

Dogmáticas de transição, evolução dos sistemas e desafios ao ensino do Direito

DIOGO COSTA GONÇALVES*

RESUMO

As dogmáticas de transição são formulações doutrinárias que permitem a mudança de um paradigma explicativo para outro, sem rupturas jurídico-científicas e com a preservação a identidade dos institutos. A partir do estudo de três institutos, procuramos (i) identificar a estrutura da dogmática de transição e (ii) explicitar a sua função na evolução dos sistemas. Apresentamos ainda os principais desafios que as dogmáticas de transição colocam ao ensino do Direito.

PALAVRAS CHAVE

Dogmática jurídica - História do direito - Filosofia do direito - Ensino do direito.

Dogmática de transição (dogmatic of transition), evolution of systems and challenges to the legal studies

ABSTRACT

Dogmáticas de transição (dogmatics of transition) are those doctrinal formulations that allow the change of an explanatory paradigm to another without legal and scientific breaks and preserving the identity of the

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

institutes. From the study of three institutes we propose to (i) identify the structure of dogmática de transição and (ii) explain its role in the evolution of systems. We also identify the main challenges that the dogmáticas de transição puts to the legal studies.

KEYWORDS

Legal doctrine - History of law - Philosophy of law - Teaching law.

Na história da dogmática jurídico-privada, encontramos variadíssimas figuras que, surgindo num concreto contexto jurídico-cultural, vieram a ser abandonadas ou definitivamente superadas por construções jurídicas posteriores. Tais figuras apresentam-se, à ciência jurídica hodierna, como relíquias de uma museologia dogmática que muito estimamos mas das quais não esperamos soluções válidas para a casuística contemporânea.

Porém, na maioria dos casos, não é isto o que acontece. Nos institutos do Direito privado continental, o que observamos com mais frequência são *evoluções dogmáticas internas*: mudanças do paradigma explicativa da figura, com a manutenção da sua identidade jurídica e dos traços essenciais da sua aplicabilidade prática.

Observamos, com efeito, que os institutos são os mesmos ao longo dos séculos (na sua maioria herdados do *jus romanum*); o se altera, são os quadros dogmáticos ao abrigo dos quais os institutos logram inteligibilidade jurídica e aplicabilidade prática.

As soluções jurídicas são (tendencialmente) as mesmas, o instituto que as acolhe e revela também, o que varia (e por vezes substancialmente) é o quadro explicativo de base.

Na evolução interna dos institutos existe, assim, como que um *movimento dialético*.¹ Com efeito, é possível documentar uma dogmática “*de partida*”, uma dogmática “*de transição*” e uma dogmática “*de chegada*” que, num determinado momento histórico, surge novamente como ponto de partida para uma nova síntese dogmática.

¹ Usamos aqui a noção de *dialética*, longe de qualquer compreensão dialética da histórica (própria de um sistema marxista, por exemplo).

Esta realidade é, em primeiro lugar, uma evidência empírica: o jurista constata esta evolução no sistema, assinala-a e descreve-a, por vezes com acentuado ênfase, ainda que sem consciência clara da sua existência.

No presente estudo, iremos centrar a nossa atenção nas *dogmáticas de transição*: precisamente naquelas construções intermédias que permitem a mudança de um paradigma dogmático para outro, sem rupturas jurídico-científicas e com a preservação a identidade ôntica dos institutos.

Para o efeito, tomaremos por exemplo a evolução documentada em três institutos distintos: a *confusão*, a *transformação das sociedades comerciais* e a *capacidade de gozo das pessoas coletivas*.

Em qualquer um deles encontramos, como se verá, exemplos paradigmáticos de *dogmáticas de transição*.

A partir dos exemplos apontados procuraremos, de seguida, (i) identificar a estrutura da dogmática de transição e (ii) explicitar a sua dimensão funcional na evolução dos sistemas.

A constatação da existência de construções dogmáticas que desempenham uma função de transição na evolução dos sistemas, traz inegáveis desafios ao ensino do Direito que merecem uma reflexão detalhada.

Procuraremos assinalar, em traços muito gerais e necessariamente carecidos de maior desenvolvimento, aqueles que se nos afiguram ser os principais reptos que as dogmáticas de transição colocam ao ensino universitário.

Antes de avançarmos, cumpre, porém, esclarecer o que entendemos por dogmática jurídica e qual o quadro juscientífico de base em que nos movemos.

§ 1.º ELEMENTOS PRÉ-COMPREENSIVOS DA DOGMÁTICA DE TRANSIÇÃO

1. APROXIMAÇÃO À NOÇÃO DE DOGMÁTICA

I. Não sem ironia, Walter Selb fez notar que poucos conceitos são utilizados no discurso jurídico de forma tão temerária e imprecisa como o conceito de *dogmática*.²

² SELB, Walter, "Dogmen und Dogmatik, Dogmengeschichte und Dogmatikgeschichte in der Rechtswissenschaft", em *FS Karl Larenz 80. Geburtstag*, 1983, 605-614, 605.

Há, com efeito, uma acentuada dificuldade em determinar exatamente o que se entende por dogmática jurídica e o que se está verdadeiramente a querer dizer quando se qualifica como dogmático algum labor do jurista. Não poucas vezes, até, dogmática e ciência jurídica são tomadas por equivalentes, o que acentua a dificuldade de uma determinação conceptual rigorosa.

Num esforço de sintetização, a dogmática pode ser perspectivada sob três ângulos distintos:³ (i) enquanto *função*; (ii) enquanto *proposição lógica*; e (iii) enquanto *hermenêutica*.

Estas três perspetivas têm, naturalmente, pontos de contacto, tanto mais intensos quanto a orientação jusfilosófica de base o sustente.

II. Sob uma *perspetiva funcional*, procura determinar-se o que seja a dogmática tendo em conta a concreta função que ela desempenha no universo da *praxis* jurídica (*perspetiva funcional teórica*).⁴

De acordo com esta perspetiva, a dogmática goza de (i) uma *função generalizadora* (*Generalisierungsfunktion*), na medida em que promove a passagem do justo individual para a enunciação deontica geral e abstrata; (ii) uma *função sistematizadora* (*Systematisierungsfunktion*), conferindo uma ordem (axiológica e formal) aos elementos deonticos e tornando-os operativos na realização do Direito, *i.e.*: constituindo-os em sistema; e (iii) uma *função controladora* (*Kontrollfunktion*), inerente à constituição sistemática oferecida.⁵

Próxima destas três funções, ou delas decorrendo, está o *carácter heurístico* (ou função heurística) da dogmática, que a constitui em ponto de partida para novas abordagens e novos elementos de conexão.⁶

³ Seguindo de perto SCHLAPP, Thomas, *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik*, 1989, 47 e ss.

⁴ SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 52 e ss. O autor distingue entre o que podemos chamar uma perspetiva funcional *teórica* de uma outra perspetiva funcional *sistémica* (*Theorienstrukturen* cit., 48 e ss.). Esta última é distinta da noção de sistema jurídico. Parte de uma análise sociológica que compreende toda a sociedade como um sistema complexo, na qual o Direito surgiria como um subsistema, diferenciado em razão dos seus concretos mecanismos de percepção e atuação na vida social (LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., 1987, *passim*). A dogmática consistiria, justamente, em tais mecanismos, cuja validade dependeria da sua eficácia social (SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 49).

⁵ SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 53-54.

⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 332.

III. Distinta é a perspectiva que aborda a dogmática a partir da lógica. De acordo com esta perspectiva, a dogmática corresponde a um conjunto articulado de proposições, sujeitas ao escrutínio da lógica jurídica⁷ e destinado a operar como um *modelo lógico* no discurso jurídico.⁸

Esta perspectiva é especialmente grata às construções conceptualistas do Direito e, em particular, às correntes analíticas, sempre que se reduza o Direito a um problema de linguagem.⁹

IV. Próxima desta última abordagem, está a perspectiva hermenêutica da dogmática. Numa primeira orientação hermenêutica, a dogmática tem por referencial o Direito positivo vigente¹⁰ e por objeto fixar o sentido das fontes positivas.

Assim o expressava Esser ao afirmar que “*pode ser definido como dogmática qualquer método de trabalho que tenha por base a autoridade dos textos vinculativos, das leis, das decisões judiciais e dos seus critérios relevantes*”.¹¹

A esta perspectiva –própria da dita *dogmática clássica*,¹² mas presente muito para além dela– está associada uma auto-suficiência hermenêutica e uma neutralidade valorativa. Sublinha-o, igualmente Esser quando afirma que a *autodeterminabilidade* e a *autovinculatividade* são características da dogmática.¹³

⁷ Com desenvolvimento, KLUG, Ulrich, *Juristische Logik*, 1982.

⁸ SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 56.

⁹ Com referências, cfr. o nosso, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 394 e ss.

¹⁰ SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 605.

¹¹ ESSER, Josef, “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, em *AcP* 172 (1972), 97-130, 97.

¹² Seguindo a terminologia de TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, in “Da crítica dogmática à dogmática crítica”, *O Direito* 121 (1989) IV, 729-739, 730.

¹³ ESSER, Josef, “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, em *AcP* 172 (1972), 97-130, 97: “A dogmática é, em última análise, autodeterminação e autovinculação temporária”.

A dogmática assim construída requeria-se valorativamente neutra, o que não significa que fosse axiologicamente indiferente (TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 730). Significava, outrossim, que a dogmática era estranha qualquer subjetividade valorativa, dependente de uma pré-compreensão ou de alguma ponderação extradogmática.

Wieacker dá nota desta realidade, citando um discurso de Windscheid, de 1884, no qual este afirmava que “*considerações de carácter ético, político ou económico não são*

Numa segunda orientação, a dogmática é entendida como o processo constitutivo do Direito (*sinnkonstituierendes Medium*).¹⁴ Ela opera numa espiral hermenêutica entre a norma e o caso, num *continuum* normativo-interpretativo-aplicativo. O Direito *existe* não na exegese, não na aplicação, mas num único *momento constituinte*, simultaneamente hermenêutico e aplicativo, aberto à realidade do caso, da qual a própria fonte recebe sentido.

V. Na perspectiva de que partimos, a dogmática corresponde a este último sentido hermenêutico que não exclui, antes reclama, aquela outra função teórica, que constitui o Direito em sistema.

O Direito revela-se, portanto, num perpétuo movimento espiral hermenêutico-aplicativo, do caso à norma e da norma ao caso, no qual o intérprete-aplicador define em cada rotação, e simultaneamente, a relevância jurídica do problema e o próprio sentido normativo da fonte que a estabelece.

Nesta espiral hermenêutica revela-se, justamente, a síntese entre a natureza *problemática* e *sistemática* do pensamento jurídico.

Nesta concepção da dogmática, não há espaço para neutralidades valorativas. Tal decorre da sua função sistematizadora (*Systematisierungsfunktion*). Um sistema postula uma ordenação axiológica e, tratando-se do sistema jurídico, tal ordenação não pode ser valorativamente neutra.

A função sistematizadora acima assinalada exige, portanto, uma *dogmática crítica* (*kritische Rechtsdogmatik*),¹⁵ estribada num “pensamento

assuntos de juristas, enquanto tais” (WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 1980, 492).

Também Larenz ilustra esta almejada neutralidade valorativa, sustentando que à concepção de dogmática, tal como a encontramos em Esser, subjaz “a ideia da possibilidade de apreender todos os fenômenos jurídicos em conceitos, aos quais se possa subsumir; a ideia de um sistema conceptual mais ou menos concluso, que possibilite responder também às novas questões que venham a surgir por via de operações lógicas de pensamento, e a ideia que o pensamento científico no âmbito da jurisprudência não poder[á] ser mais que o conhecimento de objeto valorativamente neutro, quer dizer, o conceito cientificista de ciência” (*Metodologia da Ciência do Direito*, 4.^a ed., 2005, 313).

¹⁴ SCHLAPP, Thomas, *Theorienstrukturen* cit., 71.

¹⁵ WOLF, Paul, “Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik”, em *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis* (Arthur Kaufmann), 1971, 53-70, 53 e ss., em especial, 62-64. Entre nós, veja-se, com referências, TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 729-739.

compreensivo e orientado a valores”,¹⁶ comprometida com a justiça material do caso concreto.

2. A NATUREZA CULTURAL DO DIREITO

I. Todavia, tal labor dogmático não pode ser realizado se o intérprete-aplicador não compreender a natureza histórico-cultural dos sistemas jurídicos. Os institutos jurídicos não são resultado de uma razão laboratorial, mas sim de uma cultura. Isto significa que compreender o sistema implica compreender a ambiência cultural em que este surge e se desenvolve; o mesmo é dizer: as representações filosóficas, religiosas, sociais e até emocionais que perpassam o ordenamento; os circunstancialismos políticos em que o sistema se desenvolve e as suas vicissitudes.

Tal não significa reduzir o Direito à História. O *suum cuique tribuere* não encontra legitimação na História, como não encontra na democracia ou em qualquer outra conceção da *potestas*.

Não se trata, portanto, de um *positivismo histórico*, que substitua os positivismos lógicos ou científicos das últimas centúrias. O jurista não está exonerado, portanto, das questões metajurídicas ao reconhecer a natureza histórica dos sistemas.

Trata-se, outrossim, de reconhecer que só a natureza histórico-cultural do Direito confere *identidade* aos institutos jurídicos e, deste modo, permite um suficiente grau de *objetividade* no conhecimento para que este possa ser ainda dogmático: não há ensaio jurídico que, para ser dogmático, possa ser absolutamente alheio ou contrário à dimensão histórico-cultural do instituto que estuda.

II. As considerações que acabamos de tecer estão diretamente associadas ao lugar da denominada *Dogmengeschichte* na própria dogmática jurídica. Com efeito, da dimensão histórico-cultural do Direito não se duvida. As dúvidas colocam-se, outrossim, quanto ao carácter constitutivo, para a dogmática, de tal dimensão histórico-cultural.

Concretizando: a *Dogmengeschichte* deve ser entendida como objeto da História do Direito, tendo em conta a natureza histórica da positividade

¹⁶ LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* cit., 319. Veja-se, com interesse, PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, 2000, 143 e ss.

vigente, devendo ser ponderada a par de outras ciências auxiliares da dogmática, como a sociologia do Direito, a filosofia do Direito, etc.; ou, ao contrário, a dogmática é ela própria *Dogmengeschichte*, porquanto dinâmica e incrustada no próprio devir histórico (*zeitgebundene Dogmatik*)?¹⁷

III. Em nosso entender, a dogmática é, estruturalmente, *Dogmengeschichte*. Com efeito, as ordens jurídicas manifestam sinais de evolução, de continuidade, mas também de rutura e descontinuidade nos seus elementos formativos. Tais vicissitudes reclamam um *sentido integrador*, capaz de lançar luz sobre as próprias vicissitudes e de as integrar no presente aplicativo. A perspectiva facultada pela *Dogmengeschichte* opera tal desiderato.

IV. Do mesmo modo, o próprio pensamento jurídico é um *continuum* histórico. Toda a produção científica encerra um ato de *traditio*: o jurista recebe uma concreta *forma mentis* jurídica, nela evolui e com ela desenvolve o seu labor, e transmite-a à geração seguinte, *maxime* na escola. Ignorar o percurso do pensamento dogmático, o seu contexto e fundamentação, é pressupor um conhecimento jurídico sem genealogia, o que não existe.

O que hoje se pensa, pensa-se porque antes se pensou de determinado modo. Ignorá-lo é, no fundo, ignorar a própria dogmática e ser incapaz de compreender o próprio momento aplicativo.

Mais se diga ainda que qualquer exercício comparativo exige uma compreensão histórico-dogmática. Só ela permite identificar a proximidade problemática de soluções aparentemente distantes no tempo, revelando a estrutura decisória fundamental.

Por fim, a *Dogmengeschichte* integra uma reflexão sistemático-filosófica: tal é exigido –como salienta Selb– em todos os sistemas da matriz jusnaturalista e não menos nos sistemas positivistas.¹⁸

V. Temos, portanto, que qualquer investigação histórico-dogmática é, fundamentalmente, mais dogmática que histórica.¹⁹ Nela o jurista não

¹⁷ SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 605.

¹⁸ SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 606.

¹⁹ Neste sentido, DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório*, 2009, 589 e ss., com abundantes referências.

procura uma pura reconstituição de ordenamentos jurídicos antigos, mas a reconstituição do sentido evolutivo do pensamento jurídico, daquela conexão interior que permite identificar, na atualidade dogmática, a presença determinante desses elementos pretéritos que moldam e configuram o Direito vigente.

VI. Sublinhem-se ainda dois aspetos importantes relacionados com a *Dogmengeschichte* e que têm que ver com a noção de autoridade na dogmática e de cientificidade do próprio conhecimento jurídico.

À dogmática está naturalmente associada uma noção de autoridade,²⁰ presente em todas as escolas.²¹ Controverso é, porém, estabelecer os critérios da autoridade: que requisitos deverá ter a *opinio* para que goze de *auctoritas*?²²

Num contexto marcadamente positivista, a autoridade advém de alguma forma de *potesta*, de onde decorre que a autoridade é ela própria o resultado de um exercício de autoridade (no sentido de poder). Tal circunstância merece, naturalmente, a interrogação crítica se a dogmática, assim compreendida, não será afinal uma “*dogmática sem dogmas*”,²³ porque carecida de uma autoridade pré-definida, externa, que controle ela própria o exercício do poder, definindo o que é o jurídico.

A compreensão da natureza histórico-cultural do Direito é um fator de liberdade face à *potestas* que não pode deixar de ser considerado.²⁴

²⁰ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno* cit., 54 e TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 729.

²¹ Sobre a evolução do conceito de dogmática, cfr., por todos, PIANO MORTARI, Vincenzo, *Dogmatica e Interpretazioni. I giuristi medievali*, 1976; *Gli inizi del Diritto Moderno in Europa*, 1980 e “Dogmatica giuridica. Premessa storica”, em *ED XIII* (1964), 671-678. Cfr., ainda, GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica Jurídica*, 1988; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.^a ed. 1976; MULLER, *Juristische Methodik*, 2.^a ed., 1976; OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, 1971; HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, 1977 e ROTTLEUTNER, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973.

²² Sobre a *auctoritas* e a juridicidade, cfr., por todos, o nosso “Da *auctoritas* como elemento constitutivo da juridicidade: a gênese do jurídico”, em *RFDUL XLIII* (2002) 1, 585-610. Veja-se ainda, com especial relevância, RUY DE ALBUQUERQUE, “Direito de juristas. Direito de Estado”, em *RFDUL XLII* (2001) 2, 751-807.

²³ Neste sentido, SELB, Walter, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 607.

²⁴ Neste sentido, DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório* cit., 595, referindo-se ao conhecimento histórico-jurídico como “*escola de liberdade*”.

Com efeito, no momento em que o jurídico é compreendido a partir do elemento de historicidade que o integra, a sua definição deixa de estar na mãos exclusivas de um poder circunstanciado. A compreensão do papel constitutivo da história na dogmática, liberta a própria dogmática da domesticação pela *potestas*, na medida em que não recebe desta a fundamentação última.

VII. A própria historicidade da dogmática confere objetividade aos limites das suas fronteiras. Reconhecer a natureza histórico-cultural do Direito significa assumir que, para que de dogmática se possa falar, a *endoxa* respeite o universo histórico-cultural de referência.

Tal não significa, naturalmente, que um ensaio dogmático resulte necessariamente numa revitalização histórica dos institutos ou numa rejeição apriorística de ventos de mudança; significa, outrossim, que os avanços eventualmente alcançados devem revelar uma conexão interna com o lastro histórico das figuras. De outra sorte, tal labor poderá ter sido muita coisa, mas não um trabalho dogmático.

É neste contexto vital que deve ser compreendida a ideia de *dogmática de transição*.

3. JURISPRUDÊNCIA PROBLEMÁTICA E O PENSAMENTO SISTEMÁTICO

I. Todo o pensamento jurídico é estruturalmente *problemático*: a ciência jurídica nasce da solução de casos concretos que reclamam uma resposta em razão de justiça. No processo de realização do Direito, o *casus* –o problema– é o verdadeiro *prius* metodológico em torno do qual se articula todo o discurso jurídico²⁵ e todo o processo realizador ou constitutivo do Direito.

Mas o pensamento jurídico não se esgota na sua dimensão *problemática*. Ele é também estruturalmente *sistemático*: nasce do problema e temo sempre por referencial concreto, mas não prescinde do esforço de uma estruturação racional, enquanto ordenação de conhecimento segundo princípios (Kant).

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, 1993, 142 e ss. Num desenvolvimento relevante desta perspectiva, cfr. DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório cit.*, 33 e ss. Com especial interesse, e com referências quanto à evolução do seu pensamento, cfr. SCAPP, Jan, “Der Fall in der juristischen Methodenlehre”, em *Subsumtion (Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner)*, 2012, 227-257.

II. O que ora se afirma não levanta especiais dúvidas. Corresponde, porém, em traços largos, à síntese metodológica resultante da querela do pós-guerra que opôs a tópica jurídica à compreensão sistemática do Direito, e que assumimos como pano de fundo metodológico da presente investigação.

A identificação entre ciência do Direito e tópica jurídica foi especialmente divulgada a partir da obra de Wiehweg,²⁶ *Topik und jurisprudentz* (1953). A aplicação do pensamento (tópico ou problemático) ao *jus civile* foi sintetizada pelo autor do seguinte modo:²⁷

- (i) a estrutura geral (*Gesamtstruktur*) da ciência jurídica encontra-se dependente do problema;
- (ii) do mesmo modo, também os seus elementos integrantes (*Bestandteile*), conceitos e proposições, devem permanecer especialmente vinculados ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele;
- (iii) os conceitos e proposições jurídicas só podem ser manuseados num sentido que mantenha uma implicação direta com o problema.

A natureza sistemática do Direito era, assim, segundo Viehweg, uma mera aparência. Na verdade, a ciência jurídica outra coisa não era do que um “*processo especial de discussão de problemas*”²⁸ e nunca uma articulação unitária, axiológico-dedutiva, de soluções normativas.

III. A compreensão da ciência jurídica como tópica ou *jurisprudência problemática* parecia uma proposta metodológica especialmente feliz no contexto juscientífico do segundo pós-guerra: prometia libertar a ciência jurídica do juspositivismo e permitia manusear valorações jurídico-materiais de natureza ética. Para além disso, a proeminência do problema no processo aplicativo do Direito dotava o discurso de um necessário realismo jusfilosófico e metodológico, tão arredado das grandes escolas oitocentistas.

²⁶ Antes ainda de Wiehweg, outros autores se ocuparam do tema, com especial destaque para Nicolai Hartmann, Max Salomon e os trabalhos de Fritz von Hippel na década de trinta. Cfr., quanto a estes autores, com referências, REHBOCK, Klaus, *Topik und Recht eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, 1988, 169 e ss.

²⁷ VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 3.ª ed., 1965, 66.

²⁸ Na expressão de Menezes Cordeiro, in introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 1989, XLVII.

Não faltou ainda a Viehweg uma legitimação história, marcadamente presente na estrutura do seu *Topik und Jurisprudenz*: da antiguidade clássica à modernidade, a jurisprudência fora sempre problemática e retórica.

As evoluções mais recentes da civilística coeva tornavam, ainda, a jurisprudência problemática, mais que uma proposta, uma realidade: a configuração do *Schadenrecht* como *sistema móvel*, na proposta de Wilburg,²⁹ era tida por Viehweg uma “evidência da estrutura tópica”³⁰ da civilística coeva, desenvolvida no “centro nevrálgico do Direito privado”.³¹

Com efeito, Wilburg veio sustentar que a pretensão indemnizatória se concretizava na esfera jurídica do credor não pela verificação exaustiva de um conjunto normativo de requisitos mas antes pela verificação, em grau e intensidade diversa, dos vários elementos constitutivos do dever de indemnizar.³²

A aplicação de um instituto jurídico *-in casu*, a responsabilidade civil extracontratual- ocorrência, assim, ainda que não se encontrasse preenchido ou suficientemente indiciado algum dos elementos constitutivos, ante a presença ou maior intensidade de outros elementos.³³

O que caracteriza, assim, a realização do Direito em *sistema móvel* é a meabilidade aplicativa conferida ao intérprete-aplicador (distante de um paradigma axiomático-dedutivo), marcada pela proeminência do próprio *casus* no processo aplicativo.

²⁹ WILBURG, Walter, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941, 26 e ss. Já denotando maior desenvolvimento dogmático e precisão terminológica, cfr., do autor, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.

³⁰ VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 3.^a ed. cit., 1965, 72 (*Beleg für topische Struktur in der gegenwärtigen Zivilistik*).

³¹ VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 3.^a ed. cit., 1965, 73, citando o *Die Elemente des Schadensrechts* de Wilburg.

³² WILBURG, Walter, *Die Elemente des Schadensrechts* cit., 28: “Entre a recorrente aspiração a um princípio unitário, por um lado, e a resignação ante uma multiplicidade desordenada de fundamentos de responsabilidade civil, impõe-se como tarefa desta obra, encontrar um meio termo que conduza ao desiderato comum de uma integração orgânica do pensamento”.

³³ Na proposta de Wilburg, a responsabilidade extracontratual fundar-se-ia em quatro elementos: (i) atuação que interfere em área jurídica alheia ou a coloca em perigo; (ii) a verificação do dano; (iii) a censurabilidade da conduta; e (iv) o poder económico do responsável ou a exigibilidade de o assegurar (WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* cit., 28-29). Mais tarde, o autor acrescentou ainda um quinto elemento: concentração de vantagens e perigo numa empresa. Cfr. WILBURG, Walter, “Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts”, em *AcP* 163 (1946), 246-379 (346).

A lição de Wilburg cedo foi desenvolvida por outros autores. Com especial relevância, Leenen introduziu a ideia no discurso tipológico ao referir-se à abertura do tipo (*Offenheit des Typus*) e definindo-o como “*elastisches Merkmalsgefüge*”.³⁴

Acusando claramente a recepção da construção *móvel* de Wilburg, afirmava o autor:

“O tipo não constitui apenas uma estrutura de características (Merkmalsgefüge) elástica mas sobretudo interdependente, que é precisamente a forma de ligação que contribui para o conhecimento do todo a partir da mútua complementaridade e limitação.

“A interdependência das características tipológicas é, por outro lado, uma das principais razões para a ‘clareza’ ou ‘vitalidade’ do tipo: na medida em que cada característica é limitada no seu conteúdo tanto pelas restantes características como pelos aspetos constitutivos de natureza valorativa (konstitutiver Wertaspekt), a descrição tipológica goza de uma riqueza muito maior para ilustrar o tipo, tal como aplicada no processo de delimitação da elaboração conceptual, do que recorrendo às poucas e abstratas características (...) do seu conteúdo conceptual”.³⁵

Como sublinha Larenz, uma ligeira modificação conceptual na terminologia de Leenen e a estrutura de pensamento (*Denkform*) do autor coincidem com a proposta de Wilburg.³⁶

No mesmo sentido seguiu Engisch, referindo-se com frequência à variabilidade (*Variabilität*) e graduabilidade (*Graduierbarkeit*) das características constitutivas do tipo.³⁷

IV. Em poucos anos multiplicaram-se os autores que sublinhavam os méritos da proposta de Viehweg e a tópica tornou-se um lugar obrigatório na literatura da especialidade.³⁸

³⁴ LEENEN, Detlef, *Typus und Rechtsfindung*, 1971, 34, “*estrutura elástica de características*”.

³⁵ LEENEN, *Typus und Rechtsfindung* cit., 47-48.

³⁶ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., 1991, 470.

³⁷ Por exemplo, ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.^a ed., 1968, 242.

³⁸ Cfr., por exemplo, ARNDT, Adolf, “Gesetzesrecht und Richterrecht”, em *NJW* 16 (1963) 29, 1273-1284, em especial, 1277 e ss.; HORN, Norbert, “Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens”, em *NJW* 20 (1967) 14, 601- 608; ZIPPELIUS, Reinhold, *Das Wesen des Rechts*, 1973, 172 e ss.; *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 1994, 261-265 e *Juristische Methodenlehre*, 8.^a ed., 2003, 88-89; LÜDERSSEN, Klaus, “Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung”, em

À medida, porém, que se usava (e, em parte, abusava)³⁹ da tópica, ia crescendo a tensão entre uma *jurisprudência problemática* e o *pensamento sistemático*.

De modo sintético, dir-se-ia: o pensamento problemático e sistemático surgiam como duas estruturas metodológicas antagônicas, entre as quais o jurista deveria optar. Ou assumia a natureza problemática do Direito e prescindia da sistemática; ou, ao contrário, acolhia o pensamento sistemático e renunciava às vantagens metodológicas e jusfilosóficas grandjeadas pela tópica.⁴⁰

Palco especialmente favorável à discussão sobre o lugar epistemológico da tópica jurídica na metodologia da ciência do Direito era a noção de *sistema móvel*.

Como se disse, Viehweg tinha acusado a construção de Wilburg de consubstanciar uma manifestação de *tópica jurídica*. A aplicação do Direito em sistema móvel tornava-se, assim, e afinal, uma forma *a-sistemática* de realização do Direito.

Em resposta a esta crítica, Canaris veio defender a natureza sistemática da proposta de Wilburg, sustentando que a aplicação do Direito em sistema móvel manifestava ainda a *unidade* e *ordem* própria de um sistema, que se garante na pluralidade não estaticamente hierarquizada dos seus elementos.⁴¹

Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. FS Helmut Coing 70. Geburtstag, I, 1982, 549-564; ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., 1983, 381 e ss. Para uma visão panorâmica dos termos globais da discussão coeva, cfr. WIEACKER, Franz, "Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft", em *Ausgewählte Schriften* (Dieter Simon), II (*Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*), 1983, 205-221.

³⁹ No sentido de uso impreciso do termo e da construção de MENEZES CORDEIRO, Viehweg in introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* cit., XLVIII.

⁴⁰ Na obra de Zippelius, por exemplo, é notório como o pensamento jurídico surge explanado a partir da dicotomia pensamento conceptual-sistemático (*Begrifflich-systematische Denken*) versus argumentação jurídica (*Argumentierendes Erwägen*), na qual a tópica se inclui. Cfr. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., cit., 247 e ss.

⁴¹ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 1989, 131 e ss. Veja-se, também, sobre a mútua interpenetração entre pensamento sistemático e tópica jurídica, REHBOCK, Klaus, *Topik und Recht eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, 1988, 181 e ss.

Mais sublinha Canaris serem abundantes as manifestações de mobilidade do sistema, concluindo que o Direito positivo compreende partes do sistema imóveis e móveis, com o predomínio das primeiras.⁴² Os elementos móveis do sistema surgem como uma *posição intermédia entre a previsão rígida e a cláusula geral*⁴³ (tida, esta última, como uma *erupção de equidade*).⁴⁴

V. Temos, portanto, que da estrutura simultaneamente problemática e sistemática da ciência jurídica resultam, as notas de *abertura e mobilidade* do sistema jurídico. A unidade de sistema interno não é prejudicada pela inexistência de uma hierarquia estática dos elementos intra-sistemáticos.

À parte da estaticidade conferida a alguns vetores, o processo realizador do Direito exige a ponderação da intensidade diversa com que os fatores normativos e axiológicos surgem no caso concreto. Tal ponderação é problemática, mas não a-sistemática.

Assim compreendida, a mobilidade do sistema não só não causa embaraço ao jurista como se torna um elemento fundamental no processo realizador do Direito. Por um lado, a mobilidade garante a segurança jurídica já que, por ser uma forma de realização do Direito *sistemática*, não prescinde da unidade axiológico-valorativa interna e de alguma hierarquização normativa; por outro, garante a justiça, que sempre exige um processo individualizador, maleável às características do caso concreto, que garanta, no particular, o todo.

Compreende-se, assim, que Canaris veja no sistema móvel um “*compromisso particularmente feliz entre os diversos postulados da ideia de Direito*”⁴⁵ e uma descoberta metodológica especialmente significativa no séc. XX jurídico.⁴⁶

A ela está também associada a ideia de *dogmática de transição*.

⁴² CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 138.

⁴³ CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 143.

⁴⁴ CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 142.

⁴⁵ CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 145.

⁴⁶ CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 148.

Entre nós, é já significativa a doutrina que vem recorrendo ao sistema móvel, com inegáveis alcances práticos. Menezes Cordeiro utiliza-o na reordenação dogmática da Boa Fé (*Da Boa Fé no Direito Civil*, 1984 [reimp. 2001], *passim*, em particular, 1258 e ss.) e Menezes Leitão na aplicação da cláusula geral do art. 473.º/1, em sede de

§ 2.º Base exemplificativa

4. A CONFUSÃO: DO “EXIMIT PERSONAM AB OBLIGATIONE” AO “EXTINGUIT OBLIGATIONEM”

I. Designa-se por *confusão*, em Direito civil, o modo de extinção das obrigações que opera mediante a reunião, no mesmo sujeito, da qualidade de credor e devedor.⁴⁷

Os códigos da primeira geração, acolheram sem reservas o instituto. Assim sucedeu, desde logo, com o Código Napoleão que estatuiu, no art. 1300, a extinção de “*les deux créances*” assim que se reunisse na mesma pessoa a qualidade de credor e devedor.

Por sua influência, também o *Codice Civile* 1865, no art. 1296, associava a *confusione di diritto* à extinção do débito e do crédito em causa.

enriquecimento sem causa (*O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, 1996, 966-967.). Também Carneiro da Frada preconiza a aplicação dos pressupostos da responsabilidade pela confiança em sistema móvel (*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2004, 586 e ss.).

⁴⁷ Para melhor enquadramento e referências, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, cit., 377-379.

A aplicação do instituto não se limita, porém, à extinção de situações jurídicas obrigacionais. Aplica-se, ainda, à extinção de direitos reais menores quando, na mesma esfera jurídica, se reúna a titularidade de outros direitos reais.

Assim o usufruto e o direito de superfície extinguem-se pela reunião na mesma pessoa de tais situações jurídicas com o direito de propriedade (arts. 1476.º/1 c) e 1536.º/1 d). Do mesmo modo, também as servidões se extinguem mediante a reunião na mesma pessoa do domínio dos prédios dominante e serviente (art. 1569.º/1 a).

A confusão, enquanto causa da extinção de obrigações ou de direitos reais, é radicalmente diversa: ocorre em universos dogmáticos estruturalmente distintos o que compromete a possibilidade de uma dogmática unitária da confusão. Neste sentido, veja-se DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 452 e FAVERO, Gianantonio, “Confusione (diritto vigente)”, em *ED VIII* (1961), 1049-1057, 1052. Entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, IV, cit., 378.

Prevalece assim a opinião de que não é possível conceber a confusão como um instituto geral do Direito civil. Ante as diversas hipóteses normativas de confusão, caberia apenas assinalar o facto de terem em comum um efeito extintivo, decorrente de uma “*generica riunione di rapporti*” (DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 452).

Nesta fragilidade da confusão, encontramos nós inegáveis potencialidades dogmáticas, como procurámos demonstrar in Pessoa coletiva e sociedades comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, 2015, 654 e ss.

O mesmo sucedia no Código Seabra, surgindo a figura regulada nos arts. 796.º e ss.

II. Curiosamente, o BGB não acolheu o instituto. Isto, sem prejuízo da confusão vir abundantemente tratada na manualística de referência.⁴⁸ O facto ficou a dever-se, segundo Heck, à especial evidência do processo extintivo em causa (ninguém pode ser devedor e credor de si mesmo), que tornava despicienda a sua consagração legal.⁴⁹

Não obstante, os códigos da segunda geração mantiveram a previsão normativa da confusão, como é o caso do *Codice Civile* 1942 (art. 1253) e o nosso Código Civil 1966 (art. 868.º), por exemplo.

III. Uma primeira orientação dogmática, tendeu a negar à confusão um efeito extintivo: a reunião na mesma pessoa da qualidade de devedor e credor tinha apenas como consequência a *impossibilidade de facto*⁵⁰ do exercício do direito de ação, mas não a extinção das situações jurídicas em causa.⁵¹

O adágio romano segundo o qual *confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem* deveria assim, como sugeria Demolombe, conhecer uma outra leitura dogmática: (...) *eximit personam ab actione*.⁵²

O crédito em causa ficaria assim como que adormecido, aguardando titulação por outro sujeito, momento no qual ocorreria uma reativação do direito, como surgia expressamente previsto no art. 453.º do Código helénico 1940.

⁴⁸ Cfr., por exemplo, ENNECERUS Ludwig y Heinrich LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, § 76 (290 e ss.); LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I (Allgemeiner Teil)*, 14.ª ed., 1987, 270 e GERNHUBER, Joachim, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2.ª ed., 1994, 416 e ss.

⁴⁹ HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929, 191. Afirmava o autor: "A obrigação extingue-se, quando os direitos e obrigações se reúnem na mesma pessoa (reunião, confusão, coincidência da posição das partes) (...) Que a obrigação deve extinguir-se por este meio é evidente (...) O BGB considerou esta causa de extinção tão evidente que dispensou um reconhecimento especial"

⁵⁰ DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni", em *DDP* III (1998), 451-457, 452.

⁵¹ Alguns autores admitiam, todavia, a extinção, ainda que com reservas e sempre como uma consequência da inoperacionalidade da ação. Neste sentido, DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni" cit., 452.

⁵² Imputando esta orientação a Demolombe, cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, V, 1932, 91.

Esta orientação foi dominante na escola da exegese,⁵³ que influenciou naturalmente o enquadramento dogmático oferecido ao instituto em Itália⁵⁴ e também em Portugal.⁵⁵

IV. No espaço germânico, alguns autores, porém, viram na confusão uma forma de extinção das obrigações estruturalmente idêntica à compensação. Neste sentido seguiu Windscheid,⁵⁶ cuja leitura no espaço italiano originou uma corrente doutrinal que, ao tratar da confusão, colocou a tónica na “*struttura del rapporto*”.

Com algumas variantes, o mote essencial passava por reconhecer na confusão o efeito económico ou “contabilístico” da compensação, permitindo uma idêntica “anulação de débitos”, mas desta sorte por referência a um crédito correlativo inscrito na mesma esfera jurídica.⁵⁷

Este novo enquadramento dogmático ficou sobretudo marcado pela aceitação tendencialmente pacífica do efeito extintivo da compensação,⁵⁸ rejeitado na dogmática anterior.

⁵³ Cfr., por exemplo, POTHIER, *Traité des obligations*, II, 1848, 353; DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, V, s/d (187 ?), 528 e ss. e LAURENT, *Principes de Droit Civil*, XVIII, 3.^a ed., 1878, 498 e ss.

⁵⁴ Cfr., por todos, RICCI, Francesco, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, VI, 3.^a ed., 1923, 399 e ss.; GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni*, VIII, 1911, 178 e ss. e STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, III, 1932, 464 e ss.

⁵⁵ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, V, cit., 86 e ss. O autor qualifica a confusão como a “*neutralização de um direito*” (86) que não opera a sua extinção, mas antes paralisa a ação a ele correspondente (91). No mesmo sentido, MOREIRA, Guilherme, *Instituições*, II, cit., § 78.^o (106 e ss.). O autor refere-se à confusão como facto extintivo do crédito e da dívida. Apressa-se, porém, a esclarecer que a extinção deve ser entendida no sentido de Demolombe: o que verdadeiramente se extingue é o direito de ação, não o crédito.

⁵⁶ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1904, § 352, 365-367. De notar que HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrechts* cit., 191, apela à ideia de *impossibilidade* como causa da extinção por confusão.

⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, em *Studi di Diritto Processuale in onore Chiovenda*, 1927, 221-341, 280 e ss. Cfr., igualmente, MARTONE, Luca, “La compensazione legale”, em *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento* (a cura di Mauro Paladino), 2010, 133-206, 204 e “La confusione”, em *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento* (a cura di Mauro Paladino), 2010, 351-382.

⁵⁸ Com referências a autores que, baseando-se na estrutura da *obligatio* como *Shuld und Haftung*, admitiam a extinção da garantia mas a subsistência da obrigação (sem possibilidade de ação), cfr. DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 453.

Quedava, porém, aberto o flanco à discussão acerca da autonomia dogmática da confusão, como causa extintiva das obrigações e, em especial, quanto à sua natureza *satisfatória* ou não do interesse do credor.⁵⁹

V. Em Portugal, aquando da elaboração do CC, prevaleceu a opinião segundo a qual seria conveniente manter uma consagração legal da confusão, não porque tal fosse essencial para reconhecer na figura uma causa de extinção de obrigações (recorde-se o caso do BGB), mas sim porque seria útil resolver algumas questões suscitadas pelo instituto.

Com este pressuposto surge o *Anteprojeto de Vaz Serra*⁶⁰ que, não obstante as modificações substanciais, está na origem dos art. 868.º e ss. CC que consagram a figura como uma causa de extinção das obrigações, para além do cumprimento.

5. A TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADES: DA TOTALE UNIVERSALSUKZESSION À IDENTITÄTSTHESE

III. Foi, contudo, no âmbito da transformação das sociedades que o princípio da identidade viria conhecer um importante desenvolvimento,⁶¹ tendo vindo a tornar-se património comum do Direito societário continental.

Verificar-se-ia, depois, um refluxo dogmático: a tese da identidade, moldada em sede de transformação, viria novamente ajudar à compreensão do problema primeiro da relação entre sociedades registadas e não registadas. A sua capacidade explicativa e heurística estender-se-ia, depois, a abordagens já não institucionais do Direito societário.⁶²

IV. Num primeiro momento, a transformação foi reconduzida à figura da *totale UniversalsukzeSSION*, hoje essencialmente conectada com a fusão, como melhor veremos.⁶³ Tal opção correspondeu a uma *dogmática*

⁵⁹ Para um enquadramento geral da discussão, DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni" cit., 454 e ss.

⁶⁰ VAZ SERRA, "Confusão", em *BMJ* 41 (1954), 17-55.

⁶¹ SCHMIDT, Karsten, "Integrationswirkung des Umwandlungsgesetze..." cit., 564 e ss.

⁶² Cfr. o nosso *Fusão, cisão e transformação de sociedades comerciais. A posição jurídica dos sócios e a delimitação do statuo viae*, 2008, 376 e ss., a propósito da incidência do princípio da identidade na compreensão dinâmica da participação social (*statuo viae*). Cfr., igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3ª ed. cit., 1135.

⁶³ Cfr. *infra*, 175/II.

de transição, dominante em finais do séc. XIX e paulatinamente abandonada durante o primeiro quartel do séc. XX.

De forma muito sumária, a transformação começou por ser enquadrada como uma operação societária composta por três atos jurídicos autónomos:⁶⁴ *dissolução* da sociedade, *liquidação* do seu património e *constituição*, com o património resultante da liquidação, de uma nova sociedade.

O elemento institucional da transformação residia essencialmente no escopo da tríplice operação, sem que no entanto existisse uma unidade normativa das operações.

Esta situação alterou-se com a *GmbHG* 1892.⁶⁵ Os §§ 80 e 81 (revogados pelo § 25 da *EGAktG* 1937), vinham dispensar, na hipótese de transformação de uma *AG* em *GmbH* (e só nesta hipótese) a liquidação da *AG* dissolvida.⁶⁶ De três, a transformação passou assim para um processo em dois atos: dissolução e constituição.

Esta simplificação do processo tinha uma iminente utilidade prática: (i) evitava a satisfação dos credores pela liquidação do passivo social, que uma transformação em três atos exigia; e (ii) abreviava a operação, já que dispensava a espera de um ano sobre a liquidação, como estatuiu o § 73.º *GmbHG*.

Excetuando, porém, os casos de transformação de uma *AG* em *GmbHG* (e não o inverso),⁶⁷ qualquer modificação da forma jurídica da sociedade estava sujeita à tríplice operação: dissolução-liquidação-constituição.

O cenário normativo desenhado pela *GmbHG* veio permitir uma primeira dogmática da transformação. A transformação encerrava, em primeiro lugar, um duplo efeito extintivo/constitutivo: deliberada a transformação, extinguia-se uma sociedade e constituía-se, no mesmo processo, uma sociedade de tipo diverso.

⁶⁴ Neste sentido, HACHENBURG, Max, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, II, 1959, 582.

⁶⁵ Já antes, porém, a *Novelle* 1884 (art. 206a) tinha permitido a transformação de uma *AG* em *KGaA*. Com referências, SCHUBERT, Werner e Peter HOMMELHOFF, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, 1985, 41. O articulado da *Novelle* encontra-se reproduzido na obra (560-607).

⁶⁶ Com referências, STAUB, Hermann, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 1903, 416-419.

⁶⁷ HACHENBURG, *Kommentar zum Gesetz*, II, cit., 582. A restrição do regime compreende-se se atendermos à responsabilidade dos tipos sociais em causa e à ausência de personificação de algumas realidades societárias.

A nova sociedade surgia, porém, como a titular do universo de situações jurídicas antes titulada pela sociedade extinta. Tal efeito foi reconduzido a um paradigma sucessório (*Paradigma des Erbfalls*), de onde a transformação, enquanto processo de dissolução-constituição, sem liquidação, deveria ser entendida como uma hipótese de *Universalsukzession*.⁶⁸

A *quidditas* da transformação residiria assim, na especialidade do regime da sucessão, o qual permitia que esta operasse sem os condicionantes do *Spezialitätsprinzip*.

Este enquadramento pressupunha, naturalmente, uma *dupla imputação* de situações jurídicas: à sociedade extinta, em primeiro lugar, e, por efeito sucessório, à nova sociedade.

V. Com efeito, nas primeiras décadas do séc. XX,⁶⁹ observa-se uma progressiva depuração dogmática que culminaria com a legislação sobre transformação da década de 30.

A evolução observada assentou na distinção entre o fenómeno de transformação (*Umwandlung*) das realidades personificadas e o fenómeno de transformação de outras formas de organização económica não personificadas.

Para as realidades personificadas, o duplo efeito extintivo/criativo –que estava na base da tese da *totale Universalsukzession*– foi abandonado e passou a entender-se que existia uma única e mesma sociedade: durante o processo de transformação e na sua finalização, existia sempre uma mesma realidade ôntica.

Daqui resultou a delimitação de um sentido técnico-jurídico de transformação baseado na manutenção da identidade da pessoa jurídica,⁷⁰ por oposição a outras modificações ocorridas entre realidades jurídico-económicas não personificadas.

⁶⁸ SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed. cit., 355.

⁶⁹ Discutindo o tema, SCHREIBER, Otto, *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 1925, *passim*; MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht* cit., 260 (a propósito da fusão, o autor invoca uma ideia de identidade, embora não com o alcance que viria a ter posteriormente) e VON GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 8.^a ed. cit., 281 e ss., com reservas quanto à tese da identidade. De notar que a primeira edição da obra é de 1921, procedendo a edição ora citada a uma súmula da evolução doutrinal da década de 30 e 40.

⁷⁰ BAUMBACH, Adolf e Alfred HUECK, *Aktiengesetz*, 8.^a ed., 1954, 568.

Quanto a estas últimas, não seria possível falar de transformação em sentido próprio mas antes em transferência de ativos (*Vermögensübertragung*). A transferência de ativos poderia, ainda assim, ser qualificada como *Umwandlung*, mas apenas num sentido amplo, ou impróprio.

A transformação em sentido próprio (*Formwechsel*) passou assim a ser enquadrada sob a égide da *Identitätsthese*. A *Universalsukzession* restringiu o seu âmbito explicativo-dogmático aos demais casos de *Umwandlung*.⁷¹

VI. A evolução apontada encontrou respaldo na lei.⁷² A *Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, de 1934, veio regular a hipótese de *Umwandlung* das sociedades personificadas (*AG*, *KGaA* e *GmbH*) em sociedades não personificadas (*OHG* ou *KG*). A operação é descrita no § 1 (I), como uma transmissão de ativos sem liquidação,⁷³ enquadrável dogmaticamente sob o paradigma sucessório.

Em 1937, a *AktG* viria regular com especial cuidado as hipóteses de transformação de sociedades personificadas (§§ 257.º a 287.º):⁷⁴ (i) a transformação de sociedades anónimas em sociedades em comandita por ações (§§ 257 a 259) e de comandita por ações em sociedades anónimas (§§ 260 a 262); (ii) a transformação de sociedades anónimas em sociedades por quotas (§§ 263 a 268) e de por quotas em anónimas (§§ 278 e 279); e, por fim, (iii) a transformação de sociedades em comandita por ações em sociedades por quotas (§§ 280 a 282) e por quotas em comandita por ações (§§ 283-286). No § 287, a *AktG* regulava ainda a transformação de uma *bergrechtliche Gewerkschaft* em sociedade em comandita por ações.

⁷¹ Neste sentido, BAUMBACH, Adolf e Alfred HUECK, *Aktiengesetz*, 8.^a ed. cit., 568. Sublinhando a presença de um entendimento dualista do instituto da transformação no antigo *Umwandlungsrecht*, PRIESTER, Hans-Joachim, "Gündungsrecht contra Identitätsprinzip. Kapitalausstattung beim Formwechsel", em *FS Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, I, 1998, 449-468, 451.

⁷² Para um enquadramento geral das reformas em curso na década de 30, KLAUSING, Friedrich, *Reform des Aktienrechts*, 1933.

⁷³ "Uma sociedade anónima, uma sociedade em comandita por ações e uma sociedade por quotas pode, de acordo com as disposições seguintes, ser transformada numa sociedade em nome coletivo ou numa sociedade em comandita simples, de tal modo que o seu património seja transferido, sem liquidação, para um único acionista".

⁷⁴ KLAUSING, Friedrich, *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und "Amtlicher Begründung"*, 1937, 223 e ss.

A dogmática subjacente à *AktG* é claramente favorável à tese da identidade. Ao tratar dos efeitos do registo, em sede de transformação, o legislador utilizou repetidamente a expressão “*von der Eintragung der Umwandlung an besteht die Gesellschaft als (...) weiter*” (§§ 259, 262, 265, 274, 281 e 285).⁷⁵ A locução *weiter bestehen als* –continua a existir como– indicia a substituição do duplo efeito extintivo/criativo, próprio da *GmbHG* e da *Universalsukzession*, por uma noção de continuidade ou identidade de centros de imputação.

VII. Do período evolutivo seguinte⁷⁶ –convencionalmente fixado entre a *AktG* 1937 e 1988, aquando da discussão do *E-Umwandlungsrecht*– cumpre reter as seguintes notas: (i) resistência dogmática à tese da identidade; (ii) manutenção do conteúdo normativo essencial das fontes; e (iii) manutenção da *summa divisio* entre *Umwandlung* de realidades personificadas e não personificadas.

Com efeito, não obstante a evolução apontada, o princípio da identidade conheceu resistência de parte de alguma doutrina. A forma de pensamento identitária corre sempre o risco de conduzir a um elevado grau de substantivação, pressupondo a existência de uma mesma *res ontológica*, não obstante o distinto regime jurídico aplicável.

Ora, se a forma societária correspondia, justamente, a um concreto regime normativo, como era possível falar em identidade perante a transformação que, por antonomásia, expressa diferença?

Esta questão da compatibilidade lógico-dogmática entre a continuidade dos sujeitos, (*Kontinuität des Rechtsträgers*) e, ao mesmo tempo, a descontinuidade da sua estrutura jurídica (*Diskontinuität seiner Verfassung*),⁷⁷ foi diversas vezes levantada pelos autores.⁷⁸

⁷⁵ Por exemplo, § 259: “A partir do registo da transformação, a sociedade continua a existir como sociedade em comandita por ações...”

⁷⁶ Sob outra perspetiva problemática, mas reportando-se a este período, cfr. SCHMIDT, Karsten, “Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip”, em *ZHR* 145 (1981), 2-28. O autor centra a sua análise sobretudo nos §§ 25 e 28, *HGB*, mas a argumentação está próxima da temática ora abordada e há referências para os diplomas legais deste arco temporal.

⁷⁷ SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts”, em *5 AcP* 191 (1991), 495-525, 506.

⁷⁸ Sobre esta problemática, cfr., por exemplo, SCHNORR VON CAROLSFELD, Ludwig, *Geschichte der juristischen Person*, I (Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen

Por outro lado, enquanto esta discussão conduzia ao apuramento dogmático da própria tese, as fontes não sofriam alteração substancial. A *AktG* 1965, nos seus §§ 362.º e ss., manteve praticamente inalterada a sistemática e o conteúdo normativo dos §§ 257 e ss. da *AktG* 1937: a locução *weiter bestehen als* é repetidamente utilizada.

A acrescer a este facto, a *summa diviso* entre *Umwandlung* de realidades personificadas e não personificadas manteve-se na construção do sistema. Os §§ 40 e ss. da *UmwG* 1969 tratavam a transformação de sociedades de pessoas em sociedades de capitais como uma reestruturação patrimonial, reconduzível à *Universalsukzession*, não cabendo aqui a ponderação do princípio da identidade.⁷⁹

A reforma da *UmwG*, que conduziu à aprovação do diploma de 1994, impôs, porém, uma clarificação dogmática.

A questão principal foi logo colocada na exposição de motivos do diploma, em 1988: “*quais as propriedades e elementos estruturais que uma empresa deve apresentar antes e após a transformação para que de identidade se possa falar, não obstante as modificações verificadas*”,⁸⁰ era o que se questionava.

A resposta apontava para um critério material de natureza económica: bastava que durante o processo de transformação, e através dele, fossem servidos os mesmos interesses de natureza económica.⁸¹ Numa síntese de Decher, “*a nota essencial da identidade é a continuidade económica do sujeito de direito, antes e após a transformação*”.⁸²

As dificuldades conceptuais eram assim superadas em nome, também, de uma simplificação dogmática:⁸³ a rejeição da identidade tornava-se uma obstinação doutrinal (*eigensinniger Doktrinarismus*) de matriz

Recht), 1933, 123 e ss., a propósito da *universitas*, e *passim*; PRIESTER, Hans-Joachim, “Gründungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 450 e ss. e ZÖLLNER, Wolfgang, “Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?”, em *FS Joachim Gernhuber 70. Geburtstag*, 1993, 563-578.

⁷⁹ SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., cit., 355.

⁸⁰ *Apud* SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession...” cit., 507.

⁸¹ *Apud* SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession...” cit., 507.

⁸² DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed., 2009, § 190, 1.

⁸³ Neste sentido, PRIESTER, Hans-Joachim, “Gründungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 452. À reforma do instituto, deveriam presidir a percepção económica da realidade (*Anschauung des Wirtschaftslebens*) em detrimento da construção jurídica. Veja-se ainda RAISER, Thomas, “Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts”, em *AcP* 194 (1994), 495-512, 499.

puramente conceptual que oferecia em alternativa um complexo processo de sucessão, em nada clarificador da natureza do instituto.⁸⁴ A mesma razão havia sido também invocada quanto à relação entre as sociedades registradas e não registradas.

O § 202.º (1) 1 da *UmwG* 1994 acabaria por consagrar com maior clareza o princípio da identidade, estatuidando que o sujeito de direito transformado permanece o mesmo, em outra forma jurídica.⁸⁵

O princípio da identidade passava assim, definitivamente, a ser entendido sob o binómio *Identität des Rechtsträgers vs. Diskontinuität der Rechtsordnung*.⁸⁶

VIII. O *Identitätsthese* pertence atualmente ao património comum da dogmática societária. Mantêm-se, todavia, correntes de resistências. Acusa-se a *Identitätsthese* de consubstanciar, no fundo, uma mera *ficção jurídica*, destinada a manter uma continuidade patrimonial entre realidades que não podem deixar de ser distintas.⁸⁷ Não estaríamos, portanto, diante

⁸⁴ SCHMIDT, Karsten, "Universalsukzession..." cit., 507.

⁸⁵ É este, aliás, o mote inicial lançado logo no § 190 (1) "Um sujeito de direito pode, mediante a transformação (Formwechsel), adquirir outra forma jurídica". Neste sentido, DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed. cit., § 190, 1 e ss.

⁸⁶ Por todos, DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed. cit., § 202, 7 e ss.; GANSKE, Joachim, *Umwandlungsrecht*, 2.ª ed., 1995, 226-228 e SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed. cit., 368 e ss.

⁸⁷ A acusação de uma natureza ficcional surge associada, em primeiro lugar, à aplicação da *Identitätsthese* a realidades não personificadas, à transformação de *Personengesellschaften* em *Kapitalgesellschaften*. Neste sentido, HENNRICH, Joachim, "Zum Formwechsel und zur Spaltung nach dem neuen Umwandlungsgesetz", em *ZIP* 10 (1995), 794-801, 798-797; ZÖLLNER, Wolfgang, "Bemerkungen zu allgemeinen Fragen des Referentenentwurfs eines Umwandlungsgesetzes", em *ZGR* 22 (1993) 3, 334-342, 336; MEISTER, Burkhardt W. e Ingo KLÖCKER, *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Kallmeyer), 2010, § 190, 7 e PRIESTER, Hans-Joachim, "Gündungsrecht contra Identitätsprinzip..." cit., 453-454. Este último autor refere-se mesmo à presença de uma "bloÙe Fiktion" (454), não sendo possível ignorar uma leitura savignyana da expressão. Porém, o carácter ficcional da identidade é igualmente afirmado em relação à transformação de sociedades personificadas (como por exemplo de uma *GmbH* em *AG*). Assim sucede em Timm, para quem, mesmo nestes casos, a manutenção da identidade é também ela uma pura técnica jurídica que permite a continuidade de relações jurídicas obrigacionais (TIMM, Wolfram, "Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung", em *NJW* 48 (1995) 49, 3209-3218, 3212). Em Hans-Joachim Priester encontramos ainda identificada uma contradição entre a identidade postulada no § 202 e o disposto no § 197 (in "Gündungsrecht contra

de uma verdadeira identidade, mas apenas de uma identidade funcional (*funktionale Identität*)⁸⁸ ou, numa expressão de Zöllner, diante de uma fórmula sintética para designar uma transmissão automática de património (*Kurzformel für die automatische Überleitung des Vermögens*).⁸⁹ É a reação, quase epidérmica, a uma ponderação económica da identidade que assim a pretende reconduzir, do ponto de vista dogmático, a uma variação significativa ou linguística do mesmo quadro explicativo facultado pela *Universalsukzession*.

Não se afigura justificada, porém, a crítica. Pelo contrário: a formulação de Karsten Schmidt é tão exata quanto esclarecedora:

*“Os sujeitos jussocietários são construções jurídicas (Rechtsgebilde) e quando o Direito reconhece a manutenção da sua identidade na transformação, não procede a uma ficção irrelevante, mas antes à representação adequada do problema da continuidade e das suas soluções jurídicas. A Identitätsthese não é, naturalmente, um dado prévio ao regime jurídico a partir do qual tudo o resto decorre como consequência lógica. Porém admitir a identidade dos sujeitos antes e após a transformação significa garantir uma absoluta continuidade de imputação, apesar da descontinuidade da sua estrutura organizativa e associativa”.*⁹⁰

A afirmação identidade não surge portanto como uma “temeridade teórico-sistemática” (*theoretisch-systematische Tollkühnheit*);⁹¹ antes a sua negação, como uma obstinação doutrinal, com prejuízo para o desenvolvimento juscientífico.

6. O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE: DA LIMITAÇÃO À PLENA CAPACIDADE DAS PESSOAS COLETIVAS

I. A consagração do princípio da especialidade no CC, enquanto limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas em razão da

Identitätsprinzip...” cit., 450), embora em causa esteja um problema mais de ordem prática do que de construção dogmática.

⁸⁸ PRIESTER, Hans-Joachim, “Gündungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 454 e TIMM, Wolfram, “Die Rechtsfähigkeit...” cit., 3212.

⁸⁹ ZÖLLNER, “Grundsatzüberlegungen zur umfassenden Umstrukturierbarkeit der Gesellschaftsformen nach dem Umwandlungsgesetz”, em *FS Carsten Peter Claussen 70. Geburtstag*, 1997, 423-444, 430.

⁹⁰ Cfr. *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed. cit., 354.

⁹¹ ZÖLLNER, “Grundsatzüberlegungen...” cit., 424.

instrumentalidade da sua própria criação, não foi linear.⁹² Guilherme Moreira formulou o princípio à luz do articulado do Código Seabra, muito associado à secular tradição das corporações de mão morta e à influência do art. 910.º do Código Napoleão.

Durante a primeira metade do séc. XX, o princípio foi conhecendo aberta resistência por diversos sectores da doutrina,⁹³ e acolhimento em outros autores que acabariam por fazer escola, como Manuel de Andrade.⁹⁴

Ainda assim, mesmo entre os sufragantes do princípio da especialidade, observou-se uma progressiva mitigação do efeito limitativo da capacidade a ele associado, de tal sorte que se tornou possível sustentar, sob a sua égide, a mais ampla capacidade das pessoas coletivas, tratando como disciplina excecional os casos duvidosos, em particular referentes à propriedade imobiliária.

II. Na formação do Código Civil 1966, esta evolução dogmática conheceu corpo no *Anteprojeto* de Ferrer Correia,⁹⁵ que rejeitava o princípio da especialidade.

A *Segunda Revisão Ministerial*, porém, e contrariando a evolução apontada, veio reintroduzir o princípio no art. 160.º/1 do Código, por razões que não é possível documentar completamente.⁹⁶

III. A sorte do princípio da especialidade depende absolutamente da possibilidade de identificação de um *conceito operacional* de *fim* para a pessoa coletiva, em razão do qual se possa aferir a sua capacidade jurídica.

Os repetidos insucessos de uma operacionalidade conceptual têm levado uma parte significativa da doutrina a sufragar a *superação do princípio da especialidade* e a afirmação da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas. Esta orientação segue suportada, ao menos em parte, por uma consistente evolução na jurisprudência.

⁹² Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 514 e ss.

⁹³ Em especial José Tavares e Cunha Gonçalves. Cfr. *supra*, 154 e 155.

⁹⁴ COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 510 e ss.

⁹⁵ *BMJ* 67 (1957), 247-281.

⁹⁶ COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 518-520.

As *vias de superação* são, contudo, distintas, pese embora o facto de partilharem muitos lugares argumentativos. Podemos distinguir, todavia, uma (i) superação por via *pragmática*, de uma (ii) superação por via *dogmática*.

Na primeira hipótese, em causa está a manutenção do enquadramento dogmático tradicional do princípio da especialidade, enquanto delimitação positiva da capacidade das pessoas coletivas, mas acompanhada de um esvaziamento do seu alcance limitativo.

Na segunda hipótese, há uma modificação do enquadramento juscientífico da discussão. As soluções práticas coincidem em larga medida; o suporte científico é que é, naturalmente, distinto.⁹⁷

IV. Para o que ora nos ocupa, interessa-nos sobretudo o que designámos por *formulação positiva do princípio da especialidade*.⁹⁸ Em causa está uma substancial modificação interpretativa do sentido limitativo da especialidade, passando a entender-se o princípio no sentido *confirmatório* da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas.

A sua primeira formulação pode ser encontrada em Pedro de Albuquerque:

“...nem o n.º 1 do artigo 160.º, nem o n.º 1 do artigo 6.º CSC, consagram qualquer regra a partir da qual se poderia definir uma incapacidade de gozo dos entes coletivos –afirma o autor–: eles limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das coletividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas às obrigações à prossecução dos respetivos fins...”⁹⁹

V. A *formulação positiva* do princípio da especialidade –à qual aderimos¹⁰⁰ é um dado dogmático que importa reter.

Numa primeira apreciação, a formulação positiva parece de rejeitar. Há uma rutura com a *carreira histórica* do princípio,¹⁰¹ sempre limitativa da capacidade, o que indicia uma construção dogmática estranha à dimensão histórico-cultural do instituto.

⁹⁷ Com maiores desenvolvimentos, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 726 e ss.

⁹⁸ *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 759 e ss.

⁹⁹ DE ALBUQUERQUE, Pedro, “Da prestação de garantias...” cit., 69 e ss., 104.

¹⁰⁰ *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 759.

¹⁰¹ Utilizando a expressão de ESPÍRITO SANTO, João, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 156.

Porém, numa ponderação mais cuidada, a formulação positiva da especialidade acaba por consubstanciar a recuperação de uma orientação dogmática consolidada durante a primeira metade do séc. XX e que apenas a *Segunda Revisão Ministerial* do CC, inusitadamente, viria a afastar.

Recorde-se a proposta de Ferrer Correia (redação da *Primeira Revisão Ministerial*):

“A capacidade das pessoas coletivas estende-se a todos os direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular”.¹⁰²

VI. Uma *formulação positiva* do princípio da especialidade não importa, portanto, uma rutura história mas antes, em bom rigor, um reencontro da dogmática com o fio condutor da sua evolução interna.

No respeito pela hermenêutica do Direito positivo –e através das limitações (práticas e doutrinárias) por ele introduzidas– chega-se a uma concretização normativa semelhante à possibilitada pelo articulado proposto no *Anteprojecto de Ferrer Correia*.

Os “*direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins*” são afinal todos aqueles que “*segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular*”.

A referência à “*prossecução dos seus fins*” não visa portanto limitar a capacidade das pessoas coletivas mas antes *confirmar* a sua capacidade plena para titular os direitos e contrair as obrigações que se houver por bem, em ordem à realização do fim a que se propõem.

§ 3.º ESTRUCTURA E FUNÇÃO SISTEMÁTICA DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

7. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

I. Porque razão damos estes três exemplos como hipóteses de verificação empírica de dogmáticas de transição? Mais concretamente: porque razão a *tese da extinção da ação* (não da obrigação, no caso da confusão); a *tese da totale Universalsukzession* (no caso da transformação)

¹⁰² Portugal, *Código Civil. Livro I. Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, 1961, art. 122.º.

e a *formulação positiva do princípio da especialidade* (no caso da capacidade das pessoas coletivas) são *dogmáticas de transição*?

Começemos por assinalar os traços comuns na evolução sumariamente descrita dos institutos em causa.

II. Em primeiro lugar, observa-se a *manutenção da identidade do instituto*.

O enquadramento dogmático, diríamos, de *partida*, de *transição* e de *chegada* é distinto –radicalmente distinto–, todavia o instituto mantém a sua entidade jurídica, nalguns casos sem alterações de sistema externo.

- (i) É o que se observa na *confusão*. O instituto é sempre o mesmo, quando se começou por entender que a reunião na mesma esfera jurídica da posição de credor e devedor não extinguiu o direito de crédito mas sim a correspondente ação (*eximit personam ab obligatione* ou –na formulação de Demolombe– *ab actione*); e quando se passou a entender que o direito de crédito se extinguiu, de facto, sem que tivesse havido lugar ao cumprimento (*extinguit obligationem*).

Nem a aproximação à compensação pôs em causa a autonomia do instituto.

- (ii) O mesmo se observa em sede de *transformação*. A operação societária é sempre a mesma: quer quando configurada como uma dissolução sem liquidação, seguida de uma sucessão universal a favor da sociedade transformada; quer quando configurada como uma alteração de estrutura societária com manutenção da identidade jurídica e económica da sociedade, antes e após a operação.
- (iii) Do mesmo modo, a *formulação positiva do princípio da especialidade* possibilita a manutenção do princípio e não exige «sublimação» ou «obliteração» das fontes normativas para chegar a um resultado aplicativo diverso da dogmática anterior (ou *de partida*).

Esta é uma diferença assinalável face a outras vias de superação dogmática.¹⁰³

III. Em segundo lugar, em qualquer dos casos observa-se (ainda que só à luz do tempo) uma *tensão entre a realidade jurídico-formal e a materialidade*

¹⁰³ Com desenvolvimento, COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 726 e 744 e ss.

subjacente. A ciência jurídica rejeita abandonar os quadros dogmáticos de origem mas a sua própria enunciação é incapaz de calar o desajustamento face à realidade do comércio.

- (i) Tal fica patente no instituto da *confusão*. A ciência jurídica rejeitava o efeito extintivo do direito de crédito por vênua a uma compreensão da extinção das obrigações associada fundamentalmente à satisfação do interesse do credor mediante o cumprimento.

Todavia, era patente que a manutenção dogmática da existência de uma situação jurídica associada à supressão da possibilidade do seu exercício configura uma construção formal desfasada da própria materialidade jurídica em causa.

- (ii) O mesmo corre, de forma ainda mais expressiva, na hipótese da *transformação*: entender que era duas realidades onticamente distintas a sociedade transformanda e a sociedade transformada,¹⁰⁴ resultava absolutamente incompreensível face à realidade económica da própria sociedade.

Por tal razão, a incompatibilidade lógico-jurídica entre a continuidade dos sujeitos a descontinuidade da sua estrutura jurídica, cedeu passo à prevalência do princípio da identidade, como tradução dogmática da realidade sócio-económica.

- (iii) O mesmo se diga quanto à *formulação positiva do princípio da especialidade*: em causa está a superação dogmática da limitação da capacidade das pessoas coletivas, já obtida por *via pragmática*¹⁰⁵ (em particular na evolução jurisprudencial).

IV. Por fim, em todas as dogmáticas de transição assinaladas existe um *prenúncio negativo da dogmática "de chegada"*. A dogmática de transição contém, na sua formulação ou na discussão dos seus termos, uma negação ou uma reação a elementos da nova síntese dogmática que, rejeitados num primeiro momento, logram depois acolhimento.

- (i) O adágio *confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem* é disso exemplo claro. A construção segundo a qual

¹⁰⁴ A este propósito, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 700 e ss. sobre a dita transformação extintiva.

¹⁰⁵ COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 729 e ss.

a confusão extingue a ação é ela própria uma negação do paradigma dogmático seguinte: *confusio extinguit obligationem*.

- (ii) Do mesmo modo, a tese da *totale Universalsukzession*, construída sob o *Paradigma des Erbfalls*, procura defender-se e negar uma possível *identidade jurídica* da sociedade antes e após a transformação, o que viria a ser justamente o paradigma dogmático posterior.
- (iii) Sob a *formulação positiva do princípio da especialidade* esconde-se, como dissemos noutra lugar,¹⁰⁶ o anúncio da superação pura do princípio, em relação à qual esta reage, procurando evitar o seu abandono e, ao mesmo tempo, acompanhar a evolução que documenta a sua superação pragmática.

8. DIMENSÃO FUNCIONAL DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

I. O fica dito permite-nos uma aproximação à definição de dogmáticas de transição. Tendo por base o que entendemos ser a *dogmática*, em causa estão construções explicativo-constitutivas do Direito que fazem a ponte entre dois paradigmas dogmáticos referentes ao mesmo instituto ou figura normativa.

São temporalmente limitadas: sobrevivem na ciência do Direito o tempo necessário ao desempenho da sua função na evolução interna dos sistemas.

II. E pergunta-se agora: *que função é essa, a da dogmática de transição, no seio do sistema jurídico?*

Se bem vemos, em causa estão três funções distintas.

Em primeiro lugar, as dogmáticas de transição possibilitam um convívio pacífico com as fontes vigentes, o que é especialmente apreciado pela jurisprudência, tradicionalmente menos recetiva a soluções de casos concretos que exijam um esforço de construção distanciado das fontes.

Neste sentido, diríamos que as dogmáticas de transição desempenham um papel fundamental nas relações entre *sistema interno* e *sistema externo*,¹⁰⁷ permitindo que o desenvolvimento do primeiro não seja paralisado

¹⁰⁶ *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 760.

¹⁰⁷ BYDLINSKI, FRANZ, "Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht", em *FS Claus-Wilhelm Canaris 70. Geburtstag*, II, 2007, 1017-1040.

pelo segundo e, do mesmo modo, preparando o terreno para as necessárias alterações das fontes que, a ocorrerem, surgem como uma evolução natural do sistema.

III. Em segundo lugar, as dogmáticas de transição permitem burilar algumas questões práticas e metodológicas que sempre gravitam em torno das construções anteriores.

A *formulação positiva do princípio da especialidade* é disso exemplo. Com efeito, o alcance mitigador do princípio está associado a uma argumentação *a contrario sensu* do art. 160.º/1: se as pessoas coletivas são capazes dos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, deve entender-se *a contrario* que lhes está vedada a imputabilidade de quaisquer outras situações jurídicas.¹⁰⁸ A incapacidade surge assim como a regra geral, sendo preciso demonstrar a *necessidade* ou *conveniência* dos direitos e obrigações em causa para se concluir no sentido positivo da capacidade.

Ora, a formulação positiva do princípio impede o recurso a tal argumento, uma vez que preconiza o entendimento de que a regra geral é, já não a incapacidade, mas a plena capacidade de gozo das pessoas coletivas. Não há assim lugar a qualquer formulação deontica que permita a utilização do argumento *a contrario*.

IV. Por fim, as dogmáticas de transição permitem uma transição gradual para os novos paradigmas que, de outra sorte, poderiam não resistir aos anticorpos presentes nas construções pretéritas.

Esta função é a que diverge mais de ordenamento para ordenamento, pois depende em larga medida de fatores culturais e significativo-ideológicos, e da concreta «*musculatura*» científica dos atores do palco jurídico.

A dimensão funcional está associada ao *prelúdio negativo da dogmática «de chegada»* que assinalámos. Com efeito, a negação antecipada de elementos dogmáticos do novo paradigma permite a sua assimilação progressiva, sem cortes ou rupturas no sistema.

¹⁰⁸ Sobre a utilização do argumento *a contrario* no quadro da especialidade, com referências, veja-se ESPÍRITO SANTO, João, *Sociedades por Quotas e Anónimas* cit., 157 e ss.

§ 4.º DESAFIOS AO ENSINO DO DIREITO: DUAS LINHAS DE REFLEXÃO

9. O “*JURISTENSRECHT*”: FOI MESMO SUPERADO?

I. Detenhamo-nos, agora, na ponderação dos desafios que as dogmáticas de transição trazem ao ensino do Direito. Procuraremos, aqui, traçar apenas duas linhas de reflexão que permitam lançar um debate posterior.

O primeiro desafio pode ser formulado através desta interrogação: *foi mesmo superado o tempo do Juristenrecht?*

II. Com efeito, é entendimento comum largamente difundido que o movimento da codificação pôs fim ao *Juristenrecht* –consolidado na longa tradição do *jus civile*, iniciada com jurisprudência romana¹⁰⁹ e prolongada com os glosadores e comentadores–,¹¹⁰ dando lugar a uma sucessão de escolas (jurisprudência dos conceitos, dos interesses, etc.) já distantes do paradigma cultural e científico da pré-codificação.

O *Direito dos juristas* era agora substituído por um Direito de matriz científica, racional e sistemático, que o *código* –mais simbólica que realmente– corporalizava.

III. Se em tudo isto há verdade, convém não esquecer que esta concepção é filha do seu século e, como tal, tributária do *individualismo liberal* oitocentista e da acelerada modificação geo-política da Europa Continental que transformou o projeto codificador num marco determinante das desejadas reformas políticas e sociais,¹¹¹ nas então designadas nações civilizadas.

¹⁰⁹ Com interesse, cfr. WALDSTEIN, Wolfgang, “Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom”, em *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, 1980, 105-126.

¹¹⁰ Sobre o progressivo abandono do *Juristenrecht* e o sucesso do movimento da codificação cfr., com extensa bibliografia, REIS MARQUES, Mario, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, 2003, 483 e ss.

¹¹¹ Esta realidade era especialmente sentida na Alemanha, onde a codificação era vista como uma arma da unificação política. A codificação era entendida por Thibaut, por exemplo, como um instrumento de unidade nacional. Afirmava o autor, na sua obra *Weber die Rothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland*, de 1814, cuja tradução de José Díaz García utilizamos, “...eu sou da opinião, ao contrário, que o nosso direito civil (o qual entendo, aqui, como direito privado, penal e processual) necessita de uma rápida transformação e que os alemães não poderão ser felizes nas suas relações civis enquanto todos os governos alemães não tratarem de colocar em vigor, unindo as sua forças,

IV. As dogmáticas de transição apenas são identificadas pela ciência do Direito. Não são fruto das fontes positivas. Mesmo quando consagradas nas fontes, elas não perdem a sua natureza transitória, nem deixam de manifestar a sua funcionalidade própria, já assinalada.

O juízo sobre a transitoriedade das dogmáticas –mesmo, repita-se, quando respaldadas em fonte legal– é sempre o juízo de um jurista.

V. Esse juízo transcende as fontes, liberta-se delas, porque vive da tradição jurídico-cultural secular e sabe que o Direito –a dogmática jurídica– é uma realidade dinâmica, transtemporal, que transcende em muito o circunstancialismo histórico das fontes positivas com que em cada momento se lida.

A tensão entre *auctoritas* e *potestas*¹¹² renasce. O jurista descobre-se –na sua formação universitária– como o verdadeiro autor do Direito.

VI. Talvez seja a altura de voltar a recordar aos estudantes que a verdadeira invenção de Roma não foi o *jus romanum* mas o *jurisprudens* e que talvez o maior legado de Savigny à ciência jurídica tenha sido, justamente, a redescoberta ou a reinvenção do papel e da função social do jurista.

10. MAIS QUE INFORMAÇÃO, UMA “FORMA MENTIS”

I. A redescoberta da função do jurista –tão necessária à formação acadêmica do séc. XXI– obriga, também, a repensar a relação entre a *informação* e *formação* no ensino do Direito.

A pós-modernidade vive marcada pelo *immediatismo* e pelo *utilitarismo cultural*: tudo se mede e valora em função do resultado prático imediato. O ensino do Direito não é exceção. Reclama-se, da formação jurídica, a capacidade de dotar os alunos do máximo de ferramentas possíveis que lhe permitam desempenhar o seu papel social: resolver casos concretos.

Neste contexto, não poucas vezes o *prático* (*maxime* o advogado), torna-se o modelo de jurista a copiar e a formar. Numa expressão de Carlos

um código promulgado para toda a Alemanha, subtraído ao arbítrio dos governos singulares”. STERN, Jacques, *Thibaut y Savigny. La codificación* (trad. de José Díaz García), 1970, 11.

¹¹² Cfr. o nosso “Da *auctoritas* como elemento constitutivo da juridicidade: a gênese do jurídico”, em *RFDUL* XLIII (2002) 1, 585-610.

Alberto Lista, o ensino adopta o perfil de “*un técnico, fuertemente orientado hacia el ejercicio de la racionalidade formal-instrumental*”.¹¹³

Isto é: alguém dotado de muita informação, com a capacidade da utilizar do modo mais expedito possível.

II. A existências de dogmáticas de transição faz perigar esta concepção do ensino do Direito. O jurista com toda a informação possível, atualizada e bem documentada não consegue identificar a presença de uma dogmática de transição.

Pelo contrário: desenvolverá naturais resistências à mudança e será ele próprio um ator da reação enérgica à alteração de paradigma, encarando as dificuldades práticas da transição.

Compreende-se que assim seja. Apenas o desenvolvimento de uma verdadeira *forma mentis* jurídica é capaz de lidar com a alteração radical, e por vezes rápida, da informação recebida.

III. Formar uma tal *forma mentis* exige, contudo, que o ensino esteja mais preocupado em desenvolver as habilidades do aluno, do que em dotá-lo de informação. É necessário que o aluno seja capaz de apreender a dimensão problemática que subjaz a cada instituto e logre equacioná-lo sob a égide da justiça, independentemente do *sistema externo* em que se mova.

Mas tal desiderato, exige, porém, a resistência ao imediatismo utilitarista a que aludíamos. Exige que se reconheça o valor da aprendizagem de sólidas bases culturais, humanistas, etc., que aparentemente nada têm que ver com o tal “*ejercicio de la racionalidade formal-instrumental*”.

III. Pergunte-se: *o que é necessário para que um aluno identifica a presença de uma dogmática de transição?* A resposta mostrará o mapa do desafio que temos pela frente.

Em primeiro lugar, é preciso ter desenvolvido uma *jurisprudência problemática* que o ajude a identificar o *quaestio juris* que se esconde em cada instituto. Não é o problema do artigo “*x*” ou da sentença “*y*” ou do contrato “*z*”; mas sim aquela facticidade típica que reclama –nos seus termos essenciais– uma resposta *ratione justitiae*.

¹¹³ LISTA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas”, en *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, 2006, 237-271, 255.

E como as razões da justiça estão a montante dos dados positivos do sistema, a *informação* não basta para aceder à dimensão problemática do Direito.

IV. A identificação do real problema permiti-lo-á olhar para o Direito como *experiência de juridicidade*, independentemente do concreto sistema de validade vigente.

Com esse (novo) olhar, a História ganha vida: em causa não está (apenas) a memória de sistemas de validade passados, mas sim a vida de uma mesma *experiência de juridicidade* que, em cada momento concreto, conhece uma formulação dogmática diversa.

O artigo “x”, a sentença “y” ou o contrato “z” ganham agora novas tonalidades: eles são *apenas* a solução historicamente condicionada de uma mesma e perene *quaestio juris*, que vive na cultura dogmática.

Não foram, não são e não têm porque ser a única solução.

V. Esta nova perspectiva permite uma relativização dos dados coevos do sistema jurídico. Afinal, eles são apenas “*lo que es tenido por jurídicamente ‘pensable’*” neste momento histórico.¹¹⁴ O olhar do jurista alarga-se e torna-se capaz de intuir aquilo que “*es hoy considerado jurídicamente ‘impensable’*”,¹¹⁵ isto é: capaz de intuir o novo paradigma dogmático.

Mais: porque na sua estrutura mental, mais do que informação, está a formulação da *quaestio juris*, o aluno é capaz de identificar as limitações da dogmática em que vive, descobrindo nela os elementos de transição.

Fecha de recepción: 8-1-2016.

Fecha de aceptación: 30-6-2016.

¹¹⁴ LISTA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina...” cit., 263.

¹¹⁵ LISA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina...” cit., 263.