordagem objectiva, com a prevalência do interesse social, que constitui afinal o pressuposto de todo o regime jurídico.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

sociedades por quotas, direitos especiais, gerência, destituição, interesse social.

## **ABSTRACT**

In limited companies based on a personal structure, partners are frequently entitled to special access to management, which consists in derogating the principle on free dismissal of directors, so that the cessation of the administration position depends on just cause verification and a judicial proceeding. As being the legal issue able to resolve the conflict of interests emerging from the violation of the director's duties or his inability to exercise his functions, the removal from office is founded upon a non-demandingness criterion that defines, in each case, the necessary measure for social interest protection, disregarding personal interest. This paper aims to describe the prerogatives conferred to partners by the special access to management and then, using an objective approach, confront these prerogatives with the predominance of social interest, which is the ulterior intention of the legal regime.

## **KEYWORDS:**

limited companies, special rights, management, dismissal, social interest.

## INTRODUÇÃO

O art. 257.º n.º 1 CSC consagra, relativamente às sociedades por quotas, o princípio da livre destituição dos gerentes pela colectividade dos sócios, também designado princípio da revogabilidade ou destituição *ad nutum*, que consiste na possibilidade de a destituição dos membros do órgão de administração ser deliberada na ausência de justa causa e por maioria simples (desde que o contrato não exija maioria qualificada, nos termos dos art. 257.º n.º 2 e 250.º n.º 3 CSC). A competência para a destituição dos órgãos de administração é atribuída imperativamente aos sócios pela alínea d) do art. 246.º CSC e corresponde ao exercício de um direito potestativo da própria sociedade, dando, no entanto, lugar à indemnização do gerente destituído<sup>1</sup>.

Ora, admitindo a natureza contratual da relação de administração, a doutrina maioritária tem entendido que a destituição dos gerentes pela colectividade dos sócios assenta na livre revogação do mandato, prevista nos art. 1170.º CCiv e 245.º CCom.

Porém, atento o carácter supletivo do regime legalmente previsto para as sociedades por quotas, o contrato de sociedade pode derogar os princípios da livre destituição dos gerentes e da igualdade de tratamento dos sócios, mediante consagração expressa de um direito especial à gerência, que confere estabilidade acrescida ao vínculo de gerência, na medida em que restringe a possibilidade de destituição à verificação de justa causa e à existência de um processo judicial: é o que prevê a segunda parte do n.º 3 do art. 257.º CSC.

A atribuição deste direito aos sócios que são, cumulativamente, designados gerentes, surge no âmbito de sociedades por quotas de pendor personalístico, de pequena dimensão e estrutura organizativa pouco complexa – ou mesmo familiar –, que privilegiam a confiança pessoal e constituem uma verdadeira comunidade de trabalho, na medida em que são um meio privilegiado de realização profissional dos sócios. Neste contexto, compete aos sócios assegurar directamente a gestão da sociedade, concentrando as competências de orientação estrutural, representação e dinamização.

Afasta-se, assim, o princípio da hetero-administração consagrado no art. 252.º n.º 1 CSC e atribui-se aos sócios uma garantia individual e tendencialmente ilimitada de exercício da gerência. Neste sentido, o direito especial representa uma pessoalização dos estatutos das sociedades por quotas e o exercício de uma gerência não profissionalizada, numa tendencial aproximação ao regime jurídico das sociedades em nome colectivo (veja-se, em especial, o art. 191.º n.º 5 CSC).

### I. CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO ESPECIAL À GERÊNCIA

O tema do direito especial à gerência insere-se na problemática mais ampla dos direitos especiais, ou seja, direitos que são atribuídos aos sócios no contrato de sociedade e que, na medida em que lhes conferem uma posição privilegiada, traduzem uma derrogação do princípio fundamental de direito societário da igualdade de tratamento dos sócios. São, por isso, direitos de socialidade ou corporativos. Acresce que, nos termos do art. 24.º n.º 5 e art. 55.º CSC, os direitos especiais se caracterizam pela insusceptibilidade de serem suprimidos ou limitados sem o consentimento do seu titular, sob pena de ineficácia, exigindo-se cumulativamente a maioria qualificada para alteração do pacto social prevista no art. 265.º CSC (três quartos dos votos correspondentes ao capital social)<sup>2</sup>.

1 - O princípio encontrava-se já estabelecido no art. 28.º da Lei das Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901, que estatuiu que “o mandato dos gerentes (...) é sempre revogável”.

2 - Esta inderrogabilidade relativa de certos direitos foi consagrada, entre nós, pelo assento do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1961, onde se estatui que “para a alteração dos direitos especiais de um sócio, concedidos no pacto de uma sociedade por quotas, não basta a maioria referida no art. 41.º da lei de 11-4-1901, sendo ainda indispensável o consentimento do respectivo sócio”, *Jornal do Foro*, ano 26, 1962, pág. 157. A polémica parece definitivamente resolvida de *iure constituto* desde o CCiv de 1966, dado que o art. 982.º n.º 2, seguindo a previsão precursora do § 35 do BGB alemão, prevê que “se o contrato conceder direitos especiais a algum dos sócios, não podem os direitos concedidos ser suprimidos ou coarctados sem o assentimento do respectivo titular. Paralelamente, foram consagrados em Itália os *diritti individuali* que correspondem a

Neste sentido, não consagram a atribuição de um direito especial à gerência as cláusulas do contrato de sociedade que fazem depender a destituição de uma deliberação tomada por unanimidade ou maioria qualificada, uma vez que é em torno da impossibilidade de destituição *ad nutum* e do consentimento do sócio – e já não da maioria necessária – que o problema da derrogação do direito especial gravita.

Não tendo o sócio um verdadeiro direito a ser designado para o órgão de administração, mas uma mera susceptibilidade de ser eleito e o correlativo direito potestativo de concorrer para a designação, o direito especial à gerência consiste numa faculdade atribuída *intuitus personae* a alguns ou mesmo a todos os sócios (Raul Ventura, 1991:18 e Coutinho de Abreu, 2009:215; contra, Pinto Furtado, 1993:267, Olavo Cunha, 1993:22 e Pereira de Almeida, 2011:168) de integrar a gerência por um período de tempo não previamente determinado – pelo menos, a destituição restringir-se-á aos casos em que se verifique uma violação grave dos deveres do gerente ou a sua incapacidade para o exercício normal das funções. O direito à gerência qualifica-se, assim, como um direito especial de carácter pessoal, individual e tendencialmente perpétuo.

Importa esclarecer, no entanto, que a designação imediata do gerente nos estatutos não corresponde automaticamente à consagração de um direito especial. O aproveitamento conjuntural da celebração do contrato de sociedade acontece, quase sempre, apenas a título incidental e por razões de mera eficiência prática, determinadas pelo facto de os sócios pretenderem evitar a convocação da assembleia com vista à nomeação dos gerentes e o registo autónomo posterior, para os efeitos da alínea m) do art. 3.º CRCom<sub>3</sub>.

Desta forma, perante uma hipótese concreta, o que se deve aferir é se a designação do gerente no próprio contrato foi uma condição essencial para a constituição da sociedade (integrando, por isso, o contrato social material) e, em caso afirmativo, se se pretendeu que àquele sócio fosse atribuída a qualidade de gerente com carácter de permanência. Por fim, em caso de dúvida, deve considerar-se excluída a especial prerrogativa, uma vez que a regra são os direitos gerais e a excepção os direitos especiais.

## 2. GARANTIAS DE TUTELA DO DIREITO ESPECIAL À GERÊNCIA NO CASO DE DESTITUIÇÃO

Não obstante a caracterização dos direitos especiais, o direito à gerência pode cessar, independentemente do consentimento do titular, nos termos da segunda parte do n.º 3 do art. 257.º CSC, mediante “destituição judicial do gerente por justa causa”. Afasta-se, assim, a insusceptibilidade absoluta de supressão do direito – que se justifica pela necessidade de acautelar o interesse social – e consagra-se uma dupla garantia de tutela do titular de um direito especial à gerência no caso de destituição.

### 2.1. GARANTIA MATERIAL: A JUSTA CAUSA

A justa causa integra um conceito indeterminado para o qual a lei se limita a enunciar dois padrões normativos, cuja verificação dependerá, em cada caso concreto, das especificidades da sociedade: “a violação grave dos

todos os direitos inderrogáveis dos sócios.

3 - Daqui decorre que a cláusula, frequentemente adoptada na prática, “todos os sócios ficam desde já nomeados gerentes” e a designação nominal de alguns deles podem integrar o contrato social material, para cuja alteração se exigirá a referida maioria qualificada do art. 265.º do CSC, ou consistir na atribuição de um direito especial à gerência, dependendo do sentido e alcance que lhes tenha sido dado pelos sócios no momento da consagração (Pereira de Almeida, 2011:404). Neste sentido, vejam-se, entre outros, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 23 de Julho de 1976, Colectânea de Jurisprudência, 1976, III, pág. 608, do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Fevereiro de 1991 e do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 2010, processo n.º 2703/05.4TBMGR.C1.S1. Em sentido contrário, o Tribunal da Relação de Évora decidiu, no acórdão de 2 de Outubro de 1980, Colectânea de Jurisprudência, 1980, IV, pág. 259, que a atribuição da prerrogativa, assim formulada, sendo essencial à constituição e subsistência da sociedade, integra um direito especial à gerência. De salientar que, segundo os exemplos da doutrina alemã, consagram inequivocamente o direito especial à gerência, as seguintes cláusulas: “o sócio tem direito a ser gerente por toda a vida”, “por toda a duração da sociedade”, “enquanto for sócio” ou “só pode ser destituído da qualidade de gerente havendo motivo grave”.

deveres do gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções” (art. 257.º n.º 6 CSC)<sup>4</sup>.

Haverá violação grave dos deveres do gerente sempre que, tendo em conta a natureza e o grau da violação, se possa concluir pela contrariedade do comportamento (acção ou omissão) ao interesse da sociedade. Neste sentido, a gravidade da violação depende, em regra, da verificação de um comportamento do gerente apto a fazer perigar o interesse social, aferindo-se aquela gravidade por estas consequências – assim acontece, por exemplo, quando a recusa injustificada de colaboração em actos de mero expediente conduz à total paralisação da actividade económica desenvolvida pela sociedade.

Os deveres dos gerentes podem ter fonte na lei, no contrato de sociedade e em deliberação social. Importa referir que existe, desde logo, um dever de administrar *tout court*, fundador de todos os restantes (Duarte Rodrigues, 1990:173), pelo que a inércia e o desinteresse face ao exercício da gerência constituem justa causa de destituição. No entanto, outros deveres legais – agora de conteúdo específico (António Caeiro, 1984:165) – podem ser encontrados nos art. 6.º n.º 4, 31.º e 32.º, 64.º e 65.º, 119.º, 263.º CSC e, especialmente, no art. 254.º CSC que prevê a proibição de exercício de actividade concorrente com a da sociedade<sup>5</sup>.

À semelhança da violação dos deveres do gerente, também a incapacidade para o exercício normal das respectivas funções há-de determinar-se objectivamente em função da aptidão para, através de uma gestão diligente, realizar os fins que a sociedade se propõe. Por um lado, a destituição deve assentar numa incapacidade definitiva para o desempenho do cargo, uma vez que, sendo meramente temporária, a incapacidade dará lugar apenas à suspensão do gerente, por aplicação analógica do art. 400.º CSC. Por outro lado, abrangerá tão-só a incapacidade física (como a que advém, designadamente, de uma doença incurável e incapacitante) e a ineptidão ou falta de competência técnico-profissional para o exercício das funções, mas já não a incapacidade jurídica ou incompatibilidade supervenientes, que deverão considerar-se causas de caducidade da relação de administração. De notar que, ocorrendo uma mudança efectiva da maioria dos sócios, a consequente alteração de orientação estratégica da sociedade não deve repercutir-se na estabilidade do vínculo dos gerentes que, encontrando-se investidos de um direito especial e, como tal, fora do âmbito de aplicação do princípio da livre revogabilidade do mandato, não poderão ser, nestes casos, validamente destituídos, por inexistência de justa causa.

Quando a destituição se funda numa justa causa objectiva – violação não culposa de deveres ou incapacidade para o exercício normal das funções –, o facto de o gerente destituído contar legitimamente com a manutenção da relação de administração pode determinar o pagamento da indemnização prevista no art. 257.º n.º 7 CSC<sup>6</sup>.

4 - A maioria dos autores (vejam-se, entre outros, João Labareda, 1998:65 e Menezes Cordeiro, 2011:747) e da jurisprudência (por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1996, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 418, pág. 793) atribui a esta norma carácter exemplificativo, que decorre do advérbio “designadamente”. Acresce que, actualmente, a justa causa depende mais da aplicação do critério da inexigibilidade do que dos padrões normativos enunciados, como resulta do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 2006, processo n.º 05B2682 e do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Junho de 2011, processo n.º 6083/09.0TVLSB.L1-6.

5 - Na parte dedicada às disposições penais, o CSC tipifica crimes que, sendo praticados pelos gerentes, constituem igualmente justa causa de destituição: entre outros, a aquisição ilícita de quotas ou acções (art. 510.º n.º 2), a irregularidade na convocação da assembleia (art. 515.º) ou a recusa ilícita de informações (art. 518.º n.º 1). Já quanto à condenação em acção penal pela prática de qualquer outro crime, a justa causa de destituição não pode ser invocada, atenta a falta de conexão da vida pessoal e dignidade social do gerente com o interesse social. Exceptua-se o caso de, em concreto, se provar o prejuízo – ou susceptibilidade de prejuízo – da sociedade e o respectivo nexo de causalidade com o crime praticado pelo gerente.

6 - Uma interpretação lata (ou, pelo menos, não literal) daquela norma, destinada a fazer aproximar, para efeitos de indemnização, as situações em que não existe justa causa daquelas onde, apesar de existir, o comportamento ou os factos atinentes à pessoa do gerente não lhe são subjectivamente imputáveis, visa compensar o destituído pelos prejuízos sofridos sempre que ele não pudesse razoavelmente contar com a cessação da relação de administração. O contrato de sociedade pode, porém, prever validamente o pagamento daquela indemnização mesmo nas situações em que, apesar de existir justa causa, não se verifica o elemento subjectivo da culpa. Caso não o preveja, tal indemnização poderá também ser atribuída ao gerente por posterior acordo das partes (Duarte Rodrigues, 1990:245 e Coutinho de Abreu, 2007:85). No entanto, a referida

Alcança-se, por esta via, uma composição equilibrada dos interesses em conflito: se a sociedade não tem o ónus de manter nas funções de gerente um sócio que, apesar dessa qualidade, põe em causa o interesse social, a violação dos deveres a que estava adstrito, não sendo imputável ao gerente a título de dolo ou negligência, não deve também conduzir à total preterição das suas expectativas legítimas.

Na verdade, o interesse social justifica que a destituição possa ser decretada mesmo que o facto não seja imputável ao gerente destituindo a título de culpa (António Caeiro, 1984:166; contra, Menezes Cordeiro, 2007:204), como vem decidindo a generalidade da jurisprudência recente.<sup>7</sup> Ou seja, o apuramento da culpa do gerente, de acordo com o critério de diligência do “gestor criterioso e ordenado” previsto no art. 64.º CSC, servirá apenas para aferir da maior ou menor gravidade da violação dos deveres, não constituindo, no entanto, condição da destituição, que é concretamente determinada, também nos casos de direito especial à gerência, como se verá mais adiante, pela estrita necessidade de acautelar o interesse social.

Paralelamente à destituição, os factos que integram a justa causa podem determinar a responsabilidade civil do gerente, sempre que a violação culposa dos deveres de conduta tenha causado danos à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios (art. 72.º, 78.º e 79.º CSC, respectivamente), bem como, tratando-se de comportamentos que, pela sua deslealdade ou gravidade, perturbam o funcionamento da sociedade, a própria exclusão do sócio (art. 242.º n.º 1 CSC).

## 2.2. GARANTIA JURISDICIONAL: A DELIBERAÇÃO SOCIAL E O PROCESSO JUDICIAL

Ao contrário do que acontece quando não existe qualquer instituto de protecção do gerente, a iniciativa da destituição de um titular de direito especial à gerência cabe à sociedade e aos sócios mas a destituição em si deve ser decretada por um tribunal no âmbito de uma acção declarativa constitutiva.

Sempre que a deliberação social prévia à destituição não decorra da assembleia anual que aprecia as contas do exercício (art. 75.º n.º 2 CSC), a convocatória para a assembleia extraordinária deve conter menção expressa da proposta de destituição ou, pelo menos, referência genérica à situação da gerência.<sup>8</sup> Na medida em que o sócio em causa se encontra em situação de conflito de interesses com a sociedade, o que determina o seu impedimento de voto (alínea f) do art. 251.º CSC), aquela deliberação não poderá ser tomada por voto escrito (art. 247.º n.º 8 CSC). O sócio mantém, no entanto, e ainda que a assembleia não vise a votação de qualquer outra proposta, o direito a estar presente, a participar na discussão e a que lhe sejam prestadas todas as informações que solicite, nos termos gerais do art. 21.º alíneas b) e c) e art. 248.º n.º 5 CSC.

---

indemnização depende, em quaisquer circunstâncias, da alegação por parte do gerente da verificação de danos, não bastando a prova da perda da remuneração devida pelo exercício da gerência, como resulta, designadamente, do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Novembro de 2003, processo n.º 0324476 e do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 2010, processo n.º 2703/05.4TBMGR.C1.S1.

7 - Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2005, Colectânea de Jurisprudência, 2005, V, pág. 116. Contra, designadamente, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 14 de Fevereiro de 1995, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 444, pág. 650.

8 - Em Espanha, a questão suscitou ampla discussão da doutrina até à entrada em vigor da Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada, aprovada pela Lei n.º 2/1995, de 23 de Março, que consagrou, no art. 68.º n.º 1, a desnecessidade de a destituição constar da ordem do dia. Em França, a doutrina entende que a destituição pode não constar da convocatória mas tem que ter conexão suficiente com algum assunto aí inscrito, geralmente a avaliação da gestão (Mestre e Velardocchio, 2002:1230). É este entendimento que deve prevalecer, igualmente, no ordenamento jurídico português, tal como vem afirmando a doutrina maioritária (entre outros, Coutinho de Abreu, 2007:91) e decorre do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Fevereiro de 2011, processo n.º 674/10.4TYLSB.L1-1, em que se considera suficiente a identificação do *thema deliberandum*. Em sentido mais restritivo, vejam-se porém o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro de 1996, Colectânea de Jurisprudência, 1996, I, pág. 100 e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Outubro de 2010, processo n.º 1193/09.7TBSTS.P1.

O impedimento legal de voto tem aqui, como refere Raul Ventura (1989:299), uma função preventiva, visando evitar que o sócio sacrifique o interesse social em detrimento do seu interesse pessoal na manutenção da gerência. Sendo ainda titular do direito de voto, o sócio não tem, *in casu*, legitimidade para o exercer, pelo que deverá abster-se de votar. O voto emitido com preterição das referidas normas legais considera-se nulo, tendo o presidente da assembleia o poder-dever de não o computar no apuramento final para efeitos da maioria exigível. Não o fazendo, a deliberação será anulável, de acordo com o art. 58.º n.º 1 alínea a) CSC, excepto se passar a designada “prova da resistência”, que consiste em descontar os votos nulos e verificar se a deliberação teria, ainda assim, sido tomada.

A deliberação social apenas não constitui requisito prévio da destituição judicial do gerente nas hipóteses em que um sócio requerer a suspensão e destituição judicial em acção intentada contra a sociedade e o gerente destituendo (art. 257.º n.º 4 CSC), ou quando, existindo apenas dois sócios, ambos devem estar em juízo em nome próprio, evitando-se desta forma eventuais arbitrariedades recíprocas (art. 257.º n.º 5 CSC).

Consequentemente, a destituição vai ser decretada pelo tribunal num processo de jurisdição voluntária regulado pelo art. 1484.º-B CPC e caracterizado, no essencial, pela aplicação do princípio do inquisitório e de critérios de equidade na decisão, em especial, na apreciação dos factos que integram a justa causa<sup>10</sup>. Mas a sociedade (ou o sócio, nos casos do art. 257.º n.º 4 e 5 CSC) pode requerer cautelarmente a suspensão do gerente, que se fundará no *periculum in mora* ou fundado receio que a manutenção da relação de gerência acarrete prejuízo considerável para a sociedade e ponha em causa, de forma dificilmente reparável, o interesse social e no *fumus boni iuris* ou existência do direito a destituir, que o juiz conhece sumariamente<sup>11</sup>.

Sendo a justa causa um facto constitutivo do direito à destituição do gerente, o ónus da prova recai sobre a sociedade, nos termos gerais do art. 342.º n.º 1 CCiv<sup>12</sup>. Refira-se, no entanto, que considerado

9 - A eficácia do caso julgado e o princípio do contraditório impõem uma interpretação correctiva do referido preceito legal – que alude apenas à sociedade –, no sentido de se verificar um litisconsórcio necessário passivo, como resulta do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16 de Março de 2005, Colectânea de Jurisprudência, 2005, II, pág. 283. A legitimidade individual dos sócios é independentemente da percentagem de capital social detida, ao contrário do que acontece no âmbito do regime jurídico das Sociedades Anónimas, em que esta faculdade é conferida apenas a accionistas titulares de acções correspondentes, pelo menos, a 10% do capital (art. 403.º n.º 3 CSC).

10 - O art. 1484.º-B CPC foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Mais do que uma garantia formal, trata-se de uma garantia jurisdicional: a destituição será submetida à apreciação de um juiz independente, alheio aos interesses das partes. Contrariamente à jurisdição contenciosa, que visa a composição de litígios e controvérsias entre as partes, o processo de jurisdição voluntária caracteriza-se tradicionalmente por uma regulamentação anómala de interesses sem que exista verdadeiro litígio e apresenta uma das seguintes configurações: regulamentação de um interesse individual, contraposição de interesses solidários, desarmonia de interesses contrapostos com manifesta supremacia de um deles (Anselmo de Castro, 1981:150).

11 - Não se afastam, por isso, os requisitos da providência cautelar comum previstos no art. 381.º CPC, que devem ser apreciados no âmbito da “realização das diligências necessárias”, a que alude o n.º 2 do art. 1484.º-B CPC. A suspensão do gerente depende de um pedido incidental na acção de destituição, que o juiz decidirá imediatamente. No entanto, a mera suspensão é também objecto de deliberação social prévia, como decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra no acórdão de 27 de Junho de 1995, Colectânea de Jurisprudência, 1995, III, pág. 51 e, posteriormente, também no acórdão de 19 de Outubro de 2010, processo n.º 757/10.0T2AVR-A.C1. Para a concretização casuística do interesse social, o n.º 3 do art. 1484.º-B CPC manda “ouvir, sempre que possível, os restantes sócios ou os administradores da sociedade”. Já o interesse individual do gerente destituendo deve ser apurado objectivamente, por referência ao critério do homem médio.

12 - Ao contrário, quando o gerente alegue ter sido destituído sem justa causa, na acção intentada contra a sociedade para pagamento da indemnização prevista no art. 257.º n.º 7 CSC, a prova dos factos que integram a justa causa cabe à sociedade, mas agora por se tratar de um facto impeditivo do direito do gerente à indemnização – art. 342.º n.º 2 CCiv. Sobre esta questão, vejam-se, entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 486, pág. 361 e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Abril de 2011, processo n.º 5878/08.7TBCSC.L1-2.



o princípio do inquisitório vigente no âmbito da jurisdição voluntária, o problema se há-de situar mais ao nível dos amplos poderes do juiz para investigar livremente os factos do que propriamente do ónus da prova. Concluindo-se pela inexistência de justa causa, deve entender-se que o gerente – mesmo que tenha sido suspenso – se manteve ininterruptamente em funções, procedendo-se ao pagamento das respectivas remunerações, dado que só a sentença (e não a deliberação social) tem efeitos constitutivos da destituição.

No caso de o tribunal decretar a destituição do gerente, os efeitos internos da cessação do vínculo produzem-se a partir do trânsito em julgado da decisão final (art. 677.º CPC). Já relativamente à vinculação da sociedade perante terceiros de boa fé, a eficácia da destituição depende do seu averbamento no registo, nos termos do art. 3.º alínea m) e art. 69.º n.º 1 alínea l) CRCCom. Decretada a destituição, caduca a cláusula do contrato social que consagra o direito especial à gerência, por analogia com o art. 253.º n.º 3 CSC.

### **3. A INEXIGIBILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A COMPOSIÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO**

No momento da constituição da sociedade, o direito especial à gerência, ainda que afecto primordialmente a interesses próprios do seu titular, coexiste pacificamente com o interesse social. No entanto, os factos que integram a justa causa, por serem manifestamente contrários ao escopo social comum, dão origem a uma relação conflitual. A gravidade destes factos funda-se no prejuízo causado ao interesse da sociedade, independentemente de se tratar de um dano emergente, de um lucro cessante ou de um mero obstáculo à realização futura dos fins sociais<sup>13</sup>. Ou seja, para que a sociedade pretenda legitimamente acautelar o seu interesse mediante destituição do gerente, devem verificar-se não só os factos atinentes ao comportamento ou à pessoa do gerente, que integram a justa causa, mas também a susceptibilidade de prejuízo (Pinto Furtado, 1986:524).

Na situação de conflito de interesses decorrente da violação grave dos deveres do gerente ou da sua incapacidade para o exercício normal das funções, o interesse (colectivo) da sociedade não pode ser satisfeito sem sacrifício do interesse (individual) do sócio na manutenção da relação de administração. A destituição surge, assim, como a consequência normal de a prerrogativa do sócio deixar de ser merecedora de tutela jurídica, na mesma medida em que é necessário proteger o interesse social. Neste sentido, a segunda parte do n.º 3 do art. 257.º CSC configura-se como uma verdadeira norma resolutiva, em que a justa causa preenche a previsão e a destituição consagra a estatuição. Os factos integradores da justa causa constituem, desta forma, a causa de pedir da acção judicial de destituição e, ainda que possa não estar em causa um dano económico, o interesse conflituante há-de ser, pelo menos, objectivamente valorável.

A justa causa de destituição consiste, então, em factos que tornam inexigível à sociedade a manutenção da relação de confiança que o exercício da gerência pressupõe. Tais factos conduzem à necessária

---

13 - Neste sentido, ainda que, por exemplo, as consequências da violação da obrigação de não concorrência ou do dever de colaboração, através de comportamentos que visem exclusivamente provocar a discórdia entre os gerentes ou os próprios sócios, possam não se reflectir imediatamente na actividade económica da sociedade, subsiste uma susceptibilidade de redução da clientela a médio prazo. Vejam-se, designadamente, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Fevereiro de 2002, Colectânea de Jurisprudência, 2002, V, pág. 111 e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 2011, processo n.º 242/09.3YRLSB.S1. Já no caso de o sócio não exercer qualquer actividade na sociedade concorrente, o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 12 de Junho de 2001, Colectânea de Jurisprudência, 2001, III, pág. 114, decidiu que não existia justa causa de destituição. Num entendimento mais lato, a doutrina e jurisprudência francesas têm afirmado que a justa causa de destituição se basta com um comportamento desconforme ao interesse social, o que pode corresponder tão-só a um objectivo de melhorar a gestão da sociedade (Mestre e Velardocchio, 2002:1232).

preterição das disposições contratuais que protegem o interesse do gerente, uma vez que a subsistência do vínculo passa a considerar-se praticamente impossível para a sociedade (Duarte Rodrigues, 1990:246). É desta correspondência recíproca entre justa causa e inexigibilidade que decorre, por exemplo, a nulidade da cláusula contratual que prevê a impossibilidade de destituição mesmo ocorrendo justa causa. Mas a inexigibilidade, enquanto critério fundamental de delimitação das circunstâncias que devem determinar a cessação do direito especial à gerência, já não poderá ser invocada nos casos de destituição *ad nutum*, dado que a respectiva licitude não depende da existência de justa causa.

Perante cada caso concreto, haverá que averiguar se a tutela do interesse social justifica o afastamento da posição jurídica privilegiada anteriormente conferida ao sócio. Com vista à justa composição dos interesses em conflito, caberá ao juiz o preenchimento da cláusula geral de inexigibilidade, mediante uma avaliação das expectativas legítimas da sociedade e do sócio, bem como dos factos que integram a justa causa, nomeadamente quanto à gravidade da violação dos deveres e da lesão do interesse social previamente definido<sup>14</sup>.

#### 4. CONCEPÇÃO OBJECTIVA DO REGIME JURÍDICO E PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL

De acordo com uma abordagem contratualista tradicional, o interesse social define-se como o interesse comum dos sócios actuais, que corresponderá à vontade expressa no contrato de sociedade e à realização da finalidade última para que foi criada a pessoa colectiva. A sociedade qualifica-se, assim, como um instituto de direito privado orientado para um fim lucrativo. Identificado o interesse social com o interesse comum dos sócios, considera-se que os interesses dos trabalhadores, credores e terceiros são meramente acessórios da actividade da sociedade e, nesse sentido, extra-sociais. A este contratualismo adere a maior parte da doutrina portuguesa (Brito Correia, 1989:49 e Coutinho de Abreu, 2009:288) e estrangeira (entre outros, Minervini, 1956:314).

Ao contrário, segundo uma abordagem institucionalista, a sociedade não é apenas uma relação contratual entre várias pessoas, na medida em que o desenvolvimento da sua actividade tem em consideração os interesses dos sócios actuais e futuros, dos trabalhadores, dos credores e do público em geral. Importa aqui destacar a teoria da empresa em si, consagrada na Lei alemã das Sociedades Anónimas, e a teoria francesa da instituição, segundo a qual os interesses e direitos privados se encontram subordinados aos fins que a sociedade pretende realizar. Neste contexto, o interesse social autonomiza-se dos interesses individuais dos sócios (Marques Estaca, 2003:119).

Ora, independentemente da concepção adoptada, é aos sócios que compete, em primeira linha, a definição do interesse social. A prevalência do interesse colectivo face ao interesse individual do sócio na estabilidade da relação de administração verifica-se não só em abstracto, mas também perante uma concreta violação dos deveres do gerente ou a sua incapacidade para o exercício das funções. Esta prevalência constitui, ademais, o pressuposto de todo o regime jurídico do direito especial à gerência. Em primeiro lugar, tomando como ponto de partida o art. 335.º n.º 2 CCiv, previsto para a colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente, constata-se que o interesse da sociedade e o do sócio são,

---

14 - No âmbito da composição dos interesses em conflito, afigura-se fundamental o respeito pelo princípio do contraditório, consagrado genericamente no art. 3.º n.º 1 CPC. Tendo este princípio uma implicação crescente na destituição dos órgãos de administração das sociedades, pressupõe-se a obrigação de definir previamente os seus motivos (ou a respectiva ausência, quando a destituição ocorra *ad nutum*). De salientar que o Tribunal Constitucional no acórdão de 14 de Março de 2002, Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.º 52, pág. 653, não julgou inconstitucional a norma do art. 1484.º-B n.º 2 CPC que permite que a suspensão do gerente seja decretada pelo tribunal sem audição do requerido, garantindo-se assim a eficácia do incidente, uma vez que este poderá sempre pronunciar-se na tramitação subsequente.

em abstracto, de natureza diversa. O juízo de superioridade de um sobre o outro faz-se com base nos critérios da antiguidade relativa (o direito especial à gerência é uma decorrência do estatuto de sócio, que pressupõe a própria existência da sociedade), da minimização dos danos (basta pensar que a lesão grave do interesse social pode implicar a extinção da sociedade com a perda de todo o seu património) e da própria ponderação dos interesses envolvidos (a tutela da sociedade visa a protecção de interesses supra-individuais, concretamente, o desenvolvimento económico e o comércio jurídico).<sup>15</sup>

Em segundo lugar, esta prevalência do interesse da sociedade sobre o interesse do sócio na manutenção do vínculo, que permite, através da destituição, dar resposta ao conflito decorrente dos factos que integram a justa causa, está também pressuposta nas limitações impostas ao exercício do direito especial à gerência.

Considerando, por um lado, a garantia material, é à justa causa que compete demarcar o limite a partir do qual o interesse do sócio investido de um direito especial à gerência deixa de ser merecedor de tutela. A gravidade da concreta violação dos deveres do gerente ou da sua incapacidade para o exercício das funções afere-se pelas consequências negativas que tais factos são susceptíveis de produzir na actividade e nos fins que a sociedade prossegue. E é, ainda, em homenagem ao próprio interesse social, que o regime jurídico do direito especial à gerência, não obstante a tutela que encerra, dispensa, para que se verifique validamente a destituição, a imputabilidade dos factos ao gerente a título de culpa, bastando-se a doutrina com a noção de justa causa objectiva.

Considerando, por outro lado, a garantia jurisdicional, é indiscutível que o juiz assume e representa autonomamente o interesse social. Ou seja, ainda que a competência para a composição dos interesses em conflito tenha sido atribuída a uma entidade independente, na verdade, o processo de jurisdição voluntária já leva pressuposta a supremacia do interesse colectivo da sociedade sobre o interesse individual do sócio. Quanto ao incidente cautelar de suspensão do gerente, a lei consagra uma especial protecção da sociedade enquanto não transitar em julgado a sentença que decreta a destituição, evitando, desta forma, que a manutenção da actividade do gerente represente uma continuação da lesão do interesse social.<sup>16</sup> Também o n.º 4 do art. 257.º CSC, ao atribuir aos sócios minoritários legitimidade para intentar, perante a inércia da sociedade, a acção de destituição, visa sobretudo acautelar o interesse colectivo – e não proteger directamente os interesses individuais próprios das minorias societárias.<sup>17</sup>

Assim, apesar de a posição jurídica do sócio estar tutelada pelo direito especial à gerência, havendo justa causa de destituição, a sociedade é titular de um direito potestativo extintivo (o direito a destituir), que se justifica materialmente pela ocorrência da justa causa e cujo reconhecimento visa, no limite, disciplinar o conflito de interesses, levando já pressuposta a prevalência dada ao interesse social. A finalidade da destituição do gerente investido de um direito especial enquadra-se, pois, numa concepção objectiva de todo o regime jurídico analisado, que visa primordialmente a protecção do interesse social.

---

15 - A existência de uma hierarquia entre o interesse social e o interesse dos sócios não constitui, no entanto, posição unânime da doutrina (contra, Boquera Matarredona, 1995:1018).

16 - Nos casos em que o prejuízo do interesse social esteja já consumado, ainda que não possa verdadeiramente falar-se em “fundado receio de lesão”, a suspensão visa evitar a continuação do dano, tendo carácter de uma providência antecipatória para os efeitos do art. 381.º n.º 1 CPC.

17 - Segundo uma doutrina e jurisprudência minoritárias, esta acção individual só poderia ser intentada quando não fosse possível obter uma deliberação social ou quando a acção proposta pela sociedade tivesse sido formulada em termos insuficientes. Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Dezembro de 2002, Colectânea de Jurisprudência, 2002, V, pág. 111. Esta subsidiariedade não decorre, porém, do espírito ou sequer da letra da lei, como demonstram, designadamente, o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 21 de Fevereiro de 2002, processo n.º 0079728 e o Tribunal da Relação do Porto no acórdão de 12 de Maio de 2008, processo n.º 0850755.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do direito especial à gerência situa-se numa zona de confluência dos direitos dos sócios, concretamente os direitos especiais, com os deveres dos gerentes. Perante a mesma situação de violação grave daqueles deveres ou de incapacidade para o exercício normal das funções, encontraram-se necessariamente duas abordagens: uma, a do próprio sentido e alcance do direito especial à gerência e das respectivas garantias de tutela; outra, em que a destituição surge como construção jurídica apta a resolver o conflito de interesses e a proteger o interesse social.

Se a estabilidade das funções do gerente só é compatível com o interesse social quando não se reconduz a uma verdadeira inamovibilidade, a lesão (ou susceptibilidade de lesão) que a justa causa acarreta para o interesse social torna inexigível à sociedade a manutenção da estabilidade do vínculo do gerente. Desta forma, a inexigibilidade define, no caso concreto, a medida necessária de protecção daquele interesse colectivo da sociedade, em detrimento do interesse individual.

Conclui-se que, embora a justa causa e o processo de jurisdição voluntária não deixem de constituir mecanismos de tutela do sócio no caso de destituição, esta tutela deve ser enquadrada por uma concepção objectiva dos fundamentos do próprio direito especial à gerência, cuja configuração decorre da prevalência *a priori* do interesse social. No limite, todo o regime jurídico analisado leva pressuposta aquela prevalência, dado que, sempre que ocorram factos aptos a fazer perigar o interesse social, a garantia material e jurisdicional se limitam a definir, respectivamente, o *quando* e o *como* da destituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2007), “Destituição de Administradores de Sociedades”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXXIII, pág. 75.
- (2009), *Curso de direito comercial. Das sociedades*, 3.<sup>a</sup> edição, volume II, Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, António Pereira de (2011), *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- CAEIRO, António (1984), *Temas de direito das sociedades*, Coimbra: Almedina.
- CASTRO, Artur Anselmo de (1981), *Direito processual civil declaratório*, volume I, Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, António Menezes (2007), *Manual de direito das sociedades. Das sociedades em geral*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.
- (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.
- CORREIA, Luís Brito (1989), *Direito comercial. Sociedades comerciais*, volume II, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- CUNHA, Paulo Olavo (1993), *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Coimbra: Almedina.
- ESTACA, José Nuno Marques (2003), *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*, Coimbra: Almedina.
- FURTADO, Jorge Henrique Pinto (1986), *Código Comercial anotado. Das sociedades em especial*, volume II, tomo II, Coimbra: Almedina.
- (1993), *Deliberações dos sócios. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina.
- LABAREDA, João (1998), *Direito societário português – Algumas questões*, Lisboa: Quid iuris?
- MATARREDONA, Boquera (1995), “La regulacion del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, pág. 1007.
- MESTRE, Jacques; Velardocchio, Dominique (2002), *Sociétés commerciales*, Paris: Lamy.
- MINERVINI, Gustavo (1956), “Sulla tutela del interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio”, *Rivista di Diritto Civile*, ano II, pág. 314.
- RODRIGUES, Ilídio Duarte (1990), *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Lisboa: Petrony.
- VENTURA, Raul (1989), *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume II, Coimbra: Almedina.

— (1991), *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra: Almedina.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCiv – Código Civil

CCom – Código Comercial

CPC – Código de Processo Civil

CRCom – Código de Registo Comercial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

# MY CONSCIENCE YOUR MONEY – CASE STUDY

**Ana Paula de Pinho Teixeira Mendes Cabral**

ISCET | Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

## **RESUMO**

O presente artigo tem como ponto de partida e cerne a resolução de um case-study, com implicações de diversa natureza: jurídicas, de gestão e mesmo éticas. Porém, a perspectiva escolhida e tratada é a jurídica. Após a apresentação do caso pretendeu-se apurar se, segundo o ordenamento jurídico português, ficcionando-se que a situação ocorreu no seu âmbito, foi aceitável, defensável e correcta a posição adoptada pelos profissionais de saúde envolvidos pela situação em apreço.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

direitos dos doentes; auto-determinação; liberdade religiosa; escolhas em saúde.

## **ABSTRACT**

The core of this paper is the resolution of a case study with implications of different nature: legal, managerial and even ethical. Our approach, however, we will focus on the legal aspect.

With this case, considering that it occurred under the Portuguese legislation, we aimed to determine whether the position adopted by the health professionals involved in this process was acceptable, defensible and correct.

For this purpose, an approach on the user's rights, principles involved, such as the principle of self-determination, religious freedom, and the informed consent provided by a patient was carried out.

## **KEYWORDS:**

patients' rights; religious freedom; informed consent; health choices.

## 1. INTRODUÇÃO

o presente artigo traduz a apresentação, análise e resolução de um case study - *My Conscience Your Money*. Alguns aspectos de diferente natureza estão implicados nesta hipótese. À partida, podemos referir aspectos concretizados numa vertente jurídica, da qual nos vamos ocupar especialmente, uma vertente ética e outra de gestão.

Apesar destas diferentes implicações do caso, reiteramos que vamos centrar a nossa atenção na vertente jurídica, ao abrigo do ordenamento jurídico português, limitando-nos apenas a fazer uma breve referência às outras duas.

Mais concretamente, vamos focalizar a resolução deste caso na tutela dos direitos dos doentes, mais especificamente, no direito à autodeterminação, à liberdade religiosa, em matéria de cuidados de saúde, não podendo deixar de referir a existência ou não da prestação do consentimento, devidamente informado, por uma doente, cerne da hipótese em apreço.

## 2. APRESENTAÇÃO DO CASE STUDY - MY CONSCIENCE YOUR MONEY

A young woman in her twenties, a Jehovah's Witness, had an ectopic pregnancy that now needed immediate surgical attention. She was told before surgery that there was a good chance she would need to be transfused. She unequivocally refused transfusion in accord with her religious faith, even after being told that such refusal might result in her death. She did in fact experience very serious blood loss and her haemoglobin was down to three. She was very near death. In order to save her life a radical procedure was attempted. She was deliberately put into a chemical coma and completely paralyzed to slow down her life processes. She was placed on a ventilator in the Intensive Care Unit for a period of perhaps two weeks. During this period she was given a very expensive drug called Neupogen to address the haemoglobin problem. This strategy worked. Her life was saved, but at a cost that may have approached \$100,000 – a cost that had to be absorbed completely by the hospital. Were the physicians and nurses morally obligated to save her life under these circumstances? Did she really have a “just claim” to that \$100,000 worth of medical care? That is, if her initial refusal of blood products were honoured, and if her willingness to accept death in the face of potential blood loss were also honoured (hence, no heroic efforts to save her life), could anyone justifiably claim that her moral rights would then have been violated?

## 3. SÍNTESE DA SITUAÇÃO DE FACTO

Ficcionemos que uma utente do Serviço Nacional de Saúde, com uma gravidez ectópica e sendo testemunha de Jeová precisou de uma intervenção cirúrgica urgente. Antes dessa intervenção declarou, inequivocamente, que recusava qualquer transfusão de sangue, porque isso iria contra as regras da confissão religiosa que abraça. Esta opção tomou-a, mesmo que ela implicasse que a sua vida ficasse em perigo.

Efectivamente, essa situação verificou-se, e ela apenas sobreviveu, porque lhe foi induzido o coma, tendo-lhe sido administrada uma droga especialmente cara (100.000 dólares), valor suportado, na íntegra, pelo hospital, onde estava internada.

Questiona-se se é exigível esta solução, alicerçada no princípio da auto-determinação deste sujeito jurídico e da tutela da sua liberdade religiosa. Inversamente, também se questiona se é aceitável, dado que esta situação determinou um elevado encargo para o hospital e os recursos são parcos, que este dispêndio tenha determinado, o que necessariamente ocorreu, que outras prestações de cuidados de saúde, indispensáveis para outros doentes, tenham resultado prejudicadas.



Será que os profissionais de saúde aqui envolvidos tinham a obrigação de actuar como actuaram ou não, devendo ter actuado de forma diferente?

#### 4. ABORDAGEM JURÍDICA DO CASO

Analisando o caso, há que ponderar as implicações jurídicas aqui presentes, sempre tendo como fim último a sua resolução.

Em sede de princípios, podemos começar por mencionar, até porque o ordenamento jurídico português é um ordenamento de raiz humanista e cariz antropológico, o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana como valor fundamental, com consequências da máxima importância.

A dignidade da pessoa humana tem que ser conjugada com o direito de desenvolvimento da personalidade<sup>1</sup>, com o princípio da autodeterminação, o princípio da liberdade religiosa<sup>2</sup>; o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação<sup>3</sup>, e, por fim, a exigência de consentimento informado<sup>4</sup> e todo o seu envolvimento.

A análise e resolução do presente *case study* implica igualmente a ponderação e apreciação dos direitos dos utentes presentes nesta hipótese de trabalho.

Ora, relativamente aos direitos dos utentes, começaremos por fazer uma pequena exposição quanto àqueles que vigoram no ordenamento jurídico português para depois nos determos naqueles que eventualmente possam estar directamente ligados a este caso.

Constata-se uma pulverização destes direitos no ordenamento jurídico português. Podem ter fonte nacional, estando mesmo consagrados em diversos diplomas legais, especificamente direccionados para a regulação do sector da Saúde, bem como diplomas de natureza geral, podendo ainda ter fonte internacional.

No que toca aos diplomas de fonte nacional, começamos por referir a Lei do Serviço Nacional da Saúde (SNS)<sup>5</sup>, que o instituiu, regulamentando o direito à protecção da Saúde<sup>6</sup>. Aqui se estabelece o princípio geral da garantia de acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica e social a todas as prestações abrangidas pelo SNS, aceitando-se apenas a restrição dos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis.

Também é de notar um conjunto de direitos reconhecidos e garantidos pelos prestadores de cuidados de saúde integrados no SNS, como é o caso da liberdade de escolha do prestador de cuidados de saúde (também limitada pelas restrições decorrentes do limite dos recursos humanos, técnicos e financeiros, além da distribuição racional e regional dos serviços), respeito pela dignidade dos utentes e preservação da intimidade da sua vida privada, direito ao sigilo por parte do pessoal do SNS, direito a indemnização por danos (responsabilidade civil extracontratual do Estado, por actos de gestão pública), direito a reclamar, a fazer petições, sugestões ou queixas; direitos dos utentes do SNS aos cuidados de promoção e vigilância da saúde e de prevenção da doença; aos cuidados médicos e enfermagem, ao internamento hospitalar; ao transporte de doentes (por indicação médica); aos elementos complementares de diagnóstico e tratamentos especializados, etc..

A Lei de Bases da Saúde (LBS)<sup>7</sup>, diferencia os direitos dos cidadãos à saúde dos dos utentes do Sistema de Saúde - “estatuto dos utentes”, revestindo os primeiros de âmbito mais genérico.

---

1 - Consagrado no artigo 26º, nº 1 Constituição da República Portuguesa (CRP).

2 - Direito fundamental consagrado no artigo 41º da CRP.

3 - Artigo 13º da CRP.

4 - Cujas consagração legal iremos abordar mais à frente.

5 - Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro.

6 - Consagrado no artigo 64º da CRP.

7 - Aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

Reconhece-se o direito dos cidadãos a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses, bem como o direito à liberdade de escolha no acesso à Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde, também no limite dos recursos disponíveis e da organização dos serviços. Novamente o direito à liberdade de escolha do serviço e agentes prestadores, no âmbito do sistema de saúde, limitado pelos recursos existentes e regras organizatórias, é reconhecido neste diploma. O direito a consentir ou recusar a prestação de cuidados proposta, direito a ser tratado pelos meios adequados, com humanidade, prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito, direito ao respeito pela confidencialidade dos dados pessoais revelados, direito a ser informados sobre a situação clínica, direito à assistência religiosa, direito a apresentar queixas e reclamações e à indemnização por prejuízos sofridos, direito a constituir entidades que representem e defendam os seus direitos e interesses, que colaborem com o Sistema de Saúde na promoção e defesa da saúde.

O Estatuto do Serviço Nacional de Saúde,<sup>8</sup> visando a regulamentação da LBS refere-se ao direito à assistência religiosa.

Igualmente existe legislação extravagante, onde outros direitos são referidos. É o caso do Regulamento da Assistência Espiritual e Religiosa no Serviço Nacional de Saúde, cujo objecto é assegurar a prestação de assistência espiritual e religiosa aos utentes internados em estabelecimentos de saúde do SNS.

A Lei n.º 41/2007, de 24 de Agosto aprovou os termos a que deve obedecer a redacção e publicação, pelo Ministério da Saúde, da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utes do SNS, de modo a garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e entidades convencionadas, no tempo tido como clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente,<sup>9</sup>.

A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde definiu os conceitos de informação de saúde, informação genética, de circulação de informação de saúde. Estabeleceu que a informação de saúde (onde se inserem os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos) é propriedade da pessoa, do utente, sendo os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde apenas depositários dessa informação, pelo que esta só pode ser utilizada no âmbito da prestação de cuidados, da investigação em saúde e outros fins estabelecidos pela lei.

Não é de esquecer que, apesar de se prever neste diploma que o acesso à informação de saúde só pode ocorrer, pelo seu titular ou alguém por si autorizado, através de um médico, este regime apenas se aplica nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde de natureza privada. Na verdade, Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto regula o acesso aos documentos administrativos e a sua reutilização, sendo por isso esta a legislação aplicável ao acesso à informação em saúde nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, de natureza pública.

A Lei n.º 33/2009, de 14 de Julho, sobre o direito de acompanhamento dos utentes dos serviços de urgência do SNS, reconheceu a todo o cidadão admitido num serviço de urgência do SNS o direito de acompanhamento. Já a Lei n.º 106/2009, de 14 de Setembro consagra o regime do acompanhamento familiar em internamento

---

8 - Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.

9 - Para regulamentar esta Lei, a Portaria n.º 615/2008, de 11 de Julho, aprovou o Regulamento do Sistema Integrado de Referenciação e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas Instituições do SNS (Consulta a Tempo e Horas – CTH). Esta Portaria também publicou a Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utes do SNS, que reconhece direitos dos utentes no acesso aos cuidados de saúde. É o caso, nomeadamente, do direito à prestação de cuidados em tempo clinicamente aceitável para a sua condição de saúde; direito ao registo imediato em sistema de informação do pedido de consulta, exame médico ou tratamento, direito ao posterior agendamento da prestação de cuidados segundo a prioridade da sua situação, direito ao cumprimento dos TMRG e direito a reclamar para a ERS sempre que os mesmos não sejam cumpridos.

hospitalar de crianças, pessoas com deficiência, pessoas em situação de dependência e pessoas com doença incurável em estado avançado e em estado final de vida em hospital ou unidade de saúde.

A Lei n.º 44/2005, de 29 de Agosto aprovou a Lei das Associações de Defesa dos Utentes de Saúde, consagrando direitos de participação e de intervenção destas associações junto da administração central, regional e local.

A Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, como as pessoas com doença mental.

A Lei n.º 45/2003 de 22 de Agosto, que regula as bases das terapêuticas não convencionais, consagra o enquadramento da actividade e do exercício dos profissionais que as aplicam, de acordo com as definidas pela Organização Mundial de Saúde.

Aqui se consagram os princípios orientadores destas terapêuticas, de que decorrem os direitos dos próprios utentes, como é o caso do direito individual de opção pelo método terapêutico, baseado em informação devidamente prestada, sobre a inocuidade, qualidade, eficácia e eventuais riscos, defesa da saúde pública, no respeito do direito individual de protecção da saúde, defesa dos utilizadores, que exige que estas terapêuticas sejam exercidas com um elevado grau de responsabilidade, diligência e competência, com base na qualificação profissional de quem as exerce e na respectiva certificação, a defesa do bem-estar do utilizador, incluindo a complementaridade com outras profissões de saúde.

Para além dos diplomas legais supra mencionados, no ordenamento jurídico português, existem alguns com a designação de Carta de Direitos, não significando com isso que todos tenham igual força e vinculação jurídica. É o caso da Carta dos Deveres dos Doentes, da Direcção Geral de Saúde e da Carta dos Direitos do Doente Internado.

Digno de nota é o projecto da Carta dos Direitos dos Utentes dos Serviços de Saúde, da autoria da Entidade Reguladora da Saúde, que se subdivide no acesso aos cuidados de saúde: direito de acesso à saúde, acesso aos cuidados de saúde garantido pelo SNS, acesso aos cuidados de saúde garantido pelos seguros de saúde, acesso aos cuidados de saúde através de financiamento próprio, decisão em cuidados de saúde, para além de outros direitos dos utentes, como o direito à reclamação, à representação e associação, à prevenção e promoção da saúde, à assistência religiosa, ao acompanhamento, às discriminações positivas, ao tratamento pelos meios adequados, com prontidão, humanidade, correcção técnica, respeito e privacidade.

Referimos também alguma legislação geral com implicações na Saúde, como é o caso da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, a Lei do Consumidor, e mesmo o próprio Código Penal, no que ao consentimento diz respeito. Depois deste excursão pela panóplia dos direitos dos utentes no ordenamento jurídico português, vamo-nos deter naqueles direitos que têm implicação directa na resolução do presente exercício.

É o caso da liberdade de consciência, de religião e de culto. Este é um direito que recebeu consagração constitucional no artigo 41º da CRP.

Nos termos do número 2 deste artigo estabeleceu o legislador que *ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa*.

Assim, esta doente, que perfilha uma convicção religiosa, segundo a qual não pode receber transfusões de sangue, terá o direito a poder cumprir estas regras da religião que perfilha e, simultaneamente, o direito a receber o devido tratamento, revestido do nível da melhor qualidade.

Esta afirmação leva-nos a ponderar o princípio da igualdade, que recebeu a sua consagração igualmente no texto fundamental, no seu artigo 13º, onde se estabelece que: *todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*.

*Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*

Ora, assim sendo, esta doente, tal como qualquer outro que não perflhe a sua confissão religiosa, tem direito a receber o melhor cuidado de saúde, dentro dos limites dos recursos existentes, não se vendo violentada a violar os princípios impostos pela sua religião.

No que respeita ao direito à autodeterminação em cuidados de Saúde, importa referir que este direito consubstancia uma das mais importantes dimensões da protecção da integridade pessoal e liberdade do indivíduo.

Através do seu exercício é consentida ou recusada a prestação de cuidados de saúde proposta pelo médico, afastando-se a possibilidade de qualquer tratamento coercivo.

O exercício deste direito assegura a protecção do bem jurídico liberdade de dispor do corpo e da própria vida. Por outro lado, há que notar que este tipo de intervenção coerciva pode, no limite, subsumir-se num tipo legal de crime – intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários - consagrado no artigo 156º do Código Penal.

De facto, a transfusão de sangue contra a vontade de uma testemunha de Jeová, capaz de exercitar pessoal e autonomamente o seu direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, mesmo quando aquela é indispensável para salvar a sua vida, constitui também um atentado contra a autodeterminação do paciente.

Mas, segundo o nosso entendimento, nos termos do que o artigo 156º do Código Penal dispõe, há que proceder à hierarquização de valores.

Ora, não obstante a defesa da autodeterminação dos sujeitos, jamais a vida pode ser colocada num plano de inferioridade, relativamente àquela. Bem ao invés, deve prevalecer sempre a vida como bem jurídico fundamental. Também há que distinguir a recusa de transfusão de sangue por uma testemunha de Jeová, da recusa da prestação de um qualquer tratamento em benefício da sua saúde<sub>10</sub>.

No caso concreto, a doente, ao rejeitar expressamente a transfusão de sangue não rejeitou que lhe fossem prestados cuidados de saúde.

Podemos defender a existência de consentimento presumido relativamente a esta prestação, concretizada no recurso a um tratamento alternativo à transfusão de sangue.

Não obstante, tal como afirmámos supra, o nosso enfoque, na resolução do presente caso, ser o da perspectiva jurídica pressuposta, não podem deixar de ser tidas em conta as implicações financeiras do acolhimento da pretensão desta doente. É que, deste acolhimento decorre necessariamente um aumento da despesa. Não pode deixar de ser considerado o problema da insustentabilidade financeira do SNS (ficcionalmente que este caso ocorreu em Portugal e, conseqüentemente com uma utente do SNS).

Estas questões implicam obrigatoriamente que seja feita a ponderação da necessidade de priorização expressa na prestação de cuidados de saúde, segundo um dos modelos já consagrados ou um qualquer modelo novo, adaptado ao sistema de saúde português. Ou seja, existindo sempre uma priorização implícita, que se traduz na opção, em cada sistema de saúde, pela prestação de determinados cuidados de saúde face a outros, pode o próprio Estado estabelecer assumidamente quais as prestações que são assumidas por si, por serem tidas como mais relevantes e quais as que não devem ser prestadas a expensas directas do erário público. É que, os recursos são escassos sendo necessário fazer uma racional alocação dos mesmos. Pois, se tal não ocorrer, acabam por não poder ser satisfeitas as prestações de cuidados de saúde mais significativas para outros potenciais utentes.

Por força da existência de limitação de recursos humanos, tecnológicos e financeiros do sistema de saúde  
10 - Note-se o conceito de Saúde, segundo a OMS, como o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

público, é necessário medir correctamente o impacto das crenças dos indivíduos nos cuidados de saúde, como um dos preços a pagar pela sociedade para assegurar o respeito pela liberdade de consciência e de religião de cada um, independentemente de a liberdade religiosa ser um direito fundamental. Porém, a concretização desta liberdade tem que ser muito bem ponderada, sob pena de pôr em crise outros direitos fundamentais e, neste caso concreto, o direito social de protecção à saúde, consagrado no artigo 64º da CRP, de outros potenciais utentes dos serviços de saúde.

Outro aspecto importante a ter em atenção no presente caso é o consentimento informado.

Quando se fala em consentimento informado há que esclarecer o que pode ser considerado como tal e em que termos este deve ser prestado.

Genericamente, há que aquilatar se a prestação de informação, pressuposta para que a prestação do consentimento seja devidamente informada e esclarecida acontece ou não.

Para que tal tenha lugar, naturalmente que a informação<sup>11</sup> tem que ser prestada devidamente, de forma clara e esclarecedora, por quem conhece a situação. Em bom rigor, pelo profissional de saúde que vai prestar o cuidado de saúde ou, pelo menos, por alguém da sua equipa, que domine o caso concreto, conhecendo-o perfeitamente. Assim, no presente caso teremos que apurar quem informou esta mulher quanto à sua situação e implicações das prestações a ministrar, bem como das medidas alternativas. Em suma, há que saber quem informou, quem esclareceu e se o fez devidamente ou não.

Só assim se pode considerar que o consentimento foi devidamente prestado. Quando se afirma que a doente, mesmo sabendo que a não realização de uma transfusão de sangue imediata poderia pôr em risco a sua vida, recusou o seu consentimento, pressupomos que ela o fez, ou seja recusou o consentimento devidamente esclarecido, à transfusão, mas prestou o seu consentimento para qualquer outra prestação de cuidados de saúde que não esta.

De facto, o doente é mesmo titular do direito a não saber da sua situação de saúde Desde que devidamente informada, a recusa à prestação do consentimento pode ocorrer e é válida.

O consentimento pode ser expresso ou tácito. Quanto à forma de prestação do consentimento, defendemos que vigora aqui o princípio da liberdade de forma, embora haja quem defenda a exigência de forma escrita. Quem tem capacidade para consentir é, desde logo, quem detenha compreensão. Para poder consentir é necessária a capacidade para tal, que reconhecemos genericamente aos adultos capazes e a alguns menores que já tenham a compreensão da realidade, devendo ser-lhes permitida a sua manifestação de vontade relativamente a algo que lhes diga respeito directa e intrinsecamente.

O consentimento tem que ser livremente consentido e é a garantia de que qualquer decisão assenta nos pressupostos de auto-responsabilização e liberdade de escolha.

Ora, no caso em apreço, partimos do pressuposto de que a mulher objecto desta situação tinha capacidade para consentir e por isso recusou validamente o seu consentimento para a realização da transfusão de sangue, o mesmo não se dizendo relativamente a qualquer outra prestação alternativa de cuidados de saúde, como supra já referimos.

O consentimento está intrinsecamente ligado a considerações éticas.

Tem a ver com o respeito pela pessoa, com a individualidade, com a capacidade de escolha e de auto-determinação, todas estas razões fundamentais para a existência do consentimento informado.

11 - Pressuposto do direito ao consentimento é o dever de informar. Porém, existem excepções a este dever.

Não podemos deixar de referir o designado privilégio terapêutico, que ocorre nas situações em que cabe ao médico decidir se, perante o doente em concreto, a comunicação e esclarecimento da sua situação de saúde lhe pode causar, atendendo às suas características, maior prejuízo do que a sua não comunicação. Nestas situações deve o médico decidir não solicitar o consentimento informado, começando por não prestar o devido esclarecimento, pressuposto daquele.

A aplicação do consentimento informado respeitando as exigências éticas, implica um processo onde o doente tem que ter autonomia e liberdade, sendo a responsabilidade um aspecto fulcral da informação a ser-lhe fornecida, segundo a interpretação do profissional de saúde, em respeito pelo princípio da verdade. Mas existem limites à prestação do consentimento, como sejam: o insuficiente conhecimento dos efeitos dos tratamentos, problemas de comunicação, nomeadamente por se tratar de doentes com limitações na capacidade de compreensão, escolha ou mesmo de decisão.

Em caso de incapacidade, a decisão deve ocorrer sempre no interesse do doente<sup>1,2</sup>.

Em suma, falamos um pouco do direito ao consentimento e do correspondente dever de esclarecimento terapêutico, ou seja, da comunicação de todas as informações necessárias para que o doente cumpra devidamente a prescrição que lhe é dirigida ou se prepare para uma intervenção diagnóstica ou curativa. Trata-se de um esclarecimento para autodeterminação. Implica a prestação da informação adequada e necessária para o doente poder consentir ou recusar uma intervenção médica, escolher entre as alternativas apresentadas. Por fim, note-se a característica da revogabilidade do consentimento pois a todo o momento o doente pode revogar o consentimento prestado.

##### 5. SÍNTESE DA RESOLUÇÃO DO CASO

Em causa estão o direito à autodeterminação, a liberdade religiosa, o direito à prestação do consentimento informado e à recusa de consentimento.

A decisão de uma testemunha de Jeová, como é o caso desta mulher, não fazer uma transfusão de sangue é uma decisão de consciência, no exercício da sua liberdade de consciência (41º CRP). Tem a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria e alheia. A recusa da transfusão tem que ser uma decisão livre, responsável, esclarecida, consciente, podendo levar ao sacrifício da vida humana.

Foi essa recusa que teve lugar.

Aliás, qualquer doente tem direito à recusa do tratamento, desde que informada, o que foi o caso.

Mas também tem direito à integridade física e moral (art. 25º, nº 1 CRP) pelo que, pela ponderação dos diversos aspectos, podemos concluir que esta doente não queria deixar de ser tratada, desde que esse tratamento não pusesse em causa a suas convicções religiosas. Assim, existiu consentimento presumido para os outros tratamentos, tais como o que efectivamente lhe foi ministrado.

Só uma pequena nota quanto aos outros aspectos aqui já referidos como sejam as implicações em termos de boa ou má gestão que esta situação implica. Com efeito, o dispêndio para salvaguardar esta situação foi tão grande que outros tratamentos a outros doentes podem ter deixado de poder ser ministrados, dada a precariedade de recursos.

Porém, desde o início dissemos que apenas nos debruçaríamos sobre a perspectiva jurídica do caso.

##### CONCLUSÃO

Na perspectiva da autodeterminação, dos direitos dos doentes, conjugados com a liberdade religiosa, foram acautelados os direitos desta doente, que prestou o seu consentimento, expresso, traduzido na recusa da transfusão de sangue, segundo a sua autodeterminação. A prestação de cuidados de saúde que lhe foi prestada foi-o segundo um consentimento presumido. O seu direito à liberdade religiosa foi salvaguardado. Porém, resta saber se as escolhas em Saúde, que têm sempre que ocorrer atendendo à escassez de recursos e à necessidade de alocação racional dos mesmos, foram efectuadas da melhor forma, mas esta é uma questão directamente relacionada com a perspectiva de gestão implicada por este caso, a qual nos limitamos a aflorar.

12 - Não é de esquecer a existência de situações em que o risco para a saúde pública prevalece sobre a prestação do consentimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

- BARROS, P. P., Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos, Almedina, Coimbra, 2006.
- CABRAL, M. V., Silva, P. , O Estado da Saúde em Portugal, Imprensa de Ciências Sociais e Ministério da Saúde, 2009.
- CABRAL, N. da C. (organização), A Reforma do Sector da Saúde. Uma Realidade Iminente?, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal FDL, Almedina, Coimbra, 2010.
- CHEVALIER, F. , LÉVITAN, J. , Les Hôpitaux dans les 27 pays de l' Union Européenne, Edições Dexia, 2008.
- CONFRARIA, J., Regulação e Concorrência. Desafios do Século XXI, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005.
- GOUVEIA, V. Rodrigo, Os serviços de interesse geral em Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- MOREIRA, V., Maças, F. , Autoridades Reguladoras Independentes. Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- NUNES, R., Regulação da Saúde, 2ª edição, Vida Económica, Porto, 2009.
- NUNES, R., REGO, G.: Prioridades na Saúde, McGraw Hill, Lisboa, 2002.
- NUNES, R. (coordenação), Política de Saúde, Universidade Portucalense e Faculdade de Medicina do Porto, Porto, 2003.
- PORTER, M. E., TEISBERG, E. O., Redefining Health Care: Creating Value-Based Competition on Results, Harvard Business School Press, USA, 2006.
- REGO, G., NUNES, R., Gestão da Saúde, Prata e Rodrigues, Lisboa, 2010.
- REGO, G., Gestão Empresarial dos Serviços Públicos. Uma Aplicação ao Sector da Saúde, Vida Económica, Porto, 2008.

# DO COMODATO DE IMÓVEL POR TODA A VIDA DO COMODATÁRIO

**Melanie de Oliveira Neiva Santos**

ISCET | Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

## **RESUMO**

A validade do comodato por toda a vida do comodatário é uma questão que tem merecido a atenção quer da doutrina nacional, quer da doutrina estrangeira e que foi objeto de diferentes soluções na jurisprudência nacional.

A questão é delicada, pois, embora encontre uma solução, aparentemente unívoca, no nosso Código Civil, a verdade é que uma análise mais detalhada da figura levanta problemas de difícil resposta que aqui se evidenciarão.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

comodato, imóvel, vitalício, direito de habitação, locação.

## **ABSTRACT**

It has been questioned the validity of lending a real estate for lifelong. Jurisprudence and doctrine have given different answers to this issue. Apparently, one can find a simple answer on Portuguese civil law. However a deeper look into this institute raises difficult problems to solve.

## **KEYWORDS:**

lending, real estate, lifelong, housing, tenancy.



## 1. CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO

A noção de comodato resulta do preceito insito no artigo 1129º do Código Civil, nos termos do qual “é o contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se sirva dela, com a obrigação de a restituir.”

Da noção legal resulta que estamos perante um contrato real *quoad constitutionem*<sup>1</sup> pois a entrega da coisa é elemento constitutivo do contrato. Conforme salienta Rodrigues Bastos (1995:243) “o preceito considera comodato o contrato pelo qual “uma das partes entrega” e não o contrato pelo qual uma das partes *se obriga a entregar (...)*.”

A lei não estabelece qualquer forma para o contrato de comodato, ainda quando verse sobre coisa imóvel, pelo que se trata de um contrato não formal nos termos do disposto no artigo 219º do Código Civil.

Trata-se de um contrato gratuito porquanto as obrigações impostas ao comodatário no artigo 1135º do Código Civil, não constituem um corresponsivo do uso da coisa comodada. Aliás, e conforme refere Menezes Leitão (2008:367), a gratuitidade constitui um elemento essencial do contrato, pelo que caso se estabeleça uma contrapartida pecuniária pelo uso da coisa este passará a qualificar-se como contrato de locação.

Ainda quando o comodato seja acompanhado de um encargo, o carácter gratuito do contrato não é afetado, conquanto este não constitua uma contraprestação do direito pessoal de gozo<sup>2</sup> do comodatário, mas apenas uma restrição ao benefício que do comodato para este resulta.<sup>3</sup>

Por força do contrato o comodante assume uma obrigação negativa de não perturbar o uso da coisa pelo comodatário. Com efeito, a lei não impõe sequer ao comodante a obrigação de assegurar o gozo da coisa.<sup>45</sup>

As obrigações do comodatário encontram-se previstas no artigo 1135º do Código Civil, nos termos do qual está aquele obrigado a guardar e a conservar a coisa emprestada, a facultar ao comodante o exame dela, a não aplicar a coisa a fim diverso daquele a que esta se destina, a não fazer dela uma utilização imprudente, a tolerar quaisquer benfeitorias que o comodante queira realizar na coisa, a não proporcionar o uso da coisa a terceiro, excetuada a autorização do comodante, a avisar de imediato o comodante de vícios na coisa ou perigo sobre esta e, por último, a restituir a coisa findo o contrato, obrigação que decorre da própria noção legal de comodato, atento o disposto no artigo 1129º *in fine* do Código Civil.

As obrigações que do contrato decorrem para ambas as partes não apresentam um nexo de corresponsividade entre elas, pelo que caracterizamos o comodato como um contrato bilateral<sup>6</sup> imperfeito ou não sinalagmático. Importa, ainda, referir que o contrato de comodato pode incidir sobre coisa móvel ou imóvel, conforme decorre expressamente da noção legal prevista no artigo 1129º do Código Civil. De assinalar que, no Código de Seabra, o comodato constituía uma modalidade do contrato de empréstimo (artigo 1507º) e não era expressamente referido o empréstimo de coisa imóvel, pelo que era discutida a possibilidade da incidência do contrato sobre coisas desta natureza.<sup>7</sup>

1 - Neste sentido *vide* Menezes Leitão (2008:366), Marques de Matos (2006:7) e Pires de Lima e Antunes Varela (1997:741).

2 - No que respeita à caracterização do direito do comodatário enquanto direito pessoal de gozo *vide* José Andrade Mesquita (1999:28).

3 - Cfr. Júlio Gomes (2007:14-15), que a propósito do Acórdão do STJ de 15/1/1987, Proc. 074062, relativo à figura do comodato modal, refere não ter objecções “quanto a despesas inerentes ao uso da coisa emprestada (despesas com água, luz, gás, etc., ou até, porventura, despesas de seguro ou condomínio para o período em causa)”, mas ter já “dúvidas quanto a despesas com a amortização do capital e juros de empréstimos para a habitação contraídos pelo “comodante”.”

4 - Neste sentido Menezes Leitão (2008: 370).

5 - Doutrina sustentada igualmente em Itália, entre outros, por Michele Fragali (1957) e Carresi (*apud* Pires de Lima e Antunes Varela 1997:742 – nota 5).

6 - Júlio Gomes (2007:17) salienta que constitui questão controversa na doutrina, se o contrato de comodato reveste carácter bilateral ou unilateral, concluindo o autor pela natureza bilateral imperfeita.

7 - Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela (1997:740-741), notas 1 e 2.

Já no que respeita às coisas móveis, não podem estas corresponder a coisas consumíveis atenta a obrigação de restituição a cargo do comodatário, “a menos que delas se pretenda fazer uma utilização atípica como no caso do comodato *ad pompam vel ostentationem*.”<sup>8</sup>

Pires de Lima e Antunes Varela (1997:742) salientam que tratando-se de coisa fungível (artigo 207º do Código Civil), isto é, apenas determinada pelo género, qualidade e quantidade, o contrato será de mútuo.

## 2. DA VALIDADE DO COMODATO DE IMÓVEL VITALÍCIO

Chegados a este ponto, feita uma, ainda que, necessariamente, breve, caracterização da figura do comodato, importa debruçarmo-nos sobre a concreta questão da validade do comodato de imóvel por toda a vida do comodatário.

A questão prende-se diretamente com a duração do contrato de comodato e está, ainda, intimamente ligada com as suas causas de extinção.

Como ponto de partida assinalamos que nos parece difícil sustentar, *de jure condito*, a existência de um limite legal à duração do contrato de comodato. Com efeito, o instituto em apreço encontra-se regulado nos artigos 1129º a 1141º do Código Civil, não resultando dos ditos preceitos uma regra de duração máxima como aquela que é estabelecida em sede de locação.

Mas justamente porque o legislador consagrou um limite máximo para a locação, parte da doutrina e da jurisprudência questiona perplexamente a bondade da solução legislativa.

Parafraseando Júlio Gomes (2007:29-30), que de forma expressiva coloca a questão, “Fará sentido, pois, permitir-se que por um comodato sem necessidade de qualquer forma uma parte empreste uma habitação pela duração da vida da outra?”

De facto, parte da doutrina italiana sustenta a aplicação analógica ao comodato do preceito do Código Civil italiano que estabelece o limite legal da locação. No plano lógico questiona-se mesmo uma aplicação por maioria de razão, pois se a lei limita temporalmente o empréstimo *oneroso* de uma coisa, mais sentido fará impor aquela mesma limitação no domínio de um empréstimo *gratuito*.

A este argumento acresce, ainda, o facto do comodato não estar sujeito a forma.

Porém, e conforme refere Júlio Gomes (2007:29-30), resta saber se não será precipitado o recurso à aplicação analógica “e se a diferença entre locação e comodato não será bem mais profunda, designadamente quanto às funções sociais que um e outro desempenham, do que ser aquela onerosa e este gratuito.”<sup>10</sup>

Na interpretação do sentido e alcance da lei o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir adequadamente o seu pensamento (artigo 9º, n.º 3 do Código Civil).

Será legítimo sustentar que o legislador ignorava o limite temporal imposto à locação? É que, como ficou supra exposto, o instituto do comodato foi objeto de alteração legislativa, face à sua sistematização no Código de Seabra de 1867, designadamente pela regulação autónoma do contrato e pela referência expressa ao comodato de imóveis.

Já no que respeita ao argumento da liberdade de forma, para Alfredo Galasso (*apud* Júlio Gomes 2007:30) a origem e a evolução histórica do comodato justificam o carácter não formal do contrato que se adapta assim a uma multiplicidade de interesses e situações.

Sustentando, igualmente, que será difícil justificar um limite legal à duração do contrato de comodato, referem, contudo, Pires de Lima e Antunes Varela (1997:756) o entendimento de parte da doutrina de que,

8 - Menezes Leitão (2008:369).

9 - Cfr. artigo 1025º do Código Civil.

10 - Nota (88).

a atribuição de um uso muito prolongado reconduz o comodato à doação indireta e a atribuição de um uso por toda a vida do comodatário ao direito de habitação.<sup>11</sup>

Precisamente neste último sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, sustentando que o comodato é, por natureza, um contrato temporário e que tendo sido este estipulado até ao resto da vida do comodatário, “estamos perante um contrato de uso e habitação, nulo por falta de forma, por não ter sido celebrado por escritura pública”.<sup>12</sup>

Sucedo, porém, que, o comodatário, como ficou supra referido, é titular de um direito pessoal de gozo, não oponível a terceiros adquirentes (artigo 406º, nº 2 do Código Civil), o que o distingue do direito real de habitação.

De igual modo, no que toca ao uso, o conteúdo do direito não é coincidente, veja-se o regime legal no que respeita aos frutos (artigos 1132º e 1484º, do Código Civil).

Por último, parece-nos que o comodato e o direito de uso e habitação visam necessidades e/ou interesses diferentes.

No que respeita à delicada fronteira entre o comodato e a doação, perfilhamos a posição defendida por Claudia Manzini (*apud* Júlio Gomes 2007:29, nota 87) de que se uma parte empresta a outra uma coisa, a título gratuito, para que esta dela se sirva com a obrigação de a restituir, tal situação corresponde a uma figura prevista no ordenamento jurídico e regulamentada como contrato de comodato.

Não podemos deixar, porém, de referir a pertinente observação feita por Júlio Gomes (2007:30) no sentido de que a noção de doação é ampla e complexa, podendo revestir caráter meramente obrigacional. Sublinha o referido autor que “é fácil compreender que, de um certo ponto de vista, não é assim tão diferente a situação de quem se despoja do uso de uma coisa por 10 anos ao constituir gratuitamente um usufruto em favor de outrem sobre a referida coisa por esse mesmo período ou quem se priva do uso da mesma celebrando um contrato de comodato a favor de outrem por 10 anos.”

### 3. CONCLUSÃO

O contrato pelo qual alguém empresta a outrem um prédio para uso por toda a sua vida constitui um contrato de comodato, sujeito a um termo incerto e nessa medida válido. A este propósito decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra que “as partes podem convencionar que os efeitos do negócio jurídico comecem ou cessem a partir de certo momento, constitui entendimento geral que o contrato de comodato celebrado por toda a vida do comodatário – ou seja, em que o comodante atribua o uso da coisa por toda a vida do comodatário – é válido, porque o seu termo, embora incerto, é determinável.”<sup>13</sup>

O contrato de comodato assim celebrado poderá cessar por caducidade, verificado o seu termo, quer por força do disposto no artigo 1137º, n.º 1<sup>14</sup>, quer por força do disposto no artigo 1141º, ou por resolução com justa causa, no termos do preceituado no artigo 1140º todos do Código Civil.

No que respeita à resolução de um tal contrato e na esteira da posição defendida por Romano Martinez (2206:368), parece-nos de admitir a resolução fundada em justa causa objetiva, e não apenas em comportamento culposo do comodatário, atento o caráter gratuito e os interesses subjacentes ao contrato.

11 - Nota 2.

12 - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.03.2006, CJ, Tomo I, (2006) Ano XIV, Jan-Mar. pp. 128 e ss.

13 - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.06.2006, Proc. 964/06, disponível *in* <http://www.dgsi.pt>.

14 - Veja-se, porém, a solução adoptada pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 13.11.2001, Proc. 1976/2001, disponível *in* <http://www.dgsi.pt>, no sentido de que “provando-se tão só que o imóvel foi emprestado para servir de habitação aos comodatários, retira-se que foi unicamente, estabelecido o fim a que o imóvel se destinou” conforme a expressão utilizada pelo legislador no artigo 1131º do Código Civil e já não, portanto, o uso determinado a que o artigo 1137º se refere, pelo que se aplicaria o disposto no artigo 1137º, n.º 2 do Código Civil.

Entendemos, por último, que caso o comodato se destine a uso (indeterminado) da coisa por pessoa coletiva, por toda a sua “vida” a obrigação de restituição será diferente consoante a pessoa colectiva tenha duração limitada ou tenha sido constituída por tempo indeterminado. Parece-nos que, neste último caso, o termo é indeterminável o que equivalerá a falta de convenção de prazo, pelo que o comodatário é obrigado a restituir a coisa logo que esta lhe seja exigida, nos termos do artigo 1137º, nº 2 do Código Civil<sup>15</sup>, reconduzindo-se tal situação à figura do precário.<sup>16</sup>

---

15 - No sentido de que não havendo prazo certo, nem uso determinado tem aplicação o artigo 1137º, nº 2 do Código Civil, cfr. Marques de Matos (2006:52).

16 - Sobre o precário cfr. Júlio Gomes, (2007:7-8), em especial nota (18).

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues (1995), “Notas ao Código Civil”, Vol. IV, Rei dos Livros, Lisboa
- FRAGALI, Michele (1957), Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Zanichelli Editore Bologna/Il Foro Italiano Roma.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira (2007), “Do contrato de Comodato”, Cadernos de Direito Privado, n.º 17
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes (1997), “Código Civil Anotado”, Vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2008), “Direito das Obrigações”, Vol. III Contratos em especial, 5ª ed., Almedina, Coimbra
- MATOS, Fernando Marques de (2006), “Contrato de comodato”, Almedina, Coimbra
- MESQUITA, José Andrade (1999), “Direitos Pessoais de Gozo”, Almedina, Coimbra
- MARTINEZ, Pedro Romano (2006), “Da cessação do contrato”, 2ª ed., Almedina, Coimbra

# **BUILDING DURABLE MEDIATED SETTLEMENTS**

**Iwona Wojtalik**

Universidade de Lazarski, Varsóvia

## **RESUMO**

Apesar do recente interesse na mediação em todo o mundo, muitas pessoas não estão familiarizados com as implicações legais e de negócios do processo, bem como com o acordo. A imagem global que emerge é que a mediação é voluntária, assim como o acordo. Este artigo explora alguns dos problemas relacionados com a construção de um acordo. Num acordo mediado, nenhuma das partes anseia por comparecer em tribunal ou voltar à mesa de negociações para fazer cumprir o compromisso. Este artigo pretende explorar o papel dos mediadores no sentido de incentivar as partes a honrar as suas obrigações, tanto durante a sessão de mediação como na configuração do acordo resultante. A revisão do acordo de mediação com clientes envolve explorar as implicações do acordo no contexto da lei aplicável e compreender as razões pessoais dos clientes para aceitarem o acordo. Assim, torna-se importante que o mediador verifique se os clientes estão satisfeitos com seus acordos.

## **PALAVRAS-CHAVE:**

acordo mediado, confiável, sessão de mediação, a elaboração do acordo, a resolução.

## **ABSTRACT**

Despite the recent interest in mediation throughout the world, many people are unfamiliar with the legal and business ramifications of the process, as well as the agreement. The overall image that emerges is that mediation is voluntary, and so is the agreement. This article explores some of the issues involved with building an agreement. No party to a mediated settlement agreement yearns to appear in court or return to the negotiating table to enforce the compromise. We explore the mediators' role in encouraging parties to honor their obligations, both during the mediation session and in the configuration of the resulting accord. Reviewing the mediation agreement with clients involves exploring the implications of the agreement in the context of applicable law and understanding the clients' personal reasons for accepting the agreement. It is important for the mediator to ascertain if clients are satisfied with their agreements.

## **KEYWORDS:**

mediated agreement, trustworthy, mediation session, drafting the agreement, resolution, settlement.

*Remain Veracious*

Ensure that the process is trustworthy, as parties are more likely to comply with an agreement that they feel was the result of an even-handed process.[1] Mediators should be free from favoritism, bias, or prejudice.[2] Do not take sides and avoid even the appearance of partiality.[3] A keystone of fairness is mediator impartiality, one of the core principles of mediation.[4] An indifferent process is one in which all parties are accorded the same level of consideration and where both parties have the liberty to tell their story without any interruptions.

*Advocate Active Participation*

Propose that all participants engage in the concept-generating process. Parties are more likely to comply with an agreement that they took part in developing.[5] During the mediation session, allow the parties to analyze concepts for a final resolution, encouraging them to create as many possible solutions as possible. None of the ideas should be evaluated; brainstorming time is for idea generation only.[6] Inspire them that submitting an idea does not mean that one supports it or would necessarily effectuate. The intent is merely to get as many suggestions—feasible or not—generated. The longer the list of ideas, the more options the parties have from which to choose, and the more likely it is that some combination of them will be acceptable to everyone at the table.[7]

*Allow the Parties to Direct*

When the compurgators attempt to establish the framework of a binding agreement, abstain from steering or endorsing any particular resolution. Parties are more likely to comply with agreements if they did not feel coerced into accepting them,[8] thus, be explicitly clear to avoid any perception of menace. A facilitative, rather than evaluative, style of mediation would be best suited for situations in which agreements are not enforceable.[9] Facilitative mediators focus on helping parties come to an agreement on their own, whereas evaluative mediators may come up with or recommend particular solutions.[10] In order to keep the degree of coerciveness leveled, persist on using the facilitative style and simply guide the process by which parties cultivate and refine their own elucidations.

*Emphasize the Parties' Affiliation*

Parties are more likely to respect the agreement if they value their relationship with each other.[11] Therefore, during the mediation, you should focus on their correlation, placing it directly as one of the issues in the mediation. Inquire from the actors—either in a joint session or, if it would be more comfortable for the parties, in a private caucus—how they each value their relationship with the other party, and how they would like to see it change or progress as a result of the mediation. They will then consider the consanguinity an integral part of the concluding solution. If the mediation serves to improve the rapport between the cojurors, they may be more likely to accede to the agreement as a way to bypass damaging the relationship and dissipating the momentum that was accomplished during the mediation.

*Draft the Agreement in Their Words*

A scribed document serves as evidence that the participants engaged in mediation and attained a settlement. The agreement should be finalized in written, rather than oral, form, even if the parties are illiterate.[12] It also helps parties work out details that might not be contained in an oral agreement.[13] If permitted by law, you should draft the final agreement, so that neither party has a chance to influence it at the last minute with biased wording, and so that neither party even suspects

that their counterpart may do so.[14] Amid the method of drafting, include all parties by inquiring for their recommendation and input. Be certain to attribute various provisions to each party, so that they discern that their ideas made it into the final abstract. It should be drafted as much as possible in the words of the parties who have generated the solutions.[15] Their ownership of the agreement will be maximized and, thereby, amplify the possibilities for acquiescence.

#### *Sign and Date*

All parties should sign the agreement. Their indication serves as an affirmation that they will achieve the terms they have promised to fulfill. Although not legally binding, a signature can have symbolic significance.[16] Formalities such as signatures serve a cautionary function, requiring parties to reflect on the agreement into which they are about to enter and deliberate on its wisdom.[17] You may even want to consider asking both parties to take an oath to uphold the terms of the agreement. Although there is no legal significance to this, it imparts to the parties the seriousness of the agreement and may cause them to think twice before violating it.[18] It will serve to “awaken the [party’s] conscience and impress the [party’s] mind with the duty to [follow through with their promises.]”[19] The final agreement should also include a review date, a mutually agreeable date by which the terms of the agreement must be fulfilled.[20] They can agree to return to mediation or take other steps if the agreement has not been executed. This accords parties a tangible end date by which to satisfy with the contract and gives an aggrieved party some recourse for lack of compliance.

#### *Include Interdependent Obligations*

The mediation agreement should include reciprocal promises.[21] This serves two purposes. First, parties are more likely to accede to the contract that they acknowledge is impartial, and an agreement may seem fairer if both parties are promising to do something. Second, if each party is relying on the other to fulfill a commitment, this provides an additional layer of encouragement. If one party does not achieve, the other party will not accomplish their obligation, thereby causing the first party not to benefit from the agreement. In a sense, each party can hold their part of the performance until they feel satisfied that the other party will execute. This is a type of a self-enforcement mechanism.

#### *Enumerate the Repercussions of Noncompliance*

The final contract can also contain contingency provisions explaining what will arise if a party does not comply. Each party can envision consequences that they would incline to circumvent, and then permit the other party to effect those consequences if the party fails to perform. This signals to all parties that they are austere about their promises. When each party establishes whether or not to satisfy the accord, this will consider what the other party is likely to execute as a result. If the first party can make a credible commitment, the second party will take this into account when deciding whether to comply.[22] Interdependent promises with negative consequences for lack of compliance give the parties a way to make credible commitments to each other.

#### *Mediating Durable Resolutions*

These are just some of the techniques that are likely to increase the chances that parties to a mediated settlement will stay true to their terms. Inspiring their fidelity to these agreements can go a long way toward achieving lasting success in resolving disputes through mediation.



**BIBLIOGRAPHIC REFERENCES**

- 1 DEAN G. PRUITT, ROBERT S. PEIRCE, NEIL B. MCGILICUDDY, GARY L. WELTON, & LYNN M. CASTRIANNO, *Long-Term Success in Mediation*, 17 Law & Hum. Behav. 313, 327 (1993).
- 2 See, e.g., Model Standards of Conduct for Mediators Standard II (2005).
- 3 *Id.*
- 4 *Id.*
- 5 Harvard Mediation Program, *Drafting Small Claims Settlements*, Harvard Mediation Program Basic Training Manual (Spring 2009).
- 6 *Id.*
- 7 Insight Collaborative and the United Nations Development Programme, *Maison de la Justice Mediator Training Manual* 21 (2009).
- 8 Marc GALANTER & Mia CAHILL, *Symposium on Civil Justice Reform: Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46 Stan. L. Rev. 1339, 1382 (1994).
- 9 Leonard L. RISKIN, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev. .7 (1996).
- 10 *Id.*
- 11 Edith Brown WEISS, *Understanding Compliance iwth International Environmental Agreements: The Baker's Dozen Myths*, 32 U.Rich.L.Rev. 1555, 1570 (1999).
- 12 Insight Collaborative, *supra* note 8, at 40.
- 13 John D. CALAMARI & Joseph M. PERILLO, *Contracts* 294 (3d ed. 1987).
- 14 Some jurisdictions regulate the ability of mediators to draft settlements. For non-lawyer mediators, drafting may constitute the unauthorized practice of law. This is the case in New York, for example. Suzanne L. Brunstring, *Taking the Collaborative Approach*, New York Family Law Strategies,\*15 (2009). For mediators who are also lawyers, drafting may be in violation of the restriction not to represent opposing parties on the same matter. O. Russel Murray & Stephen A. Bailey, *Ethics in Negotiation and Mediation for the Florida Attorney*, Florida Bar Journal \*18 (May 2008).
- 15 Harvard Mediation Program, *supra* note 6.
- 16 3-10 Corbin on Contracts § 10.2
- 17 Lon FULLER, *Consideration and Form*, 41 Colum. L. Rev. 799 (1941).

18 This same idea is behind the U.S. Federal Rules of Evidence's requirement that parties swear or affirm to tell the truth before being admitted as witnesses. Fed. R. Evid. 603.

19 *Id.*

20 Insight Collaborative, *supra* note 8, at 40.

21 Harvard Mediation Program, *supra* note 6.

22 Luis M. B. CABRAL, Introduction to Industrial Organization 48 (2000).

# O PROCESSO ESPECIAL DE IMPUGNAÇÃO DA REGULARIDADE E LICITUDE DO DESPEDIMENTO

## ASPECTOS GERAIS

**Luisa Maria Baptista Lopes Sousa**

ISCET | Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

### RESUMO

A nova acção de apreciação da regularidade e licitude do despedimento aplica-se aos despedimentos que tenham sido formalizados por escrito e que sejam por facto imputável ao trabalhador, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação. Excluem-se desta formulação processual, continuando por isso a ser objecto de aplicação do regime processual antigo, os despedimentos verbais. O presente artigo visa tratar de forma breve as fases processuais e as inovações introduzidas pelo novo código de processo do trabalho.

### PALAVRAS-CHAVE:

acção, audiência, processo, despedimento, sentença.

### ABSTRACT

The new action for judicial review of the regularity and legality of dismissals is applied to redundancies, formalized by written proceeding, caused by employee's conduct and on the basis that the job has become defunct or due to the employee's unsuitability for the job. Verbal redundancies are excluded from this new action, therefore, remaining in the previous procedural regime. This paper aims to briefly analyse the procedural stages and the rules introduced in the new labour code.

### KEYWORDS:

action, hearing, process, dismissal, sentence.

## 1. O PROCESSO ESPECIAL DE IMPUGNAÇÃO DA REGULARIDADE E LICITUDE DO DESPEDIMENTO: ENQUADRAMENTO GERAL

O novo processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento rompe com conceitos adquiridos e suscita, senão agrava certos problemas interpretativos, na medida em que é manifesta a dificuldade de interpretação e aplicação da lei, derivados fundamentalmente do seu carácter inovador. Podemos reconhecer-lhe características meritórias, é um processo célere, dado o carácter urgente que a lei lhe conferiu (paralelamente a outros três) mas que pode converter-se numa consequência menos meritória traduzida no aumento de processos urgentes, o que pode levar a que repentinamente com vários tipos de processos especiais urgentes, os tribunais se vejam confrontados com uma dificuldade séria resultante de ter que fazer face com meios escassos ao cumprimento da urgência, o que por sua vez pode levar ao risco de acumulação de outros processos. O certo é que não existem mecanismos processuais perfeitos.

Surge pela primeira vez na lei a consagração de diferentes tipos de urgência. O art. 26º do CPT indica os processos urgentes, consagrando os que tinham já esse carácter e acrescentando mais três. As urgências são tratadas de forma diversa, cabendo ao juiz um papel de definição de prioridades analisando a sua real relevância. Assim a lei acolhe basicamente dois tipos de urgência:

A urgência normal, que abrange a generalidade dos processos e que como sabemos implica como traço fundamental a sua tramitação no período de férias judiciais e a urgência mitigada, que engloba apenas os processos referidos nas als. f), g) e h) do nº 1 do art. 26º CPT, isto é, os processos que são menos frequentes e cujo âmbito de aplicação é reduzido. Nestes casos determina o nº 2 do art. 26º CPT que só serão praticados actos durante as férias quando exista despacho fundamentado do juiz.

De notar que a nova acção especial ora em análise tem a urgência normal e está regulada nos arts 98º-B a 98-P do novo CPT.

O novo processo especial acolhe o regime substantivo consagrado no art. 387º CT (Lei 7/2009 de 12 de Fevereiro) cuja entrada em vigor estava dependente da entrada em vigor do CPT, o que sucedeu no dia 01.01.2010 – art.9º CPT. Daí que só tem aplicação nos estritos termos e condições do art. 387º CT.

Finalmente realçamos o facto de se tratar de um processo responsabilizante o que se evidencia face à celeridade que lhe é imposta. Na verdade a lei responsabiliza o estado, através da Segurança Social, pelo pagamento ao trabalhador das retribuições que lhe são devidas referentes ao período da tramitação da acção de impugnação e apreciação do despedimento, se esta não estiver sentenciada no prazo de doze meses.

## 2. A NOVA ACÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

Percorremos agora a tramitação da nova acção de impugnação do despedimento, melhor dito, nova acção de apreciação judicial do despedimento, cuidando de esclarecer e alertar para dois pontos fundamentais e prévios – o âmbito de aplicação e o prazo para intentar a acção.

### 2.1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Vejam os pois o âmbito de aplicação do processo especial objecto do nosso estudo.

O art. 98º-C consagra que só *judicialmente* pode ser apreciada a regularidade e licitude do despedimento o que será feito de acordo com as novas regras processuais, isto é pelo processo especial ora consagrado que se aplica em princípio a *todos* os despedimentos, excepto ao despedimento colectivo. Porém, há que entender adequadamente a expressão “*todos*”. É que é condição fundamental para o recurso a esta forma processual que o despedimento tenha sido comunicado por *escrito*.

Assim o novo regime aplicar-se-á aos despedimentos que tenham sido formalizados por escrito e que sejam

por facto imputável ao trabalhador, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação. Excluem-se desta formulação processual, continuando por isso a ser objecto de aplicação do regime processual antigo, os despedimentos verbais (sem procedimento ou com procedimento parcial, isto é sem decisão escrita e comunicada) ainda que formalizados posteriormente por escrito, as situações em que a definição do vínculo contratual é condição da definição da cessão (v.g. as situações em que se suscita a qualificação do contrato - Prestação de serviços “disfarçada”) e ainda as situações em que é invocada a caducidade de um falso contrato a termo ou de uma equívoca prestação de serviços – Presunção de laboralidade -.

Como a grande vantagem desta novidade processual aponta-se a celeridade, o que é sem dúvida alguma uma vantagem para as situações em que o despedimento está demonstrado e é inequívoco, isto é o trabalhador já não tem que provar que foi despedido – é um facto indiscutível. No entanto, situações ocorrem em que o despedimento é aparentemente inequívoco, e, apesar de ser comunicado por escrito, ser duvidoso ou gerar algum tipo de litígio. Ora mesmo aí parece que teremos que recorrer ao novo processo. Pensamos no entanto não ser esta a solução mais adequada se da comunicação escrita de despedimento junta ao formulário com que o trabalhador inicia o processo, resultar inequivocamente uma realidade diversa. Nesse caso a acção não deve prosseguir como especial e por isso justificar-se-á o indeferimento liminar do requerimento. O juiz na audiência de partes absolverá o empregador da instância e informará do prazo que o trabalhador ainda tem para intentar acção com processo comum.

## 2.2. PRAZO PARA INTENTAR A ACÇÃO

O prazo para o trabalhador impugnar o seu despedimento é agora de 60 dias. Note-se porém que o prazo de um ano mantém-se para as situações que ficam fora do âmbito de aplicação do novo processo, nomeadamente a situação em que por o despedimento não ser inequívoco se obriga a usar o processo comum. Impõem-se aqui quanto à questão do prazo algumas notas:

A nova lei parece ter criado uma lacuna pois deixou de existir o prazo para impugnação de um ano – o prazo comum deixou de ser de Caducidade – o art. 435 nº 2 do CT 2003 desapareceu. Então onde fundamentamos legalmente o prazo de um ano quando ocorre a situação de aplicação do processo comum?

Parece-nos que se impõe o recurso ao art. 337º, nº 2 do CT, isto é o prazo de prescrição dos créditos salariais. O prazo de caducidade de seis meses para os processos especiais de impugnação de despedimento colectivo mantém-se.

## 3. TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

Na tramitação processual laboral destacamos o requerimento inicial, a audiência de partes e os articulados.

### 3.1 REQUERIMENTO INICIAL

A acção inicia com um requerimento ou formulário inicial que contem a declaração de oposição ao despedimento e ao qual se junta a comunicação da decisão de despedimento.

Trata-se de um formulário que simultaneamente constitui o requerimento aprovado pela portaria 1460-C/2009 de 31 de Dezembro. É um documento extremamente simples, contendo apenas indicações sobre a identificação do trabalhador, morada, função, data de despedimento, identificação da empresa. Em nosso entender o requerimento deveria ser um pouco mais do que uma simples declaração de oposição, nomeadamente ter um campo para uma fundamentação, mínima que fosse, da oposição. Não nos podemos esquecer que a tramitação deste processo especial implica que o empregador seja absolvido do pedido nos casos em que o trabalhador falte injustificadamente

à audiência de partes – art. 98-H nº 3, al.b) – Caso Julgado –, e que o empregador é condenado imediatamente no pedido se não apresentar o articulado de fundamentação do despedimento. Duas fortes razões para não se “aligeirar” em excesso o processo em nome da celeridade. Lamentavelmente parece que o legislador ponderados os valores em presença, optou pela celeridade com eventual prejuízo da segurança jurídica.

A secretaria tem nesta fase um papel relevante nos termos do art. 98º-E, podendo recusar o requerimento nos mesmos termos da recusa prevista da Petição Inicial - Arts. 475º e 234º -A do CPC.

Note-se que nesta fase processual não é obrigatória a constituição de Advogado que só é legalmente imposto após a audiência de partes nos termos do art.98º- B.

A opção legislativa é no mínimo discutível, nomeadamente no momento da audiência de partes, momento relevante do processo laboral em geral e em particular neste processo especial. Sendo a constituição de advogado facultativa, não está no entanto o trabalhador impedido de apresentar o requerimento inicial através de advogado ou outra pessoa por ele mandatada.

Na análise do novo processo especial, constata-se também que o legislador afastou o cumprimento da obrigação prevista no art. 155º do CPC aquando da fixação da data da audiência final – art. 98º- I nº 4, al.b), porquanto o juiz não tem que notificar as partes para datas alternativas.

Damos igualmente conta da existência de que o processo não se inicia com o formulário se estiver pendente no tribunal uma Providência Cautelar de Suspensão do despedimento – nº 2 do art.98-C. Neste caso a petição inicial de suspensão do despedimento substitui o formulário de oposição ao mesmo. Verificam-se assim os seguintes efeitos:

- » Não há requerimento/ formulário electrónico ou em suporte de papel – Art. 98-C nº 2 –
- » A audiência de partes antecede a audiência final do procedimento cautelar – art. 98-F nº 3 –
- » O prazo para a instauração da acção de impugnação é alterado de 60 dias para 5 dias úteis – o prazo normal para propor a Providência Cautelar de Suspensão do despedimento – Art. 386º do CT.

### 3.2. AUDIÊNCIA DE PARTES

Recebido o requerimento de oposição ao despedimento o juiz marca a Audiência de Partes. Estas devem comparecer pessoalmente ou fazer-se representar no caso de justificada impossibilidade, por mandatário judicial com poderes especiais ou outra pessoa que seja procuradora.

Assim o trabalhador é notificado e o empregador citado para a referida audiência. Na data agendada alguns cenários se podem perfilar:

Falta apenas o empregador – caso em que se não for representado, o juiz ordena a sua notificação para apresentar articulado motivador do despedimento, juntar procedimento disciplinar ou os documentos comprovativos do cumprimento das formalidades exigidas, apresentar rol de testemunhas e requerer quaisquer outras provas – Art. 98-G nº 1 al.a) –. A justificação ou não da falta não tem efeito no prosseguimento do processo, apenas tem relevo para eventual condenação em litigância de má fé.

Falta apenas o trabalhador – neste caso releva a justificação ou não da falta porquanto se esta for injustificada o juiz determina imediatamente a Absolvição do Pedido – Art. 98-H, nº 1. Caso o trabalhador justifique a sua ausência imediatamente ou nos 10 dias subsequentes, o juiz marca nova data para a audiência de partes – Art.98-H nº 2. Pode ainda suceder que o trabalhador falte à segunda marcação e justifique. Neste caso o juiz ordena a notificação do empregador para os termos supra referidos e fixa a data para a Audiência Final – Art. 98-H nº3 a) –. Em nosso entender a justificação tem que ser feita no acto embora o legislador não o refira expressamente e existam já entendimentos diferentes. Caso o trabalhador falte aquela segunda marcação e a falta for injustificada, o juiz Absolve o empregador do pedido – Art. 98-H nº 3 al. b).

Faltam ambas as partes – nos termos do Art.98-H nº 4, o juiz marca nova data para a audiência de partes, mas se a falta do trabalhador for injustificada o empregador é absolvido do pedido.

Na audiência de partes o empregador expõe os fundamentos de facto que motivam o despedimento, o trabalhador responde e o magistrado procura a conciliação – Art. 98-I, nº 1 e 2.

Pode acontecer que as partes se conciliem parcialmente – Art. 52º e 53º CPT -, caso em que fica a constar do auto os fundamentos que justificam a persistência do litígio.

A este propósito levanta-se uma questão pertinente. É que poderá suceder que as partes se conciliem parcialmente no sentido de ambas reconhecerem que a cessação do contrato ocorreu por caducidade (e não por despedimento), porém não cheguem a acordo quanto aos créditos que o trabalhador pretende ver satisfeitos por parte do empregador. Parece neste caso que não é possível seguir a acção especial em análise uma vez que a pretensão do trabalhador não cabe no âmbito deste processo, supra definido. Não resta ao juiz outra forma de terminar o processo que não seja a absolvição do empregador da instância. Então não conhece do pedido e remete o trabalhador nos termos do Art. 98º-I nº 3 para a acção comum informando-o do prazo que tem ainda para intentar a acção sob a forma comum.

Caso se frustre a conciliação, o juiz marca a data da audiência final e notifica imediatamente o empregador para apresentar o articulado a fundamentar o despedimento, juntar procedimento disciplinar ou documentos comprovativos do cumprimento das formalidades exigidas, apresentar rol de testemunhas ou requerer outros meios de prova em 15 dias - Art. 98º-I nº 4 –

### 3.3 ARTICULADOS

O articulado inicial, que é o do empregador, só pode invocar factos e fundamentos que constem da decisão de despedimento que foi comunicada ao trabalhador – Art. 98º-J nº 1 – e se o empregador pretender que o tribunal exclua a reintegração do trabalhador nos termos do art. 392º CT, deve requerê-lo neste articulado, invocando factos e circunstâncias que fundamentem tal posição e simultaneamente apresentar os meios de prova – Art. 98º-J nº 2 – .

Face ao articulado que o empregador apresenta, o trabalhador é notificado para contestar no prazo de 15 dias – Art. 98-L nº 1.

Caso o empregador não apresente procedimento disciplinar ou comprovativo do cumprimento das formalidades exigidas ou de todo não junte articulado, o juiz declara logo a ilicitude do despedimento e condena o empregador na reintegração do trabalhador, excepto se este tiver optado pela indemnização em substituição da reintegração. Condena ainda o Empregador no pagamento das retribuições deixadas de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da sentença que declara ilícito o despedimento.

Face à tramitação processual aqui descrita levanta-se a questão de saber quando é que o trabalhador deve fazer essa opção pela indemnização em substituição da reintegração. É que o formulário não tem campo para o efeito e na fase da Audiência de Partes não sendo obrigatória a constituição de mandatário, e sendo esta opção irreversível, entende-se que esta não deverá ser feita no Requerimento Inicial.

Em todo o caso, se a opção for pela indemnização o tribunal condenará o empregador num montante equivalente a pelo menos 30 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano ou fracção de antiguidade.

### 3.4. CONTINUIDADE DO PROCESSO

Como vimos o empregador junta o seu articulado (que é o primeiro do processo) em 15 dias. Pode suceder que apresente articulado mas não junte o procedimento disciplinar, caso em que é logo condenado no

pedido – Art. 98º-J nº 3. Como referimos também, o trabalhador contesta, em 15 dias, por impugnação, excepção ou apresenta reconvenção. Caso o trabalhador não conteste consideram-se confessados os factos articulados pelo empregador – art.98º- L nº2 –.

Ambas as partes devem apresentar a prova com os articulados.

É admissível a reconvenção do trabalhador independentemente do valor da causa quando o pedido emerge do mesmo facto jurídico que serve de fundamento à acção e à defesa, o trabalhador se propõe obter compensação ou peticiona créditos emergentes do contrato de trabalho. O empregador responde em 15 dias.

Depois da Contestação do trabalhador e eventual Resposta do empregador segue-se a Audiência de Julgamento –Art.98º-M nº 1.

O empregador inicia a produção de prova – Art. 98º-H nº 1 – o articulado inicial é do empregador –, seguindo-se a prova do trabalhador.

### 3.5. SENTENÇA/DECISÃO

Finda a produção de prova é proferida a sentença. Suscitam-se aqui também algumas especificidades que importa apontar:

Uma vez proferida a sentença, esta é notificada ao Empregador e ordenada a notificação do Trabalhador para querendo, no prazo de 15 dias, apresentar articulado no qual peticione créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação – art. 98º-J-nº 3 al.c)

Trata-se de uma solução inovadora dado que a acção, que se encontra na sua fase final, renasce, agora por vontade do Trabalhador para apreciação do seu crédito laboral. Em nosso entender trata-se de um corolário do princípio da economia processual, que porém não se compadece com a celeridade e urgência pensadas para esta acção. Além do mais, não tendo o trabalhador sequer intervido, isto é, não tendo apresentado requerimento posterior ao formulário de oposição ao despedimento, esta oportunidade, em sede de processo especial de apresentar um articulado, peticionando créditos salariais constitui uma verdadeira atipicidade – uma verdadeira petição inicial.

Pode no entanto o trabalhador, se o entender, optar pelo exercício do seu direito a reclamar créditos salariais por recurso ao processo comum – É este o sentido que entendemos dever ser atribuído à expressão “querendo” da al.c) do art. 98º-J. Tal é admissível já que não existe caso julgado sobre uma matéria não apreciada pelo tribunal. Ao empregador compete contestar, dentro do prazo geral na ausência de outra previsão legal e ao trabalhador responder no mesmo prazo. Caso não responda consideram-se confessados os factos articulados pelo empregador – art. 98º-L nº 2 -.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, João Leal. – Contrato de Trabalho, Coimbra Editora, 2010, 2ª Ed.
- CURADO, A. – Manual Prático de Direito do Trabalho, Lisboa, Quid Juris
- GOMES, Júlio Manuel Vieira – Novos estudos de Direito do Trabalho, Coimbra Editora
- HENRIQUES, M. – Procedimento Disciplinar, Lisboa, Rei dos Livros
- LEITÃO, L. – Código do Trabalho Anotado, Coimbra, Almedina
- LEITE, J. e Almeida F. – Legislação do Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora
- LEITE, Jorge. – Direito do Trabalho, Vol. II, Coimbra, 2004
- MARTINS, João Azenha – Nótula sobre a reforma por velhice e a caducidade do contrato de trabalho, PDT, nº68, 2004
- MARTINS, P. – Cessação do Contrato de Trabalho, Lisboa, Principia Martinez, J. – Comentários ao Código do Trabalho, Lisboa, Bertrand
- MARTINEZ, P. – Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra.
- MARTINEZ, P. – Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código do Trabalho, AAFDL, Lisboa
- MENEZES CORDEIRO, A. – Manual do Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina
- MONTEIRO FERNANDES, A. – Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, Vol. I e II, 14º Ed, Coimbra, Almedina
- MOTTA VEIGA, A. – Lições de Direito do Trabalho, Lisboa, Universidade Lusíada
- NETO, A. – Código do Trabalho e Legislação Complementar – Anotados, Lisboa, Ediforum
- NETO, A. – Código Civil – Anotado, Lisboa, Ediforum
- NETO, A. – Código de Processo de Trabalho – Anotado, Lisboa, Ediforum
- SANTOS, J. – Manual Elementar Prático do Direito do Trabalho, Lisboa, Rei dos Livros

## ABREVIATURAS

- al. - alínea
- art. - artigo
- CT - Código do Trabalho
- CPC - Código de Processo Civil
- CPT - Código de Processo de Trabalho
- D.L. - Decreto-Lei
- nº - número
- pág. - página
- ss. – seguintes
- vg. – verbi gratia

