

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

Actualidade

BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Discurso de Abertura do Ano Judicial

PEDRO PINHEIRO TORRES

Reflexões de um Membro da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil e do Regime Jurídico do Processo de Inventário, feitas na primeira pessoa e para memória futura

Efeméride

Os 100 anos da Organização Internacional do Trabalho

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES

Uma organização diferente das outras

Doutrina

BLANDINA SOARES

Processo de justificação no registo predial

CLOTILDE CELORICO PALMA

A tributação das transacções de ouro em IVA — poderão os artefactos em ouro ser sucata?

GIL VALENTE MAIA

O Regime Europeu de Auxílios de Estado: algumas reflexões

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Ónus do recorrente que impugne a decisão de facto. Controlo pelo STJ do uso de presunções judiciais

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

A proscição do conflito de interesses no direito civil: considerações acerca do artigo 261.º CC

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

O Reg. 655/2014 sobre o procedimento de decisão europeia de arresto de contas: uma apresentação geral

NUNO MIGUEL MARQUES

“Casa Tomada”? Da competência jurisdicional sobre litígios relativos a acidentes rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias

TIAGO AMORIM

Sobre a interpretação do contrato administrativo

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 126/2016-CS/R. Averiguação de idoneidade e reabilitação.
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 29/2018-G. Admissibilidade, face à legislação em vigor, de restringir a presença dos Advogados dos progenitores durante a audição das crianças e se essa restrição poderá, ou não, ser considerada um impedimento à participação em atos processuais.

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer de 29 de janeiro de 2019, sobre a Proposta de Lei que aprova o regime jurídico do acesso ao direito e aos tribunais.
- Parecer de 15 de março de 2019, sobre a Petição n.º 530/XIII/3.a., que requereu a alteração legislativa com vista a estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com pais separados.

Vida Interna

- Consulta Pública — Projecto de Regulamento de “Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo” — Aviso n.º 6781/2019, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 74, de 15 de abril.

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 79
2 0 1 9



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados
Guilherme Figueiredo

Director
Rui Pinto Duarte

Sub-Director
Rui Patrício

Conselho Consultivo
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Germano Marques da Silva
/ José Osvaldo Gomes / José Sérvulo Correia / Miguel Teixeira de Sousa / Rui
Chancerelle de Machete

Conselho de Redacção
Alexandra Vilela / Alexandre Mota Pinto / Alexandre Soveral Martins / André
Lamas Leite / António Alexandre Salazar / António Andrade de Matos / Eva
Dias Costa / Guilherme Machado Dray / Manuel Carneiro da Frada / Pedro
Costa Gonçalves / Rui Assis / Sofia Martins / Rogério Fernandes Ferreira /
Vânia Costa Ramos / Vera Eiró

Coordenação
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Revisão e Secretariado
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração
Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal
E: dept.editorial@cg.oa.pt

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
SIG — *Sociedade Industrial Gráfica, L.da*

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares
Assinatura da ROA disponível em
<www.oa.pt>

RUI PINTO DUARTE
Editorial p. 7

Actualidade

BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS
Discurso de Abertura do Ano Judicial p. 9

PEDRO PINHEIRO TORRES
Reflexões de um Membro da Comissão de Revisão do Código de
Processo Civil e do Regime Jurídico do Processo de Inventário, feitas
na primeira pessoa e para memória futura p. 17

Efeméride

Os 100 anos da Organização Internacional do Trabalho

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES
Uma organização diferente das outras p. 33
A saga de uma organização nascida no fim de uma guerra global, sobrevivente a outra, e
que, atingindo o centenário, permanece pujante na sua singularidade: a OIT.

Doutrina

BLANDINA SOARES
Processo de justificação no registo predial p. 57
Análise dos pressupostos e da tramitação do processo de justificação previsto no Código do
Registo Predial, evidenciando as diferentes modalidades de justificação.

CLOTILDE CELORICO PALMA
A tributação das transacções de ouro em IVA — poderão os artefactos
em ouro ser sucata? p. 77
No presente artigo faz-se um apanhado do tratamento em IVA das transacções com ouro,
analisando-se em especial o denominado regime das sucatas.

GIL VALENTE MAIA

O Regime Europeu de Auxílios de Estado: algumas reflexões p. 105
Análise do regime europeu atinente ao instituto dos «auxílios de Estado», aquilatando da sua evolução e das dificuldades na sua concretização dogmático-jurisprudencial.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Ónus do recorrente que impugne a decisão de facto. Controlo pelo STJ do uso de presunções judiciais p. 141
As duas questões respeitam à delimitação dos poderes de controlo da decisão de facto pelo STJ. Visa-se clarificar pontos sobre os quais, no entender do autor, alguma jurisprudência recente do Supremo encerra falhas e imprecisões.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

A proscricção do conflito de interesses no direito civil: considerações acerca do artigo 261.º CC p. 157
O art. 261º CC consagra um princípio que nos permite ir além das hipóteses de negócio consigo mesmo *stricto sensu* e de dupla representação, à luz de uma ideia de conflito de interesses.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA

O Reg. 655/2014 sobre o procedimento de decisão europeia de arresto de contas: uma apresentação geral p. 189
O texto procura dar ao leitor uma visão geral do Reg. 655/2014, não descurando os aspectos relacionados com a sua aplicação na ordem jurídica portuguesa.

NUNO MIGUEL MARQUES

“Casa Tomada”? Da competência jurisdicional sobre litígios relativos a acidentes rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias p. 255
No presente artigo, o autor sustenta que a apreciação dos litígios relativos a sinistros rodoviários ocorridos após janeiro de 2008 em lanços rodoviários concessionados ou subconcessionados compete aos tribunais administrativos e fiscais, com base numa interpretação conjugada do art. 212.º, n.º 3 da CRP, dos arts. 1.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF e do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, bem como das Bases ou cláusulas dos respetivos contratos de concessão ou subconcessão (entendimento este que tem sido sustentado pela tese “maioritária” da jurisprudência do Tribunal de Conflitos). Em especial, qualifica-se o respetivo dever de vigilância e manutenção desses lanços rodoviários, que recai sobre a concessionária, como uma operação material (rejeitando-se, assim, a qualificação deste dever como um ato administrativo ou como a manifestação do exercício de um poder ou prerrogativa de autoridade), que corresponde a uma ação ou omissão regulada por disposições ou princípios de direito administrativo, para efeitos da parte final do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE.

TIAGO AMORIM

Sobre a interpretação do contrato administrativo p. 285
Linhas gerais de orientação sobre a interpretação dos contratos administrativos, à luz do regime do Código dos Contratos Públicos e, subsidiariamente, do disposto nos arts. 236.º a 238.º do Código Civil.

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 126/2016-CS/R. O decurso do tempo não reabilita de forma automática e *ipso facto* o advogado condenado criminalmente p. 313
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 29/2018-G. Parecer sobre a admissibilidade, face à legislação em vigor, de restringir a presença dos advogados dos progenitores durante a audição das crianças e se essa restrição poderá, ou não, ser considerada um impedimento à participação em atos processuais p. 321

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre a Proposta de Lei que aprova o Regime Jurídico do Acesso ao Direito e aos Tribunais p. 339
- Parecer sobre a Petição n.º 530/XIII/3.a, sobre a alteração legislativa com vista a estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com pais separados p. 385

Vida Interna

- Consulta Pública — Projecto de Regulamento de “Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo” — Aviso n.º 6781/2019, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 74, de 15 de Abril p. 391

EDITORIAL

Os advogados precisam de conhecimentos jurídicos especializados, em função das áreas do Direito a que se dedicam.

Além (ou melhor, antes) disso, todos os advogados precisam de, a acrescer ao sentido ético, muitas «ferramentas»: capacidade de exposição, conhecimentos de hermenêutica e de argumentação, domínio da informação — jurídica (leis, doutrina e jurisprudência) e não jurídica (sobre as realidades que convocam os problemas jurídicos carecidos de resolução) —, fluidez de relacionamento (cumprindo as regras deontológicas) com clientes, colegas e membros das demais profissões jurídicas, e, entre outras mais, algo dificilmente definível que se poderá designar como gosto pela dimensão cultural do direito.

A *Revista da Ordem dos Advogados* tem de procurar interessar todos os advogados, diversificando os temas tratados e as perspetivas adotadas, bem como expondo o funcionamento daquelas referidas «ferramentas» que podem ser trazidas às páginas de uma revista. Daí a procura de vários tipos de pluralidade nos textos que publica — que volta a ficar patente neste número, não só nos textos doutrinários como nos pareceres dos órgãos da Ordem.

Um realce a propósito da aludida dimensão cultural do Direito: perfazendo-se no ano corrente 100 anos sobre a criação da Organização Internacional do Trabalho e 250 anos sobre a publicação da Lei da Boa Razão, entendeu a direção da Revista insistir no aproveitamento de «datas redondas», celebrando tais efemérides pela escrita de juristas de grande prestígio, que para tanto convidou — sendo neste número feita a evocação da primeira e no seguinte a da segunda.

RUI PINTO DUARTE

DISCURSO DO SENHOR BASTONÁRIO
DA ORDEM DOS ADVOGADOS,
DR. GUILHERME FIGUEIREDO

*Sessão Solene de Abertura do Ano Judicial
15 de Janeiro de 2019*

A justiça neste Portugal de Estado de direito democrático encontra-se, e manter-se-á, doente, enquanto não se adequarem as custas e taxas judiciais ao país real, enquanto mantivermos uma justiça para ricos e uma justiça para pobres.

Esta não é uma questão de quotidiano, trata-se antes de uma questão estruturante do Estado de direito democrático e social, com consequências várias.

A vontade política e a respectiva decisão de adequar, de forma proporcional e razoável, as custas e as taxas judiciais aos rendimentos das pessoas singulares permitiria o cumprimento efectivo do princípio constitucional do acesso ao direito e aos tribunais para todos os cidadãos, bem como a consideração política da justiça como bem essencial e não como um bem económico. Com isto conseguir-se-ia, ainda, a projecção do tribunal como centro de coesão social.

Compreendendo, contudo, os constrangimentos financeiros que o país atravessa, a Ordem dos Advogados, no pacto para a justiça, acordou com os demais subscritores uma solução mitigada que permitiria cumprir, minimamente, o acesso ao direito e aos tribunais por parte dos cidadãos em condições bem mais razoáveis do que as existentes.

Esta solução, quanto sabemos, mereceu concordância dos Partidos com assento parlamentar, pelo que não se compreende a ausência política da sua concretização.

Não seria difícil sinalizar a vontade política de seguir este caminho, começando com algumas medidas, removendo obstáculos no acesso do cidadão à justiça, como seria o caso da dispensa dos trabalhadores no pagamento prévio da taxa de justiça nas acções em que estivesse em causa a impugnação da extinção da relação laboral.

*
* *

Mas a justiça, neste Portugal de Estado de direito democrático, manter-se-á igualmente doente, nesta dimensão de acesso ao direito e aos tribunais, enquanto não se apreender, de forma efectiva, o que afirmámos no ano passado, nesta mesma cerimónia, quanto à defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos na jurisdição constitucional.

*“(...) existe **um problema sério de défice de protecção de direitos fundamentais quando estão em causa atos administrativos ou jurisdicionais manifestamente inconstitucionais**. Tal consciência deste problema levou mesmo um dos nossos mais reputados constitucionalistas, o Prof. Jorge Miranda, a preconizar, mesmo sustentando a manutenção do atual sistema de fiscalização concreta por ele considerado globalmente satisfatório, a consagração de um recurso extraordinário das decisões jurisdicionais que não admitem recurso ordinário, nomeadamente dos supremos tribunais, quando arguidas de violação dos direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga”.*

Falávamos do recurso de amparo; uma reforma que se impõe, num tempo em que a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos pelos tribunais e, em especial, pelo Tribunal Constitucional, é um imperativo com vista ao cumprimento do comando constitucional do art. 20.º da CRP.

Está hoje demonstrado que não é suficiente todos os tribunais terem, no âmbito da fiscalização concreta, poderes de apreciação da inconstitucionalidade das normas.

Na verdade, a aplicação de normas ou a sua execução é susceptível de gerar a violação de direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagradas cuja defesa apenas será possível através da consagração do recurso de amparo.

Mas o acesso ao Tribunal Constitucional não é limitado apenas pela inexistência de um recurso de amparo.

Na verdade, em regra, por razões meramente formais, são rejeitados os recursos interpostos para o Tribunal Constitucional, deixando de fora a

apreciação da constitucionalidade de normas aplicadas no âmbito de processos judiciais.

A par das questões formais, também as custas aplicadas impedem o comum dos cidadãos de aceder à justiça constitucional.

Esta dupla restrição surge como uma grave e séria restrição do acesso ao direito e aos tribunais que a própria constituição impõe, numa ironia do sistema judiciário português:

- A Constituição garante o acesso aos tribunais e o acesso ao Tribunal Constitucional é restringido de forma intolerável.

Urge, pois, alterar a Lei de Organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional.

Mas não é a única alteração que se impõe no âmbito da questão da apreciação da constitucionalidade.

A fiscalização da constitucionalidade das normas não se esgota na fiscalização concreta.

A fiscalização abstracta da constitucionalidade é essencial ao sistema de garantia de conformidade das normas com a lei fundamental.

A lei constitucional defere a competência para suscitar a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e ilegalidade das normas ao Presidente da República; ao Primeiro-Ministro; ao Provedor de Justiça; ao Procurador-Geral da República; a um décimo dos Deputados à Assembleia da República; aos representantes da República, às Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, aos Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, aos Presidentes dos Governos Regionais ou a um décimo dos Deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das Regiões Autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto.

É atribuição estatutária da Ordem dos Advogados defender o Estado de direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e colaborar na administração da justiça.

Ora esta atribuição da Ordem apenas poderá ser plenamente cumprida se à Ordem for reconhecida legalmente a faculdade de suscitar directamente junto do Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da inconstitucionalidade e ilegalidade das normas.

Ao Tribunal Constitucional cabe ainda apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, ou seja a apreciação da inconstitucionalidade por omissão.

Esta fiscalização necessária ao cumprimento e execução dos comandos constitucionais só pode ser suscitada a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das Regiões Autónomas, dos Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas.

Contudo são os Advogados quem, em primeira linha, se confrontam com a violação normativa constitucional, por acção ou omissão, dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

É nosso entendimento que a defesa da constituição e do estado de direito só serão plenamente assegurados se à Ordem dos Advogados for reconhecida a possibilidade de suscitar, junto do tribunal constitucional, igualmente a fiscalização por omissão.

Exortamos, assim, a Assembleia da República a assumir poderes constitucionais e a promover estas alterações que são essenciais ao pleno desenvolvimento do Estado de direito democrático.

*

* *

A justiça neste Portugal de Estado de direito democrático enfrentará uma doença que se propagará se, de forma acrítica e submissa, o poder político se submeter **às recomendações apresentadas e ao “plano de ação da autoridade da concorrência (AdC) para a sua implementação”**.

Muito sinteticamente, a OCDE recomenda, nomeadamente, o fim dos actos próprios dos Advogados, o fim das restrições à publicidade, o fim da exclusividade da profissão quanto ao seu objecto, admitindo o exercício da advocacia por licenciados em outras áreas — e há tantas licenciaturas! — como admitindo sociedades estranhas à advocacia a exercer a actividade que a estas compete. Como é referido nas recomendações “a criação de formas alternativas de negócio”.

Os Advogados estão na linha da frente do combate pela liberdade, mas também entre as primeiras baixas causadas pelos ataques que a visam. Provam-no inúmeros relatórios internacionais, culminantes na recomendação emitida pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em Janeiro do ano anterior, no sentido da elaboração de uma Convenção Europeia dos Advogados e da instituição de um dia do advogado em risco ou em perigo, a fim de alertar para as ameaças, intimidações e assédio de que estes vêm sendo crescentemente alvo.

De resto, também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos vem reconhecendo esta axialidade do Advogado na tutela dos direitos.

O Advogado constitui um verdadeiro contra-poder ao serviço das liberdades individuais.

O Advogado é considerado não apenas indispensável à representação dos requerentes como à boa administração da justiça. Cabe-lhe também um papel central para a manutenção da *rule of law*.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, sem desqualificar o cidadão *qua tale*, sublinha a necessidade e vantagem do Advogado, ao salientar a especificidade que a liberdade de expressão assume para este, enquanto defensor.

Aquele tribunal refere-se ainda aos Advogados como *auxiliares* e até como *agentes ou actores da justiça, obrigados a observar limites e restrições, no que toca ao comportamento, mas também beneficiários de direitos e deveres exclusivos, designadamente quando em causa esteja a alegação diante dos tribunais, em defesa dos seus constituintes* (acórdão Steur de 28.10.2003).

“Nunca é demais recordar a abrangência da função social da Ordem dos Advogados, destacando-se o seu papel na defesa do Estado de direito e dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos, bem como na colaboração com a administração da justiça e ainda na garantia do acesso ao direito, nos termos da constituição. Tal é prosseguido a par da promoção pela Ordem dos Advogados dos valores e princípios deontológicos junto dos seus membros e da representação da profissão de Advogado.

Certamente que enquanto associação de natureza pública e sujeita ao direito público, a Ordem dos Advogados respeita o enquadramento da União Europeia e nacional quanto aos princípios que devem nortear a profissão de Advogado. Recorde-se, aliás, que, nos termos do art. 208.º da Constituição (“Patrocínio Forense”), se estabelece que “a lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

Neste sentido, a ordem não pode subscrever entendimentos nem demasiado latos, nem “fundamentalistas” ou extintivos da Advocacia, da aplicação do princípio da concorrência ao acesso e exercício de uma profissão cuja relevância para a prossecução do interesse geral e do respeito pela Constituição é inegável e inestimável.

Não será, aliás, a concorrência um simples meio de prossecução do objetivo do aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas e não um fim em si?

Ou colocando a questão de uma outra forma: a quem pretende a OCDE servir com estas recomendações sob o manto diáfano da economia?

Recorde-se que a promoção da concorrência tem consagração constitucional, mas não prevalece sobre os direitos fundamentais, esses sim pilares do Estado democrático em que vivemos e para cuja defesa e salvaguarda a Ordem dos Advogados e os Advogados continuam a bater-se.

Acresce que as recomendações dirigidas ao Governo são formuladas por uma entidade estrangeira — como é o caso da OCDE —, segundo uma “metodologia” que de acordo com a mesma terá sido somente aplicável a outros 3 países (Roménia, México e Grécia — esta última durante o programa de assistência económica e financeira).

Tais recomendações resultarão da análise conjunta, com uma entidade pública, cujo *leit motiv* invocado é a concorrência — a autoridade da concorrência e que consistiu numa “avaliação de política económica”, por natureza incompleta por referência à complexidade e âmbito da realidade a que respeita.

Estes são os pressupostos — e as limitações — que devem ser considerados na ponderação da adequação e acuidade das conclusões não vinculativas (são meras “recomendações”).

Mas não tenhamos ilusão.

Neste contexto, importa não esquecer o que escreveu Paulo Mota Pinto, a propósito da alegada “superação” do direito pela análise económica, a saber:

“(…), se a análise económica pretender, em perspectiva normativa, substituir ou superar o direito como disciplina autónoma, cremos que estaremos perante um sério desvio metodológico, a revelar grave incompreensão do específico sentido do Direito, quando não mesmo uma opção antropológica discutível e, se levada até ao fim, um retrocesso cultural”.

*

* *

Chegado aqui, concludo com o diagnóstico sobre três enfermidades interligadas que enquadram bem com a realidade cada vez mais poliédrica em que vivemos, inclusive no espaço e no tempo da justiça e que merecem destaque.

O primeiro deles prende-se com a relação da política com o judiciário, não no sentido habitualmente abordado (e tantas vezes de modo superficial ou pré-conceituoso) — que é o sentido da alegada tentativa interventora ou limitadora, ou também o sentido do aproveitamento de processos e

casos para a luta político-partidária —, mas no sentido da omissão, de “lavar de mãos” ou mesmo de receio que, não raras vezes, parece acometer a política no que diz respeito aos temas do judiciário.

A política e os políticos não podem demitir-se e menos ainda podem ter medo de desempenhar o seu papel, *maxime* legislando, mas igualmente formando opinião e reflectindo, a respeito também do judiciário. Este pertence também à *polis*, e por isso é terreno, e é dever da política.

Separação de poderes sim, omissão ou receio não. Com contenção e sentido da proporção e do espaço de cada um, mas sem demissão ou omissão.

Até porque, e esse é o segundo ponto, esse vazio pode levar, entre outros fenómenos perniciosos para a saúde da República, a que dentro do judiciário haja quem tenha, por via de processos ou de outras vias de afirmação pública, a tentação, ou até a necessidade, de ocupar um espaço que pertence já não ao judiciário, mas à política.

Não o digo tanto a pensar em casos concretos, muito menos generalizando (abominando a generalização como forma pobre e injusta de pensamento), mas olhando sobretudo para um fenómeno possível que, antes de tudo, a física e a história ensinam e que é este, tão simples quanto perigoso: os vazios tendem a ser preenchidos, sendo também certo que tão mau quanto não deixar a César e a Deus o que é seu, é encontrar algum dos lados dessa equação prisioneiro do silêncio, do receio ou da anomia. Assim começam as derivas, já sabemos.

E não podemos ter, sob pena de doença, não apenas a política a ocupar o judiciário, mas também o judiciário a ocupar a política.

E igualmente não podemos ter confusão de papéis ou de legitimidades. Sim, de legitimidades, palavra-chave numa *polis* saudável e num estado verdadeiramente de direito.

Aliás, é também essencialmente de legitimidades, e de papéis, que trata o terceiro e último ponto, desta feita de legitimidade pelo procedimento, ou se quiserem de *due process of law*. E é um ponto de processo penal, não só por ser este, na célebre e celebrada formulação universitária, Direito Constitucional Aplicado, mas também porque o processo penal atinge a esfera dos direitos, liberdades e garantias (a matéria prima do Estado de direito e também do múnus do Advogado), e além disso assume hoje na nossa sociedade — por múltiplas e complexas, e nem sempre felizes, razões — um papel simbólico essencial, suscitando um *pathos* que muitas vezes carrega o peso da cidadania ou que molda o modo como esta é percebida ou vivida.

Este terceiro ponto prende-se com o papel do juiz de instrução, seja na fase do inquérito, seja na fase da instrução. O que quero aqui significar,

hoje e nesta abertura do ano judicial, resume-se em poucas, mas densas e muito significativas palavras: é que constitui pilar fundamental da Justiça — entre outros (uns que aqui referi, outros não, mas sem intimamente os esquecer e sem os pôr de lado no pensamento da Ordem e no meu Bastonato) — que haja no processo penal, antes da fase do julgamento, uma figura que seja verdadeiro garante, que seja juiz de equilíbrio e de direitos, liberdades e garantias.

Se assim não for, então estamos na presença ou de um vazio ou de um ativismo, ambos insuportáveis. Ambos seriamente agentes de doença para uma justiça verdadeira, democrática e cidadã.

Disse.

REFLEXÕES DE UM MEMBRO DA COMISSÃO DE REVISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO REGIME JURÍDICO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO, FEITAS NA PRIMEIRA PESSOA E PARA MEMÓRIA FUTURA

Por Pedro Pinheiro Torres()*

O convite para integrar uma Comissão com o propósito de proceder à revisão do Código do Processo Civil aprovado pela Lei 41/2013 de 26 de junho — numa incumbência que parecia ser a primeira grande reflexão sobre aquele Diploma — e de fazer regressar o processo de Inventário aos tribunais, após a experiência da tramitação notarial iniciada com a Lei 23/2013 de 5 de março, gerou sentimentos profundos de honra, desafio e, não posso deixar de o admitir, receio de não estar à altura dessa distinção.

A composição da Comissão — coordenada pelo Senhor Professor Miguel Teixeira de Sousa e integrada pelos Senhores Conselheiros Carlos Lopes do Rego e António Abrantes Geraldès e pelo Notário Ricardo Serra Correia — fazia antever um elevado nível de conhecimento e, simultaneamente, de exigência.

Nunca fui, no entanto, pessoa de voltar as costas a um desafio — particularmente quando se trata de um bom desafio — e por isso (quase) sem hesitar, aceitei a honrosa indicação.

Contei, nesta incumbência, com o inestimável apoio dos Colegas José Rodrigues Braga e Delfim Maia, Advogados com grande experiência e conhecimento em matéria de inventário, com quem partilhei horas de

(*) Membro da Comissão de Revisão Código de Processo Civil e do Regime Jurídico do Processo de Inventário. Advogado.

reflexão crítica sobre o “velho regime” de inventário judicial, o regime de inventário notarial e sobre as propostas para a sua mudança, deixando aqui expresso o meu sincero reconhecimento a ambos.

O despacho de nomeação da Comissão enunciava os temas que constituíam as principais preocupações do Ministério da Justiça sobre o Código de Processo Civil e evidenciava um propósito, porventura ambicioso atendendo ao curto tempo de vida do CPC, significativamente ainda referido como NCPC, não obstante contar já com vários anos de aplicação.

Para melhor perceção do trabalho pedido à Comissão, reproduzirei os objetivos fixados do despacho ministerial de constituição da mesma:

- a) *“Proceder à revisão do regime jurídico do processo de inventário, designadamente segundo as seguintes linhas orientadoras:*
 - *Consagração de um princípio de competência concorrente entre o Tribunal e o Cartório notarial, exceto nos casos previstos nas alíneas b) e c) do art. 2102.º do Código Civil, ou em que segundo as leis de processo, o processo de inventário deva constituir dependência de outro processo judicial, casos em que a competência para o tratamento do processo de inventário pertencerá, em exclusivo, ao Tribunal;*
 - *Reconstrução e recodificação do processo de inventário judicial;*
 - *Reconfiguração do processo de inventário que deva correr perante o Notário por extensão de regime do processo judicial de inventário, sem prejuízo da consagração expressa das adaptações impostas pela diversidade de decisor;*
 - *Previsão, relativamente aos processos pendentes nos Cartórios Notariais, dos casos em que, por inércia no seu tratamento ou por acordo das partes ou outro motivo justificado, devam ser remetidos a Tribunal, com aproveitamento dos atos já praticados perante o Notário.*
- b) *Consagrar um domicílio legal, associado ao Cartão de Cidadão, para o efeito de citação de pessoas singulares;*
- c) *Redefinir os requisitos de exequibilidade, extrínseca e intrínseca, das atas das deliberações dos condóminos de edifício constituído em propriedade horizontal;*
- d) *Reformular o regime de impugnação da decisão proferida no processo em que se verificou a revelia do réu;*

- e) *Reintroduzir o articulado de réplica para resposta às exceções alegadas pelo réu na contestação;*
- f) *Redefinir o regime de alegação da exceção perentória da compensação, designadamente nas espécies processuais que não admitam articulado de resposta do autor à contestação;*
- g) *Reformular o regime da injunção e da respectiva oposição, de modo a assegurar o controlo officioso de cláusulas contratuais abusivas e o efeito preclusivo de fundamentos oponíveis à pretensão do credor em caso de execução fundada no título formado no procedimento de injunção, à luz dos constrangimentos decorrentes da jurisprudência constitucional;*
- h) *Reconfigurar os ónus do apelante, e do apelado, no caso de impugnação da matéria de facto, com supressão do prazo acrescido para essa impugnação;*
- i) *Redefinir a articulação entre os recursos de revista normal e excecional;*
- j) *Propor, no tocante ao processo declarativo, quaisquer outras modificações específicas, ordenadas para assegurar a eficiência e a agilização do procedimento ou para garantir a sua compatibilidade com os princípios do processo equitativo”.*

Parecia, assim, ter sido formulada uma proposta de trabalho ambiciosa cujo âmbito, se elevado a um nível mais elaborado, poderia gerar uma verdadeira contra-reforma, sobretudo para quem como eu, não é (ainda) um verdadeiro admirador de várias soluções introduzidas pela Lei 41/2013 de 26 de junho no Código de Processo Civil.

A consciência de que, de facto, o período de vigência destas soluções — reconhecidamente curto para que tenham estabilizado na vida judiciária — desaconselhava a introdução de uma quantidade significativa de alterações e os ensinamentos colhidos com o efeito devastador do Dec. Lei 180/96 de 25 de setembro sobre diversas soluções inovadoras introduzidas no Código de Processo Civil pelo Dec. Lei 329-A/95 (em relação à qual, vista esta distancia, se pode considerar uma verdadeira “contra-reforma”) aconselhavam a adoção de uma postura de grande contenção e prudência na decisão de introdução de alterações significativas no Código de Processo Civil, vigente desde setembro de 2013.

Com esta perspetiva de partida — que me pareceu ser, também, a dos demais Membros da Comissão — demos início aos trabalhos, procurando

observar a ordem dos pontos constantes do despacho ministerial de constituição da Comissão.

O método de trabalho foi muito interessante merecendo, por isso, uma referência expressa nesta reflexão: dispondo de um prazo de 6 meses para apresentar as propostas da Comissão, foram calendarizadas diversas reuniões e distribuídos, sumariamente, temas entre os Membros da Comissão, para que preparassem (entre as reuniões) propostas de alteração, sem, no entanto, “dispensar” os restantes Membros de uma reflexão sobre aquelas matérias.

Como “horário” das reuniões foi fixado o início pelas 10 horas e o termo pelas 18h00m, com intervalo de 1 hora para almoço, que era aproveitado para abordar outros temas e aprofundar uma relação entre todos.

A minha opção clubista (azul e branca), solitária no meio de um universo “encarnado”, constituía tema de conversa que, variava no que aos seus promotores respeitava, conforme o resultado conseguido pelo respetivo clube no “último fim de semana” (estranho ou talvez não ...).

O método usado revelou-se muito interessante: apresentada a “proposta” pelo “relator” incumbido de a elaborar, a mesma era analisada e debatida entre todos, sem qualquer preconceito e com total abertura a opinião diferente que, em caso algum, era considerada adversa ...

Não raras vezes me vi a defender, no final da discussão, precisamente a opinião contrária da que inicialmente adotara, mesmo em situações em que me competira exercer as funções de relator.

Reconheço-o sem qualquer melindre, pois a mudança de opinião resultava da constatação da melhor abordagem feita às matérias em causa por outros Membros da Comissão, cuja qualidade técnica e mérito intelectual são para quem os conhece, de tal forma evidentes que a sua referência nesta reflexão constitui quase uma redundância valendo, porventura, para quem não tem o privilégio de os conhecer.

Não posso, no entanto, deixar de registar, como nota negativa, o facto de as sessões de trabalho de uma Comissão com este propósito, não serem transcritas em atas, nas quais seriam expressas as opiniões trocadas em cada discussão, as mudanças de opinião verificadas (e as suas razões), desse modo evidenciando, para muitas das soluções adotadas, as verdadeiras propostas da Comissão e a opção por determinadas soluções.

Esta omissão — que, de facto, constituiu um aspeto negativo — impede, agora que, publicadas em lei as propostas apresentadas (ou outras, resultantes da alteração posterior, por entidade externa à Comissão) se possa apreciar a “história” da formação dos preceitos, no que, a existir, seria assemelhável a verdadeiros “trabalhos preparatórios” que, como

Advogado, considero sempre de grande utilidade quando se torne necessário interpretar o sentido pretendido pelo “legislador” em qualquer preceito.

Os Membros da Comissão foram, aliás, acompanhados em permanência pela D.^{ra} Maria Cecília Carneiro, da equipa do Ministério da Justiça que (não tenho quaisquer dúvidas) se teria revelado capaz de elaborar tais atas, se tal elaboração tivesse sido pedida.

Com esta metodologia, iniciámos os trabalhos por uma análise conjunta do próprio despacho e das propostas nele enunciadas, discutindo quais os aspetos que poderíamos ponderar em boa execução do desiderato enunciado na alínea j) do despacho, debatendo a sua relevância e a oportunidade de eventuais alterações e, na sequência desse debate, seleccionando os “temas a submeter à prova” na Comissão.

Privilegiámos, naturalmente, os temas constantes do Despacho Ministerial aos quais, por razões óbvias, atribuímos um carater de prioridade.

De entre esses temas, no entanto, e salvo o devido respeito pela determinação da Senhora Ministra da Justiça, não lográmos vislumbrar uma solução que fosse aceitável pelos Membros da Comissão, para o objeto de consagração de um domicílio legal, associado ao cartão do cidadão, para o efeito da citação de pessoas singulares pelo que, com certo constrangimento mas sem hesitação, “declinámos”, respeitosamente, tal incumbência, não apresentando qualquer proposta nesta matéria.

Desta posição da Comissão (que não constituiu uma omissão por “desatenção”, mas uma verdadeira omissão por opção”) foi dado conhecimento ao Senhor Chefe de Gabinete da Senhora Ministra da Justiça, Senhor Desembargador Henrique Rosa Antunes, que aliás, foi acompanhando de forma regular, os trabalhos da Comissão.

Refletindo sobre esta posição volvidos estes meses, continuo convencido de que tomámos a decisão correta, considerando que, com a elaboração de uma proposta, que tenderia a traduzir-se numa espécie de “convenção de domicílio”, poderíamos estar a potenciar uma séria lesão nos direitos da defesa dos “citandos”, afinal “citandos” no seu domicílio legal, ainda que aí não mantivessem o “domicilio real” ou qualquer relação com aquele local.

Com estes pressupostos, definidos pelos Membros da Comissão e, naturalmente, com base nos objetivos traçados no Despacho Ministerial que a constituíra, apresentámos, no que ao Código de Processo Civil diz respeito, propostas de alteração aos arts. 3.º (necessidade do pedido e da contradição), 91.º (competência do tribunal em relação às questões incidentais), 102.º (casos de incompetência relativa), 104.º (conhecimento ofi-

cioso da incompetência relativa), 249.º (notificações às partes que não constituam mandatário), 265.º (alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo), 266.º (admissibilidade da reconvenção), 371.º (propositura da ação principal pelo requerido), 394.º (arresto de navios e sua carga), 502.º (inquirição por meio tecnológico), 584.º (função e prazo da réplica) e 585.º (função e prazo da tréplica), 587.º (posição da parte quanto aos factos articulados pela parte contrária), 612.º (uso anormal do processo), 622.º (efeitos do caso julgado nas questões de estado), 629.º (decisões que admitem recurso), 631.º (quem pode recorrer), 633.º (recurso independente e recurso subordinado), 640.º (ônus no caso de impugnação da decisão relativa à matéria de facto), 644.º (apelações autónomas), 656.º (decisão liminar do objeto do recurso), 671.º (admissibilidade da revista) e 672.º (fundamentos específicos da revista), 687.º (especialidades no julgamento ampliado da revista) e 688.º (fundamento do recurso para uniformização de jurisprudência), 696.º (fundamento do recurso de revisão), 697.º (regime do recurso de revisão), 698.º (instrução do requerimento de interposição do recurso de revisão), 699.º (admissão do recurso de revisão), 700.º (fase rescindente do recurso de revisão), 701.º (fase rescisória do recurso de revisão), 729.º (fundamentos da oposição à execução baseada em sentença), 732.º (termos da oposição à execução), 733.º (efeito do recebimento dos embargos), 751.º (ordem de realização da penhora), 839.º (casos em que a venda fica sem efeito), 851.º (anulação da execução em caso de revelia), 855.º (tramitação inicial da execução com processo sumário), 856.º (oposição à execução e à penhora), 857.º (fundamentos da execução baseada em requerimento de injunção), 858.º (sanções do exequente), 983.º (fundamentos da impugnação do pedido na ação de revisão de sentença estrangeira, 1082.º a 1085.º (primeiros quatro artigos resultantes da reintrodução do processo de inventário no CPC, relegando a regulamentação do regime do tribunal arbitral necessário, até agora prevista nestes artigos para os arts. 1136.º a 1139.º, a aditar ao código), bem como o aditamento a esse Código dos artigos com a seguinte numeração 72.º-A (competência do tribunal em matéria sucessória), 91.º-A (exceção de compensação), 672.º-A (apreciação da admissibilidade da revista), 696.º-A (responsabilidade civil do Estado), 701.º-A (pedido de indemnização contra o Estado), 855.º-A (requerimento inicial em execução baseada em injunção fundada em contrato de adesão), 1086.º a 1135.º (contendo as restantes disposições respeitantes ao processo de inventário) e 1136.º a 1139.º (já mencionados e relativos ao tribunal arbitral necessário, deslocado para o final do Código para evitar grandes alterações na numeração do código atual).

Do mesmo modo, foram apresentadas propostas de alteração ao art. 6.º do Decreto-Lei 268/94 de 5 de outubro, (visando definir os requisitos formais de uma ata de assembleia de condomínio para, em conjunto com outros documentos enunciados no preceito, constituir título executivo) aos arts. 3.º, 10.º e 13.º do regime anexo ao Dec. Lei 269/98 de 1 de setembro (Diploma que regula a ação declarativa especial para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contrato e injunção, todo ele a precisar de uma “grande reforma”), tendo proposto a introdução de um novo artigo nesse regime, o art.14.º-A, relativo ao efeito cominatório da falta de dedução de oposição em procedimento de injunção.

Foi, finalmente, proposta a revogação do regime jurídico do processo de inventário, aprovado pela Lei 23/2013 de 5 de março, em condições enunciadas na proposta de lei e propostas normas de compatibilização dos processos de inventário pendentes em Cartório Notarial e os que passarão a estar pendentes nos tribunais judiciais, sendo proposto um novo regime para os processos de inventário que serão tramitados nos Cartórios Notariais.

Todas estas propostas foram tornadas públicas em janeiro de 2019, sendo identificado (muito legitimamente, aliás,) como responsável pela mesmas o Gabinete da Senhora Ministra da Justiça.

Das alterações propostas pela Comissão ao Gabinete da Senhora Ministra da Justiça, que não mereceram acolhimento (e foram várias!) não posso, como Advogado, deixar de fazer referência (lamentando essa decisão, que, naturalmente, respeito) à proposta de alteração do n.º 4 do art. 155.º (gravação da audiência final e documentação dos demais atos presididos pelo juiz) no sentido de que a falta ou deficiência da gravação pudesse (e, simultaneamente, devesse!) ser invocada no prazo de 10 dias a contar do momento em que fosse disponibilizada a gravação da última sessão de audiência final (e não da disponibilização da gravação de cada sessão da audiência, como sucede atualmente), à proposta de alteração do art. 419.º (produção antecipada de prova) no sentido de ser admitido o requerimento de produção antecipada de prova quando esta (prova) pudesse favorecer a resolução extrajudicial do litígio ou até evitar a propositura de ação judicial e, finalmente, à proposta de alteração do art. 598.º (alteração do requerimento probatório e aditamento ao rol de testemunhas) no sentido de ser admitida a alteração do requerimento probatório nos casos em que o juiz não convoca a audiência prévia nos termos da alínea *b*) do art. 597.º (termos posteriores aos articulados nas ações de valor não superior a metade da alçada do tribunal da relação), pondo fim a uma tramitação especial na ação comum que, inviabilizando a apresentação de requerimento para convocação da audiência prévia (a audiência prévia

potestativa!) põe em causa a faculdade de alteração do requerimento probatório, apenas prevista para o momento da realização da audiência prévia ou após despacho do juiz que o admita, proferido ao abrigo do seu poder de gestão processual.

Significativamente, em sentido inverso, foi “aditada” a essa proposta de lei relativamente ao texto apresentado pela Comissão, uma disposição, discretamente alojada na alínea *a*) do n.º 1 do art. 10.º, inserida em “Disposições transitórias” que previa a revogação do n.º 7 do art. 638.º do CPC, que previa (e ainda prevê, pois, esta proposta não viria a ser mantida no texto final, de que falarei adiante) que “se o recurso tiver por objeto a reapreciação da prova gravada, ao prazo de interposição e de resposta acrescentem 10 dias”.

Ora esta norma revogatória — introduzida na proposta apresentada pelo Gabinete da Senhora Ministra da Justiça aos agentes judiciais — fazia parte dos objetivos enunciados no despacho ministerial, sob a alínea *h*) (parte final), tendo sido debatida entre os Membros da Comissão que, com todo o respeito pela autoridade na definição desse objetivo pela Senhora Ministra, entenderam não haver razões válidas para alterar aquela disposição que aumenta o prazo de interposição de recurso em 10 dias quando este verse sobre a decisão da matéria de facto e seja suportado em prova gravada.

Considero, aliás — e defendi-o no seio da Comissão — que, a haver necessidade de alteração desse prazo, seria no sentido do seu alargamento, pois a tarefa de impugnação da decisão de matéria de facto e os ónus que lhe estão associados, transformam esta impugnação num trabalho hercúleo, normalmente mais exigente do que o recurso da matéria de Direito em termos de tempo e meios afetos (só quem nunca teve de interpor recurso com impugnação de decisão de matéria de facto é que pode considerar aquele prazo “supérfluo”).

É certo — e este terá sido o motivo subjacente à proposta apresentada pela Senhora Ministra da Justiça — que os Senhores Magistrados Judiciais se queixam de, por vezes, os Senhores Advogados, Mandatários das partes, aproveitarem o prazo de 10 dias sem que, em boa verdade, impugnem “com seriedade” a decisão da matéria de facto, invocando “qualquer coisinha” em termos de crítica a essa decisão, apenas para beneficiar do prazo ampliado.

Sem prejuízo de considerar que tal comportamento (objetivamente reprovável!) possa ocorrer, não considerámos que, por esses (seguramente poucos!) “pecadores”, deveriam “pagar os justos” (a grande maioria dos mandatários que abordam a decisão da matéria de facto com seriedade)

não tendo encontrado razões objetivas válidas, e muito menos relacionadas com a desejável celeridade processual, que justificasse à Comissão subscrever tal proposta que, por isso, não apresentou.

Também esta posição foi comunicada ao Senhor Chefe de Gabinete da Senhora Ministra da Justiça, que a compreendeu, embora, como revelariam os factos posteriores, a não tenha acolhido, no que constituiu o exercício inteiramente legítimo das suas prerrogativas.

O teor da proposta formulada pela Comissão foi, nos seus termos essenciais, apresentado para parecer a diversas entidades, em janeiro de 2019 sob a designação PL 549/2018.

Sucedo, porém, que (surpreendentemente para mim, novato nestas andanças e, por isso, inexperiente, mas não para aqueles que já tinham participado em Comissões da mesma natureza), após terem sido colhidos pareceres das diversas entidades (que, aliás, foram, em geral, recetivas às mudanças propostas) viria a surgir, em abril de 2019, um texto “final”, apresentado como proposta do Presidência do Conselho de Ministros, que, com base em critérios totalmente estranhos aos Membros da Comissão, alterara de modo significativo o âmbito da proposta apresentada, reduzindo significativamente a quantidade de matérias para as quais haviam sido apresentadas propostas pela Comissão, mantendo, no entanto, na parte respeitante ao inventário, o teor essencial da proposta apresentada.

Ora, esta profunda alteração ao âmbito da proposta apresentada pela Comissão de Revisão — nomeada pela Senhora Ministra de Justiça e observando os objetivos traçados no próprio despacho que a constituía — foi feita por alguém estranho à Comissão e aos seus trabalhos, porventura familiarizado com os temas propostos, mas, seguramente, motivado por critérios muito diferentes dos adotados pela Comissão que, obviamente, não definiu critérios de oportunidade política como relevantes em sede de seleção dos temas merecedores de apresentação de propostas de alteração e, muito menos, na definição do conteúdo dessas propostas.

Para se poder ter uma noção mais precisa da dimensão da redução imposta ao trabalho da Comissão, nesta segunda proposta viriam a ser acolhidas apenas alterações os arts. 696.º, 697.º, 701.º, 729.º, 732.º, 733.º, 751.º, 753.º, 839.º, 581.º, 857.º, e 1082.º a 1085.º ao Código do Processo Civil, sendo previsto o aditamento àquele Código dos arts. 72.º-A, 696.º-A, 701.º-A, 855.º-A e 1086.º a 1139.º.

Em matéria de alterações aos respetivos diplomas avulsos, foram acolhidas as propostas de aditamento do art. 14.º-A ao Regime anexo ao Dec. Lei 269/98 de 1 de setembro, relativo ao efeito cominatório da falta de dedução da oposição, sendo mantidas as propostas de revogação do

regime jurídico ao processo de inventário, aprovado em anexo à Lei 23/2013 de 5 de março, bem como as propostas de regulação da “convivência” dos processos de inventário “notarial” e “judicial”, e o novo regime de inventário notarial.

A proposta da Comissão relativamente à reintrodução do processo de inventário no CPC foi acolhida de modo quase integral, com ligeiríssimas alterações que visariam (assim creio!) melhorar o texto proposto.

Ambas as propostas foram tornadas públicas pelo que uma simples análise comparativa permitirá identificar as diferenças, aliás, significativas.

Considerando, no entanto, que a proposta de Lei apresentada em janeiro de 2019 pelo Gabinete da Senhora Ministra da Justiça (e “revogada” antes da sua “entrada em vigor” pela proposta apresentada em abril de 2019 pela Presidência do Conselho de Ministros sob a designação “Proposta de Lei 202/XIII) estará votada a “cair no esquecimento”, entendo dever salientar algumas das propostas apresentadas pela Comissão que, não obstante não terem merecido o acolhimento da Presidência do Conselho de Ministros, merecem ser registadas “para memória futura” ainda que como simples contributo para uma nova reforma do CPC, por agora adiada.

Desde logo, pela sua importância, salienta-se a proposta de alteração da tramitação da revista excecional.

Constando a alteração desta tramitação como um dos objetivos fixados no Despacho de constituição da Comissão limitava-se, no entanto, à definição da articulação entre os recursos de revista normal e excecional, o que inibia qualquer tentativa de por fim à revista excecional, que, devo reconhecer, apesar de mais de 10 anos de vigência (recorde-se que esta figura foi introduzida pelo Dec. Lei 303/2007 de 24 de agosto) com entrada em vigor em 1 de janeiro de 2008 e para os processos instaurados após aquela data) não logrou, ainda, colher a minha simpatia e, muito menos, convencer-me da bondade dos seus propósitos.

Com este âmbito de intervenção, foram apreciadas as vicissitudes do atual modelo de tramitação do recurso de revista, quando interposto na veste da “revista excecional”, sendo identificado como um grande problema — quer para a administração da justiça quer para as expectativas das partes — o facto de, atualmente, a apreciação da admissibilidade de um recurso de revista, na veste da revista excecional, ser da competência exclusiva da formação de Juízes Conselheiros prevista no n.º 3 do art. 672.º do CPC, que “em primeira pronúncia”, decide da admissibilidade da revista, por preenchimento de qualquer dos requisitos que permitem classificá-la de excecional.

Ora esta tramitação não só obriga a formação do n.º 3 do art. 672.º do CPC a uma enorme quantidade de trabalho, mas também permite a prolação, pela Formação, de verdadeiras “decisões surpresa” (a verdadeira surpresa será, convenhamos, quando vistas as estatísticas, a de admissão do recurso de revista excepcional) não permitindo às partes discutir os fundamentos da decisão — que, não raras vezes, não foram abordadas pelas partes — o que é agravado pela circunstância de se tratar de uma decisão sumariamente fundamentada, e definitiva, não suscetível de reclamação ou recurso.

Com esta percepção do regime atual foi apresentada uma proposta de alteração da tramitação que conferia ao relator a quem o recurso fosse distribuído junto do Supremo Tribunal de Justiça, a aferição dos fundamentos específicos de admissibilidade de revista, previsto no n.º 2 do art. 671.º e no n.º 2 do art. 672.º, ambos do CPC, verificando os pressupostos gerais da recorribilidade do acórdão impugnado, aferindo da contradição entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento e verificando, ainda, quando tal se mostrasse pertinente, a existência de dupla conforme e, quando concluindo pela sua existência, aferindo do preenchimento do estabelecido nos n.ºs 2 e 3 do art. 672.º do CPC.

Esta alteração de tramitação — desde logo traduzida na atribuição de competência ao relator para verificar da existência da dupla conforme e, em consequência de se verificar essa existência, decidir da admissibilidade da revista como excepcional — era acompanhada pela previsão de que a decisão proferida pelo relator, admitindo ou rejeitando a revista, era passível de reclamação para a Conferência nos termos gerais, sendo o julgamento desta reclamação, quando a mesma incidisse sobre a verificação dos fundamentos específicos da revista excepcional, da competência da Formação, atualmente prevista no n.º 3 do art. 672.º do CPC.

Nesta proposta de alterações — vertida no que se pretendia vir a ser o art. 672.º-A do CPC —, previa-se a manutenção do caráter definitivo e sumariamente fundamentado da mesma decisão, prevendo-se, ainda, em resposta a alguma jurisprudência “restritiva” quanto ao objeto do recurso admitido como “recurso de revista excepcional”, que se a revista fosse admitida pelo relator ou pela Formação, o recurso abrangeria todas as questões que, independentemente do específico fundamento que ditou a admissão de revista, integrassem o respetivo objeto.

Com esta alteração — que, como proposta, viu a “luz do dia” entre janeiro e abril de 2019 — permitir-se-ia às partes quando confrontadas com uma decisão do relator da admissão ou rejeição da revista na veste excepcional, discutir, em sede de reclamação para a formação, os fundamentos concretos dessa decisão, não as sujeitando, como sucede atual-

mente, à invocação de argumentos mais ou menos concretos, cuja validade só aferirão quando estes (argumentos) forem, por decisão definitiva, acolhidos ou rejeitados.

Também com esta alteração se contribuiria para uma melhor organização do trabalho de formação de Juízos Conselheiros prevista no n.º 3 do art. 672.º do CPC, respondendo às legítimas preocupações dos Senhores Conselheiros, profundamente afetados pela tramitação atual.

Esta proposta de alteração foi, no entanto, “liminarmente” indeferida, o que lamento, pois, a sua aprovação, seguramente constituiria um contributo para uma melhor articulação entre a revista normal e a revista excepcional, afinal definida como objetivo pela Senhora Ministra da Justiça, mas, de modo evidente, não partilhada como tal pela Presidência do Conselho de Ministros.

Este divergência foi, igualmente notória, no que diz respeito à reintrodução da réplica como articulado de resposta às exceções, na ação comum — prevista no despacho Ministerial e expressamente acolhida na proposta da Comissão — que foi, também, eliminada da proposta final, permitindo que se mantenha o atual modelo de “dois articulados” como regra, com a continuação de todas as questões e incidentes resultantes da falta de um articulado (réplica) de resposta às exceções.

Na sequência da admissão da réplica com este objetivo, era reintroduzida a tréplica (esta sim, muito excepcionalmente) e alterados os termos de admissibilidade de alteração do pedido, sem o acordo da parte contrária.

Também acabaria por não ser recebida uma proposta de alteração do art. 633.º (recurso independente e recurso subordinado) no sentido de tornar claro que o recurso subordinado seria admitido quando não houvesse decaimento (como sucede atualmente) ou a decisão constituísse, relativamente ao recorrente subordinado, uma situação de dupla conforme, impeditiva de interposição de recurso independente pelo mesmo.

Com esta proposta pretendia-se resolver as querelas jurisprudenciais e doutrinárias a respeito desta situação anómala, gerada pela possibilidade de uma decisão constituir dupla conforme para uma parte, mas não para a contraparte, que, assim, poderia recorrer de modo independente, não sendo sempre (daí a necessidade de esta questão ser clarificada pelo legislador) admitida a interposição do recurso subordinado pela parte onerada pela dupla conforme.

Melhor sorte não teve a proposta de alteração do art. 640.º (ónus no caso de impugnação da decisão relativa à matéria de facto), através da qual se propunha disciplinar a atuação do recorrente, tornando claros os seus ónus e o modo de os cumprir, indicando, de modo preciso, em que ponto

das alegações deveria, o recorrente, especificar os pontos de facto que considerava incorretamente julgados (sugerindo-se que tal fosse feito na motivação e nas conclusões), os concretos meios probatórios que impunham decisão diversa (sugerindo-se que tal fosse feito na motivação) e a decisão que, no entender do recorrente, deveria ser proferida sobre as questões de facto impugnadas (sugerindo-se que tal fosse feito na motivação).

Constava, ainda, do Projeto apresentado pelo Gabinete da Senhora Ministra da Justiça uma proposta de alteração do art. 656.º (decisão liminar do objeto do recurso) através da qual se pretendia fosse admitida decisão sumária do relator quando, tendo sido impugnada a decisão sobre a matéria de facto, o conteúdo da alegação do recorrente não revelasse, de forma convincente, o erro na apreciação da prova, julgando o recurso improcedente nessa parte.

Com esta proposta de solução, procurava-se, de certo modo, compensar a não eliminação do prazo de 10 dias previsto no n.º 7 do art. 638.º, mesmo em caso de eventual uso abusivo (?) desse prazo suplementar (que a Comissão não considerara fazer, apesar de lhe ter sido pedido), permitindo a prolação de decisão sumária de improcedência do recurso pelo relator quanto à impugnação da decisão da matéria de facto nas situações em que o recorrente tivesse interposto recurso dessa decisão sem, verdadeiramente, fundamentar tal impugnação, tornando, no entanto, claro que o conhecimento do recurso da matéria de Direito não poderia, pelo menos do ponto de vista formal, ser afetado por essa decisão de improcedência, devendo, aquele, ser conhecido independentemente do destino dado ao recurso da decisão da matéria de facto. Esta proposta não mereceria acolhimento na proposta que viria a dar entrada na Assembleia da República, oriunda da Presidência do Conselho de Ministros.

Merece, finalmente, ser referida, entre as propostas constantes do Projeto do Gabinete da Senhora Ministra da Justiça que não viriam a ser acolhidas, a proposta de alteração do art. 695.º (julgamento do recurso para uniformização de jurisprudência quando o recurso é procedente) prevendo a possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça modelar os efeitos temporais do acórdão uniformizador, se tal modelação fosse exigível por razões de segurança jurídica ou equidade.

Diversas outras propostas de alterações de menor relevância apresentadas pela Comissão e publicamente subscritas pelo Gabinete da Senhora Ministra da Justiça, foram ignoradas pela Presidência do Conselho de Ministros, o que, confesso, constituiu motivo de algum desalento pessoal, não apenas por se traduzir numa desconsideração pelo trabalho desenvolvido, com seriedade, pela Comissão, mas também por se poder traduzir

numa perda de oportunidade de melhorar o Código atual (passe a aparente imodéstia desta afirmação).

Não posso, no entanto, deixar de registrar positivamente entre os “salvados da reforma” proposta pela Comissão, o regresso, ainda que em concorrência com os Cartórios Notariais, do processo de inventário aos tribunais (de onde nunca deveria ter saído) com uma tramitação que se espera venha a revelar-se mais ágil e coerente do que a tramitação que virá revoar, reforçando a responsabilidade das partes pelos seus atos e pela tempestividade da sua prática, com a criação de preclusões úteis para a definição das posições das partes ao longo do processo e com um significativo aumento dos poderes de direção do Juiz, agora enquadrados pelos deveres de gestão processual e de adequação atenta a integração do processo no Código do Processo Civil que torna estes princípios diretamente aplicáveis ao processo de inventário.

Este regresso — e o acolhimento da generalidade das propostas da Comissão nesta matéria — constitui, pelo menos, uma compensação pela inesperada redução do âmbito das propostas de revisão apresentadas pela Comissão por parte de quem tem, indiscutivelmente, a legitimidade para apresentar propostas legislativas.

Foi, aliás, a grande diferença entre a “matéria prima” colocada à disposição do Gabinete da Senhora Ministra da Justiça e o “produto” resultante da proposta da Presidência do Conselho de Ministros, que motivou a necessidade de tornar pública, enquanto Membro da Comissão de Revisão, a presente reflexão, feita a título pessoal — e vinculando, por isso, apenas o seu subscritor — na primeira pessoa e para memória futura.

O cunho pessoal que procurei imprimir a esta reflexão obriga-me, no final da mesma, a partilhar o sentimento de perda que constituiu o fim dos trabalhos da Comissão (em 30 de novembro de 2018, em cumprimento do prazo estabelecido) que, no entanto, foi imediatamente ultrapassado pela alegria do nascimento, em 4 de dezembro de 2018, dos meus primeiros Netos, Luís e Benedita (respeitando a cronologia dos nascimentos) que, desde então, dificilmente me permitem ter sentimentos daquela natureza.

Precisamente porque a vida é uma sucessão de acontecimentos de naturezas tão diversas, deixo este testemunho que visa não só procurar transmitir o que senti e aprendi no trabalho da Comissão — para que outros possam aprender com a minha experiência — mas também procurar tratar com o respeito devido o “legado” do trabalho realizado pela Comissão que tive a honra de integrar.

Pode ser que, um dia, as propostas da Comissão — que aqui se reproduziram apenas quanto aos seus aspetos mais relevantes — possam contri-

buir para uma discussão mais profunda das normas do atual Código de Processo Civil do que a que, de forma evidente, foi pretendida pelo poder político na proposta vertida na Lei 117/2019 de 13 de setembro, com entrada em vigor prevista para 1 de janeiro de 2020.

De imediato, fica ao critério de cada um a seleção da “matéria de facto” e conclusões que entender mais adequado retirar da presente reflexão que, com os propósitos nela anunciados, partilho.

Porto, 30 de setembro de 2019

UMA ORGANIZAÇÃO DIFERENTE DAS OUTRAS

Por António Monteiro Fernandes

“Lembro-me bem de que, naqueles dias, a OIT ainda era um sonho. Para muitos, era um sonho disparatado. Quem já ouviu falar de governos a reunirem-se para elevar os padrões de trabalho num plano internacional? Mais disparatada ainda era a ideia de que as próprias pessoas diretamente afetadas — os trabalhadores e os empregadores dos vários países — deveriam agir em parceria com os governos para determinarem esses padrões de trabalho”.

F. D. ROOSEVELT, *Presidente dos Estados Unidos da América* (1941)

“Sob a pedra angular do alicerce do escritório principal da OIT em Genebra, encontra-se um documento no qual está escrito: “*Si vis pacem, cole justitiam*”. Se queres a paz, cultiva a justiça. Existem poucas organizações que tenham tido o êxito que a OIT teve ao traduzir em ação a ideia moral fundamental em que se baseiam.”

AASE LIONAES, *Presidente do Comité Nobel Norueguês* (1969)

Enquanto esperava, no cais lisboeta de Alcântara, o embarque para o outro lado do Atlântico, John Winant, terceiro Director-geral da Organização Internacional do Trabalho, mergulhava em pensamentos bem amargos. Nem a enorme bandeira americana pintada no costado do paquete em que iria viajar lhe dava tranquilidade. Ela servia de salvaguarda contra as ameaças imediatas da guerra no Atlântico — os Estados Unidos não tinham ainda entrado no conflito — mas não de garantia para o futuro da Organização pela qual era o primeiro responsável. John Winant deixara para trás a discreta ambição presidencial que muitos — inclusivamente o próprio Roosevelt — lhe atribuíam, e nem sequer lhe pesava no espírito o

facto de ter que assumir a liderança da marcha para o “exílio” que, nesse ano de 1940, se tornara imperiosa. A OIT estava instalada em Genebra, praticamente, desde que, com o primeiro Director-geral (Albert Thomas), se estabilizara a sua estrutura técnica e administrativa. O avanço da guerra, porém, tornara necessário transferir para fora da Europa a Repartição, constituída por algumas dezenas de funcionários oriundos dos Estados-Membros. O destino era o campus da universidade McGill, em Montreal (Canadá), onde estavam prometidas instalações provisórias adequadas. Na verdade, o objectivo era voltar a Genebra logo que possível.

O que, verdadeiramente, ensombrava o espírito de Winant era a enorme dificuldade de actuação com que se defrontavam a Organização e a função que nela lhe estava confiada. Cercado por uma tragédia de enormes dimensões, o seu cargo quase perdera todo o sentido. Tomara posse no próprio ano (1939) em que a guerra eclodira; e, um ano depois, encontrava-se manietado pelo alastramento do conflito, pelas prioridades poucos sociais das partes beligerantes, e até pelas situações dramáticas com que se defrontavam os países de origem de muitos funcionários da Repartição. A Sociedade das Nações (SN), de que a OIT era uma agência especializada, deixara, praticamente, de existir: o Palácio das Nações, deserto e inútil, era um atestado da falência da Organização principal, embora a sua extinção só viesse a ser declarada em 1946. A OIT mantinha-se viva, libertara-se até, de algum modo, da dependência da SN. A transferência para Montreal oferecia espaço de reflexão e respiração que não existia na Europa, mas não garantia condições de maior eficiência para a tarefa, que a OIT assumira como sua, de fazer passar padrões globais em matéria de condições de trabalho. Winant detestava ficar quieto e improdutivo perante a evolução de acontecimentos tão intensos; essa insatisfação permanente seria, segundo alguns, a motivação fundamental do seu suicídio, em 1947.

Alguns anos antes da entrada de Winant em funções em Genebra, tinham-se verificado acontecimentos auspiciosos: apesar de não fazerem parte da Sociedade das Nações, em cuja órbita surgira a OIT, os Estados Unidos e a União Soviética aderiram a esta Organização, praticamente ao mesmo tempo que a Alemanha de Hitler a abandonava (1934). Mas Winant assistiu já à retirada da União Soviética, em 1939. E, a partir daí, o cenário de guerra não parou de se adensar, tornando extremamente difícil qualquer actuação na frente social, e, em particular, na das condições de trabalho.

A presença do infeliz John Winant à frente da Organização foi curta: logo em 1941, certamente correspondendo à sua frustração, o presidente Roosevelt nomeou-o embaixador junto do Reino Unido, e um novo Direc-

tor-geral — o irlandês Edward Phelan — entrou em funções. Coube a este reflectir e agir no sentido de preparar a Organização para a nova situação internacional que havia de resultar do conflito global em curso. E foi nesse quadro que protagonizou — com a participação daquele que viria a ser, décadas depois, o sexto Director-geral da OIT, o britânico Wilfred Jenks — a elaboração da famosa Declaração de Filadélfia (1944). Nada mais apropriado: Phelan tivera já papel de relevo na redacção da própria Constituição da OIT, em 1919.

A Constituição, documento fundador da OIT, foi redigida por uma “Comissão da Legislação Internacional do Trabalho” (CLIT), produto do vasto processo de negociação que viria a desembocar no Tratado de Versalhes (1919). A Constituição foi, de resto, integrada no Tratado, como sua parte XIII, sob o título “Trabalho”⁽¹⁾.

A CLIT era composta por delegações de nove países, entre os quais pontificavam o Reino Unido, os Estados Unidos da América e a França. Os delegados eram, em geral, pessoas ligadas à administração do trabalho ou dotadas de especial experiência no campo laboral. Justifica-se referir como exemplo a representação daquilo que, na altura, assumia a designação sobranceira de “Império Britânico” — representação que, aliás, teria papel absolutamente fundamental no desenvolvimento dos trabalhos. Faziam parte dela individualidades como o *Right Honorable* G. N. Barnes, então ministro sem pasta num governo de Lloyd George, mas sobretudo autor do relatório final de uma “Comissão de Inquérito sobre Agitação Industrial”, que fizera sensação em 1917; *Sir* Malcolm Delevingne, alto funcionário do Home Office, especializado em saúde e segurança no trabalho; *Sir* Harold Butler (que viria a ser o segundo Director-geral da OIT), educado em Eton e Oxford, funcionário do Ministério do Trabalho e autor da primeira versão do preâmbulo da Constituição; e, como assessor, o já referido Edward Phelan, então alto funcionário do Ministério do Trabalho britânico, que viria a ser figura-chave no desenvolvimento da Organização. Ele seria, precisamente, o primeiro funcionário contratado para os serviços da OIT, pelo futuro Director Albert Thomas.

A Comissão era, no entanto, dominada pela personalidade forte do seu presidente, um sindicalista norte-americano, de origem judaica, que

(1) Veja-se o *Diário do Governo* de 2 de Abril de 1921, I Série, n.º 67, p. 389, ss.

dava pelo nome de Samuel Gompers. Antigo operário e dirigente sindical na indústria de charutos, agora presidente da American Federation of Labour (AFL), Gompers tinha evoluído, no seu pensamento, para uma concepção das relações de trabalho e do papel dos sindicatos integrada na fisiologia do capitalismo, mas situando-se num nível elevado de exigência quanto à partilha dos frutos do desenvolvimento das empresas e da economia. Temível negociador na contratação colectiva, ficou conhecido por afirmações como a de que o seu lema se sintetizava numa só palavra: “More!”. Nas fotografias da CLIT, amorosamente guardadas no arquivo da OIT, Samuel Gompers aparece na primeira fila, de expressão fechada e olhar frio, vestido com certa elegância austera, de acordo, aliás, com o relevo do papel que lhe cabia desempenhar.

A Comissão trabalhou depressa: criada em Janeiro de 1919, apresentou o que viria a ser o texto da Constituição da OIT três meses depois, em meados de Abril. Essa brevidade tem uma explicação: a delegação do “Império Britânico” avançou, logo de início, com uma proposta — intitulada “Projecto de convenção para criar uma organização permanente para a promoção da regulamentação internacional das condições de trabalho”, e largamente devida às canetas de Harold Butler e Edward Phelan. Esse projecto, primorosamente concebido, viria a ser a base de trabalho da Comissão e, em larga medida, teria acolhimento no texto final da Constituição. Como parte do Tratado de Versalhes, foi subscrita por Portugal, que assim se tornou um dos Estados fundadores da Organização Internacional do Trabalho.

O preâmbulo da Constituição da OIT — cujo rascunho foi elaborado por Harold Butler — é um documento de tal modo esclarecedor e relevante que merece transcrição integral:

Considerando que a paz universal e duradoura só pode ser estabelecida se se basear na justiça social;

E considerando que existem condições de trabalho que envolvem tais injustiça, dureza e privação para um grande número de pessoas que é susceptível de produzir agitação tão grande que a paz e a harmonia do mundo estão em perigo; e uma melhoria dessas condições é urgentemente necessária; como, por exemplo, pela regulamentação das horas de trabalho, incluindo o estabelecimento de um dia e uma semana máximos de trabalho, a regulamentação da oferta de trabalho, a prevenção do desemprego, a provisão de um salário digno adequado, a protecção do trabalhador contra doenças e lesões resultantes do seu emprego, a protecção de crianças, jovens e mulheres, protecção na velhice e na incapacidade, protecção dos interesses

dos trabalhadores quando empregados noutros países que não o seu, reconhecimento do princípio da igualdade de remuneração por trabalho de igual valor; reconhecimento do princípio da liberdade de associação, organização do ensino profissional e técnicas e outras medidas;

Considerando também que a não adopção por qualquer nação de condições humanas de trabalho é um obstáculo no caminho de outras nações que desejam melhorar as condições em seus próprios países;

As Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e humanidade, bem como pelo desejo de assegurar a paz permanente do mundo, e tendo em vista alcançar os objetivos estabelecidos neste Preâmbulo, concordam com a seguinte Constituição da Organização Internacional do Trabalho: (...).

Estes desígnios fundamentais relacionavam-se estreitamente não só com o anseio de afastamento definitivo de horrores como os que a guerra causara, mas também com o reconhecimento da insuportável degradação das condições de vida dos trabalhadores, com o aparecimento de formas de organização internacional do proletariado e de fenómenos políticos ameaçadores, como a revolução soviética de 1917, e com a consciência de que, em contexto de competição económica generalizada, só alguma forma de cooperação entre Estados poderia propiciar a melhoria das condições de vida e de trabalho da enorme maioria da população dos países envolvidos. De resto, corria por toda a Europa uma onda de agitação social, baseada em reivindicações antigas mas nunca satisfeitas, em matéria de salários e duração do trabalho.

A vocação originária da Organização era a de produzir normas — normas internacionais, resultantes da cooperação entre Estados e susceptíveis de gerarem dinâmicas de melhoria generalizada das condições de trabalho. Essa vocação relacionava-se com o facto de, em ocasiões anteriores, ter sido lançado o debate internacional sobre a necessidade de criação e difusão de padrões legislativos nesse domínio — primeiro, na Conferência que, em 1890, reuniu em Berlim representantes de 15 governos europeus, e em que o ataque à realidade do trabalho infantil estivera em evidência; depois, em 1900, na criação da Associação Internacional para a Legislação do Trabalho, sediada em Basileia, com o propósito de exercer pressão sobre os governos no sentido de reformarem as leis nacionais em matéria de trabalho⁽²⁾. A OIT surgiu na esteira destes movimentos e sofreu, naturalmente, a sua influência, entre várias outras.

(2) Os temas centrais que a Associação lançou foram a limitação do trabalho nocturno das mulheres e a proibição do uso de fósforo branco na indústria fosforeira.

Como se disse, a Constituição da OIT foi incorporada no Tratado de Versalhes, figurando nos arts. 387.º a 427.º do seu texto. Entre muitas outras razões de interesse, podem salientar-se duas.

A primeira consiste na originalidade da adopção do *tripartismo* como princípio reitor da estrutura da Organização. A ideia constava já do projecto britânico, mas veio a ser desenvolvida e consolidada no texto definitivo. Ficou estabelecido que a Organização compreenderia três órgãos — a Conferência anual dos seus membros, verdadeiro fórum de debate e deliberação; a Repartição Internacional do Trabalho (*Bureau International du Travail*, na denominação francesa mais vulgarizada), suporte técnico e administrativo das actividades a desenvolver; e o Conselho de Administração (*Governing body*, na mais rigorosa expressão inglesa), órgão executivo e preparador das deliberações da Conferência. O tripartismo era consagrado no tocante à composição das delegações nacionais à Conferência e do Conselho de Administração. As primeiras são constituídas por dois delegados governamentais, um delegado patronal e um delegado dos trabalhadores; o segundo é hoje composto por vinte e oito representantes governamentais, catorze patronais e catorze dos trabalhadores. Na realidade, a estrutura tripartida estendeu-se, praticamente, a todos os domínios de actividade da OIT: qualquer reunião técnica ou de negociação sobre temas específicos conta com a presença de membros governamentais, patronais e de trabalhadores. A composição das delegações leva à possibilidade — que se concretiza em muitos casos — de divisão de votos entre membros do mesmo país, nos processos deliberativos das Conferências anuais.

O segundo motivo de especial interesse da Constituição de 1919 encontra-se na consagração (art. 427.º) de um conjunto de “princípios gerais”, que se esperava pudessem ser assumidos e postos em prática pelos Estados contratantes, constituindo como que uma “base mínima” para o lançamento das actividades da Organização. Entre esses princípios — que versavam aspirações diversas, como a do descanso semanal de 24 de horas e a da supressão do trabalho das crianças — merece destaque o “princípio dirigente” segundo o qual “o trabalho não deve ser considerado simplesmente como mercadoria ou artigo de comércio”. Este princípio viria a ser retomado, com especial ênfase, um quarto de século depois, pela famosa Declaração de Filadélfia (1944).

A OIT não demorou a entrar em funcionamento, de acordo com as diretrizes da sua Constituição. Na verdade, esta era acompanhada de um anexo em que se programava a realização de uma Conferência, com local e agenda pré-estabelecidos.

Assim, no outono do próprio ano de 1919, reuniu a primeira “Conferência Geral” (hoje Conferência Internacional do Trabalho), em Washington, no edifício da União Pan-Americana⁽³⁾, a convite do governo norte-americano — situação algo bizarra (criada, de resto, pelo próprio Tratado), uma vez que os Estados Unidos não pertenciam ao rol dos Estados-Membros. A presidência da Conferência foi assumida por um membro do governo hospedeiro — o Secretário do Trabalho William Wilson —, mas o papel central coube, decerto, ao secretário-geral Harold Butler, que mais tarde assumiria a liderança da Organização.

Portugal fez-se representar. O delegado governamental foi o então presidente do Tribunal de Contas (!) José Barbosa; a representação patronal coube ao presidente da Associação Comercial de Lisboa, Álvaro de Lacerda; e a representação dos trabalhadores foi assegurada por Alfredo Franco, na qualidade de presidente de um “Comité para a Prevenção do Desemprego” cuja natureza nos foi impossível apurar. De notar, isso sim, a ausência de delegados das associações sindicais. Nas primeiras nove sessões da Conferência, só esteve presente o delegado governamental. De notar que a delegação portuguesa se dividiu em várias votações, nomeadamente as respeitantes a questões de credenciação de delegados, mas actuou em bloco no tocante a quase todas as matérias de fundo.

A leitura das actas dessa primeira Conferência, um minucioso relato de 300 páginas⁽⁴⁾, permite avaliar o enorme volume de trabalho que, ao longo de um mês, e tendo como apoio um magro *staff* de 13 pessoas (das quais apenas três mulheres), foi desenvolvido pelos delegados.

Curiosamente, a primeira deliberação da Conferência — expressão do sentido geral que se pretendia imprimir à existência e à actividade da Organização — consistiu na admissão das potências derrotadas (Alemanha e Áustria).

Por outro lado, a acção central que o diploma constitutivo previa — a elaboração de convenções internacionais⁽⁵⁾ — arrancou na mesma Confe-

⁽³⁾ Antecessora da Organização dos Estados Americanos.

⁽⁴⁾ Acessível em <[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09616/09616\(1919-1\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09616/09616(1919-1).pdf)>.

⁽⁵⁾ Na verdade, o diploma constitutivo previa, como produto da Conferência, a aprovação de recomendações ou de projectos de convenções. Dispõe o art. 405.º: “Quando a Conferência tiver decidido sobre a adoção de propostas em relação a um item da agenda, caberá à Conferência determinar se

rência. Brotaram assim, de rajada, convenções e recomendações sobre a duração do trabalho na indústria (Conv. N.º 1), o desemprego (Conv. N.º 2), a protecção da maternidade (Conv. N.º 3), o trabalho nocturno de mulheres (Conv. N.º 4), a idade mínima de admissão ao trabalho na indústria (Conv. N.º 5) e o trabalho nocturno de menores (Conv. N.º 6). Portugal só ratificou as Conv. n.ºs 1 e 4⁽⁶⁾.

Poucos dias depois do fecho da Conferência, já se reunia o Conselho de Administração, por iniciativa do secretário-geral da Conferência, Harold Butler. Praticamente, tratou-se apenas de questões relacionadas com a designação do presidente da Conferência e do Director da Organização. Apesar de a Constituição ser clara quanto à atribuição de competência ao Conselho de Administração para a escolha do Director (que, na realidade, seria o Director da Repartição Internacional do trabalho, e não, propriamente, da Organização na sua globalidade), o carácter primário e incerto da composição da reunião levou a que surgisse o ponto de vista de que nada de definitivo deveria ser nela decidido. Essa opinião não prevaleceu. Após duas votações, em que se defrontaram Albert Thomas (França) e Harold Butler (Reino Unido), aquele foi eleito para o cargo de Director da Repartição. Mas Thomas não ignorava a qualidade e a experiência de Butler, nomeadamente a sua contribuição fundamental para a concepção da OIT e a elaboração do seu regime constituinte. Convidou-o desde logo para o cargo de Vice-Director, e ele aceitou. Surgiu, assim, a dupla fundadora daquilo que a OIT é hoje.

A eleição de Albert Thomas oferecia vários aspectos curiosos. Desde logo, o facto de que nem sequer estava presente na reunião. Nem havia razão para estar, uma vez que não fazia parte da delegação da França na Conferência que terminara pouco antes. A candidatura foi lançada pelos representantes dos trabalhadores (de nacionalidade francesa) e facilmente alcançou a maioria dos votos. Depois, não deixa de ser irónica a circunstância de que — tendo a OIT surgido sob o signo da paz — Thomas desempenhara, nos anos anteriores, um papel proeminente no apetrechamento bélico do seu país, primeiro como encarregado de missões relacionadas com a organização e o desenvolvimento das indústrias de armas e munições, depois como subsecretário no Ministério da Guerra e, mais

essas propostas devem assumir a forma: *a*) de uma recomendação a apresentar aos Membros para consideração tendo em vista a sua concretização pela legislação nacional ou de outra forma, ou *b*) de um projeto de convenção internacional para ratificação pelos Membros”.

⁽⁶⁾ Aprovadas para ratificação, respectivamente, pelos Decs. 15361, de 3 de Abril de 1928, e 20988, de 25 de Novembro de 1931.

tarde, até, como Ministro do Armamento. O que podia recomendá-lo para a liderança da nova Organização internacional era, no entanto, uma robusta formação académica na École Normale Supérieure, uma abundante colaboração na imprensa operária e socialista, e, enfim, uma passagem de alguns anos pela Câmara dos Deputados, onde se notabilizou pela participação em iniciativas relacionadas com as condições de vida e protecção social dos trabalhadores.

A verdade é que, na sua época, Thomas desenvolveu — em estreita colaboração com Butler — uma acção verdadeiramente ciclópica nas complexas operações de lançamento e afirmação internacional da OIT. Na realidade, parece impossível atribuir méritos diferenciados a um e a outro. Basta notar que lhes coube construir um *staff* condigno, constituído por algumas centenas de funcionários provenientes de vários países (entre os quais, como dissemos, o também decisivo Edward Phelan), e transportar a Repartição de Londres para edifício próprio em Genebra. Deveu-se-lhes também a criação de instrumentos de comunicação e difusão de ideias como o *Boletim Oficial* e a *Revista Internacional do Trabalho* — que continuam hoje a desempenhar o seu papel. Na orientação da actividade da Organização, Thomas soube desacelerar a dinâmica de elaboração de convenções e recomendações, que cedo começara a gerar oposições e dificuldades por parte dos Estados-Membros. E os intrincados problemas de financiamento que uma Organização de tais dimensões teria que suscitar foram por ele abordados e resolvidos, com grande talento diplomático. Levou toda essa actividade, entremeada de inúmeras viagens e diligências diplomáticas, para além dos seus limites — e morreu subitamente, 14 anos após o início de funções, na idade de 53 anos. Ainda viu aprovada a Conv. N.º 33, sobre idade mínima de admissão em empregos não industriais — a última do seu mandato.

Bem mereceu Albert Thomas o monumento que em sua homenagem foi erguido, na praça também com o seu nome, em Genebra.

O sucessor natural de Albert Thomas era Harold Butler, e assim entendeu também o Conselho de Administração, em 1932. O mandato de Butler foi, no entanto, inesperadamente curto — cessou em 1938, por vontade do próprio, que não resistiu à oferta da direcção de um *college* em Oxford. Compreende-se que o regresso à *alma mater*, e no papel prestigioso de *Warden* de um *college*, fosse tentador para um homem como Harold Butler, mas parece difícil isolar a sua decisão do contexto pesado

e altamente problemático que o cenário internacional oferecia à OIT nessa altura. Vivia-se, por um lado, nos planos económico e social, a resaca da Grande Depressão surgida com a crise de 1929 em Wall Street; e pairava já, por outro, sobre a Europa e a Ásia, um imenso castelo de nuvens anunciadoras da guerra global. Não era difícil adivinhar que uma acção de cooperação internacional como a que estava na vocação da OIT, dirigida à melhoria das condições de vida e de trabalho dos assalariados, se tornaria praticamente inviável a curto prazo, no quadro da economia de guerra.

A verdade, porém, é que a Organização, nesses escassos sete anos sob a égide de Butler (1932-1938), produziu tantas convenções internacionais (34) como as que tinham surgido na anterior década e meia. É certo que grande parte delas pertenciam à categoria das “convenções técnicas”, sobre aspectos do regime de trabalho em actividades específicas (agricultura, indústria do vidro, minas de carvão, obras públicas, trabalho marítimo, etc.), e que nenhuma das qualificadas como “fundamentais” foi aprovada nesse período, mas nem por isso merece menor relevo a enorme actividade técnica e diplomática subjacente a tal *performance*. Ela sublinha, de resto, o pendor normativo que marcou, desde o início, o papel assumido pela Organização. A fé no potencial reformista das normas não era universalmente partilhada no próprio interior da estrutura, mas prevalecia e, de certo modo, prevalece até hoje. Só mais tarde, após o fim da segunda guerra mundial, se abriria a Organização a outras formas de intervenção no sentido da melhoria das condições de trabalho, como adiante se dirá.

No plano mais propriamente político, a direcção de Butler averbou uma importante vitória: a adesão, em 1934, dos Estados Unidos e da União Soviética à Organização. No que diz respeito aos Estados Unidos, foi decerto fundamental a influência de Frances Perkins, Secretária do Trabalho no governo de Roosevelt — personagem inapagável na história das relações industriais americanas, pela sensibilidade e o talento com que soube inspirar e conduzir políticas de apoio às classes trabalhadoras, em contexto de grande dificuldade.

Com esse resultado, Butler visava consolidar a estatura da OIT como entidade internacional dotada de vida própria e melhor posicionada para resistir às incertezas que o cenário político global suscitava. Já então emerge nesse cenário a figura inquietante de Adolf Hitler, que — depois de, na Conferência de 1933, ter sido contestada a presença de representantes de um sindicato nazi — se apressou a retirar a Alemanha da OIT.

Enquanto, finalmente, vestia a toga de *Warden* no *Nuffield College*, Harold Butler continuava a sentir sobre os ombros a responsabilidade pelo próximo futuro de uma Organização a cuja afirmação devotara grande parte da sua vida e do seu talento.

O seu sucessor, o já mencionado John Winant — que até então ocupava o cargo de Subdirector —, não suportaria esse fardo por muito tempo. Como vimos, também ele, escassos dois anos depois, acolheu de braços abertos uma oportunidade de mudar — para a embaixada dos Estados Unidos junto de Sua Majestade.

Com a saída de Winant, coube ao irlandês Edward Phelan assumir a direcção da Repartição Internacional do Trabalho. A situação que se vivia em 1941 não permitiu que essa designação fosse a título definitivo; só em 1946 foi possível, em condições de normalidade, torná-la efectiva, com efeitos retroactivos à primeira data.

Nascido em Waterford, a mais antiga cidade daquilo que é hoje a República da Irlanda, Phelan era funcionário do Ministério do Trabalho britânico quando actuava nos bastidores do processo de criação e desenvolvimento da OIT. Na verdade, ele era o chefe da Divisão de Informações daquele ministério — um *think tank* que se dedicava à observação e análise das tendências e dos movimentos que se verificavam no mundo laboral, e que desde cedo produziu documentos referentes à necessidade de uma organização vocacionada para a cooperação internacional em matéria de condições de trabalho⁽⁷⁾.

Não espanta, pois, que lhe tivesse sido cometida a função de secretariar a delegação do Reino Unido na Conferência Internacional do Trabalho de 1919; nessa discreta posição, colaborou muito activamente no desenvolvimento do projecto de Constituição. Foi depois admitido por Albert Thomas no *staff* da Repartição Internacional do Trabalho como Chefe da Divisão Diplomática, e nessa qualidade actuou sempre como braço direito do Director. Foi, a partir de 1933, *Assistant Director* e, quando Butler se afastou (1938), tornou-se Director Substituto até que Winant tomou posse, no ano seguinte. Foi, pois, um característico funcionário internacional de carreira, até que se reformou, em 1948.

(7) Vd. SANDRINE KOTT/JOËLLE DROUX, *Globalizing social rights: the International Labour Organization and beyond*, Genebra, 2013, p. 20.

Edward Phelan era um trabalhador incansável. Não raro, a sua silhueta alta e esguia, em que se destacava um grande nariz, passava, já de noite avançada, nos corredores desertos da Repartição, a caminho do seu gabinete, como se fosse iniciar nova jornada de trabalho. Mas a tarefa era absurdamente gigantesca: manter a Organização viva e, de algum modo, activa, com os seus órgãos deliberativos paralisados, a Organização-mãe (Sociedade das Nações) moribunda, o *staff* reduzido, o orçamento escasso, e os Estados-Membros absorvidos com problemas que pouco tinham que ver com a condição social do trabalho.

Procurando, de algum modo, romper com essa situação asfíxiante, o novo Director tomou uma iniciativa ousada: a de organizar uma sessão extraordinária da Conferência Internacional do Trabalho. Foi, como salientou o *chairman* do Conselho de Administração, o americano Carter Goodrich, no discurso de abertura, “um acto de fé” no futuro da Organização. O facto de Goodrich ser professor de Economia na Universidade de Columbia contribuiu muito para que a Conferência se efectuasse nas instalações dessa universidade, em Nova Iorque, embora o acto de clausura tivesse lugar em Washington, na Casa Branca, a convite do presidente Roosevelt. Recorde-se que a Repartição estava, à época, instalada em Montreal.

A Conferência de Nova Iorque, em que participaram representantes de 33 países (Portugal esteve ausente), assumiu-se desde o início como uma espécie de “prova de vida” da Organização, sem quaisquer ambições no que toca a actos deliberativos, nomeadamente a aprovação de convenções ou recomendações. Limitou-se a aprovar um conjunto de “resoluções”, sem valor jurídico próprio, das quais se salientou a que, reconhecendo a necessidade de “colaboração” entre governos, trabalhadores e empresários no esforço produtivo exigido pela desejada vitória na guerra, se submetia essa colaboração à observância de princípios democráticos como o da liberdade de associação de trabalhadores e empregadores⁽⁸⁾.

A liderança de Phelan viria, no entanto, a conquistar dois importantes troféus: a proclamação, em 1944, da chamada “Declaração de Filadélfia”, e o reconhecimento da OIT como agência especializada da novel Organização das Nações Unidas.

O período espinhoso em que Edward Phelan dirigiu a Repartição e a capacidade de sobrevivência de que a Organização tinha dado provas desde o início da guerra — e mesmo antes, nos anos críticos da Grande

⁽⁸⁾ *Conference of the International Labor Organisation — Record of Proceedings*, p. 166, acessível em <ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09616/09616(1941).pdf>.

Depressão — foram, de algum modo, assinalados pela Secretária do Trabalho de Roosevelt, *Mrs. Frances Perkins*, através da oferta solene de um quadro com o desenho original de um *cartoon* publicado na imprensa americana, em que a OIT era simbolizada numa figura entre nuvens, sob o título “Acima da tempestade”.

A 17 de Maio de 1944, em Washington, o presidente Roosevelt recebia na Casa Branca a solenidade da assinatura da Declaração de... Filadélfia. Na realidade, a Declaração fora discutida e aprovada na 26.^a sessão da Conferência Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia, nas instalações da Universidade de Temple, mas Roosevelt fizera questão de estar presente na assinatura do documento, e propôs para o efeito a Sala Oval — proposta naturalmente irrecusável. Testemunharam também o momento em que Phelan assinou a Declaração o Secretário de Estado Cordell Hull e a infatigável Secretária do Trabalho Frances Perkins.

Portugal não se fez representar na Conferência, o que acabou por ser duplamente lamentável: primeiro, porque se tratava de um membro fundador cuja presença em momento tão complexo e difícil da Organização seria exigível; depois, porque, ironicamente, a Conferência acabaria por aprovar uma resolução (decerto apadrinhada pelo Brasil) no sentido de o Conselho de Administração considerar a possibilidade de o espanhol e o português passarem a ser línguas oficiais — o que não veio a concretizar-se no tocante ao português.

Fora designado um “Comité Especial de Redacção da Proposta Declaração relativa aos Fins e Propósitos da Organização Internacional do Trabalho”, mas era sabido que a “proposta” a discutir fora redigida por duas pessoas: Edward Phelan, que era o secretário-geral da Conferência, e Wilfred Jenks, assessor jurídico — um jurista formado em Cambridge e que viria a ser também, muitos anos depois, Director-geral da OIT. O trabalho do Comité e o debate da proposta na Conferência pouco influenciaram o resultado final.

A “Declaração relativa aos Fins e Propósitos da Organização Internacional do Trabalho” — assim ficou o título oficial do documento — tornou-se famosa, e é frequentemente citada, sobretudo, pelos “princípios fundamentais” que proclamou como “bases” da OIT:

- a) *o trabalho não é uma mercadoria;*
- b) *a liberdade de expressão e de associação são essenciais para o progresso sustentado;*
- c) *a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo em todo o lado;*
- d) *a guerra contra a carência tem que ser travada com vigor implacável dentro de cada nação, e por um esforço internacional contínuo e concertado em que os representantes de trabalhadores e empregadores, gozando de um estatuto igual aos dos governos, se junte a eles em discussão livre e decisão democrática com vista à promoção do bem-estar comum.*

Sem embargo da relevância destes “princípios”, que valiam como uma espécie de “recordatória” em época ainda marcada pela primazia de preocupações bélicas e geoestratégicas, alguns outros aspectos da Declaração assumiam significado mais profundo e, porventura, menos evidente, quanto àquilo que seria a postura da OIT no pós-guerra. Sublinhe-se, em particular, a afirmação constante da alínea *a*) da parte II:

todos os seres humanos, independentemente de raça, credo ou sexo, têm o direito de procurar tanto o seu bem-estar material como o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança económica e de igualdade de oportunidades”.

Esta formulação, aparentemente retórica e aspiracional, sinalizava uma inflexão muito importante na acção da OIT. No passado, a Organização tinha assumido posições complacentes em relação às realidades coloniais, admitindo a necessidade de diferenciar os padrões sociais e laborais exigíveis nas nações independentes e nas colónias, ou entre as regiões desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nos anos trinta, e a começar com a Conv. 29 sobre o trabalho forçado (1930), tinham sido aprovadas convenções especificamente focadas no “trabalho indígena”⁽⁹⁾ e inspiradas no propósito de impedir as práticas mais gravosas utilizadas na exploração colonial desse trabalho, admitindo, ao mesmo tempo, níveis inferiores de direitos e garantias nesse domínio. Tal conjunto de convenções foi qualificado como o “código do trabalho indígena” da OIT⁽¹⁰⁾. A afirmação transcrita exprime a superação dessa postura de conformidade com as realidades coloniais, ao preconizar iguais padrões de bem-estar material e

⁽⁹⁾ Para além da referida no texto, salientam-se a Conv. 50, sobre o recrutamento de trabalhadores indígenas (1936), a Conv. 64 sobre o contrato de trabalho de trabalhadores indígenas e a Conv. 65 sobre sanções penais aplicáveis a trabalhadores indígenas (ambas de 1939).

⁽¹⁰⁾ G. RODGERS/EDDY LEE/L. SWEPSTON/J. VAN DAELE, *The ILO and the quest for social justice cit.*, p. 42.

desenvolvimento espiritual para “todos os seres humanos”, generalizando do mesmo modo a exigência de “condições de liberdade e dignidade” na prossecução desses desideratos.

Essa perspectiva é reforçada no último parágrafo da Declaração:

“A Conferência afirma que os princípios enunciados na presente Declaração são *plenamente aplicáveis a todos os povos do mundo* e que, se nas modalidades da sua aplicação tem de ser devidamente considerado o grau de desenvolvimento social e económico de cada povo, a sua aplicação progressiva aos povos que ainda são dependentes, assim como àqueles que atingiram o estado de se governarem a si próprios, é um assunto que diz respeito ao conjunto do mundo civilizado”.

(itálico nosso)

O acesso à independência de territórios coloniais, como movimento que se generalizaria nas duas décadas seguintes ao fim da guerra, era, assim, prefigurado pelos subscritores da Declaração, determinando o abandono da anterior política de admissão de estatutos laborais distintos.

A Declaração de Filadélfia foi incorporada na Constituição da OIT.

Em fins de 1946, Edward Phelan e o secretário-geral da ONU, Trygve Lie, assinaram um acordo pelo qual a OIT passou a ser uma agência especializada daquela organização global. O aspecto mais saliente desse acordo era o próprio facto de a OIT surgir — inteiramente de harmonia com a realidade histórica — como uma entidade independente, já desligada da entidade-mãe que fora a extinta Sociedade das Nações, mas sobrevivente e activa.

No entanto, o papel da OIT no concerto das organizações surgidas após o fim da segunda guerra mundial não constituía questão pacífica. A URSS — que estava fora desde o início do conflito — desconfiava da aptidão de uma organização baseada no tripartismo para promover padrões internacionais favoráveis aos trabalhadores. Embora tanto a Constituição como a Declaração de Filadélfia contivessem princípios e directrizes considerados por outros países como suficientes para esse objectivo, a União Soviética, através da Federação Mundial de Sindicatos, próxima do bloco comunista, manifestou desde cedo a sua preferência por uma estrutura que não compreendesse empregadores, para tratar, nomeadamente, dos direitos sindicais, e propondo, para o efeito, o Conselho Económico e Social da ONU.

Foi ainda Edward Phelan quem, de início, teve que lidar com esse problema. Mas possuía um trunfo importante: fora posto em marcha, e encon-

trava-se em fase adiantada (embora com grandes dificuldades e divergências, sobretudo entre os empregadores e os trabalhadores), o projecto de uma convenção internacional sobre direitos sindicais — aquela que viria a ser a Conv. 87, aprovada em 1948, já sob a liderança de outro Director, o americano David Morse. Trata-se, provavelmente, da convenção da OIT mais citada e invocada, constituindo o enunciado fundamental dos corolários da liberdade sindical, com influência segura na Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela ONU no mesmo ano de 1948.

A negociação, no seio da OIT, daquilo que viria a ser essa icónica convenção atravessou diversas dificuldades, algumas das quais parecerão, a um observador actual, quase incompreensíveis. É o caso da liberdade de filiação sindical. Debateu-se por algum tempo a possibilidade de se consagrar, ao lado do direito (dos trabalhadores e dos empregadores) de se filiarem numa associação sindical ou de empregadores, o direito de *não* se filiarem. O art. 2.º consagrou somente a liberdade positiva de filiação, em consequência da rejeição da liberdade negativa, proposta pelos empregadores...

Logo no ano seguinte (1949), e sempre sob a batuta de David Morse, foi aprovada a Conv. 98, sobre a aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação colectiva, ficando assim constituída uma dupla famosa de convenções consideradas fundamentais, sobre a matéria do direito sindical em sentido amplo.

A passagem de David Morse pela Direcção da Repartição — depois de uma longa experiência em representação do seu país, em sessões da Conferência e no Conselho de Administração — ficou assinalada por um ajustamento importante da acção da OIT. Para além da produção dos *labour standards*, através de convenções e recomendações, a Organização passou a dedicar tempo e recursos crescentes à chamada “cooperação técnica” com governos e parceiros sociais nos países com dificuldades de se ajustarem aos padrões internacionais em matéria de condições de trabalho e direitos sociais em geral.

Para além de uma sólida formação jurídica em Harvard, Morse era um homem prático e muito experiente — inclusivamente com uma passagem pelo governo de Harry Truman, no cargo de Secretário Adjunto do Trabalho. Depressa compreendeu como o enorme trabalho técnico e diplomático envolvido na elaboração de convenções e recomendações podia tornar-se inconsequente se a Organização se limitasse a emitir textos, a obter ratificações e a verificar o cumprimento pelos Estados-Membros.

Era necessário complementar a chamada “acção normativa” com a assessoria qualificada aos governos em dificuldades, desde que estes o solicitassem. E foi para essa direcção que, a partir de 1949, Morse reorientou, em parte, a utilização de recursos e *know-how* disponíveis pela OIT, através do “Programa de Assistência Técnica da OIT”.

De resto, o caso de David Morse é interessante por várias outras razões. Havia de manter-se no cargo, mediante eleições sucessivas, por mais de vinte anos (até 1970) — o que só pode entender-se como prova do reconhecimento da enorme qualidade do seu desempenho. No mesmo sentido aponta o facto de a OIT ter ganho o Prémio Nobel da Paz, quando, em 1969, celebrava meio século de existência.

O longo mandato de David Morse foi muito produtivo em matéria de convenções e recomendações. Para além das mencionadas Convenções 87 e 98, algumas outras “convenções fundamentais” foram aprovadas nesse período: a Conv. 100, sobre a igualdade remuneratória (1951), a Conv. 105, sobre o trabalho forçado (1957) e a Conv. 111, sobre a discriminação no emprego e na ocupação (1958).

Nas décadas subsequentes à exoneração de Morse (por sua iniciativa), a Organização foi liderada por quatro europeus (Wilfred Jenks, britânico; Francis Blanchard, francês; Michel Hansenne, belga; e o actual Guy Ryder, de novo britânico), e, pelo meio, um chileno, Juan Somavia. Todos eles eram e são pessoas dotadas de altíssima qualidade intelectual, experiência política e total conhecimento dos meandros em que uma estrutura complexa como a OIT tinha que movimentar-se. Todos eles, por isso, imprimiram marcas próprias à actividade da Organização, em mandatos longos, com excepção de Jenks, que se manteve no cargo apenas quatro anos.

No entanto, se tivermos em conta a magnitude das contribuições creditadas aos anteriores Directores da OIT, no sentido da sua afirmação de identidade e da sua consolidação como agente relevante no cenário internacional, ao longo do primeiro meio século da sua existência, teremos que distinguir, nos tempos mais recentes, dois “momentos” de grande importância, com dimensão comparável à dos primeiros, e associados à acção de dois Directores: Michel Hansenne e Juan Somavia.

Ambos estiveram, como veremos, implicados no primeiro desses momentos: o da aprovação, pela Conferência Internacional do Trabalho, da “Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho, e seu seguimento”, em 18 de Junho de 1998.

Entre outros aspectos, essa “Declaração” — que constituiu um instrumento de vinculação de todos os Estados-Membros, pelo simples facto de serem membros, e independentemente de qualquer ratificação ou aceitação formal — proclamou quatro princípios fundamentais, correspondentes à matéria de oito convenções, consideradas, por isso, “fundamentais” (*core labour standards*):

- a) A liberdade de associação e o reconhecimento efectivo do direito à negociação colectiva — matérias tratadas na Conv. 87 e na Conv. 98, já referidas;
- b) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado e compelido — Conv. 29 e Conv. 105;
- c) A efectiva abolição do trabalho infantil — Conv. 138 e Conv. 182;
- d) A eliminação da discriminação relativa ao emprego e ocupação — Conv. 100 e Conv. 111.

Este conjunto de normas passou a estar coberto por um regime de especial vinculação dos Estados-Membros no sentido da sua ratificação, ou da realização de progressos para que a ratificação se torne possível. Enquanto a generalidade das convenções está aberta a ratificações que dependem da livre apreciação e decisão dos Estados — embora seguidos pelo sistema geral de acompanhamento da aplicação das convenções —, as oito fundamentais são objecto de um sistema de relatórios anuais de revisão, exigidos aos Estados não ratificantes de alguma(s) dela(s), em que estes devem expor as medidas tomadas no sentido da ratificação, e de que devem constar os comentários dos parceiros sociais nacionais.

Para além das oito convenções fundamentais, o Conselho de Administração destacou também quatro convenções denominadas “prioritárias”, por se referirem a matérias instrumentais para o funcionamento de todo o sistema de padrões laborais internacionais. São as seguintes:

- Conv. 81, sobre a inspecção do trabalho (1947)
- Conv. 122, sobre a política de emprego (1964)
- Conv. 129, sobre a inspecção do trabalho na agricultura (1969)
- Conv. 144, sobre a consulta tripartida referente às normas internacionais do trabalho (1976)

Todas as convenções fundamentais e prioritárias foram ratificadas pelo Estado português⁽¹¹⁾.

A Declaração de 1998 foi o resultado de um processo de debate acerca das consequências sociais da globalização e da internacionalização dos mercados — um processo que marcou fortemente o mandato de Michel Hansenne à frente da OIT (1989-1999).

Nesse processo, Juan Somavia desempenhou, desde logo, um papel relevante, lançando a iniciativa de uma Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social que se reuniu em Copenhague, em 1995, e na qual ele actuou como representante especial do Secretário-Geral da ONU. Perante o seu enfático apelo ao “consenso social que dê sustentabilidade ao consenso político e económico e introduza a fraternidade e a solidariedade como componentes centrais das relações humanas”, a Cimeira (que reuniu nada menos de 153 Chefes de Estado) consagrou o compromisso de “promover o respeito pelas convenções relevantes da Organização Internacional do Trabalho, incluindo as relativas à proibição do trabalho forçado e infantil, à liberdade de associação, ao direito de organizar e negociar colectivamente e ao princípio da não discriminação”. No ano seguinte, foi já no quadro da Organização Mundial de Comércio, reunida em Singapura, que o respeito pelas convenções fundamentais da OIT recolheu o empenho dos Estados-Membros.

No entanto, o projecto da Declaração de 1998 deparou — como outras iniciativas apontadas à elevação das condições de trabalho a nível global — com as reservas de vários países em vias de desenvolvimento, que viam nela a semente do protecçãoismo. Essas reservas foram afinal superadas, inclusivamente porque, no próprio texto, se afirmava que “as normas do trabalho não poderão ser usadas para fins comerciais protecçãoistas e que nada na presente Declaração e no seu acompanhamento poderá ser invocado ou utilizado para tal fim; além disso, a vantagem comparativa de qualquer país não poderá ser de qualquer modo posta em causa com base na presente Declaração e no seu acompanhamento”.

Foi, pois, sob a égide de Michel Hansenne — no ano anterior àquele em que deixaria a Direcção da OIT para se tornar deputado no Parlamento

⁽¹¹⁾ Vide <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102815>.

Europeu — que a Conferência aprovou a “Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais”, desenhando o rumo dominante que, a partir daí, a OIT iria seguir.

O segundo “momento” capital dos tempos mais recentes está já inteiramente associado à figura imponente de Juan Somavia: a aprovação, na Conferência de 2008, da “Declaração sobre justiça social para uma globalização justa”, colocando em evidência a chamada “Agenda do trabalho decente”.

Esta Declaração situa-se na sequência lógica e na continuidade histórica dos grandes *statements* que pontuaram a existência da OIT: a Constituição de 1919, a Declaração de Filadélfia de 1944, e a “Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho” de 1998. Em rigor, o quadro de valores de referência e os grandes objectivos estratégicos permaneceram inalterados, ajustando-se as suas concretizações à evolução — muito pronunciada ao longo de um século — dos contextos económicos, sociais e políticos, à escala planetária.

A ideia-força do trabalho decente tinha sido lançada pelo próprio Somavia, no seu primeiro relatório anual à Conferência, em 1999. O relatório intitulava-se, exactamente, *Trabalho decente* e nele se esclarecia a ideia: “Trabalho decente significa trabalho produtivo em que os direitos estão protegidos, que gera um rendimento adequado, com adequada protecção social. Significa também trabalho suficiente, no sentido de que todos devem ter pleno acesso a oportunidades de ganho de rendimento”⁽¹²⁾.

Amartya Sen, detentor do prémio Nobel de economia, estava presente na Conferência e fez um amplo e profundo comentário ao relatório. Começando por considerá-lo “visionário”, sustentou, no entanto, que “a visão compreensiva da sociedade que caracteriza a abordagem adoptada em *Trabalho decente* fornece um entendimento mais prometededor da necessidade de diferentes instituições e diferentes políticas na prossecução dos direitos e interesses da gente que trabalha”. E acrescentou: “Não é adequado concentrar-se só na legislação do trabalho, uma vez que as pessoas não vivem e trabalham num ambiente compartimentado. As conexões entre acções e possibilidades económicas, políticas e sociais podem ser críticas para a realização dos direitos e para a prossecução de amplos

⁽¹²⁾ Acessível em <<https://www.ilo.org/public/english/standards/reln/ilc/ilc87/rep-i.htm#The%20new%20policy%20emphasis>>.

objectivos de trabalho decente e adequadas condições de vida para as pessoas que trabalham”⁽¹³⁾.

Trata-se, pois, de um “conceito integrador com o qual se deve analisar e compreender melhor o impacto de aspectos mais específicos do trabalho da OIT” e “um meio de organizar e gerir o trabalho da Repartição”⁽¹⁴⁾. A utilização dos recursos da Organização passa a concentrar-se em quatro referências estratégicas fundamentais: direitos no trabalho, criação de emprego, protecção social e diálogo social.

Antes e depois da aprovação da Declaração, Somavia desdobrou-se em contactos de alto nível — fazendo render a sua enorme experiência como diplomata de carreira —, inclusivamente com instituições internacionais insuspeitas de qualquer particular sensibilidade social, como o FMI e o Banco Mundial. Desassombradamente, fez ondear o seu estandarte em reuniões do G20, do Fórum Económico Mundial e da Organização Mundial do Comércio. A voz da OIT ganhou saliência inusitada no proscénio internacional, ainda que os resultados concretos não possam considerar-se extraordinários.

De qualquer modo, a estatura física do Director-geral da OIT, acentuada por uma longa barba e por um olhar escuro, penetrante, complementado pelo sorriso fixo dos diplomatas, gerava um silêncio singular quando se erguia para pronunciar os seus discursos. Somavia era, na verdade, ouvido com cuidado nos palcos internacionais em que actuava — ainda que o eco da sua voz se apagasse depressa.

Entretanto, a Organização ajustava-se a um novo roteiro.

Por um lado, o ritmo de “produção” de convenções e recomendações abrandava. Se, nas duas décadas anteriores à tomada de posse de Somavia (1980/1999), tinha sido possível aprovar 28 convenções, esse movimento desacelerou bruscamente nos primeiros vinte anos do novo milénio. Com efeito, no período de 2000/2019, apenas 7 convenções foram concluídas — a última das quais, com o n.º 190, sobre a violência e o assédio no trabalho (2019).

Por outro lado, a OIT passou a tentar influenciar as políticas públicas e a acção dos agentes económicos e sociais, no sentido da incorporação

⁽¹³⁾ Cf. <<https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/a-sen.htm>>.

⁽¹⁴⁾ AA. VV., *The ILO and the quest for social justice*, cit., p. 224.

daqueles objectivos e do seu desenvolvimento nos cenários nacionais. Guy Ryder, o actual Director-geral, foi incisivo ao dizer: “Não vai ser a tecnologia. Não vai ser a globalização. Vão ser decisões políticas e práticas políticas a definir o futuro do trabalho”.

Ryder é o quarto britânico a ocupar o cargo (se considerarmos Edward Phelan como tal, uma vez que actuou de início como súbdito do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, e acabou como cidadão da Irlanda independente). Embora com formação universitária — um *Master of Arts* obtido em Cambridge —, as credenciais de Guy Ryder, ao contrário dos antecessores, foram obtidas, essencialmente, na qualidade de sindicalista. Dirigiu organizações de trabalhadores inglesas em todos os níveis, e pertenceu também à liderança da Confederação Europeia de Sindicatos. A sua perspectiva não é, propriamente, erudita. Quem observe com cuidado a sua expressão, encontrará nela os traços de determinação e de flexibilidade próprios de um negociador de excelência. Não frequentou as chancelarias nem foi membro de um governo. É um dirigente formado pelos desafios concretos da realidade laboral e muito atento ao papel que pode ser desempenhado pelo poder político no estabelecimento de equilíbrios sociais.

Pertenceu-lhe a iniciativa da constituição de uma gigantesca “Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho”, co-presidida por Ramaphosa, presidente da África do Sul, e Löfven, primeiro-ministro sueco. A Comissão integrava estadistas, homens de negócios, representantes do mundo do trabalho, professores universitários, membros de centros de pesquisa e reflexão, e debateu profundamente o tema ao longo de 15 meses, acabando por produzir um documento notável de 78 páginas, o relatório intitulado “Trabalho para um futuro melhor” (*Work for a brighter future*, na versão inglesa). A apresentação do relatório constituiu o acto inaugural da comemoração do centenário da Organização.

A necessidade de impulsionar, à escala global, inflexões políticas fundamentais está bem documentada nas recomendações constantes do relatório. Entre elas, figura a da instituição de “uma garantia laboral universal que proteja os direitos fundamentais dos trabalhadores, um salário digno adequado, limites de horas de trabalho e locais de trabalho seguros e saudáveis”. Uma outra é a da “gestão das mudanças tecnológicas para impulsionar o trabalho decente, incluindo um sistema de governança internacional das plataformas de trabalho digital”.

O relatório forneceu a oportunidade e o objecto para uma enorme série de reuniões e conferências, em todo o Mundo, com o correspondente efeito de disseminação. Guy Ryder esteve em algumas delas — mas não

na de apresentação do relatório em Lisboa, que foi protagonizada por um dos membros da “Comissão Global”.

No entanto, tinha estado na capital portuguesa, pelo menos, por duas vezes nos anos mais recentes — e em nenhuma delas teve motivos para a mágoa que o seu remoto antecessor, John Winant, experimentara à beira do Tejo. Uma dessas vezes, em 2016, para a comemoração do centenário do Ministério do Trabalho. Outra, em 2018, para a apresentação do relatório da OIT intitulado “Trabalho digno em Portugal 2008/2018 — da crise à recuperação”.

A evocação que acabamos de fazer — limitando-se aos grandes marcos e aos protagonistas fundamentais da história da Organização — mostra como a OIT se reveste de singularidade, no conspecto geral das instituições internacionais.

Desde logo, a singularidade afirma-se em algumas fraquezas constitucionais, como a atribuição de lugares permanentes no Conselho de Administração aos governos de dez Estados “cuja importância industrial seja mais considerável”. Para além da difícil justificação de tal estatuto preferencial, em si mesmo, numa organização que não se insere na teia da política internacional, não se pode ignorar que alguns desses Estados estão longe de constituir bons exemplos em matéria de salvaguarda dos direitos sociais e de qualidade das condições de trabalho⁽¹⁵⁾.

Mas os factores positivos de singularidade são bem mais numerosos e importantes. Desde logo, a adopção do tripartismo como princípio de organização e funcionamento, que nunca foi abandonado nem menosprezado. Embora se trate de um princípio aplicado de modo algo desequilibrado (os parceiros sociais mandam e decidem, os governos financiam e cumprem compromissos), ele está no cerne do sucesso da Organização. Depois, a capacidade de sobrevivência: a OIT foi, segundo cremos, a única agência da Sociedade das Nações que manteve a sua identidade e a sua actividade para além da extinção daquela, e pôde apresentar-se com a autonomia suficiente para estabelecer, sem descontinuidade, um acordo de integração no sistema ONU. Em terceiro lugar, a flexibilidade organizacional: perante as enormes dificuldades suscitadas pela guerra na Europa,

⁽¹⁵⁾ São os seguintes: Brasil, China, França, Alemanha, Índia, Itália, Japão, Federação Russa, Reino Unido e Estados Unidos da América.

a OIT mudou a sua sede para o Canadá, mas pôde, além disso, realizar actos importantes em Londres, em Filadélfia, em Nova Iorque e em Washington. Finalmente, a adaptabilidade tática: não obstante os factores de travagem e de alongamento processual que constituem a contrapartida negativa do tripartismo, a Organização manteve, ao longo de todo um século perturbado e cheio de desafios, graças à capacidade diplomática dos seus responsáveis e à qualidade dos seus recursos técnicos e humanos, o essencial das suas referências de valor e das suas grandes linhas estratégicas. A Constituição, a Declaração de Filadélfia, a “Declaração dos princípios e direitos fundamentais” e a “Declaração para uma globalização justa” parecem escritas pela mesma pessoa.

A OIT é, na verdade, uma organização internacional diferente das outras.

PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO NO REGISTO PREDIAL(*)

Por Blandina Soares(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Procedimentos de justificação previstos em legislação diversa. III. Processo de Justificação previsto no Código do Registo Predial. 1. Modalidades. 2. Pressupostos. 3. Tramitação.

I. Introdução

Como afirmou CARVALHO FERNANDES, *o princípio do trato sucessivo* corresponde, sem dúvida, a um dos traços fundamentais do sistema do registo predial português, não só por presidir a aspetos muito relevantes da sua orgânica, mas também por ser uma das vias de efetiva realização da sua função e finalidade^(1/2).

(*) Texto apresentado em 14 de fevereiro de 2019, no workshop organizado em conjunto pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (IRN, I.P.) e pelo Centro de Estudos Notariais e Registais (CENoR), na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(**) Conservadora dos Registos e membro do Conselho Consultivo do IRN, I.P.

(1) Cf. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 6.^a ed. (reimpressão), Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 122.

(2) O princípio do trato sucessivo está consagrado no art. 34.º do Código do Registo Predial. Do preceito decorre que o direito do adquirente tem de se basear no do transmitente. Este princípio destina-se a quem tem de efetuar o registo, essencialmente ao Conservador, e encerra duas vertentes. Na primeira, falamos do princípio do trato sucessivo na modalidade da inscrição prévia ou primeira inscrição, visando os registos que incidem sobre prédios não descritos na conservatória ou prédios descritos, mas sem uma inscrição de aquisição em vigor ou equivalente (art. 34.º, n.ºs 1, 2 e 3). Ora, no caso de o registo incidir sobre um daqueles tipos de prédios, de acordo com o n.º 1 do art. 34.º, é obri-

Para que este princípio possa ser cumprido é essencial que os interessados disponham dos documentos necessários⁽³⁾. Ora, historicamente, sempre os interessados encontraram dificuldades para a obtenção de documentos, quer para o registo prévio, quer para os registos intermédios a partir do último titular inscrito, designadamente quando se instituiu a regra da obrigatoriedade da prévia inscrição de aquisição, pelo n.º 1 do art. 13.º dos Códigos do Registo Predial de 1959 e 1967, e, anteriormente, com o estabelecimento do regime do registo obrigatório, nos concelhos onde vigorava o cadastro geométrico^(4/5).

O legislador procurou, assim, através das *justificações*, remediar o problema da falta de documentos, admitindo-as, primeiro apenas para o ingresso das primeiras inscrições e depois para servir de base às inscrições intermédias no registo predial⁽⁶⁾.

Portanto, a justificação, através de processo ou de escritura pública, surgiu como um meio *fácil e expedito* para que qualquer interessado que *real e indiscutivelmente* tivesse o direito, mas que não possuísse os documentos necessários para registo (o título ou títulos), pudesse por esta via suprir o título para o registo de aquisição a seu favor. No caso de se demonstrar que existe um título formal para o registo, não há nada que suprir, pelo que o registo deverá ser efetuado com base nesse título e não na justificação⁽⁷⁾.

gatória a inscrição prévia em nome do onerante para a constituição de encargos por negócio jurídico. Exemplificando, o prédio terá de ter um registo de aquisição a favor daquele que pretende constituir uma hipoteca voluntária. No que concerne à aquisição de direitos, ainda nesta modalidade, o registador tem de exigir o registo prévio em nome de quem transmite — primeira parte do art. 34.º, n.º 2 — mas se for apresentado ao serviço de registo o documento comprovativo do direito do transmitente ou tratando-se de aquisição baseada em partilha, não é necessário efetuar o primeiro registo — última parte do art. 34.º, n.º 2 e n.º 3. Na segunda modalidade, o princípio refere-se à continuidade das inscrições e refere-se aos registos solicitados sobre prédios descritos e com inscrição de aquisição ou reconhecimento de direito suscetível de ser transmitido (v.g., por decisão judicial) ou mera posse, em vigor (art. 34.º, n.º 4). Nesse caso, há uma obrigatoriedade de intervenção do titular inscrito de forma a poder ser lavrada nova inscrição definitiva.

⁽³⁾ Cf. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *Temas de Registos e de Notariado*, “Notas sobre as Justificações”, Coimbra: Almedina, 2010, p. 97, ss.

⁽⁴⁾ Pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 36505, de 11 de setembro de 1947, e regulado pela Lei n.º 2049, de 6 de agosto de 1951.

⁽⁵⁾ Cf. ISABEL PEREIRA MENDES, “Justificações e princípios registais”, Verbo Jurídico, p. 9, ss., disponível *online* e MÓNICA JARDIM, “A evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade”, p. 18, ss., disponível *in* <<http://cenor.fd.uc.pt/site/#>>.

⁽⁶⁾ Cf. MÓNICA JARDIM, “A evolução Histórica da Justificação de Direitos de Particulares para Fins do Registo Predial e a Figura da Justificação na Actualidade”, *cit.*, pp. 7-8.

⁽⁷⁾ Cfr. Proc. no 14/93 R.P.4, BRN 5/2001 e Processo n.º 85/92 R.P. 4, BRN 7/2002, *in* <<http://www.irm.mj.pt/IRN/sections/irm/legislacao/publicacao-de-brn/boletins-dos-registos-e/>>.

A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de outubro, em 1 de janeiro de 2002, o processo de justificação passou a ser decidido pelo próprio conservador^(8/9). O citado diploma, inserido num plano de desburocratização e simplificação processual, operou a transferência de competências em processos de carácter eminentemente registal dos tribunais judiciais para os conservadores de registo, numa estratégia de desjudicialização de matérias que não consubstanciavam verdadeiro litígio.

Por isso se afirma que a admissibilidade do processo de justificação pressupõe a ausência de qualquer situação controvertida ou litígio e apenas a resolução de problemas de falta do título, não da falta do direito.

Em concordância com o exposto, o processo de justificação é um procedimento que está previsto no Capítulo I do Título VI do Código do Registo Predial (CRP)⁽¹⁰⁾, que tem como título “Meios de Suprimento”, e que é instaurado na conservatória e decidido, numa primeira instância, pelo conservador.

II. Procedimentos de justificação previstos em legislação diversa

De acordo com o n.º 3 do art. 118.º, são regulados pela legislação respetiva o processo de justificação para inscrição de direitos sobre os prédios abrangidos por emparcelamento e o processo de justificação administrativa para inscrição de direitos sobre imóveis a favor do Estado.

a) Assim, na Lei n.º 111/2015, de 27 de agosto, que contém o Regime Jurídico da Estruturação Fundiária (RJEF), prevê o art. 24.º um processo especial de justificação, admitindo, porém, que o interessado possa recorrer aos meios de justificação regulados no CRP e no Código do Notariado (CN).

⁽⁸⁾ Até então, a ação de justificação judicial para os efeitos e nos termos do art. 116.º era requerida ao juiz da comarca da situação do prédio, que, no caso de não haver oposição, deveria proferir sentença dentro de dez dias após a conclusão da instrução.

⁽⁹⁾ O referido Decreto-Lei n.º 273/2001 alterou os arts. 116.º e 118.º e aditou os arts. 117.º-A a 117.º-P. Posteriormente, os preceitos dos arts. 117.º-B a 117.º-I foram objeto de alteração pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho. Mais recentemente os arts. 117.º-D e 117.º-L foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 125/2013, de 30 de agosto

⁽¹⁰⁾ Os artigos sem referência ao diploma pertencem ao CRP.

O titular de direito sobre prédio abrangido em projeto de emparcelamento integral que não disponha de documento que legalmente o comprove pode obter a inscrição desse direito, para efeitos do disposto no art. 116.º, com base em auto lavrado e autenticado pela Direção-geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural (DGADR) no âmbito de processo de justificação por esta tramitado, o qual segue as normas da justificação notarial, com as necessárias adaptações, uma vez elaborado o projeto de emparcelamento integral, com os elementos elencados no art. 18.º do RJEJ e acautelado o conhecimento e a participação dos interessados, nos termos previstos no art. 19.º do RJEJ.

Dispensa-se a inscrição matricial do prédio quando, de acordo com a remodelação predial definida no projeto de emparcelamento, ele venha a ser integralmente substituído por novo ou novos prédios.

O processo pode destinar-se ao reatamento do trato sucessivo, dispensando-se, nesse caso, a apreciação do cumprimento das obrigações fiscais relativamente às transmissões justificadas.

b) O Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto⁽¹¹⁾, que regula o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) e que tem em vista, nomeadamente, a regularização jurídico-registal dos imóveis que integram o património do Estado, instituiu um procedimento de justificação administrativa, através do qual se visa a obtenção de um título para inscrição de direitos sobre imóveis a favor do Estado Português, podendo também ser utilizado para ultrapassar as “dúvidas acerca dos limites ou características do prédio” (regulado nos arts. 46.º a 48.º). Em face do disposto no art. 46.º do RJPIP, sempre que o Estado ou os institutos públicos pretendam justificar o seu direito para efeitos de registo predial ou quando haja dúvidas acerca dos limites ou características do prédio, podem fazer uso desse procedimento de justificação administrativa.

Neste procedimento, em síntese: elaboram-se listas provisórias com a identificação dos imóveis do domínio privado do Estado (pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças) e listas provisórias dos imóveis dos institutos (pelos institutos públicos); as listas são publicadas na 2.ª série do Diário da República, num jornal de grande circulação a nível nacional e em sítio da Internet de acesso público; a contar da sua publicação no Diário da República, cabe reclamação, no prazo de 30 dias; após decurso do prazo

⁽¹¹⁾ Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 55-A/2010, de 31-12, Lei n.º 64-B/2011, de 30-12; Lei n.º 66-B/2012, de 31-12; pelo Decreto-Lei n.º 36/2013, de 11-03 e pelas Lei n.º 83-B/2013, de 31-12 e Lei n.º 82-B/2014, de 31-12.

de reclamação, as listas definitivas são publicadas na 2.^a Série do Diário da República, constituindo título bastante para efeitos de inscrição registal dos imóveis a favor do Estado ou dos institutos públicos⁽¹²⁾.

c) Mas, tendo o legislador constatado que a regularização massificada desse património era insuficiente e custosa e que na maior parte das situações inexisteriam títulos válidos para o registo predial das operações incidentes sobre esse património, ou desconhecimento dos títulos existentes, ou ainda desconformidade da informação relativa ao prédio entre a constante do título e a constante do registo ou da respetiva inscrição matricial, criou, através do Decreto-Lei n.º 51/2017, de 25 de maio (DL), procedimentos que identificou como mais ágeis e céleres, mas sempre com a garantia da segurança do comércio jurídico imobiliário, e com aplicação limitada no tempo (5 anos a contar da data da entrada em vigor, 30 de maio de 2017): 1) o procedimento extraordinário de registo de bens imóveis do domínio privado do Estado, dos institutos públicos, das regiões autónomas e das autarquias locais; e 2) o procedimento extraordinário de regularização da situação jurídico-registal dos bens imóveis do domínio privado do Estado, dos institutos públicos, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Estes procedimentos cabem a qualquer serviço com competência para a prática de atos de registo predial, na medida em que foram esses serviços que foram designados por deliberação do conselho Diretivo do IRN, I.P. (art. 3.º)⁽¹³⁾.

O procedimento extraordinário de regularização da situação jurídico-registal dos bens imóveis pode ter como finalidade a *justificação administrativa dos direitos*, o cancelamento do registo de quaisquer ónus ou encargos (art. 13.º, n.º 1 do DL), bem como a fixação, alteração ou retificação dos elementos da descrição predial quanto aos limites ou características do prédio. Inicia-se com a comunicação ao serviço de registo, efetua-se a anotação do procedimento no diário e averba-se a respetiva pendência de procedimento, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.ºs 1 a 4 do art. 117.º-E relativo ao averbamento de pendência de justificação (art. 15.º do DL).

(12) Sobre o tema, cf. Processo R.P. 33/2011 SJC-CT, in <<https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/Pareceres-Conselho-Tecnico/>>, e JOÃO MIRANDA [et al.], *Comentário ao regime jurídico do património imobiliário público: domínio público e domínio privado da administração*, Coimbra: Almedina, 2017.

(13) Cf. informação disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registo-predial/docs-predial/portal-do-imobiliario/>.

A tramitação subsequente está prevista nos art. 16.º, ss., do referido diploma legal: elaboração de documento identificativo dos imóveis que terminará por ser assinado pela entidade interessada e pelo conservador; publicação em sítio da Internet e afixação de edital na sede da junta de freguesia da situação do imóvel; comunicação ao titular inscrito de aquisição (caso exista) da publicação do documento; possibilidade de oposição, que a existir, conduzirá ao fim do processo, *sendo os interessados remetidos para os meios judiciais ou extrajudiciais de resolução de conflitos de natureza civil*; não sendo deduzida oposição, o documento identificativo constitui título bastante para efeitos de inscrição dos bens imóveis a favor da entidade interessada.

d) Quanto a este ponto, resta destacar que a Lei n.º 65/2019, de 23 de agosto, a qual mantém em vigor e generaliza a aplicação do sistema de informação cadastral simplificada, criou um procedimento especial de justificação de prédio rústico e misto omissivo, aplicável aos prédios não descritos ou descritos sem inscrição de aquisição ou reconhecimento de direito de propriedade ou de mera posse em vigor. As formalidades prévias, a tramitação e os meios de impugnação do procedimento estão estabelecidos no Decreto Regulamentar n.º 9-A/2017, de 3 de novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto Regulamentar n.º 4/2019, de 20 de setembro. O procedimento especial e os atos praticados no âmbito do mesmo serão gratuitos, quando instruídos com a representação gráfica georreferenciada do prédio, validada ao abrigo da Lei n.º 78/2017, de 17 de agosto, e nas condições previstas no art. 14.º da mencionada Lei n.º 65/2019.

III. Processo de justificação previsto no Código do Registo Predial

1. Modalidades

O processo de justificação⁽¹⁴⁾ destinando-se, como se afirmou, a suprir a falta de documentos, é admitido nas hipóteses previstas no art. 116.º — para estabelecimento do trato sucessivo (n.º 1), para reata-

⁽¹⁴⁾ Bem como a escritura de justificação notarial prevista no Código do Notariado, nos arts. 89.º a 100.º.

mento do trato sucessivo (n.º 2 e art. 34.º, n.º 4)⁽¹⁵⁾ e para o estabelecimento do novo trato sucessivo (n.º 3)⁽¹⁶⁾. Também se aplicarão as disposições relativas à justificação para primeira inscrição, com as necessárias adaptações, para o cancelamento pedido pelo titular inscrito do registo de quaisquer ónus ou encargos, quando não seja possível obter documento comprovativo da respetiva extinção e para o registo da *mera posse* (art. 118.º, n.ºs 1 e 2).

A primeira hipótese — estabelecimento do trato sucessivo — tem aplicação no caso de prédio não descrito, ou descrito, mas sem inscrição de aquisição, reconhecimento de direito ou mera posse em vigor, necessitando o justificante do suprimento de título para a primeira inscrição. Na maioria das justificações o fundamento jurídico ou causa é a usucapião e visa-se a aquisição do direito de propriedade. Destina-se, assim, por regra, a suprir o documento em falta para se efetuar a primeira inscrição de aquisição. A final, no registo predial, far-se-á um registo de aquisição que tem por causa a usucapião⁽¹⁷⁾;

A segunda hipótese — reatamento do trato sucessivo (*reconstituição da sequência de aquisições derivadas*) — ocorre quando o trato sucessivo do titular inscrito até ao atual proprietário se desenrolou sem incidentes no percurso das aquisições derivadas, muito embora, por motivos atendíveis (extravio, destruição, desconhecimento do cartório onde o documento foi lavrado ou outro), falte o documento para o registo de uma ou de algumas das aquisições. Por exemplo, “o adquirente, que pretende registar o prédio a seu favor, tem um título aquisitivo, contudo, quem lhe transmitiu o prédio não foi o titular inscrito.” Visa-se aqui o suprimento dos documentos relativos a uma ou mais transmissões intermédias. No registo, far-se-á a

(15) Por desatualização a norma refere-se ainda ao n.º 2 do art. 34.º, quando, em face das alterações legislativas que a norma sofreu com o Decreto-Lei n.º 116/2008 de 4 de julho, devia referir-se já ao n.º 4 do art. 34.º.

(16) Para maiores desenvolvimentos, cf. Processos R.P. 143/2000 DSJ-CT, BRN 3/2001 e R.P. 20/2001 DSJ-CT, BRN 9/2001; ISABEL PEREIRA MENDES, *Código do Registo Predial anotado e comentado com formulário*, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004; FERNANDO NETO FERREIRINHA e ZULMIRA NETO LINA DA SILVA, *Manual de Direito Notarial — Teoria e Prática*, [S.I.], edição do Autor, 2003, p. 230; e J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *ob. cit.*, pp. 99-100.

(17) Exemplo: Em setembro de 1980, A, casado com B sob o regime da comunhão de adquiridos, comprou (sem título formal) a C, viúvo, já falecido, um prédio rústico inscrito na matriz sob o artigo Y, não descrito no registo. Desde esse mês do ano de 1980 começou a cultivar o prédio, plantando e podando árvores de fruto, pinheiro-manso e carvalhos, bem como produtos hortícolas, e a pastorear os seus animais, à vista de toda a gente, sem interrupções, sem violência ou oposição de ninguém, de forma correspondente ao exercício do direito de propriedade. Pode utilizar o processo de justificação, nos termos do art. 116.º, n.º 1, invocando a usucapião.

inscrição, separada e autónoma, dos factos aquisitivos que fundam o trato sucessivo, com as causas aí especificadas (compra, doação, adjudicação em partilha, etc.), servindo a justificação para suprir os documentos daquelas aquisições para as quais não foi possível obter o título^(18/19);

A terceira hipótese — estabelecimento do novo trato sucessivo (*extinção do trato sucessivo anterior e início de uma nova sequência de aquisições*) — sucede nos casos em que o percurso das aquisições derivadas foi interrompido, nomeadamente por abandono do direito por parte do proprietário, e o justificante necessita de invocar as circunstâncias de que resulta a posse conducente à usucapião, enquanto causa de aquisição originária, estabelecendo-se um novo trato sucessivo que nada tem a ver com o anterior. No registo predial, efetuar-se-á o registo dessa aquisição (originária), tendo por causa a usucapião^(20/21).

⁽¹⁸⁾ Exemplo: Em 1 de setembro de 1980, D, casado com E sob o regime da comunhão de adquiridos, comprou a C, por escritura pública, um prédio rústico inscrito na matriz sob o artigo Y. Esse prédio está descrito no registo e inscrito a favor de A. A vendeu a B, que vendeu a C. D tem o título pelo qual B vendeu a C, mas ignora o cartório onde se realizou a escritura de A para B. Pode utilizar o processo de justificação, nos termos do art. 116.º, n.º 2, para suprir o documento em falta. Será preciso efetuar a notificação do titular inscrito.

⁽¹⁹⁾ No Processo R.P. 125/2011 SJC-CT (na esteira do R.P. 143/2000 DSJ-CT, BRN 3/2001) entendeu-se estar em causa o reatamento do trato sucessivo e não o novo trato sucessivo, na seguinte situação: A, justificante, diz que é dono e legítimo possuidor do prédio X, que comprou por escritura pública ao titular inscrito, no mês de agosto de 1951, num cartório de Lisboa, mas que feitas as inúmeras buscas não conseguiu localizar, invocando a usucapião (com todos os elementos da posse). Deverá efetuar-se o registo com a sua causa (compra) e não usucapião. É que há um trajeto perfeitamente linear de aquisições derivadas.

⁽²⁰⁾ Exemplo: Em setembro de 1980, C, casado com D sob o regime da comunhão de adquiridos, comprou (sem título formal) a B, um prédio urbano inscrito na matriz sob o artigo Y. Desde esse mês do ano de 1980 começou a habitar o prédio, pagando as obras de conservação, tais como a pintura interior e exterior da habitação, a reparação das telhas e a substituição da canalização, que mandou efetuar, e pagando os respetivos impostos, à vista de toda a gente, sem interrupções, sem violência ou oposição de ninguém, de forma correspondente ao exercício do direito de propriedade. Esse prédio está descrito no registo e inscrito a favor de A. A vendeu a B, por escritura pública, que não registou. C, pode utilizar o processo de justificação, nos termos do art. 116.º, n.º 3, invocando a usucapião. Como existe a escritura de A para B, não é preciso proceder-se à notificação do titular inscrito.

⁽²¹⁾ Dito de outra forma: *cabem, assim, no âmbito da justificação de direitos os casos em que o interessado não dispõe de documento algum, porque nunca realizou o negócio jurídico de forma válida; os casos em que título foi outorgado, mas, por motivo atendível, não é possível apresentá-lo; e os casos em que o documento de que o interessado dispõe enferma de omissões ou inexatidões suscetíveis de criar incerteza acerca dos sujeitos ou do objeto da relação jurídica a que o facto se refere e, portanto, dele não pode extrair-se a prova do direito para que aponta.* Cfr. Processos R.P. 142/2010 SJC-CT e R.P. 153/2010 SJC-CT.

2. Pressupostos

O processo de justificação só é admissível verificando-se determinados pressupostos⁽²²⁾:

A) Como vimos, a admissibilidade do processo de justificação pressupõe a ausência de qualquer situação controvertida ou litígio e apenas a resolução de problemas de falta do título, não da falta do direito. Ao conservador não compete dirimir os conflitos, pois essa é uma função que, por força do art. 202.º do Constituição da República Portuguesa, incumbe exclusivamente aos tribunais, através do juiz — função jurisdicional. Com efeito, existindo uma situação controvertida ou litígio, não deve o interessado recorrer ao processo de justificação, pois, em princípio, existirá oposição e o processo será declarado findo e remetidos os interessados para os meios judiciais (art. 117.º-H, n.º 2). Melhor será que o interessado recorra logo ao tribunal. Por outro lado, para que possa proceder-se à justificação, é necessário que haja uma razoável certeza de que o direito existe, devendo o conservador convencer-se da existência desse direito, sucedendo apenas que não existe nem é possível obter a prova documental para o registo. Sendo possível a obtenção do título ou títulos pelas vias normais extrajudiciais, em princípio, não será possível o recurso ao processo de justificação.

B) É também essencial que o interessado tenha legitimidade para formular o pedido no serviço de registo. De acordo com o n.º 2 do art. 117.º-A, além do pretensio titular do direito, tem legitimidade para pedir a justificação quem demonstre ter legítimo interesse no registo do respetivo facto aquisitivo, incluindo, designadamente, os credores do titular do direito justificando. Por conseguinte, têm legitimidade para pedir o processo de justificação aquele ou aqueles que se arroguem titulares do direito e todos aqueles que tenham um interesse legítimo no registo, nomeadamente, os credores do titular do direito justificando. Ora, para que dúvidas não surgissem relativamente ao legal interesse dos credores no registo do facto aquisitivo, o legislador entendeu por bem referi-los expressamente, já que são os principais interessados em ver aumentado o património do devedor⁽²³⁾. Mas, como decorre da norma, existem outros portadores de *inte-*

⁽²²⁾ Cf. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *Temas de Registos e de Notariado*, “Notas sobre as Justificações”, *cit.*, pp. 100 e ss. e ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo*, Coimbra, Almedina, p. 110, ss.

⁽²³⁾ Cf. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 72, anotação ao art. 1292.º.

resse legítimo e, portanto, com legitimidade para o processo. Já se afirmou que será o caso do cônjuge, sozinho, quando o prédio objeto do direito justificando é um bem comum do casal⁽²⁴⁾ ou do herdeiro sozinho que pretenda obter um título formal para o registo de “aquisição em comum e sem determinação de parte ou direito” que tenha como causa a usucapião⁽²⁵⁾.

C) O prédio objeto do direito justificando necessita de estar inscrito na matriz ou ter sido feito o pedido da sua inscrição matricial, reportado à data da instauração do respetivo processo de justificação (art. 117.º-A, n.º 1).

Esta questão tem sido objeto de controvérsia, já que o preceito correspondente do Código do Notariado, o n.º 1 do art. 92.º, é mais exigente⁽²⁶⁾. A posição do Conselho Consultivo (anterior Conselho Técnico) é a de que a norma constante do n.º 1 do art. 92.º é imperativa, pelo que o recurso à escritura pública de justificação para os efeitos previstos no n.º 1 do art. 116.º apenas é lícito estando o prédio inscrito na matriz⁽²⁷⁾.

D) É imprescindível que se encontrem cumpridas as prescrições administrativas relativas aos sucessivos regimes jurídicos sobre loteamentos urbanos e da autorização de utilização⁽²⁸⁾.

Foi objeto de alguma discussão a obrigatoriedade de apresentação da autorização de utilização quando fosse invocada a usucapião. O entendimento firmado, quanto à autorização de utilização, é o de que a exigência estabelecida no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de julho, aplica-se a todas as modalidades de justificação previstas no art. 116.º, porquanto o preceito legal não distingue consoante se trate de reatamento do trato sucessivo ou do seu estabelecimento⁽²⁹⁾.

⁽²⁴⁾ Cf. Processo R.P. 39/2011 SJC-CT.

⁽²⁵⁾ Cf. Processo R. P. 41/2014 STJ-CC. Sobre a tradução tabular do registo de aquisição em comum e sem determinação de parte ou direito tendo como causa a usucapião, cf. Proc. n.º 88/96 R.P. 4, BRN n.º 6/97, p. 23; e Processos n.ºs 153/2010 SJC-CT e 46/2013 STJ-CC (nota 4).

⁽²⁶⁾ Diz assim: “A justificação de direitos que, nos termos da lei fiscal, devam constar da matriz, só é admissível em relação aos direitos nela inscritos”.

⁽²⁷⁾ Cf. ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo*, cit., pp. 116-118. Entre muitos outros, cf. Processos R.P. 108/2010 SJC-CT e R.P. 112/2010 SJC-CT.

⁽²⁸⁾ Exige-se, assim, prova documental da licença ou autorização de utilização ou da sua dispensa, no caso de o imóvel ter sido construído ou inscrito na matriz antes de 7 de agosto de 1951, ou em data posterior, caso o Regulamento Geral das Edificações Urbanas ainda não tivesse entrado em vigor no respetivo concelho.

⁽²⁹⁾ Cf. ISABEL FERREIRA QUELHAS GERALDES e OLGA MARIA BARRETO GOMES, *Justificação Relativa ao Trato Sucessivo*, cit., pp. 55-57 e 112-115. Cf. ainda Processo R.P. 39/2011 SJC-CT.

No que respeita à exigência do cumprimento das normas de direito de urbanismo, sempre manifestado em pareceres do CC⁽³⁰⁾, veja-se uma das conclusões do Acórdão do STJ de 26 de janeiro de 2016:

Na ausência de demonstração do cumprimento das limitações impostas pelas normas administrativas de ordenamento do território relativas à validade das operações urbanísticas como o loteamento ou o destaque [arts. 3.º, alínea a), 5.º, 53.º, n.º 1 e 56.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Loteamentos Urbanos, republicado pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28-12, aplicáveis na data da celebração da escritura], não podem os atos de posse baseados num facto proibido por essas leis permitir uma aquisição por usucapião na medida em que contrários a uma disposição de carácter imperativo (art. 294.º do Código Civil), sendo nula a escritura de justificação que a titula.

E) Por fim, a imprescindível regularidade fiscal. De acordo com o art. 117.º, no caso de justificação para primeira inscrição, presume-se o cumprimento das obrigações fiscais por parte do titular do direito justificando, se o direito estiver inscrito em seu nome na matriz; no caso de se tratar de reatamento do trato sucessivo, se for certificada pelo serviço de finanças a impossibilidade de comprovar os impostos referentes às transmissões justificadas, dispensa-se a apreciação da regularidade fiscal das mesmas transmissões.

3. Tramitação⁽³¹⁾

A) O processo de justificação começa com a realização do pedido em qualquer serviço de registo (com competência para a prática de atos de registo predial) através do qual o interessado solicita o *reconhecimento do direito*, melhor dizendo, pede o suprimento do documento em falta (art. 117.º-B)⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Cf. Processo R.P. 239/2000 DSJ-CT, BRN 10/2001 e R.P. 39/2010 SJC-CT, podendo ler-se aqui: “Acresce que, invocada a usucapião, porque a aquisição do direito de propriedade se reporta ao momento do início da posse, quando aquela respeite a um lote de terreno para construção ou à edificação nele implantada, devem constar do título as menções sobre loteamentos urbanos exigidas pela lei em vigor no momento em que a posse se iniciou e, portanto, a usucapião se verificou. Do mesmo modo, quando o título comprovativo da justificação disser respeito a um prédio urbano, funciona como mais um dos requisitos de admissibilidade do mesmo, a comprovação da existência da correspondente licença de utilização”.

⁽³¹⁾ Cf. Processo R.P. 41/2014 STJ-CC.

⁽³²⁾ J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *ob. cit.*, p. 110, salienta que é pouco rigorosa a fórmula “o reconhecimento do direito em causa” constante do n.º 2 do art. 117.º-B. Acentua que não é neste processo, nem também por *decisão do conservador* que o interessado pode obter o “reconhecimento do direito”,

No pedido, o interessado deve:

- i) Indicar:
 - a) Quando se trate de estabelecer o trato sucessivo relativamente a prédios não descritos, ou descritos, mas sem inscrição de aquisição, reconhecimento de direito ou mera posse em vigor, a causa da aquisição e as razões que impossibilitam a sua comprovação pelos meios normais. Sendo invocada a usucapião como causa de aquisição, são expressamente alegadas as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião [art. 117.º-B, n.º 2, alínea a) e n.º 3]⁽³³⁾;
 - b) Quando se trate de reatar o trato sucessivo, as sucessivas transmissões operadas a partir do titular inscrito, com especificação das suas causas e identificação dos respetivos sujeitos, bem como das razões que impedem a comprovação pelos meios normais das transmissões relativamente às quais declare não lhe ser possível obter o título [art. 117.º-B, n.º 2, alínea b)]⁽³⁴⁾;
 - c) Quando esteja em causa o estabelecimento de novo trato sucessivo, as circunstâncias em que baseia a aquisição originária, bem como as transmissões que a tenham antecedido e as subsequentes⁽³⁵⁾. Neste caso, deverão, de igual modo, ser expressamente alegadas as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião [art. 117.º-B, n.º 2, alínea c) e n.º 3]⁽³⁶⁾.

no sentido usual, substantivo, do termo. O que falta é unicamente o documento comprovativo que permita titular o pedido de registo. Rigorosamente, o pedido será o de obter *o suprimimento desse documento em falta*. Pedir o *reconhecimento do direito em causa* “no sentido de referir que, apesar de lhe faltar o documento comprovativo, tem o direito que se arroga”.

⁽³³⁾ Cf. Processos R.P. 108/2010 SJC-CT e R.P. 112/2010 SJC-CT.

⁽³⁴⁾ Cf. Processo R.P. 125/2011 SJC-CT.

⁽³⁵⁾ ISABEL PEREIRA MENDES, *Código do Registo Predial anotado e comentado com formulário*, cit., p. 407, afirma que a expressão “transmissões subsequentes” significa apenas que se deve mencionar a *sucessão na posse* necessária para completar o historial do prédio. Exemplo: prédio registado a favor de A; A vendeu a B, por escritura pública, que não registou; B vendeu a C, sem título formal; C possuiu e doou o prédio a D, por escritura válida. D será o justificante (novo trato sucessivo), acedendo à posse do anterior (1256.º do CC). Far-se-á um único registo a favor de D. A transmissão de C para D é subsequente à originária.

⁽³⁶⁾ Cf. Processo R.P. 115/2015 SJC-CT.

Por conseguinte, no caso de ser invocada a usucapião, não basta indicar os conceitos jurídicos, mas indicar o facto que determinou o início da posse, determinar o momento em que esta se iniciou, bem como enunciar os atos materiais que caracterizam a posse.

ii) Identificar o prédio ou prédios objeto do direito justificando nos termos exigidos na alínea *b)* do n.º 1 do art. 44.º: o número da descrição do prédio ou as menções necessárias à sua descrição (art. 117.º-B, n.º 4);

iii) Designar 3 testemunhas. Às testemunhas aplica-se o disposto no art. 84.º do Código do Notariado [por remissão do art. 117.º-C, n.º 2 para o art. 96.º do CN], não podendo ser testemunhas aqueles que não podem ser testemunhas instrumentárias (art. 68.º do CN), nem os parentes sucessíveis dos justificantes, nem o cônjuge de qualquer deles;

iv) Juntar os documentos comprovativos das transmissões anteriores e subsequentes ao facto justificado a respeito dos quais não alegue a impossibilidade de os obter;

v) Juntar outros documentos que considere necessários para a verificação dos pressupostos da procedência do pedido, designadamente, documentos que comprovem a regularidade fiscal da justificação (art. 117.º, n.ºs 1 e 2); a existência de inscrição matricial do prédio⁽³⁷⁾ ou do pedido da inscrição na matriz à data da instauração do processo (art. 117.º-A, n.º 1); no caso de justificação de prédios urbanos, a autorização de utilização, etc.

B) Realizado o pedido com os documentos respetivos e os emolumentos devidos pelo processo⁽³⁸⁾, é efetuada a correspondente anotação no diário, considerando-se instaurado o processo de justificação (art. 117.º-D).

⁽³⁷⁾ Cf., no entanto, o disposto no art. 31.º do CRP.

⁽³⁸⁾ Cf. art. 21.º, n.º 4 do RERN:

4. Processo de justificação, incluindo todos os atos de registo realizados em consequência do mesmo:

4.1. Pelo processo — € 400;

4.2. Pela dedução de oposição — € 100.

4.3. Se o processo abranger mais do que um prédio, acresce € 50 por cada prédio a mais, até ao limite previsto no n.º 1.2;

4.4. Se o processo tiver em vista apenas o cancelamento de ónus ou encargos — € 250;

4.5. No caso de indeferimento liminar do pedido é devolvida a quantia cobrada, com exceção de valor igual ao da recusa.

E art. 28.º, n.º 33: Os emolumentos previstos nos n.ºs 2.1, 2.12, 2.16.2, 2.17, 3, 4, 5 e 12 do

O pedido deve ser rejeitado se houver falta de pagamento de preparo. A verificação da falta de pagamento de preparo após a apresentação do pedido no diário, que não tenha sido colmatada após notificação para o interessado proceder à entrega das quantias em falta (art. 151.º, n.º 9), dá lugar à recusa da apreciação do pedido^(39/40).

C) Não se verificando a causa de rejeição ou a recusa de apreciação do pedido, deve ser officiosamente averbada — à inscrição e com o número, a data e a hora da apresentação do processo de justificação — a “pendência de justificação”.

Se o processo respeitar a prédio ainda não descrito é necessário abrir a sua descrição⁽⁴¹⁾;

Se a descrição resultar de desanexação de outro prédio, a desanexação é efetuada por anotação⁽⁴²⁾.

Todos os registos posteriores ao averbamento “pendente de justificação” que dependam, direta ou indiretamente, da decisão do processo de justificação, deverão ser qualificados como provisórios por natureza nos termos da alínea b) do n.º 2 do art. 92.º, sendo-lhes aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.ºs 6 a 8 do mesmo artigo.

De salientar que o averbamento de pendência só será cancelado nas hipóteses em que seja proferida decisão definitiva que indefira o processo de justificação ou decisão que declare findo o processo (art. 117.º-E). Esta última decisão ocorrerá sempre que houver oposição (arts. 117.º-H, n.º 2 e 117.º-F, n.º 7).

Por conseguinte, o averbamento de pendência da justificação tem uma dupla função: por um lado, alerta potenciais interessados para o facto de se encontrar em curso um processo de justificação relativamente ao bem em causa e, por outro, viabiliza o registo da decisão final proferida no aludido processo de justificação, pois os registos que venham a ser efetua-

art. 21.º, bem como o emolumento previsto nos n.ºs 7.7, 7.7.1, 7.7.2 e 7.7.3 do art. 27.º, são reduzidos em 65 % quando o facto respeite apenas a prédios rústicos de valor inferior a € 10 000.

⁽³⁹⁾ Cf. Processo C.P. 33/2012 SJC-CT, sobre a inaplicabilidade do apoio judiciário ao processo de justificação.

⁽⁴⁰⁾ A rejeição do pedido e a recusa de apreciação do pedido devem ser fundamentadas em despacho a notificar ao interessado para efeitos de impugnação, nos termos dos art. 140.º, ss. (art. 66.º, n.º 3).

⁽⁴¹⁾ Que será inutilizada no caso de o averbamento de pendência ser cancelado. A menos que devam subsistir em vigor outros registos entretanto efetuados sobre o prédio.

⁽⁴²⁾ Que, entendemos, também deverá ser dada sem efeito no caso de o averbamento de pendência ser cancelado ou *convertida* em averbamento com a decisão definitiva que defira o processo de justificação.

dos na sequência da justificação terão a data da apresentação do averbamento de pendência.

D) Averbada a pendência de justificação, o conservador deve analisar o processo e concluir se pode ou não dar prosseguimento ao mesmo, competindo-lhe a emissão de um dos seguintes despachos⁽⁴³⁾: **1)** de indeferimento liminar, **2)** de aperfeiçoamento do pedido, ou **3)** de notificação dos interessados, caso a justificação se destine ao reatamento ou ao estabelecimento de novo trato sucessivo.

1) Se o pedido for manifestamente improcedente deve ser liminarmente indeferido através de despacho fundamentado, de que se notifica o interessado (art. 117.º-F, n.º 1 e n.º 2, *in fine*). Será manifestamente improcedente se ocorrer alguma das hipóteses previstas no art. 186.º do CPC (*ex vi* do art. 156.º), se o próprio pedido for *manifestamente improcedente*⁽⁴⁴⁾, ou por não poder concretizar-se (dada a gravidade do erro) ou não ter sobrevivido no prazo devido o aperfeiçoamento do pedido.

O despacho de indeferimento liminar é sempre suscetível de impugnação e de eventual reparação da decisão (n.ºs 4 e 5 do art. 117.º-F). Se o interessado não impugnar é arquivado o processo. Havendo impugnação pode o conservador reparar a decisão e dar andamento ao processo.

2) Se a incorreção não for tão grave que deva conduzir ao indeferimento liminar da pretensão, pode ser emitido um despacho que se destine a convidar o interessado para, no prazo de dez dias⁽⁴⁵⁾, vir

⁽⁴³⁾ Não havendo referência expressa aos prazos em que devem ser proferidos os despachos, nas normas que regulam o processo de justificação, deverá aplicar-se subsidiariamente o art. 156.º, n.º 1, do CPC, isto é, 10 dias (por força do art. 156.º do CRP). Nesse sentido, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *ob. cit.*, p. 113, nota 41.

⁽⁴⁴⁾ J. LEBRE DE FREITAS (*A Ação Declarativa Comum — À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 3.ª ed., p. 56), exemplificando quando o pedido é *manifestamente improcedente*, refere a situação em que não há dúvida, perante a narração dos factos feita pelo próprio autor, sobre a inocorrência dos factos constitutivos desse direito ou sobre a ocorrência de factos que o impedem ou extinguem. Acentua, porém, que a simples interpretação ou aplicação de uma norma de direito que possa ter mais de um entendimento pela doutrina ou jurisprudência não deve levar nunca ao indeferimento liminar.

⁽⁴⁵⁾ Note-se que este prazo é mais alargado do que o prazo de cinco dias previsto no art. 73.º, n.º 2 do CRP para as hipóteses de suprimento de deficiências em processo normal de registo. Contudo, ressalva-se também neste caso a situação em que o serviço de registo pode obter os documentos ou suprir a ausência dos elementos em falta por acesso às bases de dados das entidades competentes (por exemplo, a caderneta predial) ou por qualquer outro meio idóneo, nomeadamente por comunicação com o justificante, nos termos do art. 117.º-F, n.º 3.

juntar ao processo os documentos em falta ou prestar declaração complementar sobre os elementos de identificação omitidos. Apesar da letra da lei — “nos seguintes casos” [alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 117.º-F] — julgamos que estas não são as únicas hipóteses de aperfeiçoamento⁽⁴⁶⁾.

- 3) Devendo o processo prosseguir, por não haver lugar ao indeferimento liminar nem ao referido aperfeiçoamento, ou tendo embora havido lugar a aperfeiçoamento, por as irregularidades já se encontrarem supridas, é notificado o titular da última inscrição — art. 117.º-G⁽⁴⁷⁾. Esta notificação só ocorre nas hipóteses em que a justificação se destina ao reatamento ou ao estabelecimento de novo trato sucessivo, pois na hipótese de estabelecimento de trato sucessivo a justificação tem por objeto prédios ainda não descritos ou descritos, mas sobre estes não incide qualquer inscrição de aquisição ou equivalente, não existindo titular inscrito a notificar. Acresce ainda que a notificação só será de efetuar se não houver título disponível e apresentado onde tenha tido intervenção o titular inscrito a notificar⁽⁴⁸⁾.

De acordo com o n.º 3 do art. 117.º-G, as notificações são feitas nos termos gerais da lei processual civil⁽⁴⁹⁾. Contudo, no caso de o titular ins-

⁽⁴⁶⁾ Poderá servir, por exemplo, para completar a identificação dos interessados e/ou das testemunhas, para sanar algumas contradições menos graves do próprio pedido, para *comprovar* que o titular inscrito está ausente em parte incerta ou é já falecido para que no processo se prossiga imediatamente com a notificação edital, para completar elementos já certos acerca da natureza do prédio objeto do direito justificando [cf. arts. 1722.º, n.º 2, *b*) e 1724.º, *b*), do Código Civil], etc., etc. MÓNICA JARDIM (*ob. cit.*, p. 53) sustenta que, de acordo com o art. 508.º do CPC (que corresponde, *de algum modo*, ao art. 590.º do atual CPC) poderá haver aperfeiçoamento também na falta de elementos de identificação do justificante, mas também em outras hipóteses. Por seu lado, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO (*ob. cit.*, p. 114), expressa que «Ainda que não exista preceito exposto propendemos a considerar que, nos termos gerais, poderão eventualmente ocorrer diligências complementares (v.g. a junção de documento) que possam esclarecer algum ponto que ficou em dúvida e principalmente no sentido de se “aproveitar o processado”».

⁽⁴⁷⁾ Como se disse no Processo R.P. 129/2010 SJC-CT, essa atuação (de notificação) insere-se precisamente no processo de afastamento da presunção derivada do registo (art. 7.º do CRP) uma vez que possibilita àqueles a dedução de oposição à pretensão dos justificantes.

⁽⁴⁸⁾ Sobre a questão de saber em que pode consistir o “título em que tenha intervindo o titular inscrito”, cf. Processo R.P. 136/2011 SJC-CT.

⁽⁴⁹⁾ Isto é, de acordo com os art. 219.º, ss., do CPC, especialmente o art. 249.º, n.º 1 (as notificações são feitas por carta registada, dirigida para residência ou sede da parte ou para o domicílio escolhido para o efeito de as receber, presumindo-se feita no 3.º dia posterior ao do registo ou no 1.º dia útil seguinte a esse, quando o não seja) aplicável com as necessárias adaptações, o que não deixa de ser similar ao que consagra atualmente o art. 154.º do CRP (carta registada).

crita se encontrar ausente em parte incerta ou ser já falecido, proceder-se-á à sua notificação edital ou à dos seus herdeiros, independentemente da habilitação, estando determinado nos n.ºs 6 e 7 do art. 117.º-G e nos arts. 7.º e 8.º da Portaria 621/2008, de 18 de julho, como se processa esta notificação edital (afixação de editais, por 30 dias, no serviço de registo da situação do prédio, na sede da junta de freguesia da situação do prédio e, quando se justifique, na sede da junta de freguesia da última residência conhecida do ausente ou do falecido; publicação em sítio da Internet de acesso público com o endereço eletrónico <www.predialonline.mj.pt>⁽⁵⁰⁾.

Se, eventualmente, os interessados notificados deduzirem oposição à justificação dentro dos dez dias subsequentes à notificação o processo é declarado findo, sendo os interessados remetidos para os meios judiciais (art. 117.º-H, n.ºs 1 e 2).

E) Não tendo tido lugar a notificação por a justificação ter por objeto uma primeira inscrição ou, após as notificações, não tendo havido oposição, o processo prossegue para a instrução (inquirição de testemunhas), com a elaboração escrita dos depoimentos por extrato. Após a conclusão da instrução do processo o conservador deve proferir decisão no prazo de 10 dias, onde especifica as sucessivas transmissões operadas, com referência às suas causas e à identidade dos respetivos sujeitos (art. 117.º-H, n.ºs 3 e 4) e, “tratando-se de uma *decisão final*, deverá ter um relatório, preciso e sucinto, do que foi pedido, das diligências efetuadas e da prova que se obteve. Seguir-se-á a parte decisória propriamente dita, com a respetiva fundamentação de facto e de direito”⁽⁵¹⁾.

A decisão do processo de justificação é publicada em sítio da Internet de acesso público com o endereço eletrónico <www.predialonline.mj.pt> [arts. 117.º-H, n.ºs 5 e 7, e art. 7.º, b) da referida Portaria 621/2008] e é notificada aos interessados no prazo de 5 dias. Não havendo recurso da decisão do conservador no prazo legal a decisão torna-se definitiva e devem ser efetuados oficiosamente os consequentes registos (arts. 117.º-H, n.º 6 e 117.º-I, n.ºs 1 e 2).

Contudo, uma vez que o conservador deve respeitar o disposto no art. 72.º do CRP, antes de proceder aos registos deve assegurar o cumprimento das obrigações fiscais. Se o processo se destinar ao estabelecimento do trato sucessivo ou ao estabelecimento do novo trato sucessivo com invocação da usucapião, o valor a cobrar decorre da verba 1.2 da Tabela

⁽⁵⁰⁾ Sobre o tema das notificações em justificação, cf. Processo R.P. 129/2010 SJC-CT, referido.

⁽⁵¹⁾ J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, *ob. cit.*, p. 114.

Geral de Imposto do Selo, já que a usucapião é fiscalmente considerada transmissão gratuita, sendo o imposto devido pelo beneficiário, de acordo com o art. 1.º, n.º 3, alínea *a*) e art. 2.º, n.º 2, alínea *b*) do Código do Imposto do Selo (cf. art. 72.º, n.º 3 do CRP).

E no que concerne ao processo que se destine ao reatamento do trato sucessivo, que visa, portanto, o suprimento dos documentos relativos a uma ou mais transmissões intermédias? Se também aqui o documento suprido pelo processo de justificação for relativo a uma transmissão gratuita (doação, por exemplo), sobre a mesma também incide imposto do selo (verbas 1.1 e 1.2 da TGIS). No entanto, para as transmissões gratuitas não poderemos deixar de conjugar o disposto no art. 117.º, n.º 2, com o art. 72.º, n.º 4. Normalmente já terão decorrido os prazos de caducidade da liquidação ou de prescrição previstos nas leis fiscais (arts. 45.º, ss., e 48.º, ss., da Lei Geral Tributária — Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro — e 39.º e 48.º do Código do Imposto do Selo), pelo que nem será necessária a certificação da impossibilidade de comprovar os impostos referentes às transmissões gratuitas⁽⁵²⁾.

F) No que concerne às impugnações:

Pode o justificante impugnar judicialmente a decisão de indeferimento liminar (art. 117.º-F, n.º 4) ou, prosseguindo o processo até à decisão, podem o Ministério Público e qualquer interessado recorrer da decisão do conservador para o tribunal de 1.ª instância competente na área de circunscrição a que pertence a conservatória onde pende o processo (art. 117.º-I, n.º 1).

Relativamente à impugnação da decisão de indeferimento liminar: o prazo para a impugnação, que tem efeito suspensivo, é de 30 dias e conta-se a partir da notificação⁽⁵³⁾; a impugnação efetua-se por meio de requerimento onde são expostos os respetivos fundamentos⁽⁵⁴⁾; e considera-se feita com a apresentação da mesma no serviço de registo em que o processo se encontra pendente.

Dois caminhos diversos poderão seguir-se no processo:

a) recebida a impugnação, o conservador examina os seus fundamentos e em face dos mesmos reconsidera a sua decisão de indeferimento liminar. Neste caso, repara a decisão de indeferimento liminar do pedido e

⁽⁵²⁾ Cf. Processo R.P. 123/2009 SJC-CT.

⁽⁵³⁾ Cf. os arts. 117.º-F, n.º 4 e 117.º-I, n.º 2. Esta última norma remete para o art. 685.º do antigo CPC, que corresponde atualmente ao art. 638.º do CPC.

⁽⁵⁴⁾ Cf. art. 117.º-I, n.º 3.

elabora um despacho fundamentado onde ordena o prosseguimento do processo do qual notifica o impugnante, não sendo o processo remetido ao tribunal para que seja decidida a impugnação, mas prosseguindo para a notificação ou instrução — art. 117.º-F, n.º 5;

b) após análise dos fundamentos da impugnação decide não reparar a decisão, devendo igualmente notificar o justificante. Ora aqui, também das duas, uma:

- 1) se a justificação se destinar ao estabelecimento de trato sucessivo, ou se destinar ao reatamento ou ao estabelecimento de novo trato sucessivo, mas não se verificar a falta de título em que tenha intervindo o titular inscrito, não há notificações dos interessados a efetuar e o processo é, desde logo, remetido ao tribunal para que seja decidida a impugnação⁽⁵⁵⁾;
- 2) caso a justificação se destine ao reatamento ou ao estabelecimento de novo trato sucessivo e se verifique a falta daquele título procede-se à notificação do titular da última inscrição dos termos do processo de justificação e da impugnação deduzida — art. 117.º-F, n.º 6. Novamente, duas alternativas:
 - 2.1.) se for apresentada oposição ao pedido de justificação, o processo é declarado findo, sendo os interessados remetidos para os meios judiciais⁽⁵⁶⁾, devendo determinar-se o arquivamento do processo;
 - 2.2.) se, no prazo de 10 dias [subsequentes ao termo do prazo da notificação] não for deduzida oposição, só agora o processo é remetido ao tribunal para que seja decidida a impugnação.

Quanto à impugnação da decisão do processo de justificação, podem recorrer o Ministério Público e qualquer interessado. Para esse efeito são notificados os interessados da decisão no prazo de 5 dias e a decisão do

⁽⁵⁵⁾ Neste caso, também em virtude dos princípios consagrados pelo art. 20.º da Constituição da República Portuguesa (cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil* [...], cit., p. 99, ss.) o processo deve ser remetido ao tribunal o mais rapidamente possível e, se possível, até mesmo no próprio dia.

⁽⁵⁶⁾ Nesta hipótese pensamos que a impugnação não chega a ser enviada à entidade competente para decidir do recurso. Porém, estando as partes de acordo no aproveitamento dos articulados e desde que o justificante o requeira sem oposição justificada, pode o processo ser remetido ao tribunal (já não para a decisão da impugnação, mas para a resolução *do litígio*) — cf. art. 99.º, n.º 2, do CPC. As hipóteses de remessa do processo para tribunal para decisão do recurso estão expressamente previstas na lei. Neste sentido, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Usucapião* [...], cit., pp. 89 e 91.

processo de justificação é ainda publicada no sítio <www.predial.online.mj.pt>⁽⁵⁷⁾. O prazo é o mesmo, isto é, de 30 dias a contar da notificação; a impugnação efetua-se por meio de requerimento onde são expostos os respetivos fundamentos; e considera-se feita com a apresentação da mesma no serviço de registo em que o processo se encontra pendente, sendo o processo remetido à entidade competente no mesmo dia em que for recebido — art. 117.º-I⁽⁵⁸⁾.

Recebido o processo, nos termos do art. 117.º-J, o tribunal notifica os interessados para, no prazo de 10 dias, impugnam os fundamentos do recurso. Não havendo lugar a qualquer notificação ou findo o prazo, vai o processo com vista ao Ministério Público. Da sentença proferida no tribunal de 1.ª instância podem interpor recurso (com efeito suspensivo) para o tribunal da Relação os interessados e o Ministério Público, no prazo de 30 dias — art. 117.º-L.

Após o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão proferidos, o tribunal devolve à conservatória o processo de justificação. Finalmente, sendo procedente o recurso, o conservador efetua officiosamente os consequentes registos⁽⁵⁹⁾. Não procedendo a justificação por falta de provas, pode o justificante deduzir nova justificação — arts. 117.º-M e 117.º-N⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cremos, todavia, que embora o Decreto-Lei n.º 116/2008 tenha alterado a norma que dispunha sobre a notificação da decisão ao Ministério Público, pode este ser notificado para tomar conhecimento e eventualmente recorrer da decisão.

⁽⁵⁸⁾ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Usucapião* [...], *cit.*, p. 92, salienta que na hipótese de o recurso ser apresentado fora do prazo [de 30 dias] o serviço de registo deve, em todo o caso, fazer a anotação no diário e remeter o processo ao tribunal a quem cabe a competência para apreciar e decidir da extemporaneidade da impugnação deduzida.

⁽⁵⁹⁾ Cf. art. 117.º-H, n.º 6.

⁽⁶⁰⁾ Como já ressaltamos, esta possibilidade de dedução de nova justificação explica-se pelo carácter não litigioso do processo de justificação.

A TRIBUTAÇÃO DAS TRANSACÇÕES DE OURO EM IVA

Poderão os artefactos em ouro ser sucata?

Por Clotilde Celorico Palma()*

SUMÁRIO:

1. Nota introdutória. **2. Regimes de IVA aplicáveis às transacções de ouro.** **2.1.** Regime do ouro para investimento. **2.2.** Regime especial dos bens em segunda mão. **2.3.** Regime das sucatas. *2.3.1.* Regras do Direito da União Europeia. *2.3.2.* Regras nacionais. *2.3.3.* Jurisprudência do TJUE. *2.3.4.* Orientações administrativas. *2.3.5.* Outras orientações. *2.3.6.* A aplicação do regime das sucatas em Espanha e França. **3. Conclusões.**

1. Nota introdutória

Em tempos de crise económica proliferam negócios com ouro.

Nomeadamente, assistimos à abertura de diversas lojas que adquirem ouro, deslocando-se inclusive, em algumas situações, às casas dos particulares para avaliar e comprar as peças.

Os objectos vendidos são diversos, sendo igualmente diversificado o seu destino.

Poderão, designadamente, ser vendidos como peças em segunda mão para revenda no seu estado original, não sendo objecto de qualquer transformação, poderão igualmente ser vendidos como artefactos transformados e continuarem a servir o seu destino original como anéis, pulseiras,

(*) Doutora em Ciências Jurídico Económicas. Advogada especialista em Direito Fiscal. Professora universitária. Árbitro no CAAD.

relógios, etc., ou poderão ser vendidos atendendo apenas ao seu teor em ouro para transformação em barras de ouro.

Estamos, em qualquer caso, perante um material nobre com cotação nos mercados, sendo um relevante meio de investimento.

Como tratar em Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) estas transacções? Poderão porventura os artefactos em ouro ser considerados sucata para efeitos deste tributo?

Como habitualmente afirmamos, muitas vezes a principal questão prévia em matéria fiscal prende-se com a qualificação das operações, assunto que frequentemente nos leva a outros ramos do Direito, à Contabilidade, etc.⁽¹⁾.

Quando estamos perante transacções de ouro, consoante a qualificação do objecto, peça ou artefacto, e as características da operação, poderemos aplicar quatro regimes em IVA, a saber⁽²⁾:

- a) Regime especial aplicável ao ouro para investimento (Decreto-Lei n.º 362/99, de 16 de Setembro);
- b) Regime especial de tributação dos bens em segunda mão previsto no Decreto-Lei n.º 199/96 de 18 de Outubro;
- c) Regime especial de inversão do sujeito passivo pela transmissão de bens a que se refere o Anexo E do Código do IVA (CIVA), de acordo com o previsto na alínea *i*) do n.º 1 do art. 2.º do CIVA; e
- d) Regime geral de tributação em IVA.

Vejamos de seguida.

⁽¹⁾ Neste sentido veja-se, da autora, *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado*, 6.ª ed., Almedina, Setembro de 2014, pp. 59-61.

⁽²⁾ O Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de Junho, veio aprovar o regime jurídico da ourivesaria e das contrastarias que consta em anexo e revoga os Decretos-Leis n.ºs 391/79, de 20 de Setembro, 57/98, de 16 de Março, e 171/99, de 19 de Maio, tendo posteriormente sido alterado pelo Decreto-Lei n.º 120/2017, de 15 de Setembro. De acordo com o disposto no art. 3.º do RJOC, alíneas *ff*) e *mm*), são qualificados como “Metais preciosos”, a platina, o ouro, o paládio e a prata, assim indicados por ordem decrescente de preciosidade e como “Subproduto novo resultante de artigos com metal precioso usados”, o artigo com metal precioso transformado, em forma de barra, lâmina ou outro artigo com metais preciosos que resulte da fundição de artigos com metal precioso usados, abreviadamente designado por “subproduto”. As Contrastarias exercem as faculdades inerentes à qualidade de organismo de ensaio e marcação independente, tendo por missão, nomeadamente, prestar serviços de peritagens de artigos com metais preciosos nos termos previstos no RJOC. Como se elucida no art. 41.º, n.º 1, alínea *j*), do RJOC, o “Retalhista de compra e venda de artigos com metal precioso usado”, exerce, a título principal ou secundário, a actividade de compra e venda, directamente ao público, de artigos com metal precioso usado, bem como a venda dos subprodutos resultantes da fundição dos artigos com metais preciosos, em estabelecimento aberto ao público.

2. Regimes de IVA aplicáveis às transacções de ouro

2.1. Regime do ouro para investimento

O Decreto-Lei n.º 362/99, de 16 de Setembro, veio transpor para a ordem jurídica nacional a Directiva 98/80/CE, do Conselho, de 12 de Outubro de 1998, que estabelece um regime especial aplicável ao ouro para investimento, aprovando o regime especial aplicável ao ouro para investimento, publicado em anexo, o qual foi objecto de esclarecimentos através do Ofício-Circulado 30014/00, de 13 de Janeiro, da Direcção de Serviços do IVA.

Como se elucida no respectivo preâmbulo, a falta de harmonização das transacções relativas ao ouro para investimento decorria do ponto 26 do Anexo F da então Sexta Directiva⁽³⁾, posteriormente revogada pela Directiva IVA⁽⁴⁾, que permitia a isenção do ouro não destinado a utilização industrial. A aplicação desta isenção por alguns Estados-Membros e o regime de tributação usado por outros ocasionaram distorções de concorrência num mercado em que as transacções atingem, pela sua própria natureza, valores muito elevados, urgindo evitar este tipo de ocorrências.

O regime aprovado escolhe a isenção como regra, o que permite resolver problemas de dupla tributação nas transacções de ouro de investimento e tratá-las de modo semelhante a outros produtos financeiros, também destinados a investimento, que se encontravam já isentos ao abrigo do art. 13.º da então Sexta Directiva.

Com o intuito de prevenir a fraude e a evasão fiscal e evitar o pré-financiamento do imposto, estabeleceu-se para as transmissões de ouro de investimento quando tenha havido opção pela tributação, e para as transmissões de ouro sob a forma de matéria-prima ou de produtos semitransformados, que o devedor seja o adquirente dos bens, desde que este tenha um direito a dedução total ou parcial do imposto (*reverse charge*, reversão da dívida tributária, inversão do sujeito passivo ou mecanismo da autoliquidação).

⁽³⁾ Directiva 77/388/CEE, do Conselho, de 17 de Maio de 1977, publicada no JO, n.º L 145, de 13.6.77.

⁽⁴⁾ Directiva 2006/112/CE, de 28 de Novembro, publicada no JO, n.º L 347, de 11 de Dezembro de 2006. Essencialmente, esta Directiva veio reformular o texto da Sexta Directiva (trata-se de uma reformulação basicamente formal, atendendo ao facto de o seu texto se encontrar excessivamente denso, dadas as sucessivas alterações que lhe foram introduzidas desde a sua aprovação). Com a reformulação passou a ter 414 artigos (tinha 53). Note-se, todavia, que foram revogadas várias directivas de IVA, pelo que poderemos passar a designar a “nova” Directiva, abreviadamente, como Directiva IVA (a Directiva base do sistema comum vigente).

O regime especial do ouro para investimento só se aplica às operações sobre ouro para investimento, sendo que, nos termos do estatuído no respectivo art. 2.º, n.º 1, considera-se como tal, designadamente, o ouro sob a forma de barra ou de placa, com pesos aceites pelos mercados de ouro, com um toque igual ou superior a 995 milésimos, representado ou não por títulos, com excepção das barras ou placas de peso igual ou inferior a 1 g.

Isto é, apenas ficam isentas de IVA as transmissões, as aquisições intracomunitárias e as importações de ouro para investimento qualificado enquanto tal nos termos supra descritos.

De acordo com o disposto no art. 8.º do Regime do ouro para investimento, os sujeitos passivos que efectuem operações isentas de imposto nos termos do art. 3.º têm, nomeadamente, direito a deduzir o imposto devido ou pago sobre as aquisições efectuadas no território nacional, as aquisições intracomunitárias e as importações de ouro que não seja de ouro para investimento que, por si ou em seu nome, seja posteriormente transformado em ouro para investimento.

Por outro lado, em conformidade com o estatuído no respectivo art. 9.º, os sujeitos passivos que produzam ou transformem ouro em ouro para investimento, cuja transmissão seja isenta de imposto nos termos do art. 3.º, têm direito a deduzir o imposto por eles devido ou pago relativamente à aquisição no território nacional, aquisição intracomunitária ou importação dos bens ou serviços ligados à produção ou transformação desse ouro.

Regra geral, as transmissões de ouro que não sejam para investimento estão sujeitas a tributação, em conformidade com as regras gerais do CIVA. Assim, em conformidade com o disposto no ponto II do Ofício-Circulado n.º 30014, aos artefactos de ouro não é aplicável este regime, não tendo nenhum regime especial de tributação em sede do IVA, seguindo as regras gerais de tributação neste imposto.

2.2. Regime especial dos bens em segunda mão

O Regime especial dos bens em segunda mão, regulamentado através do Decreto-Lei n.º 199/96, de 18 de Outubro, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 94/5/CE, do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1994, que completa o sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado e aprova o regime especial aplicável aos bens em segunda mão, aos objectos de arte e de colecção e às antiguidades.

Estabelece tal regime no respectivo art. 1.º que, “*Estão sujeitas a imposto sobre o valor acrescentado, segundo o regime especial de tributação da margem, as transmissões de bens em segunda mão, de objectos de Arte, de colecção e de antiguidades, efectuadas nos termos deste diploma, por sujeitos passivos revendedores ou por organizadores de vendas em leilão que actuem em nome próprio, por conta de um comitente, de acordo com um contrato de comissão de venda*”.

De acordo com o estatuído na alínea a) do art. 2.º, são definidos como bens em segunda mão “...os bens móveis suscetíveis de reutilização no estado em que se encontram ou após reparação, com exclusão dos objetos de arte, de coleção, das antiguidades, das pedras preciosas e metais preciosos, não se entendendo como tais as moedas ou artefactos daqueles materiais...”.

Ou seja, temos excluído do conceito de bens em segunda mão os “metais preciosos,” mas não os artefactos feitos daqueles materiais.

A aplicação deste regime é optativa.

Para ser aplicável este regime especial, é necessário que as vendas sejam realizadas por um revendedor e as aquisições tenham sido efectuadas com observância de um dos requisitos previstos no n.º 1 do art. 3.º, a saber:

- a) *A uma pessoa que não seja sujeito passivo;*
- b) *A outro sujeito passivo, desde que a transmissão feita por este tenha sido isenta de imposto, ao abrigo do n.º 32 do art. 9.º do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, ou de disposição legal idêntica vigente no Estado-Membro onde tiver sido efectuada a transmissão;*
- c) *A outro sujeito passivo, desde que a transmissão feita por este tenha tido por objeto um bem de investimento e tenha sido isenta de imposto, ao abrigo do art. 53.º do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, ou de disposição legal idêntica vigente no Estado-Membro onde tiver sido efectuada a transmissão;*
- d) *A outro sujeito passivo revendedor, desde que a transmissão dos bens por esse outro sujeito passivo revendedor tenha sido efectuada ao abrigo do disposto neste diploma, ou de regulamentação idêntica vigente no Estado-Membro onde a transmissão dos bens tiver sido efectuada”.*

Por “revendedor” deve entender-se, conforme define a alínea c) do art. 2.º deste regime, o sujeito passivo que “*no âmbito da sua atividade, compra, afeta às necessidades da sua empresa ou importa, para revenda,*

bens em segunda mão, objetos de arte, de coleção ou antiguidades, quer esse sujeito passivo atue por conta própria, quer por conta de outrem nos termos de um contrato de comissão de compra e venda”.

Este regime, também chamado de “regime da margem”, caracteriza-se pelo facto do valor tributável (cf. art. 4.º do mesmo regime) consistir na diferença entre o preço de venda e o preço de compra do bem, devidamente justificados (i.e., tributa-se apenas a margem).

A verificarem-se as condições de aplicação deste Regime especial, o IVA das transmissões efectuadas pelo sujeito passivo será calculado operação a operação, sobre a margem obtida, conforme resulta do art. 4.º do regime especial:

O valor tributável das transmissões de bens referidas no artigo anterior, efectuadas pelo sujeito passivo revendedor, é constituído pela diferença, devidamente justificada, entre a contraprestação obtida ou a obter do cliente, determinada nos termos do art. 16.º do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado, e o preço de compra dos mesmos bens, com inclusão do imposto sobre o valor acrescentado, caso este tenha sido liquidado e venha expresso na fatura ou documento equivalente.

Note-se ainda que, em conformidade com o consignado no n.º 3 do art. 5.º, “*O imposto liquidado pelo sujeito passivo revendedor nas transmissões de bens sujeitas ao regime especial de tributação da margem não é dedutível pelo sujeito passivo adquirente, ainda que este destine esses bens à sua actividade tributada*”.

Se o bem transmitido, apesar de ser em “segunda mão” não observar as condições previstas no n.º 1 do art. 3.º do CIVA (nomeadamente por ter sido adquirido a um sujeito passivo que liquidou imposto pelo valor de venda) terá sempre de se aplicar o regime geral do IVA.

2.3. Regime das sucatas

2.3.1. Regras do Direito da União Europeia

a) Antecedentes

Conforme se explicita no preâmbulo da Proposta de Directiva do Conselho, de 16 de Março de 2005⁽⁵⁾, o Conselho, por proposta da

⁽⁵⁾ COM (2005) 89 final.

Comissão, pode autorizar os Estados-Membros a adoptarem medidas especiais em derrogação da então Sexta Directiva do IVA, a fim de evitar certos tipos de fraude ou evasão fiscal. Ora, até à data da Proposta em apreço haviam sido concedidas mais de 140 derrogações aos Estados-Membros.

Os Estados-Membros estavam a ver-se cada vez mais confrontados com esquemas artificiais, montados unicamente com o objectivo de obter vantagens ao nível do IVA, quer mediante uma redução do IVA devido a final, quer de um aumento do IVA recuperado. Reconhecendo-se dificuldades em lutar contra essas fraudes de uma forma eficaz, levantou-se a questão de saber se o combate não teria de passar pela alteração da Sexta Directiva, conferindo aos Estados-Membros a possibilidade de adoptarem rapidamente medidas destinadas a evitar a fraude e a evasão fiscais em determinados sectores específicos.

Tinha-se em vista, nomeadamente, situações em que ocorrem perdas de receitas consideráveis, devido ao facto de um sujeito passivo, depois de facturar operações, desaparecer sem pagar o IVA que consta da factura, enquanto o destinatário exerce o direito à dedução. Por isso, segundo a Proposta, deveria ser alargado o leque de possibilidades de recurso ao mecanismo de autoliquidação para as operações descritas.

Na Proposta foram então abrangidos os seguintes sectores de actividade:

- Prestações de serviços relativos aos bens imóveis (incluindo alguns ou a totalidade dos serviços de construção, reparação, limpeza e demolição);
- Fornecimento de pessoal para actividades relacionadas com bens imóveis;
- Terrenos e imóveis em relação aos quais tenha sido exercida a renúncia à isenção;
- Entregas de resíduos, desperdícios e materiais recicláveis, juntamente com alguns produtos resultantes do seu tratamento e alguns serviços de tratamento.

Em especial, o âmbito do termo “resíduos” é definido num novo anexo que contém uma lista coberta pelas derrogações em vigor. O anexo inserido pelo n.º 8 do art. 1.º identifica os tipos e formas de resíduos contemplados pelo mecanismo de autoliquidação.

Tendo em conta a Proposta antes referida, o Conselho da União Europeia adoptou a Directiva 2006/69/CE, do Conselho, de 24 de Julho

de 2006, que veio alterar a então Sexta Directiva, consagrando, nomeadamente, o regime das sucatas que actualmente consta do art. 199.º, n. 1, alínea *d*), da Directiva IVA.

Em conformidade com o respectivo preâmbulo, a medida indicada permitirá aos Estados-Membros simplificar as regras e lutar contra a fraude e evasão fiscais verificadas em determinados sectores ou em certos tipos de operações.

A Directiva em epígrafe, depois de indicar os sectores e as operações em que os Estados-Membros podem designar o destinatário das operações como sendo o responsável pelo pagamento e contabilização do IVA, adita à Sexta Directiva um Anexo M, com a lista das entregas de bens e prestações de serviços do sector dos desperdícios, resíduos e sucatas recicláveis. Neste contexto fala-se especificamente em “*entrega de materiais usados, materiais usados que não possam ser reutilizados no mesmo estado, desperdícios, resíduos industriais e não industriais, resíduos recicláveis, resíduos parcialmente transformados, sucata e certos bens e serviços específicos, identificados no Anexo M*”.

Como se salienta o respectivo preâmbulo, “*A solução dos problemas em causa deverá ser colocada ao alcance de todos os Estados-Membros, mediante a integração das correspondentes medidas na referida directiva. Tais medidas deverão ser proporcionadas e limitadas à resolução do problema em questão*”.

A 30 de Setembro de 2009, foi apresentada uma proposta de Directiva que vem alterar a Directiva IVA⁽⁶⁾ no que se refere à aplicação facultativa e temporária de um sistema de *reverse charge* ou autoliquidação⁽⁷⁾ ao fornecimento ou prestação de certos bens e serviços que apresentam um risco de fraude — comércio com certificados de emissão de CO2 e transacções que envolvem certas mercadorias sensíveis, a saber, perfumes, metais preciosos (como platina)⁽⁸⁾. Trata-se de um sistema experimental

⁽⁶⁾ COM (2009) 511 final.

⁽⁷⁾ Nas denominadas situações de *reverse charge*, reversão da dívida tributária ou inversão da sujeição ou do sujeito passivo, a dívida reverte do prestador de serviços para o adquirente. Sobre o assunto veja-se, nomeadamente, JOÃO AMARAL TOMAZ, “O mecanismo de autoliquidação do IVA”, *Estudos em Memória de Teresa Lemos*, 2007, e, da autora, “IVA — Sobre as propostas de aplicação de um mecanismo generalizado de *reverse charge*”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, IDEFF, ano 1, n.º 3, Inverno 2008.

⁽⁸⁾ COM (2009) 511 final. Tal como a Comissão justifica, o art. 395.º da Directiva IVA, com fundamento no qual os Estados-Membros podem solicitar derrogações às regras comunitárias a título excepcional, não é uma base suficiente para uma aplicação mais aprofundada e alargada de um mecanismo de autoliquidação para certos bens ou serviços, pelo que se optou por apresentar uma proposta de directiva.

de autoliquidação limitado a certos produtos, cuja aplicação se encontra sujeita a determinadas condições precisas⁽⁹⁾. Esta medida, como a Comissão salienta, consubstancia uma derrogação ao princípio fundamental do pagamento fraccionado, pelo que é apresentada como uma medida de carácter excepcional de aplicação limitada e não como um mecanismo generalizado de autoliquidação, como tinha sido antes proposto pela Áustria e pela Alemanha⁽¹⁰⁾.

A proposta insere-se no quadro das comunicações que a Comissão Europeia apresentou relativamente à estratégia de combate à fraude e à evasão fiscal⁽¹¹⁾.

Como se elucida na exposição de motivos, dada a gravidade da fraude relativa ao IVA, a Comissão considera que devem ser exploradas abordagens inovadoras para combater este problema de uma forma mais eficaz. Ora, conforme se salienta, a forma de evasão fiscal mais comum consiste na facturação da entrega de bens por um operador, sujeito passivo de IVA, que desaparece de seguida sem entregar o imposto ao fisco, dei-

⁽⁹⁾ Já se tinha feito uma consulta pública sobre a aplicação de um sistema de autoliquidação para combater a fraude no âmbito das comunicações precedentes da Comissão sobre a fraude relativa ao IVA (ver, em especial, o documento de consulta *Possible introduction of an optional reverse charge mechanism for VAT — Impact on businesses of 13 August 2007* (<http://ec.europa.eu/taxation_cus/toms/common/consultations/tax/article_4209_en.htm>).

⁽¹⁰⁾ A 27 de Outubro de 2005, a República da Áustria solicitou autorização à União Europeia para introduzir medidas derogatórias à então Sexta Directiva. Por sua vez, a República Federal da Alemanha veio a formular idêntico pedido a 18 de Abril de 2006. No seu pedido, a Áustria veio solicitar a introdução do mecanismo do *reverse charge* relativamente a todas as transacções de bens e prestações de serviços entre empresas (B2B, ou *business to business*), para todas as situações em que o valor facturado excedesse dez mil euros. Como fundamento desta pretensão, a Áustria invocou, essencialmente, o facto de o mecanismo proposto constituir um relevante instrumento de luta contra a fraude carrossel ou fraude operador fictício. Por sua vez, a Alemanha pretendia aplicar o mecanismo de *reverse charge* a todas as transacções ou prestações de serviços efectuadas entre empresas quando o valor facturado excedesse cinco mil euros. A fundamentação desta proposta pela Alemanha assentou na mesma ordem de motivos apresentada pela Áustria.

⁽¹¹⁾ Em Maio de 2006, a Comissão apresentou uma Comunicação com o propósito de lançar um debate geral, a nível da UE, sobre a necessidade de adoptar uma abordagem coordenada para combater a fraude fiscal no mercado interno [COM (2006) 254 final, de 31 de Maio 2006]. Na esteira da Comunicação da Comissão de 23 de Novembro de 2007, que contribui para o estabelecimento de uma estratégia antifraude na UE [COM (2007) 758 final, de 23 de Novembro 2007] e do relatório sobre a evolução neste domínio do grupo de peritos sobre a estratégia contra a fraude fiscal [SEC (2007) 1584, de 23 de Novembro de 2007], a Comissão apresentou uma comunicação onde analisa a possibilidade de adoptar medidas «de mais vasto alcance» para modificar o sistema do IVA e, dessa forma, combater a fraude fiscal [COM (2008) 109 final, de 22 de Fevereiro de 2008 e SEC (2008) 249, de 22 de Fevereiro 2008]. Note-se que, a 5 de Junho de 2007, o Conselho ECOFIN solicitou à Comissão a análise de duas medidas «de mais vasto alcance» para enfrentar a fraude ao IVA, a saber a tributação das transacções intracomunitárias e a introdução da opção de aplicação de uma inversão geral da obrigação fiscal, passando-se para um regime geral de autoliquidação ou *reverse charge*.

xando o adquirente (também sujeito passivo de IVA) com uma factura válida para efeitos de dedução do imposto. Dessa forma, as administrações fiscais não recebem o IVA cobrado na venda dos produtos, mas têm de reconhecer ao operador seguinte na cadeia de comercialização o direito à dedução do imposto suportado a montante⁽¹²⁾.

Através do mecanismo do *reverse charge* ou de autoliquidação, o IVA deixa de ser liquidado pelo operador ao adquirente que é sujeito passivo de IVA, passando este a assumir essa obrigação. Na prática, os adquirentes (na medida em que sejam sujeitos passivos normais com pleno direito à dedução) passam simultaneamente a declarar e a deduzir o IVA, sem pagamento efectivo às administrações fiscais. Desta forma, a possibilidade teórica de fraude é eliminada.

Desde logo, pretende-se, em especial, combater casos de fraude relacionados com a troca de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, então considerados como a grande prioridade no domínio do combate à fraude carrossel.

Como se prevê na proposta de Directiva, os Estados-Membros podem, até 31 de Dezembro de 2014, e por um período mínimo de dois anos, introduzir e aplicar um sistema segundo o qual a liquidação do IVA devido pelo fornecimento ou prestação de qualquer categoria de bens ou serviços constantes do Anexo VI-A passa a ser assumida pelo adquirente desses bens ou serviços. Neste sentido, adita-se um novo art. 199.º-A à Directiva IVA que regulamenta o exercício da opção por este mecanismo.

Tal como a Comissão faz questão de salientar, contrariamente a um sistema de alcance geral, a introdução de um mecanismo deste tipo, limitado ao fornecimento ou prestação de certas categorias de bens ou serviços, não deve afectar os princípios fundamentais do sistema do IVA, nomeadamente o princípio do pagamento fraccionado. Por este motivo, restringe-se a aplicação deste mecanismo a uma lista previamente definida de bens e serviços.

Assim, no Anexo VI-A acolhe-se uma lista com cinco tipos de bens e um serviço que, de acordo com a experiência recente, são considerados particularmente sensíveis à fraude, a saber, nomeadamente os *“Metais preciosos quando não abrangidos pelos regimes especiais aplicáveis aos produtos em segunda mão, obras de arte, artigos de colecção e antiguidades, previstos nos arts. 311.º a 343.º da Directiva IVA, ou pelo regime especial aplicável ao ouro para investimento de acordo com os respectivos arts. 344.º a 356.º”*.

(12) Sobre esta matéria veja-se, da autora, “A proposta de Directiva sobre a aplicação de um sistema de reverse charge”, *Revista TOC*, n.º 118, Janeiro 2010.

O Conselho optou por cindir a proposta e adoptou a Directiva 2010/23/UE do Conselho, que ficou exclusivamente limitada às licenças de emissão de gases com efeito de estufa, dado que a situação da fraude nesse sector exigia uma reacção imediata.

Assim, foi aditado um novo art. 199.º A na Directiva IVA, que veio permitir o seguinte:

Artigo 199.º A

1. Os Estados-Membros podem, até 30 de Junho de 2015, e por um período mínimo de dois anos, estabelecer que o devedor do imposto é o sujeito passivo ao qual tenha sido efectuada qualquer uma das seguintes prestações de serviços:

- a) Transferência de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, na acepção do artigo 3.º da Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade(6), que sejam transferíveis nos termos do artigo 12.º dessa directiva;*
- b) Transferência de outras unidades que possam ser utilizadas pelos operadores para cumprimento da mesma directiva”.*

Posteriormente foi aprovada a Directiva 2013/43/UE do Conselho, de 22 de Julho de 2013, que altera a Directiva IVA no que diz respeito à aplicação facultativa e temporária de um mecanismo de autoliquidação ao fornecimento ou prestação de certos bens e serviços que apresentam um risco de fraude.

Neste contexto, o âmbito de aplicação do art. 199.º-A foi alargado possibilitando-se a aplicação do *reverse charge* até 31 de Dezembro de 2018, abrangendo novas entregas de bens e prestações de serviços, nomeadamente as “*Entregas de metais em bruto e semiacabados, incluindo metais preciosos, não abrangidos pelo art. 199.º, n.º 1, alínea d), pelos regimes especiais aplicáveis aos bens em segunda mão, aos objetos de arte e de coleção e às antiguidades, por força dos artigos 311.º a 343.º, ou pelo regime especial aplicável ao ouro para investimento, por força dos artigos 344.º a 356.º*” [alínea i) do n.º 1].

Posteriormente, foi apresentada a Proposta de Directiva do Conselho que altera a Directiva IVA no respeitante à introdução de medidas técnicas pormenorizadas relativas ao funcionamento do regime definitivo do IVA para a tributação das trocas comerciais entre Estados-Membros⁽¹³⁾.

(13) Bruxelas, 25.5.2018 COM (2018) 329 final 2018/0164 (CNS).

No relatório de 2018 sobre os efeitos dos arts. 199.º-A e 199.º-B na luta contra a fraude⁽¹⁴⁾, a Comissão anunciou que iria publicar uma proposta legislativa adequada, com vista a prorrogar as medidas em vigor. Trata-se de uma proposta separada que abrange o período de 1 de Janeiro de 2019 a 30 de Junho de 2022, uma vez que a data prevista para a entrada em vigor da proposta é 1 de Julho de 2022. As alterações do art. 199.º-A propostas dizem respeito ao período a partir de 1 de Julho de 2022. Afectam os prazos e o âmbito de aplicação das entregas de bens que regem. Em relação aos prazos, propõe-se alargar a possibilidade de fazer uso desta disposição até 31 de Dezembro de 2028. As operações que continuam a ser abrangidas pelas medidas temporárias previstas no art. 199.º-A passam, portanto, a limitar-se exclusivamente àqueles serviços que já eram anteriormente regidos pela disposição em apreço.

b) Regras da Directiva IVA

De acordo com o estatuído no art. 199.º, n.º 1, alínea *d*), da Directiva IVA, “*Os Estados-Membros podem prever que o devedor do imposto é o sujeito passivo destinatário das seguintes operações:*

d) Entrega de materiais usados, materiais usados que não possam ser reutilizados no mesmo estado, desperdícios, resíduos industriais e não industriais, resíduos recicláveis, resíduos parcialmente transformados, sucata e certos bens e serviços específicos, enumerados no Anexo VI”.

Tal como se determina no respectivo n.º 2, “*Quando aplicarem a opção prevista no n.º 1, os Estados-Membros podem especificar as entregas de bens e prestações de serviços abrangidas e as categorias de fornecedores, prestadores, adquirentes ou destinatários às quais estas medidas podem ser aplicáveis”.*

Impõe-se, consequentemente, reproduzir aqui o conteúdo do dito Anexo VI, a saber:

⁽¹⁴⁾ *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre os efeitos dos arts. 199.º-A e 199.º-B da Directiva 2006/112/CE do Conselho na luta contra a fraude* [COM (2018) 118 final de 8.3.2018].

ANEXO VI

LISTA DAS ENTREGAS DE BENS E DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS A QUE SE REFERE A ALÍNEA D) DO N.º 1 DO ARTIGO 199.º

- 1) *Entregas de resíduos ferrosos e não ferrosos, sucata e materiais usados, nomeadamente de produtos semi-acabados resultantes do processamento, manufatura ou fusão de metais ferrosos e não ferrosos e suas ligas;*
- 2) *Entregas de produtos ferrosos e não ferrosos semi-transformados e prestações de certos serviços de transformação associados;*
- 3) *Entregas de resíduos e outros materiais recicláveis constituídos por metais ferrosos e não ferrosos, suas ligas, escórias, cinzas, escamas e resíduos industriais que contenham metais ou as suas ligas, bem como prestações de serviços que consistam na triagem, corte, fragmentação ou prensagem desses produtos;*
- 4) *Entregas, assim como prestações de certos serviços de transformação conexos, de resíduos ferrosos e não ferrosos, bem como de aparas, sucata, resíduos e materiais usados e recicláveis que consistam em pó de vidro, vidro, papel, cartão, trapos, ossos, couro, couro artificial, pergaminho, peles em bruto, tendões e nervos, cordéis, cordas, cabos, borracha e plástico;*
- 5) *Entregas dos materiais referidos no presente anexo, após transformação sob a forma de limpeza, polimento, triagem, corte, fragmentação, prensagem ou fundição em lingotes;*
- 6) *Entregas de sucata e resíduos resultantes da transformação de materiais de base”.*

O art. 199.º-A, n.º 1, da Directiva IVA, tem carácter facultativo, permitindo aos Estados-Membros estabelecer que o devedor do IVA relativamente aos fornecimentos nele enumerados, nomeadamente às entregas de metais em bruto e semi acabados, seja o sujeito passivo ao qual tenha sido efectuada qualquer entrega de bens ou prestação de serviços (mecanismo de autoliquidação). Este mecanismo é limitado no tempo e actualmente pode ser aplicado até 30 de Junho de 2022, tendo inicialmente sido previsto até 1 de Dezembro de 2018.

O que se pretende com a introdução deste novo artigo no que referente ao ouro é permitir o que o art. 199.º, n.º 1, não possibilita: aplicar o mecanismo do *reverse charge* às *Entregas de metais em bruto e semiacabados*. Ou seja, ao acolher o novo artigo, o legislador vem confirmar uma interpretação estrita do art. 199.º, consentânea, aliás, com o facto de se tratar de uma excepção à regra geral de que o IVA é liquidado pelo transmitente ou fornecedor.

Portugal não fez uso desta possibilidade, não tendo procedido à respectiva transposição, pelo que a Administração Fiscal não pode vir proce-

der a uma interpretação extensiva do mecanismo previsto no art. 199.º, n.º 1, da Directiva, que por si só representa uma excepção à regra geral de que o IVA é liquidado pelo transmitente ou fornecedor, pretendendo incutir uma interpretação ampla ao conceito de sucata reciclável, conceito este que nem sequer é definido no Direito da UE.

Como vimos, o objectivo das medidas previstas nos arts. 199.º-A e 199.º-B⁽¹⁵⁾ é o de permitir aos Estados-Membros a rápida resolução dos problemas de fraude intracomunitária com recurso a operadores fictícios (MTIC): no art. 199.º-A, com uma opção de aplicar o mecanismo de autoliquidação para os fornecimentos enumerados, e no art. 199.º-B, oferecendo um procedimento mais rápido para a introdução do mecanismo de autoliquidação, em caso de fraude súbita e de grande escala. A fraude MTIC ocorre quando um negociante adquire noutro Estado-Membro bens isentos de IVA e os vende com IVA na factura que emite para o cliente. Após ter recebido o montante de IVA do cliente, esse negociante desaparece antes de pagar o IVA devido às autoridades fiscais. Ao mesmo tempo, o cliente, agindo de boa-fé ou não, pode deduzir na sua declaração de IVA o imposto que pagou ao fornecedor.

2.3.2. Regras nacionais

A Lei n.º 33/2006, de 28 de Julho, veio alterar o CIVA, estabelecendo regras especiais em matéria de tributação de desperdícios, resíduos e sucatas recicláveis e de certas prestações de serviços relacionadas, que entraram em vigor em 1 de Outubro de 2006.

Nas transmissões de desperdícios, resíduos e sucatas recicláveis e em certas prestações de serviços relacionadas com este tipo de bens, a liquidação do IVA, quando devido, passa a ser da competência do adquirente, desde que este seja sujeito passivo do imposto com direito à dedução total ou parcial.

Com a publicação da aludida Lei, o art. 2.º, n.º 1, alínea *i*), do CIVA, passou a ter a seguinte redação:

⁽¹⁵⁾ O art. 199.º-B, n.º 1, da Directiva IVA autoriza os Estados-Membros a designar o destinatário como devedor do IVA relativamente a determinadas entregas de bens e prestações de serviços, a título de medida no âmbito do mecanismo de reacção rápida («MRR») para combater os casos de fraude súbita e de grande escala susceptíveis de acarretar perdas financeiras consideráveis e irreparáveis.

Artigo 2.º
Incidência subjetiva

1 – São sujeitos passivos do imposto:

(...)

- i) As pessoas singulares ou coletivas referidas na alínea a) que, no território nacional, sejam adquirentes dos bens ou dos serviços mencionados no Anexo E ao presente Código e tenham direito à dedução total ou parcial do imposto, desde que os respetivos transmitentes ou prestadores sejam sujeitos passivos do imposto”.*

Com esta medida e de acordo com o disposto no art. 199.º, n.º 1, alínea d), da Directiva IVA, pretendeu-se evitar as já referidas situações de fraude que se vinham verificando neste sector de actividade.

Para clarificar as regras especiais resultantes da Lei em epígrafe foi divulgado o Ofício-Circulado n.º 30098, de 11 de Agosto de 2006.

A regra de inversão do sujeito passivo em apreço aplica-se quando se cumprem cumulativamente as seguintes condições:

- i) Se esteja na presença de aquisição de bens ou de serviços mencionados no Anexo E do Código do IVA;*
- ii) O adquirente seja sujeito passivo de IVA em Portugal e aqui pratique operações que confirmam, total ou parcialmente, o direito à dedução de IVA.*

Os bens e serviços abrangidos pelas novas regras de tributação constam do Anexo E ao Código do IVA nos termos que passamos de imediato a reproduzir, configurando-se como uma transposição praticamente literal da Directiva base:

«ANEXO E»

Lista dos bens e serviços do sector de desperdícios, resíduos e sucatas recicláveis

- a) Entregas de resíduos ferrosos e não ferrosos, sucata e materiais usados, nomeadamente de produtos semiacabados resultantes do processamento, manufatura ou fusão de metais não ferrosos.*
- b) Entregas de produtos ferrosos e não ferrosos semitransformados e prestações de certos serviços de transformação associados.*
- c) Entregas de resíduos e outros materiais recicláveis constituídos por metais ferrosos e não ferrosos, suas ligas, escórias, cinzas, escamas e resíduos industriais que contenham metais ou as suas ligas, bem como prestações de serviços que consistam na triagem, corte, fragmentação ou prensagem desses produtos.*

- d) *Entregas, assim como prestações de certos serviços de transformação conexos, de resíduos ferrosos, bem como de aparas, sucata, resíduos e materiais usados e recicláveis que consistam em pó de vidro, vidro, papel, cartão, trapos, ossos, couro, couro reconstituído, pergaminho, peles em bruto, tendões e nervos, cordéis, cordas, cabos, borracha e plástico.*
- e) *Entregas dos materiais referidos na alínea d) após transformação sob a forma de limpeza, polimento, triagem, corte ou fundição em lingotes.*
- f) *Entregas de sucata e resíduos resultantes da transformação de materiais de base.*

De notar que o Anexo E engloba, única e exclusivamente, bens recicláveis (e algumas prestações de serviços sobre eles efectuadas), ou seja, bens que necessitam de sofrer algum tipo de transformação para serem reutilizados⁽¹⁶⁾.

Com efeito, é condição essencial para aplicação da regra especial de tributação acabada de mencionar que os bens enquadrados no Anexo E se qualifiquem, em primeiro lugar, como desperdícios, resíduos e sucatas e que, cumulativamente, sejam recicláveis. De facto, não ficam abrangidos pela regra de inversão os bens que sejam reutilizáveis no seu estado original.

Na realidade, tal como se enfatiza no Processo n.º 12604, com despacho de 19 de Outubro de 2017, da Directora de Serviços do IVA (por sub-delegação):

8. *Deste modo, para que haja lugar à aplicação das regras especiais de tributação, ou seja, à inversão do sujeito passivo estabelecida na citada alínea i) do n.º 1 do artigo 2.º do CIVA, é necessário que se verifique que os bens, objeto de transmissão ou de prestações de serviços sobre eles efetuada, constituam “desperdícios, resíduos ou sucatas” enquadráveis em qualquer uma das alíneas que compõem o Anexo E e, simultaneamente, cumpram a condição essencial de serem produtos recicláveis.*

9. *Não há, contudo, lugar à regra de inversão do sujeito passivo quando está em causa a transmissão de bens ou materiais usados susceptíveis de serem reutilizados no seu estado original, ou após reparação.*

10. *No caso concreto, e atento o anteriormente referido, se os bens objeto de transmissão forem enquadráveis no Anexo E ao Código do IVA, cumprindo, simultaneamente, a condição de serem sucata e recicláveis, a operação deve seguir as regras estabelecidas na alínea i) do n.º 1 do artigo 2.º do CIVA.*

⁽¹⁶⁾ Nesse sentido veja-se JOSÉ RORIZ, *Alterações ao Código do IVA, A tributação dos resíduos, refugos e sucatas recicláveis; A tributação das operações imobiliárias*, Formação eventual, Ordem dos Contabilistas Certificados, Junho de 2007.

O novo regime aplica-se a todos os sujeitos passivos que adquiram a outros sujeitos passivos desperdícios, resíduos e sucatas recicláveis e certas prestações de serviços com estes relacionados, enunciados no Anexo E ao Código do IVA. Tal significa que o adquirente, sujeito passivo do IVA, deve proceder à liquidação do IVA que se mostre devido naquelas operações, sempre que o fornecedor seja, também, sujeito passivo do imposto.

O vendedor dos bens indicados ou o prestador dos serviços continua obrigado à emissão de factura, mas não liquida IVA. O adquirente, por sua vez, ao receber a factura, deve liquidar o imposto devido pela aquisição, aplicando a taxa do IVA em vigor podendo, igualmente, exercer o direito à dedução, na totalidade ou em parte, desse mesmo imposto. Essa liquidação pode ser efectuada na própria factura emitida pelo fornecedor ou num documento interno emitido para o efeito. O direito à dedução do adquirente é efectuada nos termos gerais, considerando-se para o efeito o próprio IVA autoliquidado nas aquisições efectuadas.

Não lhe competindo liquidar o imposto, o transmitente deve indicar na factura, a emitir nos termos do art. 28.º do CIVA, o motivo da não liquidação do imposto, mencionando a expressão “IVA devido pelo adquirente”.

2.3.3. Jurisprudência do TJUE

A jurisprudência do TJUE sobre esta matéria é parca.

No Acórdão de 26 de Maio de 2016, exarado no Caso *Envirotec Denmark ApS*⁽¹⁷⁾, esteve em apreciação uma situação relativa ao Regime especial aplicável ao ouro para investimento previsto no art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, tendo-se igualmente analisado o regime das sucatas previsto no respectivo art. 199.º, n.º 1.

Estava em causa o facto de o legislador dinamarquês ter feito uso da faculdade conferida pelo art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, de prever um mecanismo de autoliquidação para certas entregas de ouro, mas não da faculdade conferida pelo seu art. 199.º, n.º 1, alínea *d*), de acolher um mecanismo de autoliquidação para certas entregas de materiais usados, de resíduos e de sucata, bem como para certas prestações de serviços associadas.

(17) Proc. C-550/14.

A situação em apreço prendia-se com a Envirotec, uma sociedade que se dedica ao comércio de metais preciosos. No quarto trimestre de 2011, adquiriu, em 24 transações diferentes, 24 barras compostas de diversos materiais fundidos com um teor médio de ouro, consoante a barra, de 500 ou 600 milésimos do respectivo peso.

A Envirotec adquiriu essas barras a uma sociedade dinamarquesa que as tinha fundido. As referidas barras eram compostas, entre outras coisas, de jóias velhas, talheres e relógios, bem como de resíduos industriais. Isto é de materiais não susceptíveis de reutilização no estado em que se encontravam aquando da sua aquisição. Como se nota na pergunta de reenvio, *“as barras consistem [numa liga grosseira e] aleatória [de sucata] de vários objectos de metal que contêm ouro e que [essas barras] podem também conter, além do ouro, matérias orgânicas, tais como dentes, borracha, PVC e metais/ matérias como cobre, estanho, níquel, amálgama, restos de pilhas com mercúrio e chumbo, e várias substâncias tóxicas, etc. Por conseguinte, não está em causa um produto [com] ouro que [esteja a ser transformado directamente] num produto [acabado]. Por outro lado, a barra é um produto processado [(uma liga)], que — como [...] forma de fase intermédia — é [produzida] com vista a extrair o conteúdo de ouro. As barras têm um teor de ouro elevado, em média entre 500 e 600 milésimos, portanto, substancialmente superior a 325 milésimos de ouro. Após a extração, o conteúdo de ouro destina-se a ser usado no fabrico de produtos (em ouro/com ouro).”*

A Envirotec pagou IVA pelo conjunto dessas transacções e pediu o respectivo reembolso a título do IVA pago a montante e a Administração Tributária decidiu que o imposto não podia ser deduzido pelo facto de as barras em apreço estarem abrangidas pelo âmbito do regime de autoliquidação previsto na Lei relativa ao regime do ouro para investimento.

A Envirotec recorreu alegando que as barras em causa no processo principal não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, dado que não se trata de produtos acabados da categoria de ouro para investimento nem de ouro sob a forma de matéria-prima ou de produtos semitransformados, mas sim pelo âmbito de aplicação do art. 199.º, n.º 1, alínea *d*), da referida Directiva, aplicável a resíduos, incluindo resíduos de ouro. O Ministério dos Assuntos Fiscais pede que seja negado provimento ao recurso, dado que essas barras estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA. A este respeito, invocou serem determinantes o facto de não se tratar de produtos acabados, bem como o facto de esta disposição ser uma *lex specialis* aplicável ao comércio do ouro, ao passo que o art. 199.º da mesma Directiva é uma disposição relativa aos resíduos de metais. Esta interpretação é

apoiada pelo objectivo desta primeira disposição, que consiste em combater a fraude fiscal. Em seu entendimento as barras em causa devem, assim, ser consideradas ouro ou produtos em ouro, uma vez que é o seu teor de ouro que lhes confere o seu valor de mercado e são produzidas para a revenda do ouro que contêm.

No essencial, a questão prejudicial consistiu em saber se o art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, deve ser interpretado no sentido de que se aplica a uma entrega de barras, como as que estão em causa no processo principal, que consistem numa liga grosseira e aleatória obtida a partir da fusão de sucata e de diversos objectos de metal que contêm ouro, bem como outros metais, materiais e substâncias, e que apresentam, consoante a barra, um teor de ouro de cerca de 500 ou 600 milésimos.

Nas suas Conclusões apresentadas em 17 de Dezembro de 2015, a Advogada Geral Juliane Kokott, vem desde logo qualificar a situação em causa como uma transmissão de resíduos.

Tal como conclui, deve-se responder afirmativamente à questão prejudicial.

Contudo, como nota

34. No entanto, resulta da génese histórica do artigo 199.º, n.º 1, alínea d), que diz, nomeadamente, respeito a metais não ferrosos, um indício de que a disposição do artigo 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, a interpretar no presente processo, não deve abranger precisamente resíduos de ouro.

35. A disposição na Sexta Directiva que antecedeu (9) o artigo 199.º, n.º 1, alínea d), apenas foi introduzida através da Directiva 2006/69/CE após a disposição anterior (10) do artigo 198.º, n.º 2, da Directiva IVA. No entanto, esta directiva de alteração 2006/69/CE está elaborada de uma forma que faz pressupor que, na altura, o legislador da União partiu do princípio de que em relação a resíduos de ouro ainda não existia qualquer regulamentação relativa ao mecanismo de autoliquidação pelo adquirente, apesar de, à data, a disposição anterior do artigo 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, a interpretar no presente caso, já estar em vigor.

Como o TJUE concluiu, há que salientar, antes de mais, que decorre da redacção desta disposição que esta não é aplicável aos produtos acabados, para além do «ouro para investimento». Contudo, é pacífico que este último conceito não pode visar bens como as barras em causa no processo principal.

Além disso, nem o art. 198.º da Directiva IVA, nem outras disposições da mesma Directiva, nem a Directiva 98/80, que está na origem do conteúdo deste art. 198.º, n.º 2, precisam o que se deve entender pelo conceito de «ouro sob a forma de matéria-prima ou de produtos semitransformados, de toque igual ou superior a 325 milésimos».

No que se refere, em primeiro lugar, à redacção do conceito de «ouro sob a forma de matéria-prima ou de produtos semitransformados, de toque igual ou superior a 325 milésimos», como salientou a Advogada Geral nos n.ºs 20 a 23, 26 a 30 e 57 e 63 das suas conclusões, há que observar, antes de mais, que, segundo as versões linguísticas do art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, os termos «ouro sob a forma de matéria-prima» são susceptíveis de abranger o ouro em estado bruto, o ouro como metal puro ou ainda qualquer material parcialmente composto por ouro.

O Tribunal acaba por concluir que resulta do exposto que a redacção do art. 198.º, n.º 2, da Directiva IVA, não permite, por si só, determinar se e, se for caso disso, em que condições bens como as barras em causa no processo principal estão abrangidos pelo seu âmbito de aplicação⁽¹⁸⁾.

Conforme nota:

33. *Em segundo lugar, no que se refere ao contexto em que o artigo 198.º, n.º 2, da diretiva IVA se inscreve, há que recordar que esta disposição permite que os Estados-Membros prevejam, nas situações que visa, um mecanismo de autoliquidação nos termos do qual o devedor do IVA é o sujeito passivo destinatário da transação sujeita a esse imposto. Assim, esta disposição constitui uma exceção ao princípio que figura no artigo 193.º dessa diretiva, segundo o qual o IVA é devido por sujeitos passivos que efetuem entregas de bens ou prestações de serviços tributáveis. Consequentemente, deve ser objeto de interpretação estrita, que, todavia, não pode levar a que essa disposição fique privada dos seus efeitos (v., por analogia, acórdão de 13 de junho de 2013, Promociones y Construcciones BJ 200, C-125/12, EU:C:2013:392, n.ºs 23, 31 e jurisprudência aí referida).*

34. *À semelhança do artigo 198.º, n.º 2, da diretiva IVA, o artigo 199.º, n.º 1, alínea d), desta diretiva oferece aos Estados-Membros a faculdade de instituírem um mecanismo de autoliquidação também para as entregas de materiais usados, resíduos e sucata enumeradas no Anexo VI da referida diretiva. (...).*

De salientar que o TJUE denota uma especial preocupação em separar os “objectos antigos” da “sucata” e dos “resíduos industriais”. Assim, conclui que:

35. *Da decisão de reenvio resulta também que as barras em causa no processo principal, apesar de terem um teor de ouro de cerca de, consoante o caso, 500 ou 600 milésimos, são fundidas a partir de vários objetos antigos, bem como de sucata e de resíduos industriais, contêm metais e materiais diversos e não podem ser utilizadas no mesmo estado em que se apresentam, mas devem, antes de qualquer utilização dos seus componentes, ser submetidas a um tratamento que permite separar os metais dos elementos não metálicos e daí extrair determinadas substâncias.*

⁽¹⁸⁾ N.º 32.

36. *A Envirotec invoca estes elementos para concluir pela inaplicabilidade do artigo 198.º, n.º 2, da diretiva IVA às referidas barras e, conseqüentemente, pela inaplicabilidade do mecanismo de autoliquidação às entregas desses bens, uma vez que se trata de resíduos abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 199.º, n.º 1, alínea d), dessa diretiva.*

37. *Há que observar que, tendo em conta apenas a redação das referidas disposições, não se pode excluir que bens como as barras em causa no processo principal possam estar abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 199.º, n.º 1, alínea d), da diretiva IVA, como barras resultantes da fusão de vários resíduos, sucata e metais usados não ferrosos, bem como materiais recicláveis constituídos por esses metais”.*

2.3.4. Orientações administrativas

Para além das situações já mencionadas, refira-se que, na sua Ficha doutrinária exarada no Processo n.º 1208, com despacho do SDG do IVA, por delegação do Director Geral, em 10 de Novembro de 2010, a AT analisou as seguintes questões suscitadas por um Contabilista Certificado, contactado por um empresário cuja actividade consistia na compra e venda de artigos de ouro usado, vulgarmente designado de “cascalho de ouro” (CAE n.º 7790-Comércio a retalho de artigos em 2.ª mão):

1.1. *Nos documentos de compra de “cascalho de ouro”, efectuado a duas ourivarias, sujeitos passivos de IVA, numa factura vem indicado “Regime Especial do Ouro — IVA devido pelo adquirente — Art. 10.º do Dec-Lei 362/99, de 16/06”, e, na outra factura, vem indicado “IVA — regime de bens em 2.ª mão”.*

1.2. *O empresário em nome individual vende o “cascalho de ouro” a um sujeito passivo de IVA, no estado em que o comprou. Qual o regime de IVA que se aplica?*

1.3. *O mesmo empresário, após comprar o “cascalho de ouro”, leva-o a uma empresa para o derreter em ouro fino, para ser usado novamente na produção de artefactos, sendo-lhe facturada a respectiva prestação de serviços. A venda deste ouro fino a produtores, sujeitos passivos de IVA, está sujeita a qual dos regimes de IVA?*

Tal como se elucida, o “regime especial aplicável ao ouro para investimento”, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 362/99, aplica-se apenas às operações sobre ouro para investimento, considerando-se como tal o ouro descrito no art. 2.º do referido regime.

Nestes termos, como a AT esclareceu:

5. *O “cascalho de ouro” (objectos de ouro que perderam a sua identidade por terem sido inutilizados de forma irreparável), pela sua própria definição, não se*

considera ouro para investimento tal como vem definido no nº1 do artº 2º do regime especial. Por força do artº 1º deste regime especial que refere que; “O regime especial aplica-se às operações sobre ouro para investimento”, o Regime especial aplicável ao ouro para investimento aprovado pelo Dec-Lei nº 362/99, de 16 de Setembro, não tem aplicação nas operações de compra e venda de “cascalho de ouro”.

6. *Assim, as operações de compra e venda de “cascalho de ouro”, dado não se tratar de ouro para investimento, estão sujeitas a tributação, de acordo com as regras do Código do IVA e do RITI. Regime especial dos bens em segunda mão, regulamentado pelo D.L. nº 199/96, de 18 de Outubro.*

(...)

14. *Atento o conceito de “Bens em segunda mão”, definido no Decreto-Lei nº 199/96, de 18 de Outubro, considerando como tal, “Os bens móveis susceptíveis de reutilização no estado em que se encontram ou após reparação ...”, e, por outro lado, a definição de cascalho como «o conjunto de artefactos inutilizados de forma irreparável», afigura-se, que aquele regime especial de bens em segunda mão, não tem aplicação na transmissão de “cascalho de ouro”. Assim, a sua transmissão, fica sujeita a tributação, de acordo com as regras do Código do IVA e do RITI.*

15. *Relativamente à venda de “ouro fino” (cascalho de ouro, derretido em ouro fino), para ser usado novamente na produção de artefactos, a produtores, sujeitos passivos de IVA, terá que se atender ao que vem referido no ponto II, do Ofício-Circular 30014/00, de 13/01 — da Direcção de Serviços do IVA, o qual veio clarificar o regime especial aplicável ao ouro para investimento:*

15.1. *«As transmissões, aquisições intracomunitárias e importações de ouro que não seja ouro para investimento estão sujeitas a tributação de acordo com as regras do Código do IVA e do RITI.*

15.2. *Todavia, nas transmissões de ouro sob a forma de matéria-prima (barra, placa, granalha, solda, etc.) ou de produtos semitransformados (por ex. fio, fita, tubo que não sejam artefactos de ouro) de toque igual ou superior a 325 milésimos, o pagamento do imposto e as demais obrigações decorrentes dessas operações (com excepção das previstas no artigo 12.º), devem ser cumpridas pelo adquirente quando este seja um sujeito passivo dos mencionados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2º do Código do IVA, que tenha direito à dedução total ou parcial do imposto.*

15.3. *O adquirente deverá proceder à liquidação e dedução simultânea na declaração periódica de imposto. Saliente-se que a dedução deverá ser efectuada de acordo com as regras dos artigos 19.º a 25.º do Código do IVA.*

15.4. *O fornecedor dos bens abrangidos por este preceito deve, para cumprimento do disposto no artigo 36.º, n.º 5, e) do Código do IVA, incluir na factura emitida a menção “IVA devido pelo adquirente”.*

Termos em que se conclui que:

16. *Como se viu nos pontos 3 e 4 desta informação, o “Regime especial aplicável ao ouro para investimento”, só tem aplicação nas operações sobre ouro para investimento, tal como este se encontra definido no respectivo diploma legal. Não se*

tratando de ouro para investimento, estão sujeitas a tributação de acordo com as regras do Código do IVA.

17. No que se refere ao “cascalho de ouro”, e atendendo, nomeadamente, aos conceitos referidos nos pontos 2, 5, 6, 9 e 14, da presente informação, a sua transmissão fica sujeita a tributação de acordo com as regras do Código do IVA e do RITI.

18. Quanto à venda de “ouro fino” (cascalho de ouro, derretido em ouro fino) a produtores, sujeitos passivos de IVA, caso se trate de um dos produtos com as características apontadas no ponto 15.2 desta informação, deverá obedecer ao que vem referido nos pontos subsequentes, 15.3 e 15.4, que fazem parte integrante do Ofício-Circulado 30014/00, de 13/01 — da Direcção de Serviços do IVA, o qual pode ser consultado no endereço <<http://www.portaldasfinancas.gov.pt>> utilizando a opção Informação Fiscal ► Legislação/Instruções Administrativas ► Instruções Administrativas ► DGCI ► Circulares DGCI. No entanto, se o “ouro fino” não tiver as características apontadas, a sua transmissão, está sujeita a tributação de acordo com as regras do Código do IVA e do RITI.

Uma nota final para salientar que, em regra, nas informações emitidas pela AT neste contexto o critério decisivo para concluir pela aplicação ou não do regime das sucatas assenta no facto de os bens indicados serem ou não susceptíveis de reutilização no seu estado original, sendo que, em caso afirmativo, se conclui que as respectivas transmissões não estão abrangidas pelas referidas regras especiais de tributação mas sim pelo regime geral.

Assim, a todos os materiais que se destinam a reciclagem, ou seja, que se encontram de tal forma danificados que não é possível a sua reutilização, poderá aplicar-se a regra de inversão do IVA.

Relativamente aos materiais/ peças que ainda possam ser reutilizadas, terá de se indicar e liquidar o IVA correspondente, sendo que um bem considerado usado não pode ser considerado sucata ou resíduo apenas por considerar esta característica e dever-lhe-á ser aplicado o IVA.

2.3.5. Outras orientações

O Gabinete Técnico da Ordem dos Contabilistas Certificados (OCC), em 10 de Janeiro de 2019, analisou o enquadramento em IVA de um empresário em nome individual que adquiriu um negócio de compra de ouro e que depois o vende para derreter. *A posteriori*, pretende, em simultâneo, expandir para a venda de algumas peças de ouro em segunda mão.

Conforme se elucida no Parecer técnico então prestado, as transmissões de ouro que não sejam para investimento estão sujeitas a tributação, de acordo com as regras do Código do IVA.

Neste contexto, esclarece-se que, de acordo com o ponto II do Ofício-Circulado n.º 30014, é referido que aos artefactos de ouro não é aplicável o regime do ouro para investimento. Assim se conclui que as compras e vendas de artefactos de ouro, não têm nenhum regime especial de tributação em sede do IVA, seguindo as regras gerais de tributação, excepto se for feita a opção pela tributação pelo Regime dos bens em segunda mão, uma vez, naturalmente, verificados os respectivos requisitos de aplicação.

Abílio Marques, num artigo sobre a matéria⁽¹⁹⁾, vem esclarecer que a compra e venda de objectos de ouro usados trata-se de uma actividade em que os objectos são vendidos no mesmo estado em que são comprados. Se este ouro é adquirido a um particular ou a um sujeito passivo isento, o IVA destas transacções será apurado pelo regime da margem. Se, os objectos transaccionados forem novos ou, sendo usados, tiverem sido adquiridos a um sujeito passivo que tenha utilizado o regime geral, tem que ser aplicado o regime geral. Daqui resulta que o operador tem que liquidar IVA à taxa normal (actualmente de 23%), tendo direito a deduzir o IVA que suportou nas suas aquisições.

Como refere, as transmissões de ouro sob a forma de matéria-prima (barra, placa, granalha, solda. etc) ou de produtos semitransformados (por ex. fio, fita, tubo que não sejam artefactos de ouro) de toque igual ou superior a 325 milésimos, são operações sujeitas a IVA à taxa normal. (23%). Porém, as obrigações de liquidação e entrega do imposto devem ser cumpridas pelo adquirente quando este seja um sujeito passivo do regime normal que tenha direito à dedução total ou parcial do imposto suportado. Na factura emitida deverá ser feita a menção “IVA devido pelo adquirente”.

⁽¹⁹⁾ *O comércio do ouro, Enquadramento fiscal da actividade*, “Revista Apemip”, disponível em <<https://www.google.com/search?q=O+com%C3%A9rcio+do+ouro%2C+Enquadramento+fiscal+da+actividade%2C+Revista+Apemip.&oq=O+com%C3%A9rcio+do+ouro%2C+Enquadramento+fiscal+da+actividade%2C+Revista+Apemip.&aqs=chrome..69i57.1732j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>.

2.3.6. A aplicação do regime das sucatas em Espanha e França

Desde 1 de Janeiro de 2004 que Espanha introduziu o regime das sucatas no art. 84.1.2.º, letra c), da Ley 37/1992, de 28 de diciembre, do *Impuesto sobre el Valor Añadido*, ocorrendo a inversão do sujeito passivo quando estejam em causa as seguintes operações:

- *Entregas de desechos nuevos de la industria, desperdicios y desechos de fundición, residuos y demás materiales de recuperación constituidos por metales férricos y no férricos, sus aleaciones, escorias, cenizas y residuos de la industria que contengan metales o sus aleaciones.*
- *Las operaciones de selección, corte, fragmentación y prensado que se efectúen sobre los productos citados en el guión anterior.*
- *Entregas de desperdicios o desechos de papel, cartón o vidrio.*
- *Entregas de productos semielaborados resultantes de la transformación, elaboración o fundición de los metales no férricos referidos en el primer guión, con excepción de los compuestos por níquel. En particular, se considerarán productos semielaborados los lingotes, bloques, placas, barras, grano, granalla y alambón.*

Em Anexo à *Ley del IVA*, no *punto séptimo*, enunciam-se os bens incluídos fazendo referência à respectiva classificação pautal, sendo que não consta o ouro, estando apenas incluídos resíduos ou sucatas de ferro ou de aço, cobre, níquel, estanho e chumbo, em regra, desperdícios ou restos.

Como se elucida, “... *se considerarán desperdicios o desechos de fundición, de hierro o acero, chatarra o lingotes de chatarra de hierro o acero, desperdicios o desechos de metales no férricos o sus aleaciones, escorias, cenizas y residuos de la industria que contengan metales o sus aleaciones los comprendidos en las partidas siguientes del Arancel de Aduanas: (...)*”.

Em França, o regime das sucatas entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2008, sendo aplicável aos “*déchets neufs d’industrie et aux produits de récupération*”.

Como se esclarece, “*Les déchets neufs d’industrie sont des chutes de fabrication inutilisables en l’état dans un processus de fabrication. Quant*

aux matières de récupération, il s'agit de produits et d'objets usés, mis au rebut et récupérés en vue de servir à nouveau en tant que matière première (BOD 6751 du 1er avril 2008)''⁽²⁰⁾.

Também neste caso, nos vários exemplos indicados pela Administração Fiscal francesa, em caso algum surgem artefactos em ouro.

3. Conclusões

Do que vimos de analisar, conclui-se que, como começámos por afirmar, há que proceder a uma cuidadosa qualificação da transacção em causa tendo em consideração para o efeito, nomeadamente, as características do objecto/peça/artefacto em apreço, para se aferir correctamente qual será o regime do ouro aplicável em sede de IVA.

Caso estejamos perante situações de aquisição de ouro ou outro metal precioso sob a forma de artefactos susceptíveis de reutilização no estado em que se encontram, independentemente do tipo de peça em causa, seja ou não uma obra de joalheria reputada, com pedras incrustadas ou não e independentemente do valor artístico das mesmas, tendo em vista apenas a aquisição do ouro nelas contido para de seguida, após processo de purificação, proceder à respectiva venda já sob a forma de barras de ouro, não se poderá aplicar o regime das sucatas à venda das peças, invocando tratar-se de sucatas.

Com efeito, na venda de tais artefactos, face à legislação e doutrina da União Europeia e nacionais existentes neste contexto, em particular das orientações administrativas emanadas da AT, o procedimento correcto a aplicar será a liquidação do IVA nos termos gerais (concedendo-se o direito à dedução do IVA suportado nos termos gerais ao adquirente), dado não estarmos perante ouro para investimento nem dos pressupostos de aplicação do regime dos bens em segunda mão, não estando igualmente em causa a venda de sucatas, pelo que não será de aplicar o regime de *reverse charge* consagrado no CIVA.

De facto, em tais circunstâncias conclui-se desde logo não estarmos perante transacções de “sucata” e, muito menos, de “sucata reciclável”.

⁽²⁰⁾ *Décision administrative n.º 08-018 du 6 mars 2008, “Abrogation de l'article 291 II 3.º e du CGI. Suppression de l'exonération fiscale des importations de déchets neufs d'industrie et de matières de récupération, BOD n.º 6751 du 1er avril 2008”.*

E, saliente-se, ainda que assim não o fosse, sucede que, como referimos, o regime das sucatas não é aplicável aos artefactos de ouro, não tendo sequer Portugal transposto para a sua ordem jurídica regime idêntico previsto no art. 199.º A da Directiva IVA, pelo que nem seria legítimo à Administração Fiscal pretender aplicar tal regime.

O REGIME EUROPEU DE AUXÍLIOS DE ESTADO

Algumas reflexões

Por Gil Valente Maia⁽¹⁾

SUMÁRIO:

Prolegómenos. Delimitação do Objeto. Razão de ser. I. Auxílios de Estado. Contextualização e Noção Geral. II. Elementos constitutivos da noção de Auxílios de Estado. II.I. A origem (pública) da medida. II.II. A existência de uma vantagem económica: o critério definidor de conceito de “vantagem económica”. II.III. A seletividade da medida. II.III.I. A Seletividade Material. II.III.III. A Seletividade Regional ou Geográfica. II.IV. Afetação da concorrência. III. Derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno. IV. O papel da Comissão no controlo dos Auxílios de Estado. V. Breve referência ao regime nacional dos Auxílios de Estado. Síntese Conclusiva. Bibliografia.

Prolegómenos. Delimitação do Objeto. Razão de ser

Os auxílios de Estado (também designados “auxílios públicos” ou “ajudas de Estado”) constituem uma das matérias jusconcorrenciais mais desafiantes para a construção e garantia do mercado interno europeu⁽²⁾.

⁽¹⁾ Jurista. Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, 2019.

⁽²⁾ Referindo-se à importância da matéria, Andrea Biondi afirma que o regime de auxílios de Estado é a joia rara da coroa (“*is one of the purest jewels in the European legal system crown*”). Para mais desenvolvimentos, cf. BIONDI, ANDREA, “Some Reflections on the Notion of State Resources in European Community State Aid Law”, *Fordham International Law Journal*, 30 (2006), 1428.

O seu estudo justifica-se, desde logo, por configurarem uma das matérias mais originais no regime do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), cuja amplitude e desenvolvimento jurisprudencial se afigura verdadeiramente singular.

Com efeito, a regulação dos auxílios de Estado, conquanto seja uma matéria regulada desde o Tratado de Roma e que se mantém praticamente inalterada, ganhou, nos últimos tempos, uma especial candência, em resultado da crise económica e da concessão generalizada de auxílios pelos Estados durante esse período⁽³⁾.

Esse contexto serve, aliás, para se aquilatar de um dos grandes desafios deste regime jurídico: se, por um lado, ele procura proteger os interesses da União Europeia na garantia de um sã funcionamento da concorrência, por outro ele procura refrear (e combater) a natural tentação dos Estados em criar obstáculos protecionistas e políticas de condicionamento protetoras das economias nacionais.

Assiste-se, por isso a uma verdadeira dialética entre essas duas realidades. Não deixa, desse modo, de ser importante referir que o tema se reveste de particular atualidade, numa época em que a Europa (re)encontra discursos protecionistas, de índole nacionalista, que almejam subtrair a concorrência, para isso incrementando o volume de auxílios na tentativa de fechar o mercado à concorrência e impedir aquilo que consideram uma erosão da soberania nacional.

A questão de saber qual o grau de equilíbrio entre a intervenção do Estado e o funcionamento do mercado livre é, porventura, o maior desafio que o legislador e os órgãos da União Europeia têm em mãos, com refrações na legislação em geral e, em particular, no regime dos auxílios de Estado⁽⁴⁾. Tal questão assume importância axial, dado que entre os objetivos da União encontram-se políticas sociais, como a promoção do emprego, a luta contra a exclusão social ou a melhoria do investimento em serviços públicos, as quais reclamam uma atitude ativa dos Estados, com ficou plasmado na Estratégia de Lisboa e na Estratégia Europa 2020⁽⁵⁾.

⁽³⁾ A tal ponto que a literatura de origem anglo-americana utiliza, para caracterizar a evolução e atualidade do regime dos auxílios de Estado, a metáfora de que a evolução do regime configura uma espécie de “*ugly duck turning into a swan*”. Parece que a matéria, depois de anos de esquecimento e desconsideração, alcançou o reconhecimento merecido. Neste sentido, cf. RUBINI, LUCA (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid*, 1.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

⁽⁴⁾ Defendendo esta ideia de “equilíbrio” entre os auxílios de Estado e o Direito da União Europeia, particularmente no ramo das energias renováveis, cf. GOMES DE ANDRADE, ANA RITA, “As energias renováveis — Uma luz verde aos auxílios de Estado?”, *Revista da Concorrência e Regulação*, número 3 (2010), pp. 33-46.

⁽⁵⁾ Para uma análise detalhada dos objetivos e das metas a atingir, vide <<https://ec.europa.eu>

Consciente desta realidade, sintetiza lapidariamente PAULO PITTA E CUNHA:

Para além dos modelos políticos (Europa Federal ou Europa intergovernamental), importa considerar a posição que se desenha quanto aos modelos económicos de integração. Trata-se aqui do choque da perspectiva do mercado aberto e da plena concorrência, que constitui a actual fase da integração introduzida pela CEE e continuada através do mercado único, e a abordagem intervencionista do fenómeno, como afirmação dos objetivos de política económica nacional, designadamente em termos da realização do chamado “modelo social”. Torna-se difícil fundir as duas correntes, sendo certo que, na sua lógica extensão, o intervencionismo não deixa de se mostrar contrário ao próprio desígnio da integração⁽⁶⁾.

Fundamental na construção do mercado interno e na própria estrutura axiológica da União Europeia, o regime europeu da defesa da concorrência através da proibição dos auxílios de Estado (como veremos *infra*) parte da constatação de que as ajudas do Estado às empresas e produções nacionais são nocivas para a livre concorrência, uma vez que desincentivam as empresas auxiliadas a investirem em novos processos e estruturas produtivas, com o prejuízo daí decorrente em termos de eficiência; a sua permissão redundaria na ideia de “nacionalismo económico”, isto é, caso o controlo dos auxílios fosse efetuado a nível nacional, a tentação de privilegiar as empresas nacionais face às concorrentes estrangeiras seria praticamente inevitável, o que fere os elementares princípios do mercado aberto e da livre prestação de serviços; os auxílios de Estado provocam uma maior probabilidade das empresas auxiliadas correrem riscos excessivos (“*moral hazard*”) na sua atividade, dado que sabem que serão socorridas pelo Estado^(7/8).

pa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pt>.

⁽⁶⁾ PITTA E CUNHA, PAULO; SILVA MORAIS, LUÍS (2008), *A Europa e os desafios do século XXI*. 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, *cit.*, p. 233.

⁽⁷⁾ Referindo que a racionalidade económica não é a razão fundamental no controlo dos auxílios de Estado, escreve HANS W. FRIEDERISZICK: “*Although state aid control is related to these well-developed fields of economics, most of the analysis in the practice of European State aid control is not firmly rooted in economic principles*”. Para mais desenvolvimentos, cf. FRIEDERISZICK, HANS, ROLLER, LARS-HENDRIK, VERODEN, VINCENT (2006), *Handbook of antitrust economics*. 1.ª ed., MIT Press, pp. 625-669.

⁽⁸⁾ Manuel Lopes Porto fornece-nos alguns dados estatísticos sobre a matéria, referindo que, no período entre 2003 e 2005, os países mais prevaricadores em matérias de auxílios de Estado foram os países mais ricos da União Europeia. Naquele hiato, a Itália foi condenada por 28 vezes, a Alemanha e França por 11 vezes, a Espanha por 71 vezes e o Reino Unido e a Bélgica por 6 vezes. Nesse mesmo período, Portugal não fora condenado, ainda que tenham sido apreciadas 25 situações. Cf. PORTO, MANUEL LOPES (2016), *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia*, Vol. I, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, p. 258.

O legislador europeu encara, por isso, com bastante desconfiança os auxílios de Estado porque tem a plena consciência de que a sua instituição generalizada pode gerar efeitos muito próximos aos provocados pelas barreiras aduaneiras e outras formas de protecionismo.

O que são auxílios de Estado? A quem compete o seu controlo e como se processa o mesmo? Quais as consequências da sua violação? Estas são as questões medulares a que a presente investigação procurará responder, procurando, sempre que possível, elencar as matérias mais controvertidas do regime e, outrossim, o debate doutrinal e jurisprudencial existente em torno do objeto analisado. Uma breve referência comparativa será ainda feita ao regime nacional dos auxílios de Estado.

I. Auxílios de Estado: contextualização e noção geral

O controlo dos auxílios de Estado consta do TFUE, no Título VII, no capítulo relativo às regras da concorrência (arts. 101.º a 109.º), e concretamente, para o que ora nos importa, nos arts. 107.º a 109.º do TFUE. Dispõe o art. 107.º: *“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”*.

A fórmula encontrada pelo legislador é complexa e dela decorrem um conjunto de requisitos que carecem de preenchimento. Esta previsão mantém-se praticamente incólume desde a redação do Tratado de Roma, onde a matéria já se encontrava regulada no art. 87.º do referido Tratado.

Em primeiro lugar, facilmente se depreende que o legislador não forneceu uma definição legal de auxílio de Estado, preferindo a identificação de uma série de requisitos que indiciam a existência do mesmo. Destarte, a construção legal do conceito e o sentido a atribuir-lhe resultam em larga medida da atuação da Comissão Europeia e da construção pretoriana conduzida pelo TJ, os quais acabam por construir uma dogmática geral sobre o tema, fornecendo as linhas interpretativas e orientadoras para o preenchimento de um numeroso acervo de requisitos.

O legislador europeu parte de uma presunção de que os auxílios de Estado são incompatíveis com o mercado interno. Trata-se de uma *“pre-*

sunção negativa”(9) ou “*presunção de ilegalidade das medidas de auxílio de Estado*”(10), cuja razão de ser é a ideia de incompatibilidade entre um mercado único e um apoio seletivo às empresas. Como escreve MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES:

A regra da incompatibilidade dos auxílios de Estado radica na ideia de evitar que a intervenção de um fator visto pela UE como externo ao funcionamento do mercado, como é o comportamento dos Estados, possa criar artificialmente vantagens para certas empresas em detrimento de outras criando, com efeitos protecionistas, barreiras financeiras e outras, perturbadores da livre concorrência transnacional(11).

Apesar desta presunção de proibição dos auxílios de Estado, esta não tem um carácter absoluto ou automático. Não estamos, por isso, perante uma proibição geral e indiscriminada, mas perante uma “*interdição circunscrita a hipóteses precisas e condicionadas à tutela de particulares interesses comunitários*”(12).

Como veremos, o TFUE admite a possibilidade de certos auxílios serem compatíveis com o mercado interno, o que se justifica por razões de interesse público, nos termos dos números 2 e 3 do art. 107.º do TFUE. Ainda assim, estes artigos são normas excepcionais, derrogando a regra geral da proibição de auxílios de Estado consagrada no número 1 do referido artigo.

O conceito de auxílio de Estado é um conceito eminentemente jurídico(13) e amplo(14), com uma série de elementos que carecem de preenchimento para se determinar a sua incompatibilidade com o mercado interno. A doutrina tem procurado definir o conceito(15), sendo que as várias tenta-

(9) NOGUEIRA DE ALMEIDA, J., “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 54 (2011), *cit.*, p. 221.

(10) *Lei da Concorrência Anotada* (coord. Carlos Botelho Moniz), Vol. I, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2016, *cit.*, p. 625.

(11) GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL (2014), *Direito da União*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A., *cit.*, p. 174.

(12) Parecer do Conselho Consultivo da PGR (rel. FERNANDES CADILHA), de 14 de agosto de 2002.

(13) O “conceito de auxílio, como é definido no Tratado, tem carácter jurídico...”: *vide* considerando 40 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de outubro de 2002, *Linde AG v. Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-98/00.

(14) Dado o carácter amplo dos auxílios, abrangendo medidas positivas e negativas, chegou a ser proposto o seu alargamento a “medidas de efeito equivalente”. Cf. resposta à questão posta pelo parlamentar Burgbacher (JO 125/35, de 17 de agosto de 1963).

(15) J. NOGUEIRA DE ALMEIDA avança a seguinte noção: “*toda a medida que seja financiada por meio de recursos públicos, que conceda uma vantagem económica, seja selectiva, distorça ou ameace*

tivas acabam por redundar numa formulação mais ou menos acabada dos vários requisitos exigidos pelo número 1 do art. 107.º

De acordo com o número 1 do art. 107.º, para que estejamos perante uma medida pública incompatível com o mercado interno e, por isso, proibida, esta tem de reunir quatro requisitos cumulativos, a saber:

- i) a medida tem de resultar da intervenção do Estado;
- ii) essa intervenção tem de consubstanciar uma vantagem económica;
- iii) a medida tem de se traduzir numa vantagem seletiva;
- iv) a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

Não importa para o preenchimento do conceito a forma que reveste o auxílio ou os objetivos da medida concedida. É, portanto, um conceito de base objetiva, sendo absolutamente indiferente a forma de que se reveste o auxílio e os fins para os quais este é concedido. Tal foi afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), tendo ficado conhecido como a “*doutrina dos efeitos*”⁽¹⁶⁾.

A densificação do conceito passa, portanto, pela decomposição do mesmo e pela análise isolada de cada um dos seus elementos.

II. Elementos constitutivos da noção de Auxílios de Estado

II.1. A origem (pública) da medida

Aparece-nos imediatamente, como primeiro elemento carecido de preenchimento, o requisito de que temos de estar perante um auxílio “*concedido pelos Estados ou provenientes de recursos estatais*”.

Cabe, em primeiro lugar, referir que o auxílio tem de ser concedido a empresas ou produções, na aceção jusconcorrencial do conceito. Não

distorcer a concorrência no mercado único e, por último, afecte o comércio entre os Estados-Membros”. CARLOS BOTELHO MONIZ, numa formulação um pouco diferente, define auxílio de Estado como “*qualquer vantagem específica concedida a certa ou a certas empresas, através de um acto imputável a uma entidade pública, implicando a mobilização de recursos financeiros, da qual resulte — em virtude da situação de privilégio assim criada — uma afectação actual ou potencial da concorrência e uma distorção dos fluxos comerciais no interior da Comunidade*”.

⁽¹⁶⁾ Cf. Ac. do TJ de 2 de julho de 1974, processo 173/73, *Itália v. Comissão*.

cabendo na economia da presente investigação uma análise aprofundada do conceito de empresa, deixámos uma definição perfunctória. O conceito de empresa “*deve ser entendido em sentido funcional e abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. Uma entidade que não desenvolva uma actividade económica não é empresa na aceção do direito da concorrência*”⁽¹⁷⁾.

O conceito de Estado a que alude o artigo é um conceito restritivo, no sentido em que a existência do auxílio não se basta com o facto de a conduta ser imputável ao Estado. Mais do que imputável ao Estado, a conduta tem de resultar num encargo para o mesmo⁽¹⁸⁾. Deste modo, o segmento que expusemos no início, ao contrário do que indicia, é uma noção cumulativa, uma vez que o auxílio tem de ter uma origem pública (em sentido lato) e traduzir-se num encargo suportado pelo Estado, podendo este ser um encargo efetivo ou potencial. Esta noção consta de duas decisões fundacionais nesta matéria: o acórdão *PreussenElektra AG/Schlesweg AG*⁽¹⁹⁾, sendo depois confirmada no *Acórdão Perle BV*⁽²⁰⁾.

É um conceito económico, que não se confina a uma noção orgânica ou institucional de Estado. A noção de Estado deve ser entendida como extensível a autoridades que não se enquadrem organicamente na estrutura da Administração Pública (incluimos, nesta noção ampla, o Estado, os entes públicos menores, as entidades regionais e locais, as associações públicas, as entidades administrativas independentes, as empresas privadas de ou com capitais públicos e, ainda, as entidades privadas incumbidas pelos poderes públicos de gerir uma concreta medida de auxílio). Incluir apenas os organismos em que o Estado concede diretamente auxílios seria permitir contornar as regras do regime em causa. O auxílio não tem, portanto, de provir estritamente do Estado para poder ser qualificado como auxílio estatal⁽²¹⁾. Aliás, a origem dos fundos não é o *busilis* da questão: mais importante será determinar se o auxílio é ou não imputável ao

⁽¹⁷⁾ Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas em 16 de fevereiro de 2017 (processo C-74/16). O excerto em causa encontra-se no n.º 36 das Conclusões.

⁽¹⁸⁾ Salientando a noção de encargo suportado pelo Estado, a jurisprudência *Sloman Neptune* acentuou a necessidade de a vantagem entroncar diretamente nos recursos do Estado, constituindo um encargo para o mesmo. Cf. Ac. TJ de 17 de março de 1993, processos apensos C-72/91 e C-73/91.

⁽¹⁹⁾ Ac. TJ de 13 de março de 2001, processo C-379/98, *PreussenElektra AG/ Schlesweg AG v. Windpark Reussenköge III GmbH*.

⁽²⁰⁾ Ac. TJ de 15 de julho de 2004, processo C-345/02, *pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden*: *Pearl BV v. Hoofdbedrijfschap Ambachten*.

⁽²¹⁾ Ac. TJ de 30 de janeiro de 1985, processo 290/83, *França v. Comissão*.

Estado⁽²²⁾. A dificuldade deste primeiro requisito está em saber como imputar ao Estado um comportamento de um terceiro (que concede o auxílio).

Neste sentido, o que é verdadeiramente determinante para o preenchimento deste requisito é que se esteja perante uma transferência de recursos públicos, ou seja, uma mobilização de recursos estatais para as empresas. O conceito implica sempre um sacrifício financeiro para o Estado (atual ou potencial), que se consubstancia num aumento direto da despesa ou na diminuição da receita a receber e que, de alguma forma, entronca nos recursos existentes no Orçamento de Estado.

Esta mobilização de recursos pode traduzir-se em medidas positivas (*positive aid*) ou ainda a não perceção de receitas a que o Estado teria direito (*negative aid*). Tal pode assumir numerosas formas: subvenções diretas, participações no capital social, empréstimos, garantias, assim como a renúncia a prestações a que o Estado teria direito. O conceito inclui igualmente a criação de um risco concreto que se traduza em prestações suplementares a serem suportadas pelo Estado no futuro, como a prestação de uma garantia ou uma proposta contratual.

Como decorre da jurisprudência do TJ, o simples facto de uma medida ter sido concedida por uma empresa pública não significa automaticamente que esta seja imputável ao Estado. Nesses casos, é necessário analisar se as autoridades públicas devem ou não ser consideradas implicadas nessa medida. O TJ é categórico a este respeito⁽²³⁾: “(...) *embora o Estado possa controlar uma empresa pública e exercer uma influência dominante nas suas operações, o exercício efectivo deste controlo não deve ser automaticamente presumido*”. Na esteira deste aresto, a imputabilidade ao Estado de uma medida de auxílio adotada por uma empresa pública deve basear-se num método indiciário, que tome em atenção, entre outros, a inserção da empresa no contexto da Administração Pública, a natureza das suas atividades, a intensidade da tutela exercida pelo Estado ou o estatuto jurídico da empresa (regulação pelo Direito Público ou pelo Direito Societário)⁽²⁴⁾.

O facto de uma empresa pública conceder um determinado auxílio não implica que ela não possa ser beneficiária de auxílios de Estado, desde que o auxílio concedido tenha sido diferente do auxílio do qual esta é beneficiária.

⁽²²⁾ É esta a ideia que ressalta das Conclusões do Advogado-Geral M. Darmon relativo ao Acórdão de 7 de março de 1993 (C-72/91). Ver, em particular, os n.ºs 40 a 43 das Conclusões.

⁽²³⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, processo C-482/99, *França/Comissão*. O excerto por nós referido encontra-se no n.º 52 do Acórdão.

⁽²⁴⁾ GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL ... [et al.], *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2013.

Caso o Estado-Membro não goze de qualquer margem de discricionariedade na aplicação da medida (no caso, por exemplo, de esta decorrer diretamente de um ato legislativo europeu) não se verifica a imputabilidade necessária⁽²⁵⁾. No entanto, se a medida resultar de um ato legislativo europeu que, de alguma forma, permita uma margem de conformação ao Estado-Membro, a jurisprudência tem afirmado que a imputabilidade pode ainda funcionar.

É importante mencionar e debater a suficiência ou não deste requisito. Alguma doutrina tem advertido para o facto de que o requisito da seletividade (o qual examinaremos *infra*) é mais adequado para analisar uma medida concedida por um Estado-Membro, uma vez que estamos num domínio onde, por força dos princípios gerais de Direito da União Europeia, se tem forçosamente de reconhecer competências exclusivas aos Estados-Membros no domínio das suas opções legislativas. Assim, um alargamento desmesurado da noção de transferência de recursos públicos poderia permitir uma intervenção excessiva da Comissão Europeia nas políticas económicas e nas decisões legislativas, além de aumentar imensamente os poderes de fiscalização das autoridades europeias. Deste modo, há que precisar o âmbito de aplicação do regime da concessão de auxílios. Neste ponto da questão, há que atender aos argumentos e ao entendimento sustentado por MIGUEL POIARES MADURO quando afirma:

Parece-me, no entanto, que o critério da transferência de recursos do Estado, habitualmente utilizado pelo Tribunal de Justiça, não permite aplicá-las e justificá-las correctamente. Para esse efeito, seria preferível recorrer ao critério da seletividade tal como resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁽²⁶⁾.

Para o que ora vimos expendendo, o referido Autor estriba a sua argumentação num ponto essencial: para ele, o critério da transferência de recursos públicos pode falhar, na medida em que podemos estar perante uma inequívoca concessão de um auxílio e tal não ser sancionado pelo regime dos auxílios de Estado, uma vez que a mesma medida não estabelece uma diferenciação entre as empresas dentro do mesmo Estado-Membro. Neste caso, não há uma opção preferencial a uma categoria de empresas. Nesta senda, o referido Autor parece privilegiar o requisito da seletividade ao requisito que analisamos.

⁽²⁵⁾ É o que decorre, entre outros, do Acórdão *Deutsche Bahn AG/Comissão*, de 05 de abril de 2004.

⁽²⁶⁾ Conclusões do Advogado-Geral MIGUEL POIARES MADURO, PROCESSO C-237/04. O excerto a itálico encontra-se no n.º 47.

II.II. A existência de uma vantagem económica: o critério definidor de conceito de “vantagem económica”

Para além de configurar uma medida concedida por um Estado-Membro, nos termos referidos *supra*, a medida tem ainda de consubstanciar uma vantagem económica atribuída a um operador que atue no mercado. O conceito de vantagem económica não coincide necessariamente com o conceito de lucro ou com uma actuação de *facere* de um Estado-Membro. Neste conspecto, o legislador não nos oferece um catálogo taxativo das medidas ou ajudas que possam configurar um auxílio de Estado, pelo que estas podem assumir diversas formas, desde prestações positivas, como a atribuição de subvenções, ou prestações negativas, dentro das quais podemos incluir a redução de encargos, através de empréstimos sem juros ou a juros reduzidos, garantias especiais, abatimentos fiscais, fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, participações no capital social de empresas. A noção de auxílio é, por isso, mais ampla do que a noção de subvenção, tal como ficou plasmado no Acórdão *Steenkolenmijnem*⁽²⁷⁾.

As diferentes cambiantes que uma medida pode revestir suscitam dificuldades na aplicação do regime. A Comissão Europeia e a jurisprudência careciam, por isso, de encontrar critérios definidores capazes de responder ao problema de saber em que circunstância a medida traduzir-se-ia numa vantagem económica (*rectius*, uma vantagem económica indevida). Neste sentido, e tendo em conta o princípio da igualdade entre empresas públicas e privadas a operar no mercado, a Comissão Europeia e a jurisprudência desenvolveram o *princípio do investidor privado na economia de mercado* (também designado por princípio do credor privado ou *market economy investor principle* ou *private creditor principle*)⁽²⁸⁾. Este princípio constitui um instrumento para avaliar um conjunto de intervenções do Estado, baseado na seguinte indagação: teria um putativo investidor privado realizado aquela operação nos mesmos termos em que ela foi realizada pelas autoridades públicas? Se a resposta for positiva, a vantagem económica não será indevida, uma vez que o Estado acaba por inter-

⁽²⁷⁾ Pode ler-se no Acórdão, de forma categórica: “No entanto, a noção de auxílio é mais geral do que a de subvenção, porque compreende não só prestações positivas tais como as próprias subvenções, mas igualmente intervenções que, sob diversas formas, atenuam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por isso, sem serem subvenções no sentido estrito do termo, têm a mesma natureza e têm efeitos idênticos”. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 1961 (*Steenkolenmijnem*/Alta Autoridade), processo n.º 30/59, p. 559.

⁽²⁸⁾ ZENHA MARTINS, J., “Auxílios de Estado: pressupostos e novas leituras em torno do conceito de selectividade”, *Revista de Direito Público*, 12 (2015), pp. 37-88.

vir na mesma qualidade de um particular ou, no mínimo, com interesses semelhantes a qualquer operador de um mercado concorrencial. Se a resposta for negativa, estaremos perante uma vantagem indevida, uma vez que, do ponto de vista da racionalidade económica, a intervenção não encontra fundamento sólido e a empresa nunca encontraria aquela vantagem nas condições normais do mercado.

Este método comparativo encontrado pela Comissão e pela jurisprudência comunitária assenta, logicamente, numa análise económica, a qual ajuda na aferição do impacto da medida. A existência de uma vantagem económica não prescinde da análise do caso concreto, como sublinhou o Tribunal de Justiça no Acórdão *Ecotrade*⁽²⁹⁾.

A vantagem não se confunde com uma liberalidade. Só em casos reduzidos é que esta confusão se pode verificar. Na esmagadora maioria das situações, a concessão de uma vantagem implica, ainda assim, contrapartidas para o beneficiário. Todavia, o importante é que não se verifique equivalência, ou seja, que a vantagem exceda a contrapartida exigida.

Tratando-se de um benefício concedido alheio às condições normais de mercado⁽³⁰⁾, a jurisprudência do TJ e a Comissão têm tido alguma dificuldade em delimitar a fronteira entre o requisito em análise e o requisito da seletividade (o qual analisaremos *infra*). Com efeito, o critério de des-trinça seguido pelo TJ, esmiuçado na análise conduzida por MARIANA MEDEIROS ESTEVES, propondo dois momentos cronológicos distintos, parece ser relevante para a distinção. Assim, na esteira da referida Autora, descrevendo a posição jurisprudencial sobre a questão:

é primeiramente necessário determinar se a medida é vantajosa, no sentido em que se apresenta como um “desvio” em relação ao sistema tributário geral, e só posteriormente é que será possível — através da comparação com o sistema geral — apreciar a medida mediante a susceptibilidade de se aplicar somente a um grupo mais ou menos restrito de empresas ou produções⁽³¹⁾.

Tal interpretação parece ser a mais adequada, uma vez que os dois requisitos não se podem confundir, sob pena de ser uma interpretação *con-*

⁽²⁹⁾ Ac. TJ de 1 de dezembro de 1998, processo C-200/97, *Ecotrade v. AFS*.

⁽³⁰⁾ É esta a noção fornecida pelo Projecto de Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal para efeitos do art. 107.º/1 do TFUE, de 2014. Nos termos do parágrafo 67 do Projecto, sempre que a empresa usufrua de um benefício económico que, na ausência de intervenção estatal, não teria obtido, então é possível concluir que lhe foi garantida uma vantagem.

⁽³¹⁾ ESTEVES, MARIANA MEDEIROS, “Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, *Revista de Concorrência e Regulação*, 27-28 (2016), 239-264, *cit.*, p. 243.

tra legem, e pelo facto de existirem medidas que, não obstante concedam uma vantagem económica fora das condições normais de mercado, a atribuem de uma forma genérica e não especificada, pelo que não preenchem o requisito da seletividade. Recentemente, a jurisprudência do TJ parece sufragar este entendimento, como se retira das conclusões do Advogado-Geral NILS WAHLS no âmbito do Processo Comissão Europeia v. MOL⁽³²⁾.

Merece especial atenção, no cotejo com o requisito em análise, a problemática dos serviços de interesse económico geral (SIEG). Trata-se de um conceito previsto nos arts. 14.º e 106.º número 2 do TFUE, e que consistem em “*actividades económicas que produzem resultados que são do interesse geral, resultados esses que sem a intervenção pública não seriam produzidos pelo mercado (ou seriam produzidos em condições diferentes, em termos de qualidade objetiva, segurança, acessibilidade, igualdade de tratamento ou acesso universal)*”⁽³³⁾. Referimo-nos a serviços essenciais prestados diretamente aos cidadãos, muitas vezes relacionados com direitos fundamentais, os quais, do ponto de vista da estrita racionalidade económica, não seriam assegurados pelos privados, uma vez que não garantem o lucro necessário⁽³⁴⁾. Por isso, o seu desenvolvimento só é assegurado se existir uma compensação por parte do Estado, que cubra, no todo ou em parte, os custos decorrentes das obrigações de serviço público. Aparentemente, tudo faria supor que esta compensação configuraria uma vantagem, sendo por isso de rejeitar. Todavia, a jurisprudência *Altmark*⁽³⁵⁾

⁽³²⁾ Nas conclusões do Advogado-Geral (processo C-15/14 P), e fazendo apelo ao parágrafo 47 das mesmas, é possível retirar: “*Esta exigência de seletividade ou — para retomar um outro termo frequentemente utilizado — de «especificidade» da medida deve ser claramente distinguida da deteção de uma vantagem económica. Por outras palavras, uma vez detetada a presença de uma vantagem considerada em sentido lato, decorrente direta ou indiretamente de uma medida, compete ainda à Comissão demonstrar que essa vantagem se dirige especificamente a uma ou a várias empresas*”. Cf. Conclusões do Advogado-Geral NILS WAHLS apresentadas em 22 de janeiro de 2015 no âmbito do Processo C-15/14 P, Comissão contra MOL Magyar Olaj — és Gázipari Nyrt, parágrafo 47.

⁽³³⁾ Cf. Documento de trabalho dos serviços da Comissão-Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de «contratos públicos» e de «mercado interno» aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral, 2013, *cit.*, p. 23.

⁽³⁴⁾ Fundacional nesta matéria, ao estatuir que os serviços de interesse económico geral constituem uma exceção à livre concorrência, é o acórdão *Gemeente Almelo* (processo C-393/92), de 27 de abril de 1994, ao confirmar a ideia, no parágrafo 46, de que: “*O art. 90.º, n.º 2, do Tratado prevê que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral podem subtrair-se às normas do Tratado relativas à concorrência, na medida em que as restrições à concorrência, e até mesmo uma exclusão de toda e qualquer concorrência, de outros operadores económicos, sejam necessárias para assegurar o cumprimento da missão particular que lhes foi confiada*”.

⁽³⁵⁾ Ac. TJ de 22 de outubro de 2010, processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

decidiu que as obrigações de serviço público não constituem auxílios estatais desde que verificadas quatro condições cumulativas (tese da compensação ou do custo líquido). Em primeiro lugar, a empresa beneficiária da compensação deve estar efetivamente incumbida da prossecução dessa obrigação de serviço público e essa obrigação deve estar claramente definida. Em segundo lugar, devem estar já definidos os parâmetros de cálculo dessa compensação, de forma clara e objetiva. Em terceiro lugar, a compensação não pode exceder o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações. Por último, a empresa beneficiária deve ser escolhida através de concurso público, com o menor custo possível para a comunidade e o nível da compensação deve ser determinado através de uma análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com os meios necessários para cumprir a obrigação de serviço público, teria suportado para cumprir essas obrigações.

II.III. A Seletividade da medida

II.III.I. A Seletividade Material

O requisito da seletividade tem sido aquele que, na matéria em análise, tem devotado maior atenção por parte da doutrina. É, de longe, o mais esmiuçado e aquele que desempenha o papel mais proeminente na configuração do regime legal dos auxílios de Estado⁽³⁶⁾.

Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, podemos dizer que a seletividade de uma medida se traduz na concessão de uma vantagem económica a certas empresas, sectores de actividade ou regiões. Referimos, deste modo, a medidas particulares e concretas, dirigidas exclusivamente a certos destinatários, com o objectivo de lhes conferir vantagens exclusivas em detrimento de outras empresas ou sectores de atividade. Mais uma vez, o TFUE não nos oferece uma definição legal de seletividade. A seletividade pressupõe, desde logo, uma comparação entre opera-

⁽³⁶⁾ No mesmo sentido, escreve ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *[et al.]*: “O elemento distintivo dos auxílios de Estado é dado, pois, pelo carácter derogatório, e, na maioria das vezes, discriminatório ou mesmo discricionário das medidas concedidas”. Cf. SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS/GONÇALVES, MARIA EDUARDA/MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, *Direito Económico*, 7.^a ed., Edições Almedina:Coimbra, 2014, *cit.*, p. 374.

dores que estão numa situação “*factual e jurídica comparável à luz do objectivo prosseguido pela medida em causa*”⁽³⁷⁾.

À seletividade da medida (ou especificidade da medida) opõem-se as designadas medidas de política económica geral, isto é, aquelas que beneficiam indistintamente todas as empresas. A título exemplificativo, não configura um auxílio de Estado o abaixamento da taxa de IRC em todo o território nacional, uma vez que beneficia todas as empresas sediadas nesse território. Diferentemente seria, por exemplo, um abaixamento da taxa do mencionado imposto apenas para as empresas do sector têxtil ou do sector pecuário.

Uma das preocupações nesta matéria é a de descortinar se uma medida aparentemente geral não oculta, em rigor, uma vantagem seletiva (*seletividade de facto*). Para este efeito, a Comissão e a doutrina jurídica têm procurado distinguir várias noções de seletividade. Tradicionalmente, distingue-se entre seletividade material (a qual permite responder ao problema colocado, uma vez que distingue as medidas que são explicitamente concedidas a determinadas empresas daquelas que, sendo aparentemente gerais, acabam, na prática, por redundar em auxílios seletivos, aplicáveis a determinadas empresas) e seletividade regional ou geográfica (em princípio, apenas as medidas aplicáveis na totalidade do território de um Estado-Membro não são tidas como seletivas). Os dois conceitos avançados carecem de um desenvolvimento mais detalhado.

Destarte, a jurisprudência tem distinguido, no âmbito da seletividade material, entre *seletividade de jure* — a qual resulta da aplicação de critérios jurídicos para a aplicação de medidas reservadas apenas a certas empresas, normalmente empresas com grande volume de negócios, com determinada forma jurídica ou ativas em determinados mercados — e *seletividade de facto* — caso em que a medida, apesar da existência de critérios formais gerais e objectivos, acaba apenas por favorecer grupos específicos de empresas, impedindo as restantes de lhe aceder. Um exemplo de *seletividade de facto* é a aplicação de um crédito fiscal apenas a investimentos superiores a um determinado valor. Numa leitura incipiente, a medida aparenta ser geral, baseada em critérios objetivos. Na prática, apenas se dirige a um grupo específico de empresas⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Ac. TJ de 8 de novembro de 2001, processo C-143/99, *Adria-Wien/Finanzlandesdirektion fur Karnten*, parágrafo 41.

⁽³⁸⁾ Cf. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01), p. 28, ss.

A seletividade material é uma noção pouco clara e pouco sedimentada. O seu conteúdo é sobretudo discutido em matéria fiscal, embora o seu âmbito extravase o domínio fiscal⁽³⁹⁾.

No que tange à seletividade material, é absolutamente pacífico que uma medida concedida, de forma *ad hoc*, a uma empresa ou a um certo número de empresas configura uma medida seletiva⁽⁴⁰⁾. A situação torna-se mais nebulosa quando existem medidas gerais que, na prática, acabam por redundar em medidas seletivas (seletividade de facto). Nesses casos, a solução para deslindar a seletividade da medida passa por uma análise da mesma em três fases. Em primeiro lugar, o sistema de referência tem de ser identificado. Em segundo lugar, tem de se aferir se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema de referência, na medida em que estabelece uma diferenciação desajustada entre operadores económicos que se encontram numa situação factual e jurídica comparável. Em terceiro lugar, é necessário averiguar se, pese embora configurando uma derrogação, a medida em causa é justificada pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência. Caso se verifique esta última fase, a medida não será incompatível com o art. 107.º, número 1 do TFUE⁽⁴¹⁾.

II.III.III. A Seletividade Regional ou Geográfica

A seletividade regional ou geográfica respeita àquelas medidas susceptíveis de estabelecerem um regime mais atrativo para as empresas ou setores de atividade estabelecidos em determinada área do território do Estado-Membro. Dada a pluralidade de configurações que podemos encontrar nos 28 Estados-Membros, a questão assume particular interesse naqueles onde entidades infra estaduais gozam de autonomia política e legislativa constitucionalmente consagrada. Os casos mais sonantes serão, desde logo, o caso português, espanhol e alemão. A questão ganha particular acutilância num momento em que a descentralização e o reconhecimento das entidades regionais assume proeminência no contexto da União Europeia, cujo regime jurídico é marcado pelo princípio da subsidiarie-

⁽³⁹⁾ BARTOSCH, ANDREA (2011), “The concept of selectivity”, in *Research Handbook on European State Aid Law*, Vol. I, E. M. Szyszczak.

⁽⁴⁰⁾ Esta asserção é confirmada pelo Advogado-Geral Mengozzi no Parecer de 27 de junho de 2013 no processo C-284/12 *Deutsche Lufthansa*, n.º 52.

⁽⁴¹⁾ Para maiores desenvolvimentos, cf., entre outros, Processo C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, processo C-279-08 P *Comissão/Países Baixos* (NOx), Processo C-75/77 *Bélgica/Comissão*.

dade, e onde a fiscalidade direta é uma competência soberana dos Estados-Membros, o que suscita a questão de saber como compatibilizar a desconcentração de competências fiscais — reservadas aos Estados-Membros — e os potenciais efeitos distorçores que daí decorram em termos de efetividade do regime europeu dos auxílios de Estado⁽⁴²⁾.

A situação não se revela problemática nas situações em que é o Estado a conceder um tratamento claramente mais favorável a tais regiões onde, salvo situações excepcionais, tal configurará um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno. Todavia, a situação revela-se particularmente complexa nas situações em que tais medidas emanam da própria entidade infraestadual, em virtude da sua autonomia constitucionalmente prevista. Nestes casos, em que as regiões gozam de um certo grau de autonomia, a resposta ao problema da seletividade regional permanece algo obscura e não é isenta de óbices.

A solução para os casos em que uma medida não abrangesse a totalidade do território nacional havia sido dada de forma uniforme pela jurisprudência e pela Comissão Europeia. Nesses casos, considerar-se-ia tal medida seletiva. Esta posição inicial, que haveria depois de ser parcialmente infletida, resulta particularmente clara das Conclusões do Advogado-Geral SAGGIO a propósito do caso *Guipúzcoa*⁽⁴³⁾:

O facto de as medidas em questão serem tomadas pelas colectividades territoriais dotadas de competência exclusiva nos termos do direito nacional é na realidade, tal como observou a Comissão, uma circunstância puramente formal, que não basta para justificar o tratamento preferencial reservado às empresas que relevam do âmbito de aplicação das «normas forales». Se assim não fosse, o Estado poderia facilmente evitar a aplicação, numa parte do seu território, das disposições comunitárias em matéria de auxílios de Estado, muito simplesmente introduzindo modificações na repartição interna das competências em certos domínios, de forma a invocar assim, para um determinado território, a natureza «geral» da medida em questão.

Secundando a mesmíssima ideia de que a seletividade só pode ser afastada quando a medida em causa incidir sobre a integralidade do território, é referido pela Comissão Europeia que “(...) apenas as medidas cujo âmbito abrange a totalidade do território do Estado escapam ao critério de especificidade (...)”⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ CRUZ VILAÇA, JOSÉ LUIS DA (2014), *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, 1.ª ed., Hart Publishing, Oxford.

⁽⁴³⁾ Conclusões do Advogado-Geral Antonio Saggio apresentadas em 1 de julho de 1999. O excerto em causa consta do parágrafo 37 das referidas Conclusões.

⁽⁴⁴⁾ *Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às*

Apenas no caso *Açores* o TJ foi confrontado com a questão da autonomia fiscal de uma entidade regional e com a necessidade de desenvolver critérios susceptíveis de responder ao problema de saber em que condições pode uma medida regional considerar-se não seletiva. Refira-se que a jurisprudência anterior apenas se concentrara no problema, já descrito, de identificar a seletividade de uma medida concedida pela Administração Central, a qual estabelecia condições mais aliciantes para as empresas numa determinada região do território. Até então, e pese embora a região em causa ter revogado a medida e o TJ não se ter chegado a pronunciar sobre a questão, os casos mais próximos que existiram haviam sido o caso descrito anterior, e sobre o qual o Advogado-Geral SAGGIO apresentara um entendimento restrito acerca da possibilidade de existência de medidas regionais, preocupado com o facto de, a admitir tal possibilidade, tal configurar uma forma simples de os Estados evitarem a aplicação do regime dos auxílios de Estado através de reformas legislativas que permitissem a descentralização de competências. O outro caso com algumas similitudes fora a jurisprudência *Território Histórico de Álava*⁽⁴⁵⁾, nos termos do qual o TJ manteve o entendimento tradicional de que uma medida regionalmente limitada configuraria um auxílio de Estado.

Como referido, o caso *Açores* revelar-se-ia um marco fundamental na matéria, uma vez que o TJ introduzira uma argumentação inédita e suavizara o entendimento tradicionalmente seguido, considerando que, verificadas determinadas condições, o sistema de referência poderia ser o território de um ente regional, desde que o mesmo gozasse de autonomia suficiente nos termos referidos pelo Tribunal⁽⁴⁶⁾. No caso, a Assembleia

medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (98/C 384/03). O excerto transcrito encontra-se no parágrafo 17 da referida Comunicação.

⁽⁴⁵⁾ Ac. TJ de 11 de novembro de 2004, processos apensos C-183/02 P e C-187/02 P, *Daewoo Electronics Manufacturing Espana SA (Demesa) v. Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava*.

⁽⁴⁶⁾ Sintetizando a importância teórica e prática desta jurisprudência, escreve Mariola Urrea Corres: “(...) el pronunciamiento del Tribunal de Justicia adquiere relevancia e interés —y por ello está siendo objeto de particular atención en la comunidad científica— no tanto por enjuiciar la capacidad fiscal de determinados entes subestatales de la Unión Europea en relación con el régimen jurídico de las ayudas de Estado, sino por la construcción de una argumentación en torno al concepto de autonomía que, actuando a modo de guía tipológica, nos permita evaluar en cada momento si la existencia de una presión fiscal inferior en un ente regional de un Estado miembro constituye una medida fiscal selectiva y, por ello, incompatible con el régimen jurídico de las ayudas de Estado establecido en la Unión Europea”. URREA CORES, M., “Ayudas de estado y capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso azores y su aplicación a las haciendas forales vascas: Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006, república de Portugal/Comisión, as. c-88/03”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, número 14, (2014).

Legislativa da Região Autónoma dos Açores havia adaptado o sistema fiscal nacional às especificidades da região, para tal reduzindo as taxas de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e coletivas, o qual podia atingir os 20% no primeiro caso e os 30% no segundo. A Região Autónoma dos Açores, ao dispor de um estatuto jurídico-administrativo próprio, do qual resultam vários poderes, entre os quais um poder tributário próprio, suscitou, neste particular contexto, a questão eloquentemente colocada pelo Advogado-Geral GEEHLOED, ou seja, a questão de saber “*em que circunstâncias é que uma alteração da taxa nacional de imposto adoptada unicamente para uma determinada área geográfica de um Estado-Membro se enquadra na definição de auxílio de Estado (...)*”(47). Nos termos já referidos, e atendendo ao entendimento tradicional, para a Comissão Europeia não restavam grandes dúvidas de que esta situação configuraria um auxílio de Estado, dado que o quadro de referência da Comissão Europeia seria a totalidade do território português. Ao contrário do que vinha sendo sustentado pelas autoridades europeias, a opinião do Advogado-Geral GEEHLOED, ao considerar que, nos casos em que um ente regional dispusesse de verdadeira autonomia, o quadro de referência para analisar a medida poderia ser o território desse ente, rompe com o entendimento precedente. Com efeito, para tal ser possível, haveria que encontrar critérios ou *princípios de apreciação* que permitissem determinar se a medida que fixa uma taxa diferente da taxa em vigor no resto do território, e que vigora apenas num âmbito limitado, se subsume ou não ao regime dos auxílios de Estado. Rejeitando o entendimento de que o quadro de referência teria sempre de ser a integralidade do território, o Advogado-Geral distingue três situações. Assim, no caso em que a Administração Central, por acto unilateral, decide reduzir a taxa de imposto numa determinada região do território, a medida em causa configura uma medida seletiva. Numa segunda situação, todos os entes regionais teriam competência própria para fixar as taxas de imposto. Nesse caso, conclui o Advogado-Geral, a medida não seria seletiva, uma vez que há vários quadros de referência a serem tidos em consideração e não se consegue divisar qual seria a regra derogatória, dada a pluralidade de quadros de referência. Por último, teríamos a situação em que o ente regional fixa uma taxa diferente da que é aplicável no resto do território, sendo que tal taxa apenas é aplicada naquele limitado âmbito territorial. Nesse caso, o Advogado-Geral formula três critérios, os quais constituem um verdadeiro teste para aferir

(47) Conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed apresentadas em 20 de outubro de 2005. O excerto em causa encontra-se no parágrafo 2 das referidas Conclusões.

se a autonomia do ente regional é ou não genuína. Destarte, a medida tem de ser adotada por um ente que disponha de *autonomia institucional*, isto é, que goze de um estatuto jurídico-político próprio e autónomo face à Administração Central. O ente em causa terá ainda de dispor de *autonomia processual*, a qual se traduz na adoção da medida através de um procedimento próprio, sem qualquer ingerência da Administração Central, e sem ter de atender a quaisquer interesses da Administração Central na fixação da medida. Por último, o ente regional deverá ainda gozar de *autonomia económica*, nos termos da qual a taxa de imposto aplicável na região não é financiada ou alvo de subsídios cruzados por parte da Administração Central, pelo que as consequências económicas de tais medidas são inteiramente suportadas pelo ente regional.

Estando preenchidos estes critérios, a medida em causa não pode ser tida como seletiva. Aplicando estes requisitos ao caso em apreço, o Advogado-Geral acabou por concluir que o critério da *autonomia processual* e o critério da *autonomia económica* não se encontravam preenchidos, por força da aplicação, no primeiro caso, do princípio da solidariedade nacional, o qual implica a colaboração entre Governo Central e Governo Regional na redistribuição da riqueza e, quanto ao segundo aspecto, pelo facto de o princípio da solidariedade implicar transferências orçamentais a efetuar pelo Estado Central para a correção das desigualdades e redistribuição dos recursos financeiros.

Apesar da tendência disruptiva verificada pela jurisprudência *Açores*, a doutrina não tem deixado de apontar algumas críticas⁽⁴⁸⁾. Com efeito, tem sido referido que esta jurisprudência acaba por obliterar os potenciais efeitos da medida em detrimento da análise do estatuto constitucional do ente regional. A tónica deveria ser posta no impacto concorrencial da medida de auxílio, ao invés de se bosquejar e dissertar acerca da entidade concedente e do seu estatuto jurídico. Por outra banda, aventam ainda alguns Autores que a simples redução das taxas de imposto pode não ser o fator decisivo para atrair e fixar novas empresas. Existem outros fatores que podem ser tão ou mais determinantes nessa escolha, como seja a existência de intensa atividade económica na região em causa (*agglomeration forces*). Estados maiores e com uma atividade económica dispersa tendem a ter taxas de impostos mais elevadas, ao passo que Estados ou regiões com níveis de desenvolvimento inferiores tendem a ganhar com um modelo de fiscalidade mais agressivo. Não obstante os méritos que possa

(48) DE CECCO, FRANCESCO (2013), *State Aid and the European economic constitution*, 1.^a ed., Hart Publishing, Oxford.

colher a análise económica efetuada por este segmento da doutrina — e as conclusões a que conduz — parece-nos, ainda assim, inultrapassável a legitimidade e a consagração da autonomia das Regiões no quadro do Direito da União Europeia. Esconjurar a sua relevância e optar unicamente por um modelo que atende aos efeitos da conduta obnubilaria as disposições de direito originário e derivado, conduzindo a uma solução desajustada face aos imperativos dos Tratados e ao movimento de reconhecimento do papel das diversas Regiões no contexto europeu.

Da jurisprudência *Açores* poderíamos ser tentados a inferir que estaríamos perante um quadro dogmático seguro e devidamente ancorado, o qual permitiria fornecer respostas esclarecedoras no futuro. No entanto, como reconhecem HOFMANN/MICHEAU⁽⁴⁹⁾ o teste anteriormente referido apresenta inconsistências e revelou-se insatisfatório. Na senda destes Autores, e após a análise da jurisprudência ulterior, o TJ não forneceu uma solução uniforme na jurisprudência *UGT-Rioja*⁽⁵⁰⁾, permitindo, neste caso, uma mais ampla margem de liberdade aos Estados-Membros na transferência de recursos financeiros, ao contrário do entendimento restrito sustentado na jurisprudência *Açores*. Concomitantemente, a jurisprudência *UGT-Rioja* detalhou os requisitos da autonomia económica e da autonomia institucional, atendendo ao particular contexto em causa. Aos requisitos enunciados, o TJ colocou como questão essencial a questão de saber se a transferência de recursos financeiros foi realizada no âmbito das competências constitucionalmente consagradas ou se as extravasou. Este último aspeto tem sido criticado, uma vez que a determinação de fluxos financeiros não é facilmente escrutinável. Não se afigura simples estabelecer uma relação direta entre as medidas concedidas ou sobre o impacto das mesmas no território regional. Advertem ainda os referidos Autores para a dificuldade em o TJ avaliar esta situação, a qual seria mais facilmente dirimida pelos Tribunais nacionais, fortemente familiarizados com as relações entre as autoridades centrais e os entes regionais.

No caso *Gibraltar*⁽⁵¹⁾ o TJ aplicou os três critérios da jurisprudência *Açores*, ainda que de modo algo obscuro. Gibraltar era uma jurisdição fiscalmente atrativa, talhada para atrair investimentos *offshore*, taxas de

⁽⁴⁹⁾ HOFMANN, HERWIG; MICHEAU, CLAIRE (2016), *State Aid Law of the European Union*, 1.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

⁽⁵⁰⁾ Ac. TJ de 11 de setembro de 2008, processos apensos C-428/06 a C-434/06, *UGT Rioja v. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya*.

⁽⁵¹⁾ Ac. TJ de 15 de novembro de 2011, processos apensos C-106/09 e C-107/09 P, *Comissão Europeia v. Governo de Gibraltar e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*.

imposto mais reduzidas para os dividendos societários, o que mereceu a atenção da Comissão Europeia, que considerou estas medidas derogatórias e configuradoras de um auxílio de Estado. Neste caso, todavia, o requisito da seletividade material da medida foi aquele que mereceu maior atenção. Apesar da particular configuração de Gibraltar, este não mereceu grandes desenvolvimentos. Não houve necessidade, para efeitos da solução final, de examinar se a medida fiscal era ou não seletiva do ponto de vista regional. A análise dos efeitos materiais da medida, ainda que realizada de forma discutível, foi suficiente para conduzir à consideração de que se tal medida configurava um auxílio incompatível com o mercado interno⁽⁵²⁾. Demonstrando as dificuldades que já se vislumbram na matéria em termos de dogmática geral, é novamente demonstrativo da tergiversação do TJ (e de alguma contradição e incerteza na matéria) a jurisprudência *Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna*⁽⁵³⁾.

Nela, o TJ parece afastar-se do teste *Açores*, ao considerar que o imposto criado pela região autónoma da Sardenha sobre as escalas turísticas das aeronaves e dos transportes de recreio imposto sobre operadores cujo domicílio fiscal fosse fora da região autónoma era seletivo, uma vez que estabelecia uma diferença entre residentes e não residentes, cujos efeitos eram mais onerosos para os operadores estabelecidos fora do território regional. Apesar dos argumentos esgrimidos pela Região da Sardenha acerca da sua autonomia fiscal, e pese embora tenha referido o teste *Açores*, o TJ parece ter voltado ao entendimento tradicional, decidindo pela seletividade da medida em causa.

Do exposto decorre a inconsistência e contradição da jurisprudência sobre o tema. Torna-se, por isso, bastante difícil divisar uma dogmática geral sobre o tema ou a linha argumentativa seguida pelo TJ. Com efeito, da análise dos arestos decorre que estamos mais próximos de soluções casuísticas, atentas às particulares realidades dos casos, do que de decisões ancoradas em elementos estáveis. As soluções futuras ditarão a viabilidade de

⁽⁵²⁾ Neste sentido, cf. PANAYI, CHRISTIANA (2015), *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 1.ª ed., Hart Publishing: Oxford. A Autora assume uma posição crítica à construção feita pelo TJ relativamente ao requisito da seletividade material. Considerando que não estava em causa nenhuma medida derogatória, a Autora critica o TJ por considerar tal medida seletiva. Critica ainda o facto de o Tribunal ignorar a configuração do sistema fiscal em análise, limitando-se a atentar nos efeitos da medida de auxílio. Por outro lado, critica o facto de o TJ não ter atendido à natureza inerentemente seletiva do regime fiscal gibraltarinho, a qual foi sublinhada pelo Advogado-Geral. Por último, levanta a questão interessante de saber até que ponto esta jurisprudência se reconduz a um caso concreto ou se perfilha uma dogmática geral, uma vez que ainda não foi revogada.

⁽⁵³⁾ Ac. TJ de 17 de novembro de 2009, processo C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna*.

teste emergente da jurisprudência *Açores*, assim como o excursus argumentativo seguido pelo Tribunal. A estabilidade decisória, assente em construções dogmáticas claras, é fundamental nesta matéria, sob pena de se onerar Estados e empresas com decisões-surpresa, cujos possíveis efeitos constriam a atuação dos Estados, dos entes regionais e das empresas, com efeitos nefastos para as economias dos Estados-Membros.

II.IV. Afetação da concorrência

O último requisito a observar consiste em dois elementos (a «distorção da concorrência» e os «efeitos sobre as trocas comerciais»). A doutrina e a jurisprudência procedem a uma análise conjunta dos mesmos. Em rigor, este requisito tem sido objeto de críticas por parte de alguma doutrina, pelo seu caráter rudimentar e pelo seu efeito praticamente automático, contanto que se verifique o requisito da seletividade⁽⁵⁴⁾.

Destarte, ainda que muito menos detalhado pela literatura do que as outras condições, a distorção da concorrência consiste na atribuição de uma vantagem suscetível de melhorar a posição do beneficiário face a outras empresas concorrentes⁽⁵⁵⁾. É hoje pacífico que o auxílio não tem de provocar um impacto significativo nas trocas comerciais ou na concorrência, bastando uma mera afetação potencial, uma simples demonstração de que o auxílio era, em abstrato, idóneo a afetar a concorrência.

Do mesmo modo, as trocas comerciais são afetadas pelo auxílio se este reforça a posição de uma empresa no mercado. As trocas intracomunitárias devem, assim, ser suscetíveis de afetação, ainda que o beneficiário não opere diretamente no mercado interno⁽⁵⁶⁾. Em regra, para a verificação destes requisitos não é necessário aferir o mercado em causa ou o impacto da medida. É apenas necessário demonstrar uma *aparência de afetação* sobre o comércio e sobre os concorrentes.

É curioso notar, através da análise da doutrina mais qualificada, que o espaço reservado para se discorrer acerca deste requisito é sempre exíguo.

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, *vide* Ac. TJ de 10 de janeiro de 2006, processo C-222/04, *Ministerio dell' Economie e delle Finanze v. Casa di Risparmio di Firenze*. Na literatura nacional, criticando este requisito, cf. NOGUEIRA DE ALMEIDA, J., *op. cit.*, GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL [et al.], *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2013.

⁽⁵⁵⁾ Ac. TJ de 17 de setembro de 1980, Processo 730/79 *Phillip Morris Holland BV v Comission of the European Communities*, parágrafo n.º 11.

⁽⁵⁶⁾ Ac. TJ de 24 de julho de 2003, Processo C-280/00 *Altmark Trans*, parágrafos n.ºs 77 e 78.

Com efeito, parece-nos que a sua relevância é bastante diminuta (para não dizermos inócua) e que o seu preenchimento não careceria de um requisito autónomo. Na verdade, a análise criteriosa do requisito da vantagem económica e da seletividade já nos permitiriam identificar a possibilidade de afetação da concorrência. Neste conspecto, também a jurisprudência não tem procedido a uma análise exaustiva, capaz de assegurar maior dignidade e protagonismo ao requisito em análise. Trata-se, salvo melhor opinião, de um requisito cristalizado, que resistiu à erosão do tempo, mas que não oferece particular precisão à matéria dos auxílios de Estado.

III. Derrogações ao Princípio da Incompatibilidade dos Auxílios de Estado com o Mercado Interno

A presunção geral de incompatibilidade de que parte o regime dos auxílios de Estado pode, em determinadas circunstâncias excepcionais previstas no TFUE, ser derogada e o auxílio, ainda que preencha as condições *supra* referidas, ser tido como admissível. Referimo-nos, em regra, a situações em que estão em causa bens jurídicos coletivos, cuja natureza justifica uma intervenção excepcional por parte do Estado, tendo em vista a prossecução de interesses públicos que visam a distribuição da riqueza e a correção de falhas de mercado⁽⁵⁷⁾.

O TFUE, nos números 2 e 3 do art. 107.º, estabelece duas situações distintas: no caso do número 2, estamos perante derrogações automáticas (*ex lege*). Neste caso, a Comissão Europeia tem poderes vinculados, o que significa que se limita apenas a verificar se os pressupostos estão preenchidos, sendo obrigada a considerar compatíveis com o mercado interno os auxílios que se subsumam a estas alíneas. Trata-se de uma *lista branca*⁽⁵⁸⁾ de auxílios, cuja compatibilidade é estabelecida de modo automático (*ipso iure*).

⁽⁵⁷⁾ João Frade Pedroso refere-se a este regime, particularmente ao regime constante do art. 107.º número 3, como uma manifestação da ideia de *concorrência-meio*, ou seja, “*um sistema em que a concretização de outras políticas de desenvolvimento económico, social ou cultural justificam restrições à concorrência*”. Vide FRADE PEDROSO, JOÃO [et al.] (2012), *Manual de Introdução ao Direito: saber Direito para entender o Mercado*, 2.ª ed. Edições Almedina S.A., cit., p. 261.

⁽⁵⁸⁾ As expressões *lista branca* e *lista cinzenta* são utilizadas por Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes. Para maiores desenvolvimentos, cf. FROUFE, PEDRO MADEIRA/GOMES, JOSÉ CAMELO (2016), *Mercado Interno e Concorrência*, in “Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União”, Edições Almedina.

Já no número 3 estamos perante interrogações facultativas. Aqui, a Comissão Europeia dispõe de um poder discricionário para avaliar, de forma casuística, os vários elementos do caso, e decidir acerca da sua compatibilidade com o mercado interno. Trata-se de uma *lista cinzenta* de auxílios, uma vez que são zonas mais vagas, nebulosas, onde o papel da Comissão se reveste de maior dificuldade. Nestes casos, a autorização é da competência da Comissão Europeia, ou do Conselho, nos termos do número 2 do art. 108.º do TFUE. Assume-se particularmente crítico deste poder discricionário, na doutrina nacional, NOGUEIRA DE ALMEIDA, criticando contundentemente a ampla margem conferida à Comissão Europeia, bem como o pífio controlo assumido pelo TJ nesta matéria. Com efeito, adverte o Autor:

O nó górdio está no art. 107.º, n.º 3, de acordo com o qual a Comissão dispõe do poder de considerar compatíveis com o mercado interno determinadas categorias de auxílios. Esta competência da Comissão está obviamente sujeita ao controlo jurisdicional por parte dos tribunais europeus. Todavia a actividade de controlo que tem vindo a ser exercida pelos tribunais europeus tem na prática significado a concessão de mãos livres à Comissão para actuar da forma que entende na determinação da política comunitária dos auxílios de Estado⁽⁵⁹⁾.

Neste domínio, assume ainda especial relevo a alínea *e*) do número 3 do art. 107.º do TFUE, que estabelece uma situação muito peculiar, porquanto permite ao Conselho criar categorias de auxílios compatíveis com o mercado interno, e que escapam à notificação da Comissão Europeia. Este artigo respeita, assim, às exceções regulamentares e categoriais, dispensadas de notificação prévia e presumivelmente compatíveis com o mercado interno⁽⁶⁰⁾. No que concerne às exceções categoriais, pela importância prática que assumem, cumpre referir o Regulamento Geral de Isenção por Categoria — *General Block Exemption Regulation*, ou seja, o Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que veio permitir considerar um amplo conjunto de auxílios como compatíveis com o mercado interno, dispensando-os de notificação prévia à Comissão.

Dispensados de notificação, em virtude do seu valor diminuto e dos efeitos praticamente insignificantes, estão ainda os *minimis*, isto é, aqueles auxílios de valor reduzido, cujo impacto no mercado interno é mínimo. O Regulamento (UE) n.º 1407/2013, de 18 de dezembro de 2013, regula especificamente esta matéria. Assim, nos termos do art. 3.º do referido

⁽⁵⁹⁾ NOGUEIRA DE ALMEIDA, J., *op. cit.*, p. 221.

⁽⁶⁰⁾ A dispensa de procedimento prévio de controlo por parte da Comissão encontra-se regulada pelo Regulamento (UE) n.º 2015/1588 do Conselho, de 13 de julho de 2015.

Regulamento, um auxílio financeiro que não exceda o montante de 200.000 euros durante um período de três anos consecutivos está dispensado de notificação prévia à Comissão. O Regulamento refere valores diferentes para outros setores de atividade, como os transportes (em que o valor é de 100.000 euros), bem como para o sector agrícola, atividades relacionadas com a exportação, aviação, setor do carvão ou empresas em dificuldades, em que os valores são diferentes do valor-regra.

Por último, parece-nos importante, face à atualidade do tema, destacar a derrogação *ad hoc* da alínea *b*) do número 3 do art. 107.º. Chamamo-la à colação pelo facto de ter sido esta alínea a base normativa utilizada pela Comissão no contexto da grave crise financeira de 2008. Atendendo a essa conjuntura, a Comissão entendeu estar preenchido o conceito de “*perturbação grave da economia de um Estado-Membro*”. Até então, tinham sido raros os casos de utilização desta alínea. A Comissão, no exercício dos seus poderes discricionários, considerou que o quadro emergente da crise configurava o preenchimento daquele conceito. Os efeitos da crise exigiam uma solução urgente e unívoca e uma autoridade centralizada que assumisse a sua realização. Como denota SÉRGIO VARELA ALVES:

Não obstante, e como se deixou claro, não poderia caber aos próprios [Estados-Membros] a concessão dos mesmos per si, estando a Comissão mais bem posicionada para aferir da sua licitude, leia-se, da sua compatibilidade com o mercado interno, podendo ser também difícil e fruto dos constrangimentos orçamentais, o uso do instrumento por Estados em dificuldades e com déficits já elevados⁽⁶¹⁾.

IV. O papel da Comissão no controlo dos Auxílios de Estado

A Comissão Europeia desempenha um papel nuclear e ativo no que tange à política de auxílios de Estado e ao seu controlo. Tal decorre, desde logo, das normas gerais que enformam os poderes da Comissão (arts. 13.º e 17.º do TUE) e, neste específico contexto, do art. 108.º do TFUE. Em matéria de auxílios estatais, os poderes da Comissão desdobram-se na emissão de *soft law* ou nos poderes de controlo, apreciação e ainda nos poderes sancionatórios que lhe são conferidos⁽⁶²⁾. Estes poderes constam

⁽⁶¹⁾ VARELA ALVES, S., “O mercado único e os Auxílios de Estado concedidos à Banca: erosão da soberania ou garantia da ideia de Estado”, *Policy Papers*, CIDEEFF, (2017), *cit.*, p. 19.

⁽⁶²⁾ LOUREIRO, PAULA CRISTINA OLIVEIRA LOPES DE FERREIRINHA (2016), *Auxílios de Estado no*

do Regulamento (UE) n.º 2015 /1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015. O poder de controlo e investigação é exercido através de procedimentos formais de investigação ou, mais comumente, através da obrigação de notificar que impende sobre os Estados-Membros nos termos do número 3 do art. 108.º.

A avaliação da compatibilidade de um auxílio por parte da Comissão encontra-se hoje no Regulamento (UE) n.º 2015/ 1589 do Conselho⁽⁶³⁾. Nos termos deste Regulamento, qualquer projeto relativo a auxílios de Estado tem de ser previamente notificado à Comissão Europeia, excetuando aqueles auxílios que, como vimos, ficam dispensados de notificação. Em regra, todos os auxílios têm de ser previamente notificados à Comissão Europeia. O controlo realizado pela Comissão Europeia não é um controlo discricionário. Este funda-se no respeito pelos Tratados e dos princípios fundamentais de Direito da União. A discricionariedade é, por isso, devidamente balizada.

O Regulamento estabelece uma distinção nas diversas alíneas do seu art. 1.º, entre *auxílio existente, novos auxílios e auxílio ilegal*. A nossa atenção voltar-se-á para os dois últimos, previstos, respetivamente, nas alíneas c) e f) do art. 1.º.

O controlo de *novos auxílios* é realizado pela Comissão Europeia *a priori*. Nesta senda, a Comissão Europeia pode lançar mão dos procedimentos previstos nos números 2 e 3 do art. 108.º do TFUE: o procedimento de exame preliminar ou o procedimento formal de investigação. A Comissão deve, por isso, nos termos do art. 2.º do referido Regulamento, ser *notificada a tempo pelo Estado-Membro em causa de todos os projetos de concessão de novos auxílios*. O Estado-Membro deve, nestes casos, prestar uma informação completa à Comissão Europeia, a qual acusará ao Estado a receção da notificação. Realizada a notificação, o Estado-Membro não pode, por qualquer forma, executar a medida de auxílio até decisão final da Comissão Europeia, sob pena de o mesmo ser tido como ilegal. Sobre o Estado impende, por isso, uma obrigação de *standstill*, prevista no art. 3.º do Regulamento e no número 3 do art. 108.º do TFUE⁽⁶⁴⁾,

Domínio Europeu da Concorrência: O Controlo da Comissão e a Atuação dos Tribunais Nacionais, Tese de Mestrado em Direito. Braga, Universidade do Minho.

⁽⁶³⁾ Anteriormente, o procedimento encontrava-se regulado no Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999.

⁽⁶⁴⁾ A obrigação de *standstill* é “*uma disposição de direito comunitário directamente aplicável e vinculativa para todas as autoridades dos Estados-Membros*”. Cf. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos Tribunais nacionais* (2009/ /C 85/01), *cit.*, parágrafo 45.

e decorrente da jurisprudência *Capolongo/Maya*⁽⁶⁵⁾. Após a notificação efetuada pelo Estado-Membro, a Comissão Europeia desenvolve um procedimento célere, a análise preliminar, tomando uma decisão no prazo máximo de dois meses⁽⁶⁶⁾. Caso a Comissão Europeia não tenha dúvidas de que a medida não configura um auxílio, pode proferir uma decisão imediata. Caso subsistam dúvidas quanto à compatibilidade da medida, a Comissão Europeia pode dar início a uma segunda fase, o procedimento formal de investigação, nos termos do número 4 do art. 4.º do Regulamento. Trata-se de um procedimento mais complexo, em que a Comissão Europeia dispõe de poderes de investigação e poderes sancionatórios e em que participam outros interessados (Estados-Membros, empresa beneficiária, concorrentes), naquilo que é “*o esqueleto dum procedimento de estrutura participada e contraditória, similar ao procedimento administrativo nacional, pelos menos nalguns princípios orientadores*”⁽⁶⁷⁾.

A decisão final da Comissão Europeia, proferida no prazo de dezoito meses desde o início do processo formal de investigação, pode assumir diversos sentidos. Assim, se a Comissão Europeia concluir que a medida não consubstancia um auxílio de Estado, profere decisão positiva, nos termos dos números 1 e 2 do art. 9.º do Regulamento. Caso a Comissão Europeia concluir pela incompatibilidade da medida com o mercado interno, profere decisão negativa, nos termos do número 5 do art. 9.º do Regulamento.

Os auxílios ilegais consistem em medidas consideradas incompatíveis com o mercado interno e que estão a ser executados pelos Estados, bem como em medidas que não cumpriram o procedimento formal previsto no Regulamento. Esta matéria encontra-se disciplinada nos arts. 12.º e 15.º do Regulamento. A Comissão Europeia pode desencadear o procedimento relativo a auxílios ilegais a título oficioso ou este derivar da denúncia apresentada por qualquer Estado, concorrente, pessoa ou entidade. Tendo conhecimento da situação, a Comissão Europeia inicia um exame preliminar, solicitando informações ao Estado. Deste exame resultará uma decisão, nos termos do art. 4.º do Regulamento. Caso a Comissão considere que existem dúvidas acerca da compatibilidade do auxílio, inicia um procedimento formal de investigação, em termos muito próximos do espolitado aquando da notificação acerca da existência de novos auxílios.

⁽⁶⁵⁾ Ac. TJ 19 de junho de 1973, Processo C-77/72 (*Carmine Capolongo v. Azienda Agricole Maya*).

⁽⁶⁶⁾ O prazo pode ser alargado nos termos do art. 5.º do Regulamento, por acordo entre a Comissão Europeia e o Estado-Membro.

⁽⁶⁷⁾ LOUREIRO, PAULA CRISTINA OLIVEIRA LOPES DE FERREIRINHA, *op. cit.*, p. 157.

Existindo um auxílio ilegal ou incompatível com o mercado interno, o Regulamento preceitua, no art. 16.º, a necessidade de recuperação do auxílio ilegal⁽⁶⁸⁾. É importante referir, nesta sede, a problemática questão a que faz referência o número 1 do art. 16.º do Regulamento. Com efeito, este artigo institui uma causa de exclusão da obrigação de recuperar os auxílios nos casos em que se esteja perante um princípio fundamental do Direito da União. A questão tem maior acuidade quando está em causa o princípio da confiança legítima, ou seja, quando a empresa beneficiária alega que os auxílios eram compatíveis com o Direito da União. A jurisprudência tem salientado o caráter imperativo do controlo dos auxílios de Estado, sob pena de o controlo resultar num procedimento desprovido de sentido. A jurisprudência *Unicredito Italiano*⁽⁶⁹⁾ consagrou a *teoria do risco previsível*, nos termos da qual um Estado-Membro que não haja cumprido com a obrigação de notificação não pode invocar o princípio da confiança legítima para esconjurar a sua aplicação. O Estado só o poderia fazer se tivesse observado os procedimentos definidos a nível europeu. A empresa beneficiária terá de assumir um comportamento diligente, tanto *ex ante*, tendo assegurado que a Comissão Europeia autorizaria aquele auxílio, como *ex post*, acompanhando a atuação da Comissão. Só nesses casos muito limitados é que o princípio da confiança legítima pode ser acolhido.

Tendo sido prestado ilegalmente, o Estado tem de recuperar o auxílio, assim como tem de indemnizar os prejuízos causados pelo mesmo, nos termos do parágrafo 25 da *Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos Tribunais nacionais* (2009/C 85/01). O reembolso de um auxílio de Estado tem como objetivo precípuo restituir a situação anterior à concessão desse auxílio. Alguma jurisprudência, a este propósito, tem referido que a restituição do auxílio não configura uma sanção à empresa beneficiária⁽⁷⁰⁾. Nos termos do número 3 do art. 16.º do Regulamento, cabe ao Estado afetado tomar as medidas necessárias para levar a cabo a recuperação do auxílio junto dos seus beneficiários, de acordo com a legislação nacional. Vigora, neste

⁽⁶⁸⁾ O procedimento de recuperação é objeto de regulamentação em documento interno: *State Aid Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 107 and 108 TFEU*, revision 10/07/2013, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/>.

⁽⁶⁹⁾ Ac. TJ de 15 de dezembro de 2005, Processo C-148/04, *Unicredito Italiano v. Agenzia delle Entrate*.

⁽⁷⁰⁾ Ac. TJ de 29 de junho de 2004, processo C-110/02, *Comissão das Comunidades Europeias v. Conselho da União Europeia*.

domínio, um princípio de autonomia nacional, já que o procedimento e as medidas adotadas são definidos pelo Estado-Membro. Pese embora os meios escolhidos pelo Estado terem de garantir uma execução imediata e efetiva da decisão da Comissão, não deixa de ser algo paradoxal, em nosso entendimento, ser o Estado infrator a determinar o procedimento de recuperação⁽⁷¹⁾.

Não pode o Estado nacional dispor de regras que obstaculizem ou dificultem excessivamente a recuperação dos auxílios indevidos, nos termos da jurisprudência *Martin Huber*⁽⁷²⁾.

A empresa beneficiária terá de restituir a quantia recebida (ou aquela que deixou de pagar), acrescida de juros.

Nada impede que, nestes casos, a Comissão Europeia intente uma acção por incumprimento, nos termos dos arts. 258.º e 259.º do TFUE, contra o Estado-Membro que concedeu o auxílio ilegal. Os poderes da Comissão Europeia no que concerne à recuperação de auxílios estão sujeitos a um prazo de prescrição de dez anos, a contar da data da concessão do auxílio. O prazo de execução da decisão de recuperação é de quatro meses⁽⁷³⁾.

No caso de insolvência da empresa beneficiária do auxílio, o TJ tem considerado que o crédito derivado do auxílio deve ser incluído no processo de insolvência⁽⁷⁴⁾.

Neste conspecto, cumpre referir a jurisprudência *Deggendorf*⁽⁷⁵⁾, nos termos da qual o facto de o beneficiário não ter procedido ao reembolso relativo a um primeiro auxílio ilegal e ter sido aprovado um novo auxílio, a nova medida de auxílio não será concedida até ao reembolso integral do primeiro auxílio prestado.

⁽⁷¹⁾ O papel dos Tribunais nacionais em matéria de auxílios consta do Acórdão *Saumon* (processo C-354/90). Nele, o TJ volta a referir o efeito direto do número 3 do art. 108.º do TFUE, ao mesmo tempo em que estabelece a possibilidade de os Tribunais nacionais ordenem a restituição do auxílio ilegal no momento em que subsiste a proibição, podendo a Comissão Europeia, em decisão posterior, suprir a invalidez formal decorrente da decisão do Tribunal nacional.

⁽⁷²⁾ Processo C-336/2000, pedido prejudicial submetido por despacho do *Oberster Gerichtshof* da República da Áustria, de 20 de janeiro de 2000, no recurso em que são partes a República da Áustria e *Martin Huber*.

⁽⁷³⁾ *Comunicação da Comissão — Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis* (2007/C 272/05).

⁽⁷⁴⁾ Cf., neste sentido, o Acórdão Comissão/Alemanha, de 06/05/2015, processo C-674/13.

⁽⁷⁵⁾ Processos apensos T-244/93 e T-486/93, de 13 de setembro de 1995.

V. Breve referência ao Regime Nacional dos Auxílios de Estado

O regime português dos auxílios de Estado encontra-se consagrado no Capítulo V, no art. 65.º e seguintes da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Anteriormente, o regime encontrava-se consignado no art. 13.º da Lei n.º 18/2003⁽⁷⁶⁾.

Refira-se que, a nível nacional, a sua aplicação tem sido muito reduzida, pelo que o enfoque deve ser dado ao contexto europeu. Neste último, os requisitos têm merecido uma análise criteriosa, que a interpretação da lei nacional não pode dispensar.

O art. 65.º apresenta, desde logo, uma diferença lexical face ao art. 107.º do TFUE. Assim, o legislador nacional utiliza a expressão “*auxílios públicos*”, em contraste com a expressão europeia “*auxílios de Estado*”. Alguns Autores vislumbram nesta diferença lexical uma melhoria do regime nacional face ao regime europeu, na medida em que a expressão nacional apresenta uma noção mais ampla de Estado. Como escrevem MANUEL LOPES PORTO/JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA/ANA RITA ANDRADE:

“A expressão auxílios públicos traduz melhor a ideia de se querer abranger todos os auxílios concedidos pela mão pública, (...)”⁽⁷⁷⁾.

Como a lei nacional não oferece um conceito de auxílios públicos, valem, neste sentido, todas as considerações expendidas a propósito dos requisitos exigidos pela doutrina e jurisprudência europeias.

Do regime nacional infere-se que o controlo da Autoridade da Concorrência (AdC) circunscreve-se apenas e unicamente ao território nacional. Com efeito, o legislador utiliza, no segmento final do art. 65.º número 1, a expressão *mercado nacional*, o que significa que incumbe à Comissão Europeia o controlo de todos os auxílios concedidos pelos Estados-Membros ou outras entidades públicas que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Aliás, se comparada com a versão originária do art. 13.º da Lei n.º 18/2003, o legislador foi mais específico na delimitação do âmbito de controlo da AdC. A este respeito, importa referir que a AdC não tem competências decisórias. Nos termos do número 2 do

⁽⁷⁶⁾ Preceitos que decorrem dos imperativos constitucionais que compatibilizam a defesa da concorrência com as incumbências fundamentais do Estado, desde logo o art. 81.º, alínea c), o art. 81.º alínea d), art. 99.º, alínea a), art. 100.º, alínea c) da Constituição da República Portuguesa.

⁽⁷⁷⁾ GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL ... [et al.], *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2013., cit., p. 768.

art. 65.º, a AdC apenas adota Recomendações. Criticando este poder limitado da AdC, adverte ADALBERTO COSTA:

A lei está, como sempre, a ser branda perante um mecanismo que pode com efetividade violar a concorrência, com prejuízo sério para o mercado e os seus agentes económicos. Não vemos razão para esta brandura da lei, razão que também não encontramos no direito comunitário que a possa justificar⁽⁷⁸⁾.

Limita-se, assim, a lei a atribuir à AdC um mero poder de emitir diretrizes de comportamento, uma competência de aconselhamento (*advocacy*), diferentemente dos amplos poderes de que dispõe a Comissão no âmbito europeu. A AdC acompanha a execução das recomendações, publicando-as na sua página eletrónica. Refira-se que a literatura tem admitido que a expressão prevista na lei (*mercado nacional*) não impossibilita a AdC de fazer incidir o seu controlo sobre mercados infranacionais, não tendo este de se limitar apenas à integralidade do mercado nacional.

No que tange à existência de compensações concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público, a Lei 19/2012 não contém nenhum preceito específico. Vale, em toda a sua plenitude, a jurisprudência *Altmark*. Na redação anterior, a lei excluída do conceito de auxílio estas compensações, posição que se revelava desconforme com o ordenamento da União.

Do exposto decorre que o regime nacional não é significativamente diferente do regime europeu dos auxílios de Estado. A lei nacional, ao não fornecer uma definição de auxílios públicos e ao fazer coincidir algumas expressões com a legislação europeia (nomeadamente a ideia de afetação sensível da concorrência), acaba por ter de se compaginar com a legislação europeia no que concerne à sua densificação. Em nosso entender, não assiste razão aos Autores que alegam uma pretensa inconstitucionalidade da norma nacional⁽⁷⁹⁾, sustentado a mesma no facto de a norma permitir uma discriminação por parte do Estado a algumas empresas. Uma leitura conforme ao TFUE e à jurisprudência europeia arreda quaisquer dúvidas de inconstitucionalidade.

O regime nacional, mais vago e de contornos mais indefinidos do que o regime europeu, não elenca quaisquer derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios públicos. Nesta matéria, vale plenamente o disposto no regime europeu. Do exposto resulta, com meridiana clareza,

⁽⁷⁸⁾ COSTA, ADALBERTO (2014), *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*, 1.ª ed, Vida Económica, *cit.*, p. 145.

⁽⁷⁹⁾ COSTA, ADALBERTO, *op. cit.*

que o legislador nacional estabeleceu um regime que, embora mais limitado, não prescinde nunca do cotejo com o regime europeu para a correta interpretação das normas nacionais.

Síntese conclusiva

O regime europeu dos auxílios de Estado apresenta-se em *estado de crisálida*. Com efeito, trata-se de uma matéria em construção, inacabada, variável em função das economias e dos estádios de integração. É uma matéria altamente delicada, onde confluem os interesses do Estado em áreas essenciais da vida económica — e onde a tentação intervencionista sempre existe —, e os interesses da defesa de uma livre e eficiente concorrência, num mercado sem obstáculos e sem a redoma protecionista. Em síntese, é uma matéria delicada, porque aqui assistimos a uma dialética entre a soberania estadual e os poderes da União Europeia ou entre a soberania estadual e a visão neoclássica da União Europeia. Como a história recente demonstra, a discussão tende a exacerbar-se nos contextos de recessão, sendo esse um dos testes à vitalidade do regime dos auxílios de Estado. Parece-nos, no estágio atual, que o regime dos auxílios de Estado já não se confina unicamente à defesa do mercado, do comércio e da concorrência. Cada vez mais o regime aparece-nos como um modelo de integração política, destinado a claros objetivos de integração europeia, cujo desiderato é influenciar os Estados-Membros e as suas políticas num determinado sentido, restando tentações intervencionistas. Nesse sentido, o regime tem, ao longo do tempo, adquirido uma dimensão cada vez maior e mais efetiva.

De entre os elementos necessários, aquele que aparece como essencial, e em que as dificuldades de preenchimento são maiores, é o requisito da seletividade. Se nos demais já existe uma jurisprudência consolidada e vasta literatura, o requisito da seletividade, pelas cambiantes que pode revestir, continua a ser o mais nebuloso e aquele que exige maior precisão. Parece-nos importante realçar que a sua análise não se pode confinar ao domínio fiscal. Apesar de ser neste âmbito que os problemas mais frequentemente sucedem, a análise tem de considerar os imensos domínios em que o requisito pode ser analisado. Não descuramos, nesta matéria, uma perspetiva multidisciplinar, a propalada abordagem económica, particularmente naqueles casos em que a base teórica não seja tão forte, como sucede no âmbito da seletividade.

Julgamos ter deixado claro, face à jurisprudência exposta e ancorados na doutrina mais qualificada, as tergiversações de que padece a análise da seletividade regional. Com efeito, e sem pretendermos repetirmos aquilo que expusemos, urge na matéria muito maior desenvolvimento e estabilidade decisória, a fim de se construir conceitos dogmáticos estáveis. Caso contrário, perpetuar-se-á a jurisprudência flutuante a que temos vindo a assistir.

No que concerne às interrogações ao princípio da incompatibilidade, a análise das situações do art. 107.º, número 3, por implicar um poder discricionário da Comissão, é o aspeto mais crítico. A Comissão Europeia deve, sempre que considerar uma medida como incompatível, proceder a uma análise cuidada e fundamentada, sob pena deste poder redundar num “vazio jurídico”, onde avulta a falta de transparência e a imprevisibilidade das decisões. Deve, por isso, proceder de acordo com uma base teórica sólida, seguindo a jurisprudência do Tribunal, para evitar decisões-surpresas, com custos avultados para as empresas e para os cidadãos.

Também no procedimento de controlo, julgamos ter deixado claro a inversão metodológica que constitui ser o Estado nacional (o Estado infrator) a determinar a recuperação do auxílio. Parece-nos importante refletir acerca de qual deve ser o grau de soberania nacional nesta matéria, sob pena de o regime redundar, pelo menos no plano teórico, numa solução paradoxal.

Por último, cumpre esclarecer a ideia de que os auxílios de Estado não são necessariamente um obstáculo à concorrência. Apesar de, por vezes, sermos tentados a pensar o contrário, a ciência económica demonstra que podem existir auxílios compatíveis com uma estrutura concorrencial. O próprio regime jurídico reconhece a sua importância nas exceções que estipula.

Aquilo que o Direito da Concorrência visa, em primeira linha, é impedir a atribuição, por parte do Estado, de vantagens artificiais a determinadas empresas, o que significaria, em regra, um certo nacionalismo económico e um protecionismo a evitar. O regime justifica-se, assim, por uma atitude previdente do legislador europeu: um mercado único nunca seria possível com um apoio seletivo às empresas, indutor de posições artificiais no mercado, desincentivadoras da inovação e de um *level playing field* uniforme no espaço europeu.

A concessão de auxílios, ao não produzir um efeito neutral no mercado, carece de ser justamente avaliado, a fim de se compreender quais os efeitos positivos (e negativos) que o mesmo pode produzir. Na atual configuração do regime, a admissibilidade dos auxílios ocupa um papel secun-

dário, sendo o papel principal assumido pelo mercado. Apenas em contextos muito especiais, motivados por falhas de mercado ou quando em causa está um interesse comum europeu que o mercado não consegue assegurar, é que o auxílio é admitido.

O sucesso do regime dos auxílios de Estado depende, por isso, deste justo equilíbrio entre a soberania nacional e a defesa da concorrência no espaço europeu. Os interesses não são inconciliáveis, uma vez que a defesa da concorrência e do mercado único é vantajosa para os Estados, para as empresas e para os cidadãos, uma vez que, como é consabido, a livre concorrência propicia a melhoria das condições económicas dos Estados. Os auxílios, quando utilizados de forma eficiente e dentro do âmbito definido pelo TFUE, podem constituir um elemento valioso, potenciando sectores de importância nodal, como a tecnologia, a inovação ou a sustentabilidade ecológica. Por outro lado, o regime vigente permite evitar tentações expansionistas, com as inevitáveis consequências do sobre-endividamento.

Todavia, o seu sucesso não é indiferente às condicionantes políticas da Europa, numa altura em que regressam espectros protecionistas e em que a situação da crise constitui um teste à sua viabilidade.

A defesa da economia de mercado, no estágio em que a conhecemos e nas circunstâncias atuais, carece da existência e do refinamento de um regime como o previsto no TFUE.

O sucesso de ambos é, assim, indissociável.

Bibliografia

- BARTOSCH, ANDREA (2011), “The concept of selectivity”, in *Research Handbook on European State Aid Law*, Vol. I, E. M. Szyszczak.
- BIONDI, ANDREA, “Some Reflections on the Notion of State Resources in European Community State Aid Law”, *Fordham International Law Journal*, 30 (2006).
- COSTA, ADALBERTO (2014), *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*, 1.ª ed., Vida Económica.
- CRUZ VILAÇA, JOSÉ LUIS DA (2014), *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, 1.ª ed., Hart Publishing, Oxford.
- DE CECCO, FRANCESCO (2013), *State Aid and the European economic constitution*, 1.ª ed., Hart Publishing, Oxford.
- ESTEVES, MARIANA MEDEIROS, “Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia”, *Revista de Concorrência e Regulação*, 7 (2016).
- FRADE PEDROSO, JOÃO; FRADE, CATARINA; RAMOS, MARIA ELISABETE; MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO (2012), *Manual de Introdução ao Direito: saber Direito para entender o Mercado*, 2.ª ed., Edições Almedina S.A.
- FRIEDRISZICK, HANS, ROLLER, LARS-HENDRIK, VERouden, VINCENT (2006), *Handbook of antitrust economics*, 1.ª ed., MIT Press.
- FROUFE, PEDRO MADEIRA/GOMES, JOSÉ CAMELO (2016), *Mercado Interno e Concorrência*, in “Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União”, Coimbra: Edições Almedina.
- GOMES DE ANDRADE, ANA RITA, *As energias renováveis — Uma luz verde aos auxílios de Estado?*, “Revista da Concorrência e Regulação”, número 3 (2010).
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL (2014), *Direito da União*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, S.A.
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL; CUNHA, CAROLINA; ANASTÁCIO, GONÇALO; VILAÇA, JOSÉ LUIS DA CRUZ; PORTO, MANUEL LOPES, *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- HOFMANN, HERWIG; MICHEAU, CLAIRE (2016), *State Aid Law of the European Union*, 1.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- LOUREIRO, PAULA CRISTINA OLIVEIRA LOPES DE FERREIRINHA (2016), *Auxílios de Estado no Domínio Europeu da Concorrência: O Controlo da Comissão e a Atuação dos Tribunais Nacionais*, Tese de Mestrado em Direito, Braga, Universidade do Minho.
- NOGUEIRA DE ALMEIDA, JOÃO, “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 54 (2011).
- PANAYI, CHRISTIANA (2015), *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 1.ª ed., Hart Publishing: Oxford.
- PITTA E CUNHA, PAULO; SILVA MORAIS, LUÍS (2008), *A Europa e os desafios do século XXI*, 1.ª ed., Coimbra: Edições Almedina.

- PORTO, MANUEL LOPES (2016), *Teoria da Integração e Políticas da União Europeia*, Vol. I, 1.^a ed., Coimbra: Edições Almedina.
- RUBINI, LUCA (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid*, 1.^a ed., Oxford: Oxford University Press.
- SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO (2014), *Direito Económico*, 7.^a ed., Edições Almedina: Coimbra.
- URREA CORRES, MARIOLA, “Ayudas de estado y capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso azores y su aplicación a las haciendas forales vascas: Comentario a la sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006, república de Portugal/Comisión, as. c-88/03”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, número 14, (2014).
- VARELA ALVES, SÉRGIO, “O mercado único e os Auxílios de Estado concedidos à Banca: erosão da soberania ou garantia da ideia de Estado”, *Policy Papers*, CIDEEFF, (2017).
- ZENHA MARTINS, JOÃO, *Auxílios de Estado: pressupostos e novas leituras em torno do conceito de selectividade*, “Revista de Direito Público”, 12 (2015).

ÓNUS DO RECORRENTE QUE IMPUGNE A DECISÃO DE FACTO. CONTROLO PELO STJ DO USO DE PRESUNÇÕES JUDICIAIS(*)

Por José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

I. Ónus do recorrente que impugne a matéria de facto. 1. Interpretação do art. 640.º, CPC. **II. Controlo pelo STJ do uso de presunções judiciais.** 1. Matéria de facto e presunção judicial. **III. Conclusões.**

I. Ónus do recorrente que impugne a matéria de facto

1. Interpretação do art. 640.º CPC

A garantia do duplo grau de jurisdição em matéria de facto foi, como é sabido, introduzida na nossa legislação processual civil pelo DL 39/95, de 15 de fevereiro, em cujo preâmbulo se lia que ela implicava “a criação de um específico ónus de alegação do recorrente, no que respeita à delimitação do objeto do recurso e à respetiva fundamentação”, com o qual se

(*) Artigo destinado ao *Livro em Homenagem ao Prof. Doutor Wladimir Brito*. A junção no mesmo artigo das duas questões enunciadas resulta de elas me terem sido postas, para parecer, no âmbito do mesmo recurso de revista. A segunda tem exclusivamente a ver com importante zona de delimitação dos poderes de controlo da decisão de facto pelo STJ. A primeira, embora se ponha, em primeira mão, no plano das Relações, respeita igualmente a uma zona de delimitação dos poderes de controlo do STJ, *maxime* quando a Relação considere terem sido observados os ónus do apelante ao impugnar a decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto, como aconteceu no caso concreto desse parecer.

visava obstar à utilização do recurso da decisão de facto **para fins puramente dilatatórios**.

A mesma ideia se encontrava já expressa nas anteriores *Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil*, de 1992, em que tinha sido preconizada, para que a introdução desse duplo grau de jurisdição não redundasse em morosidade desmedida, a imposição ao recorrente da “indicação precisa, clara e determinada dos **concretos pontos de facto** em que diverge da apreciação do tribunal, devendo [ele] fundamentar a sua divergência com **expressa referência às provas produzidas**”.

Consequentemente, o art. 685.º-B-1 do CPC de 1961 onerava o recorrente com a **especificação** dos concretos pontos de facto que [considerasse] incorretamente julgados” e dos **“concretos meios probatórios**, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, **que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida**”, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que, em caso de gravação (ao tempo não obrigatória), o recorrente teria de proceder à transcrição escrita das passagens da gravação em que se fundava — ónus que o DL 183/2000, de 10 de agosto, eliminou, prescrevendo que “o **início** e o **termo** da gravação de cada depoimento, informação ou esclarecimento” fossem registados na ata da audiência e que às partes bastaria a referência ao anotado na ata.

Com o DL 303/2007, de 24 de agosto, deixou de ser exigida, quer a transcrição dos depoimentos (que, permitindo a gravação a identificação precisa dos vários depoimentos, passou a ser meramente facultativa), quer a referência ao assinalado na ata (bastando ao recorrente “indicar, com exatidão, as passagens da gravação em que a impugnação se [fundasse], sem prejuízo da possibilidade de, por sua iniciativa, proceder à respetiva transcrição (n.º 3 do mesmo artigo). Não sendo observados os ónus prescritos, dava-se a rejeição do recurso, circunscritamente à matéria de facto⁽¹⁾).

O CPC de 2013 manteve, no seu art. 640.º, o regime do anterior art. 685.º-B do CPC de 1961, expressando, porém, que: o recorrente tem igualmente o ónus de especificar a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas (n.º 1-c); a falta de indicação das passagens da gravação em que se funda o recurso, sempre “sem prejuízo de [o recorrente] poder proceder à transcrição dos excertos que

⁽¹⁾ Esta consequência imediata foi rejeitada pelo ac. do STJ de 1.10.98 (NASCIMENTO COSTA), *BMJ*, 480, p. 348, que, mais sensatamente, mas em contrário da letra da lei, julgou dever o apelante que não observara o ónus ser convidado a suprir a falta.

considere relevantes”, tem como consequência a “imediata rejeição do recurso **na respetiva parte**” (n.º 2-a).

Como se vê, nunca foi exigida a especificação do exato **minuto e segundo** da gravação em que começa e em que termina a parte do depoimento tido como relevante, embora tal prática se tenha generalizado como a melhor forma de proceder à **indicação precisa das passagens da gravação em que a impugnação da decisão se funde**.

Por outro lado, **fazendo o apelante a transcrição dos depoimentos na parte impugnada**, esta indicação só pode ter como finalidade **facilitar** ao tribunal de recurso a **rápida identificação**, a fim de as ouvir, dessas passagens, já identificadas pelo recorrente no seu conteúdo.

Não se trata, com efeito, de satisfazer também o **princípio do contraditório**. Este princípio, no que ao **direito de resposta** diz respeito⁽²⁾, é garante da igualdade das partes perante qualquer questão, de facto ou de direito, que seja levantada no processo por uma das partes: a outra tem o direito de ser ouvida, quer a questão respeite à alegação, à prova (princípio da audiência contraditória) ou ao direito aplicável; transcritos os excertos dos depoimentos considerados relevantes pelo recorrente, o recorrido sabe o que é precisamente impugnado e a não indicação do início e fim de cada excerto na gravação apenas lhe poderá exigir um pouco (muito pouco) mais de esforço na localização do excerto no todo da gravação, **sem de modo algum comprometer o direito de resposta**.

Daqui se extrai um **corolário**: se dos depoimentos for feita transcrição **integral** para demonstrar que nenhum deles consente a dedução de facto feita pelo tribunal recorrido, esta **demonstração negativa** não carece, por natureza, da indicação de excertos parcelares desses depoimentos (a menos que se trate de atacar a dedução feita com base em alguma passagem **específica**, como tal expressamente identificada pelo tribunal recorrido) e só exige a indicação, com minutos e segundos ou por outro meio igualmente idóneo, do **princípio e fim da parte da gravação que contém cada depoimento** para facilitar ao tribunal da relação a respetiva audição — exigência que fica satisfeita se tal indicação constar, não da própria alegação, mas do texto complementar em que os depoimentos são transcritos.

(2) O princípio do contraditório tem, como é sabido, um âmbito que excede o simples direito da contraparte à resposta a todas as posições assumidas pela parte ao longo do processo: implica também o direito equitativo à prova e a proibição da decisão-surpresa (LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º II.3.2).

Aliás, se mesmo neste texto essa indicação faltar, mas o tribunal *ad quem* considerar suficientes os termos em que o recorrente observou o art. 640.º CPC, a omissão deixa de ter qualquer relevância, por a finalidade da exigência do art. 640.º-2-a CPC ser plenamente conseguida: constituiria injustificável leitura **formalista** da lei, sem qualquer efeito material **sério**, admitir que o STJ, em recurso de revista, pudesse julgar violada uma norma de procedimento cuja única finalidade é, no caso concreto, facilitar o exame da apelação, quando o tribunal da relação fez esse exame, prescindindo da observância estrita dessa norma, **sem qualquer influência na decisão por ele proferida** (art. 660.º CPC, por analogia; art. 195.º-1 CPC, como lugar paralelo)^(3/4).

Outro ponto a ter em conta na interpretação e aplicação do art. 640.º CPC, é que para o uso de presunções judiciais pela Relação pode não ser necessário o reexame dos meios de prova dos factos dos quais a presunção se deduza. Sê-lo-á se, na 1.ª instância, o facto presumido tiver sido **objeto de prova** sujeita à livre apreciação do julgador e o juiz da causa se tiver convencido de que ele **não** se verificou: para que, por dedução de outros factos que hajam sido dados como provados, a Relação conclua

⁽³⁾ Art. 660.º: “O tribunal só dá provimento à impugnação das decisões interlocutórias, impugnadas conjuntamente com a decisão final nos termos do n.º 3 do art. 644.º, **quando a infração cometida possa modificar aquela decisão (...)**”. O mesmo se pode dizer da decisão sobre matéria processual incluída na própria decisão final, cujo conhecimento seja **prejudicial relativamente ao conhecimento do mérito** (da ação ou do recurso). Art. 195.º-1: “Fora dos casos previstos nos artigos anteriores (...), a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva só [produz] nulidade quando a lei o declare ou **quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa**”.

⁽⁴⁾ Não é contrário a este entendimento o ac. do STJ de 28.5.15 (GRANJA DA FONSECA), proc. 460/11, que deu provimento à revista interposta da decisão da Relação que considerou suficiente a **referência genérica** feita pelo apelante aos depoimentos produzidos na 1.ª instância. Por um lado, a 1.ª instância tinha dado como **provados** os factos relevantes para a decisão com base em **determinados depoimentos**, cujo sentido descreveu, com isso justificando a formação da sua livre convicção — o que onerava o apelante com a identificação das passagens determinantes dos depoimentos e a indicação das razões concretas da sua discordância da interpretação deles feita pelo juiz da causa. Por outro lado, o apelante nem sequer procedera à **transcrição**, parcial ou integral, da respetiva gravação — o que realçava a vaguidade da referência genérica por ele feita no recurso. Pôde assim o STJ concluir que haviam faltado no corpo da alegação da apelação indicações que, “além de constituírem uma condição essencial para o exercício esclarecido do contraditório, servem **sobretudo** de parâmetro da amplitude com que o tribunal de recurso deve reapreciar a prova, sem prejuízo do seu **poder inquisitório sobre toda a prova produzida que se afigure relevante para tal reapreciação**”. No caso do parecer em que as duas questões do presente estudo me foram postas, nem o juiz da causa fundara qualquer **convicção** nos depoimentos transcritos (ou noutros: o seu exame da prova levava-o tão-só a um estado de **dúvida** sobre o não pagamento do preço e à constatação da absoluta falta de prova diretamente produzida sobre a matéria da simulação), nem a apelante deixara, apesar disso, de **transcrever** os depoimentos produzidos e indicar o seu início e o seu termo, assegurando o contraditório e o reexame da matéria de facto pela Relação (ver a nota 9 *infra*).

pela realidade desse facto, **a reapreciação da prova produzida é necessária**: a Relação só poderá fazer jogar a presunção depois de tirar dessa reapreciação uma conclusão negativa, inversa à da 1.^a instância, ou de, substituindo-se ao juiz da causa, confrontar, numa apreciação conjunta, as provas produzidas na 1.^a instância sobre esse facto e a resultante do jogo da presunção⁽⁵⁾. Mas, se o facto presumido **não** tiver sido objeto de prova sujeita à livre apreciação do julgador e o juiz da causa só por isso não o tiver considerado provado, a Relação pode usar a presunção sem que tenha de reexaminar qualquer ato de produção de prova, **não efetuado**⁽⁶⁾.

O STJ tem por vezes exprimido esta ideia dizendo que a Relação não pode extrair presunções judiciais para suprir a falta de prova de factos **apreciados** na 1.^a instância⁽⁷⁾. Esta ideia é totalmente errada se entendida como **nunca** podendo a Relação contrariar a conclusão probatória da 1.^a instância sobre os factos dados como provados pelo tribunal da 1.^a instância, usando presunções⁽⁸⁾. Mas é certa quando entendida como obrigando a Relação a **reapreciar** os meios de prova produzidos em 1.^a instância sempre que esta deles tenha retirado a prova, positiva ou negativa, de facto que a presunção judicial possa contrariar. Trata-se, com efeito, apenas de observar a norma do art. 349.º CC: a ilação é tirada dum facto conhecido para um **facto desconhecido**; o facto provado é, por definição, um facto conhecido, mas deixa de o ser quando a Relação se substitui à

(5) A tal não obsta considerar que a presunção judicial não é rigorosamente um meio de prova, mas sim o meio de deduzir de outros factos (probatórios) a realidade do facto principal, ou a de outro facto probatório que permita — ou contribua para — chegar à realidade do facto principal, com o auxílio das regras de experiência (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, cit., n.º II.9 (9), e *A ação declarativa comum*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 14.4). No sentido restrito a que a reduz a classificação do Código Civil (arts. 349.º a 351.º), a presunção é tão-só uma ilação extraída de outros factos provados por meio de prova distinto dos restantes regulados no Código, e nessa medida tida como meio de prova **autónomo**. A sujeição da presunção judicial à livre apreciação do julgador leva ao necessário confronto com os meios de prova — do mesmo facto — também a ela sujeitos.

(6) Assim, o ac. do STJ de 14.10.97 (ALMEIDA E SILVA), CS/STJ, 1997, III, p. 70, admite a presunção judicial quando o facto a presumir não tenha sido provado por **falta de indicação dos meios de prova**.

(7) Veja-se, por exemplo, o ac. do STJ de 9.10.03 (OLIVEIRA BARROS), proc. 03B2536, ou o de 25.11.14 (PINTO DE ALMEIDA), proc. 6629/04. Veja-se ainda, em rejeição da ideia de que a Relação não pode contrariar, com presunções, a resposta negativa dada pela 1.^a instância a um ponto de facto, **que o apelante impugnou**, o ac. do STJ de 13.1.18 (ROQUE NOGUEIRA), proc. 9126/10, que manteve a decisão dada na ação pauliana, baseada na dedução da má-fé do adquirente a partir dos factos-índice por ela considerados.

(8) Tal significaria que nunca em 2.^a instância poderia, por esse modo, rever-se a decisão de facto da 1.^a instância. Como se lê no ac. do STJ de 25.11.14, citado na nota anterior, a Relação não pode “alterar os factos que foram objeto de prova e respostas do julgador (**não impugnados**)”.

1.^a instância para o dar como não provado pelos meios de prova que sobre ele hajam sido produzidos no tribunal recorrido⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ No caso do parecer que esteve na origem do presente estudo, fora alegado pelos autores que o preço de determinada compra e venda, titulada por escritura pública, em que o seu antecessor figurara como vendedor, não tinha sido pago e que, com o fito de os enganar, a compra e venda, simulada, ocultava uma doação. Por sua vez, os réus, que na escritura figuravam como compradores, haviam alegado ter pago o preço em notas, antes da escritura. O juiz da causa, embora considerasse **plausível**, considerada a profissão dos compradores, o pagamento do preço em notas, concluiu que dos depoimentos produzidos tal não se retirava, tendo ficado na **dúvida** sobre se teria tido lugar. Aplicando as regras sobre a distribuição do ónus da prova, esta dúvida tinha de ser resolvida contra a parte onerada pela prova, a qual, na ação de simulação, é o **autor**. No âmbito do pedido subsidiário de condenação no cumprimento da obrigação de pagar o preço, cabe ao devedor a prova do pagamento, mas, perante o efeito confessório da declaração de ter recebido o preço, feita pelo vendedor na escritura, o ónus da prova inverte-se e é ao **credor** — ou aos seus sucessores — que passa a caber provar que, não obstante essa declaração, o pagamento não teve lugar. Não tendo havido, no caso, produção de prova, sujeita à livre apreciação do julgador, que tivesse por objeto o facto do pagamento do preço declarado na escritura, a Relação tinha **imediatamente** aberto o caminho para verificar se ele afinal não resultava provado por via de presunção judicial. Mais nitidamente ainda, não tendo sido produzida qualquer prova sobre se as partes não haviam querido a compra e venda, mas sim uma doação, e que tal fora feito, por acordo entre ambas, para enganar e prejudicar os filhos do vendedor, também para estabelecimento da realidade destes factos podia a Relação, sem prévio reexame de qualquer prova (**não produzida**), lançar mão do uso de presunções, a partir dos **factos instrumentais** (probatórios) que a 1.^a instância desse como provados para chegar aos **factos principais** que o autor havia alegado. A questão de saber se os autores apelantes haviam respeitado a norma do art. 640.^o-2-a CPC era, pois, uma falsa questão. O recurso de apelação foi acompanhado pela transcrição integral de todos os depoimentos testemunhais, tão-só para que a Relação pudesse verificar que, **em passagem alguma de qualquer deles**, o facto do pagamento do preço era referido, o que lhe permitia, sem mais, fazer jogar as presunções judiciais que se impusessem para a prova do não pagamento a partir dos restantes factos dados, sem impugnação, como provados. O mesmo se diga dos requisitos da simulação da compra e venda e da validade do negócio dissimulado de doação. Os apelantes tinham especificado no corpo da alegação os concretos pontos de facto que consideravam incorretamente julgados, os factos provados dos quais deveria derivar uma decisão correta sobre a falta do pagamento do preço e a verificação da simulação e a decisão que, no seu entender, devia ser proferida sobre as questões de facto impugnadas, observando assim as normas do art. 640.^o-1 CPC. Como, **fora do âmbito da prova dos factos que constituíam base da presunção**, nenhum concreto meio probatório impunha a decisão a tomar pela Relação, o que aliás resultava inequivocamente da sentença (apenas os réus referiram o pagamento; nenhuma prova específica foi produzida sobre os requisitos da simulação negocial), a invocação dos depoimentos testemunhais (**negativos**) não era necessária, e muito menos a sua transcrição; a serem feitas, porém, essa invocação e eventual transcrição, elas teriam de se referir à totalidade dos depoimentos, apenas a fim de que a Relação pudesse **confirmar** aquilo que o juiz da causa exprimira na sentença sobre a falta de prova dos factos a que se referia a impugnação. De qualquer modo, nunca a apelante estaria onerada com mais do que a indicação exata do início e do fim de cada depoimento, o que foi feito na transcrição apresentada com a alegação e, portanto, fazendo parte do **corpo** desta (é errado o entendimento segundo o qual o apelante tem de fazer tal indicação também nas conclusões das alegações: acs. do STJ de 8.2.18, MARIA DA GRAÇA TRIGO, proc. 8840/14, e de 19.2.15, TOMÉ GOMES, proc. 299/05). Mas, ainda que a recorrente não tivesse procedido em conformidade com o que por lei lhe era exigível e a sua alegação tivesse sido deficiente quanto à identificação das passagens de depoimentos que tivesse o ónus de identificar, o facto de o tribunal da relação ter considerado o contrário e não ter tido problema algum na reapreciação da prova, de cuja produção fez completa audição, sempre

II. Controlo pelo STJ do uso de presunções judiciais

1. Matéria de facto e presunção judicial

Tendo o recurso de revista como fundamento a violação da lei, substantiva ou processual (art. 674.º-1 CPC), o julgamento da matéria de facto pela Relação é, em princípio, **definitivo**, mais não podendo fazer o STJ, em sede de apreciação das provas e da fixação dos factos materiais da causa, do que verificar a ofensa de lei que **exija** certa espécie de prova para a existência do facto ou que **fixe** a força de determinado meio de prova (art. 674.º-3 CPC), sem prejuízo de poder ordenar a ampliação da matéria de facto quando ela seja insuficiente para a decisão de direito ou nela ocorram **contradições** que a inviabilizem (art. 682.º-3 CPC). Escapa assim ao controlo do Supremo a prova sujeita à livre apreciação do julgador, cujo valor não é, por definição, **tarifado** por um preceito legal⁽¹⁰⁾ e que só a 1.ª instância (art. 607.º-4 CPC) e, em recurso, a Relação (art. 662.º CPC) podem concretamente determinar. Situa-se neste plano, independentemente da exata construção dogmática da figura, a prova por presunção judicial.

No entanto, a jurisprudência mais recente do STJ tem decidido no sentido de, embora não lhe caiba sindicar a decisão de facto da Relação, poder o STJ verificar se o *iter* por ela percorrido respeitou as **regras legais do procedimento probatório**, nomeadamente, no campo das presunções judiciais, verificar se, independentemente do conteúdo (**insindicável**) da alteração tirada⁽¹¹⁾, a Relação partiu de **factos-base provados** e se o seu

tornaria injustificada qualquer decisão do STJ de considerar inadmissível a impugnação efetuada, dado que, como se deixou dito, o escopo da norma num caso como o que está em apreciação é o de facilitar à Relação a localização dos depoimento produzidos, e isso foi feito.

⁽¹⁰⁾ Contrariamente à norma que fixa o efeito do meio de prova legal, aquela que determina que certo meio de prova está sujeito à livre apreciação do tribunal deixa em aberto a determinação do efeito probatório concreto, que fica dependente da valoração do julgador. A necessária intermediação deste entre a estatuição abstrata dum efeito probatório meramente potencial e a determinação do efeito probatório concreto leva a falar de integração da **fatispécie do efeito** da norma pela convicção do julgador, formada no confronto de todos os meios de prova livre e constituindo um momento processual subsequente à estatuição legal abstrata (LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 14.2.3).

⁽¹¹⁾ Esta insindicabilidade é perentoriamente afirmada em quase todos os arestos do STJ. Por exemplo, no ac. do STJ de 25.11.14 (PINTO DE ALMEIDA), proc. 6629/04, lê-se que “ao Supremo está vedado o uso de presunções judiciais”; estando-lhe vedado verificar o **erro de julgamento** que a Relação tenha cometido; e no ac. do STJ de 19.1.17 (ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA), proc. 841/12, proferido em caso de simulação negocial para prejuízo de credores, lê-se que a atuação do STJ em sede de factos se limita a “fiscalizar a observância das regras de direito substancial, a determinar a ampliação da matéria

raciocínio não padece de **ilogismo manifesto**, isto é, se o uso da presunção judicial se fez **respeitando o art. 349.º CC**⁽¹²⁾. O exame dos casos decididos com base nesta orientação mostra que só muito excecionalmente essa verificação resulta na cassação da decisão de facto da Relação⁽¹³⁾.

Em meu entender, a referida corrente jurisprudencial vai demasiado longe na aplicação do conceito de questão de direito. O art. 674.º-3 CPC, é muito claro: o erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa **só** pode ser objeto de recurso de revista quando haja ofensa de disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova. Dificilmente aí cabe o ilogismo⁽¹⁴⁾ da ilação, sem prejuízo de o STJ poder mandar ampliar a decisão de facto da Relação quando ela encerre contradições, nos termos do art. 682.º-3 CPC.

O que é que, sem atropelo das normas de direito probatório, é aceitável como ilogismo manifesto na declaração feita pelas instâncias?

A jurisprudência, tal como a doutrina que apoia o controlo do uso da presunção pelo STJ, cuida tão-só desse uso (ou não uso, para os mais timo-

de facto ou o suprimento de contradições sobre a mesma existentes”, o que constitui matéria de direito; e lê-se aí também a notícia de que é “com alguma controvérsia” que é admitido que o STJ possa sindicar o uso das presunções judiciais pela Relação que padeçam de “**evidente ilogicidade**” (o que não acontecia no caso desse acórdão, tido nomeadamente em conta o especial papel da prova indireta na simulação; o mesmo relativamente à má-fé na ação pauliana, no ac. do STJ de 13.1.18, ROQUE NOGUEIRA, proc. 9126/10). Entendimento diverso (o STJ pode fazer uso de presunções judiciais e sindicar o uso que delas a Relação haja feito) é o de LUÍS DE SOUSA, *Prova por presunção no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 196; mas não o do ac. do STJ de 12.6.12 (TÁVORA VITOR), proc. 5331/07, que se limita a tirar uma inferência **de direito** dos factos provados (a empresa de construção **devia** também, além do proprietário, tomar cuidado com a aparelhagem danificada, que vinha provado não ter sido desligada da corrente durante a execução dos trabalhos) e não deixa de afirmar, **em sede factual**, que a Relação podia lançar mão, como lançou, de presunções (o tribunal referido no sumário desse acórdão como devendo “balizar a sua atividade dentro da factualidade provada”, nisso se traduzindo “o cerne do múnus de julgar”, não é o STJ, cujo julgamento é **circunscrito pela norma atualmente no art. 674.º-3 CPC**, mas o tribunal de instância, como resulta do texto do acórdão). Veja-se também o ac. do STJ de 2.2.16 (GREGÓRIO SILVA JESUS), *CJ*, 2016, I, p. 118, que, sumariando que o STJ pode verificar se as ilações tiradas pela Relação “exorbitam o âmbito dos factos provados ou deturpam o **sentido normal** daqueles de que foram extraídas”, apela ao conceito de **causalidade adequada** para concluir que o STJ não pode imiscuir-se na decisão das instâncias sobre a verificação do nexo de causalidade **naturalística** entre o facto ilícito e o dano. Considerando que quase toda a prova é indireta e que a prova indireta usa, por definição, presunções legais ou judiciais (LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa*, cit., n.º 14.1.2), a posição de LUÍS PIRES DE SOUSA e da corrente jurisprudencial que refiro no texto transformaria o STJ, como seguidamente é desenvolvido, num tribunal de instância, ao arripio das normas dos arts. 674.º e 682.º do CPC.

(12) ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Recursos no novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 406-411.

(13) Não fogem a esta constatação os acórdãos citados por ABRANTES GERALDES, cit., pp. 407-411.

(14) “Ilogicidade” não é termo da língua portuguesa.

ratos) **pela Relação**, esquecendo que a presunção judicial, mesmo *stricto sensu*, pode tanto ser usada na 2.^a como na 1.^a instância. Admitindo que o STJ possa, em determinados termos, sindicá-lo o uso da presunção judicial, não se vê razão lógica para que não o possa fazer também relativamente às presunções usadas na 1.^a instância e mantidas pela Relação. Esta constatação, que coloca o problema com a amplitude que a lógica impõe, indicia já a caixa de Pandora aberta com o enunciado apresentado, ainda que a título excepcional e mesmo, na maioria dos casos, só formal, por quem defende que o STJ tem esse poder.

Mas, mesmo que restrinjamos o enunciado à decisão de facto da Relação que não confirme a da 1.^a instância, a tese revela-se insustentável à luz do direito processual.

As partes têm, nos articulados, que alegar os **factos principais** (a que a lei chama “essenciais”) da causa e só esses, constitutivos da causa de pedir e das exceções perentórias, estão, uma vez alegados, sujeitos a prova, onerando a parte neles interessada, segundo as regras dos arts. 342.º a 345.º do CC (arts. 552.º-1-d, 572.º-c, 584.º e 588.º-1 do CPC)⁽¹⁵⁾.

Nos casos em que se inverte o ónus da prova (presunção legal ilidível; dispensa ou liberação, legal ou convencional, do ónus da prova; impossibilitação culposa da prova pela contraparte do onerado: art. 344.º CC), o ónus da alegação permanece, mas o facto que a contraparte tem o ónus de provar (prova do contrário) ganha autonomia como **objeto da prova**, tendo neste plano o tratamento dos factos principais⁽¹⁶⁾. Mas o mesmo não acontece — nem pode logicamente acontecer — com a presunção judicial.

Só muito raramente a prova é **direta**. É-o quando o próprio julgador é confrontado com o facto a provar (necessariamente presente por ter natureza duradoira, que perdura na fonte de prova)⁽¹⁷⁾. Fora desses casos, toda a prova se faz segundo um *iter* dedutivo que permite inferir a realidade do facto a provar da realidade de um outro, que perante ele é probatório⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa*, cit., n.ºs 5.1.2, 7.5.3, 8.1 e 9.4.1, e *Introdução*, cit., n.º II.6.4.1.

⁽¹⁶⁾ *A ação declarativa*, cit., n.º 14.3.2, e *Introdução*, cit., n.º 6.4, *in fine*.

⁽¹⁷⁾ A constituição do imóvel inspecionado ou a constituição física duma pessoa, quando observada diretamente pelo juiz.

⁽¹⁸⁾ Os factos **instrumentais** (art. 5.º-2-a CPC) são probatórios ou acessórios: da existência dos primeiros, são tiradas ilações para a existência do facto principal, ao qual, no campo da prova livre, estão ligados por **regras de experiência**, que têm na sua base uma convenção social ou uma lei natural; os segundos, também no campo da prova livre, aumentam ou diminuem a probabilidade dessa ilação (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, cit., n.º II.6.4.3).

As regras sobre os ónus de alegação e de prova são **inaplicáveis** aos factos instrumentais, probatórios ou acessórios, que por isso são **oficiosamente** considerados na decisão de facto, desde que resultem da instrução da causa⁽¹⁹⁾. Não precisam, pois, de ser alegados nem especificamente predispostos para a prova. Alegado, por exemplo, o conhecimento que o adquirente tinha de que, adquirindo, lesava o direito do credor do transmitente (art. 612.º CC), ou que as partes não quiseram, entre si, os efeitos do negócio de compra e venda que celebraram, não tendo querido celebrar qualquer negócio senão para o engano de terceiros, ou tendo realmente querido um negócio de doação, quem, respetivamente, impugne paulianamente o ato ou invoque a simulação, tem de alegar e provar os factos principais constitutivos do direito à impugnação pauliana ou da simulação negocial, mas fazendo a respetiva prova mediante factos instrumentais, que podem ser oficiosamente conhecidos e dos quais se poderá deduzir o estado **subjeto** de má-fé ou de falta da vontade negocial declarada. Ao tribunal caberá, com base nos factos instrumentais, alegados ou não, resultantes da instrução do processo, dar ou não como provados os factos principais alegados. O ónus da prova que as partes têm ficará preenchido se das deduções feitas se tirar uma conclusão positiva sobre a verificação dos factos que, alegados por qualquer das partes (art. 5.º-1 CPC), preenchem a norma de direito material aplicável, sejam eles factos objetivos ou, como nos exemplos dados, factos ou estados subjetivos das partes.

Entendimento contrário levaria ao absurdo de a parte ter de alegar todos os factos que, por prova indireta, poderão conduzir à prova dos factos principais, diretamente inatingíveis — conclusão que, aliás, valeria, não só para a presunção judicial autónoma do art. 249.º CC⁽²⁰⁾, mas também para as muitas presunções que podem jogar no âmbito dos outros meios de prova sujeitos à livre apreciação do julgador⁽²¹⁾, e conduziria a que todas essas ilações estivessem sujeitas a ser sindicadas pelo STJ por falta de lógica da dedução. Eis como o STJ se converteria, embora com limites, numa terceira instância de facto, assim se iludindo a função de interpretação e aplicação do direito que lhe cabe desempenhar e invadindo

⁽¹⁹⁾ *Introdução, cit.*, n.º II.6.4.3.

⁽²⁰⁾ Das várias afirmações feitas pela parte ou do seu comportamento concludente, deduz-se que ela celebrou o contrato; do depósito da quantia x em certa conta bancária e da sua coincidência com a devida ao titular da conta por quem o fez, deduz-se que tal correspondeu ao pagamento devido; algo semelhante quanto aos vários factos de que se deduz a culpa do automobilista.

⁽²¹⁾ A testemunha viu, porque estava bem colocada; a testemunha não podia ouvir, porque é surda; basta que a testemunha declare ter visto ou ouvido para que o tribunal possa deduzir do seu relato a verdade da alegação do facto sobre o qual foi ouvida.

o terreno reservado para a Relação pelo art. 662.º CPC (e para a 1.ª instância pelo art. 607.º-4 CPC).

A ter alguma aplicação neste domínio, a expressão *ilogismo manifesto* só pode abranger os casos em que há **decisões de facto contraditórias** (e não os **juízos causais** que, a partir de certos factos instrumentais, permitem chegar aos factos principais da causa). Ora essa contradição está já coberta pelo art. 682.º-3 CPC, que — veja-se — não permite ao Supremo resolver a contradição, mas sim ordenar a **baixa do processo** para que ela seja resolvida pelas instâncias. Em meu entender, o apelo indiscriminado, nesta matéria, ao ilogismo da decisão abre a porta do Supremo para o poder de sindicância de decisões de facto às quais ele está submetido — e que, aliás, a experiência mostra que, apesar da enunciação repetitiva desse poder, só muito excecionalmente o Supremo tem exercido. A defesa da tese de que o STJ pode, designadamente, lançar mão, ele próprio, de presunções judiciais e que lhe cabe controlar a aplicação, pelas instâncias, das regras de experiência indispensáveis a qualquer raciocínio dedutivo, são expressão desta invasão do domínio da questão de facto.

Não é que, relativamente às **máximas da experiência**, não tenha sido já defendido que elas podem ser aferidas pelos supremos tribunais, dada a sua generalidade, de algum modo paralela à generalidade da norma jurídica⁽²²⁾. Mas a sua circunscrição ao campo dos factos leva correntemente a entender o contrário⁽²³⁾, sem prejuízo de ser razoável admitir um — único — limite quando seja invocada uma máxima da experiência que contrarie as **leis da natureza**^(24/25).

⁽²²⁾ MARTIN WÜRTHWEIN, *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*, Berlim, 1977, pp. 146-147.

⁽²³⁾ CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Ática, 1961, pp. 667 e 698. Esta posição aparecerá reforçada com a atribuição ao STJ pelo DL 303/2007, de 24 de agosto, da função predominante de definição e orientação da aplicação do direito.

⁽²⁴⁾ Mas nunca as que contrariam uma convenção social (ver nota 18 *supra*): o STJ não cuida, nomeadamente, de probabilidades estatísticas. Aplicando-se em alguma medida às máximas da experiência o regime do facto notório (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, cit., n.º II.6.4.2.B), pode trazer-se à baila o lugar paralelo da norma **de direito** que considera nulas as confissões sobre factos impossíveis ou notoriamente inexistentes (art. 384.º-c CC). De qualquer modo, ao apelar ao regime do facto notório, não deixa de se ter em conta que este tem natureza **concreta**, enquanto a máxima de experiência tem natureza **geral**.

⁽²⁵⁾ No caso do parecer que esteve na origem do presente estudo, nenhum meio foi produzido especificamente para a prova dos requisitos da simulação negocial, e sobre o facto da entrega ao vendedor da quantia do preço houve apenas a declaração confessória por ele feita na escritura. Quer a resposta negativa sobre os requisitos da simulação, quer a resposta positiva sobre o pagamento do preço, foram impugnadas na apelação. A Relação podia, pois, nos termos do art. 349.º CC, usar presunções judiciais para a prova desses factos, a partir de outros factos provados no processo. Da idade e das deficiências físicas do autor, do tipo de relação estabelecido entre ele e os réus, bem como entre ele e os filhos, do significativo valor do terreno no âmbito do seu património, da inserção na escritura de uma

III. Conclusões

1. A exigência, constante do art. 640.º CPC, de que o apelante especifique os pontos concretos da matéria de facto que considere incorretamente julgados serve as finalidades de garantia do

cláusula modal, própria das doações, mas avessa à natureza da compra e venda, da não entrada do preço na conta do autor e da inexistência de qualquer indício de pagamento, a Relação deduziu que este pagamento na realidade não teve lugar e que as partes quiseram, por acordo entre ambas, enganar e prejudicar os filhos do vendedor, ocultando uma doação sob a capa da escritura da compra e venda. A Relação manteve as presunções que a 1.ª instância utilizara para a prova dos factos da relação dos factos provados. Porém, à presunção que a 1.ª instância não chegou a utilizar por ter permanecido em estado de dúvida, a Relação sobrepôs outras, que a levaram a dar como provado o não pagamento do preço (entendendo estar feita prova contrária ao conteúdo da declaração do vendedor na escritura) e por provados os requisitos da simulação relativa, com base, não só no não pagamento do preço declarado, mas também em todos os factos-índice (probatórios) que refere. Se **erro de julgamento** houvesse, ele seria insindivável pelo STJ, visto estarmos no campo da matéria de facto da causa. Ainda que se perfilhasse o entendimento de que as deduções feitas pela Relação podiam, em revista, ser censuradas com fundamento em **ilogismo**, não havia contradição **lógica** ou deficiência de fundamentação na decisão tomada. Nem se podia pretender que a inferência feita pela Relação contrariasse uma regra **ou máxima da experiência** (na modalidade da convenção social: cf. nota 18 *supra*). Nenhum dos factos probatórios de que a Relação lançou mão contrariava a conclusão que deles foi tirada, todos sendo com ela **compatíveis**. E nenhuma estatística é invocável para contrariar a ilação que a Relação tire num caso concreto; basta que, de acordo com a experiência, o resultado alcançado possa decorrer das premissas para que não haja violação da máxima da experiência. A entender-se que o Supremo pode controlar o uso, pelas instâncias, das máximas da experiência que sirvam à Relação para estabelecer determinada presunção, esse controlo nunca poderá ir além da verificação de que esse uso haja levado a um resultado **absurdo** (por contradição lógica entre os factos probatórios e os factos principais por eles presumidos), não podendo pôr em causa a **inferência concreta**, não incompatível com as premissas, que a Relação haja realizado: o Supremo não pode verificar “o conteúdo e substância dos juízos probatórios das instâncias” (ac. do STJ de 15.9.16, MARIA DA GRAÇA TRIGO, proc. 207/09). Só aceitando que o STJ possa usar *ex novo* a presunção judicial, e portanto afastar a que a Relação tenha usado, é que seria defensável que ele pudesse apelar à **normalidade** da ligação entre dois factos para repudiar uma outra ligação que julgasse ter um grau de probabilidade menor de se verificar; mas, como expus, tenho essa tese por indefensável. Isto é sobretudo assim quando os factos presumidos são extraídos de um **conjunto de factos instrumentais** (como era o caso), de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, e não apenas de um. Saliente-se que, por o STJ não poder usar presunções judiciais, o seu ac. de 9.7.14 (PINTO DE ALMEIDA), proc. n.º 5944/07, reenviou o processo para a Relação, nos termos do art. 682.º-3 CPC (eventual ampliação da matéria de facto), depois de, ao abrigo do art. 674.º-3 CPC, ter considerado provado documentalmente e por confissão (o que a Relação não fizera), o acordo simulatório das partes do qual seria **possível** (se a Relação assim entendesse) inferir, com base nas regras da experiência comum, o intuito das partes de, declarando um valor inferior ao real, defraudar a Autoridade Tributária. Dando outro exemplo, o ac. do STJ de 30.9.10 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA) proc. n.º 414/06, é perentório: o Supremo não pode, a não ser nos casos excepcionais dos arts. 722.º-2 e 729.º-2 do CPC de 1961 (atuais arts. 674.º-3 e 682.º-3 do CPC), recorrer a presunções judiciais para dar como assentes factos deduzidos dos que ficaram provados. Com a mesma relatora, e a indicação de que “o STJ [o] tem repetidamente afirmado”, o ac. do STJ de 3.4.15, proc. 1248/07, vinca que existe um só recurso em matéria de facto, que só nos termos do art. 674.º-3 CPC, é possível ao STJ alterar a matéria de facto e que a este está vedado, quer recorrer a presunções judiciais, quer controlar as que as instâncias tenham usado.

contraditório e, sobretudo, de delimitação do objeto da decisão da Relação sobre a matéria de facto.

2. Por seu lado, a indicação das passagens da gravação em que se encontram registados os depoimentos cujo sentido o apelante ponha em causa tem como única finalidade facilitar ao tribunal de recurso a rápida identificação, para as ouvir, dessas passagens, quando o apelante proceda à sua transcrição, o que já constitui também garantia suficiente do direito de resposta.
3. Quando a transcrição é feita, não para dos depoimentos transcritos extrair a prova, positiva ou negativa, de um facto, mas para demonstrar que as testemunhas a ele não se referem, não tendo o tribunal de 1.^a instância baseado nesses depoimentos a sua decisão, justifica-se, se não se impuser mesmo, que a transcrição seja integral, bastando, para atingir a finalidade referida em 2, a indicação do início e do fim da gravação de cada depoimento.
4. Verificando-se, porém, no mesmo pressuposto, alguma irregularidade, ela fica sanada se a Relação aceitar como boa a identificação dos depoimentos, considerando-a suficiente para a admissibilidade da decisão a tomar, em recurso, sobre a matéria de facto.
5. Para o uso de presunções judiciais pela Relação, pode não ser necessário o reexame dos meios de prova dos factos dos quais a presunção se deduza: o facto presumido que não tenha sido, na 1.^a instância, objeto de prova sujeita à livre apreciação do julgador é, para os efeitos do art. 349.º CC, um facto desconhecido, que pode ser inferido dos factos já conhecidos, isto é, dos factos já provados no processo.
6. A definitividade do julgamento da matéria de facto no tribunal da relação só conhece as duas exceções consagradas no art. 674.º-3 CPC, sem prejuízo de o STJ poder, nos termos do art. 682.º-3 CPC, ordenar a baixa do processo ao tribunal recorrido quando haja contradição nas respostas por este dadas às questões de facto.
7. A presunção judicial, como ilação tirada de um facto conhecido para firmar a realidade de um facto desconhecido, é usada em todo o procedimento probatório que não consista numa inspeção judicial, mas só constitui um meio de prova autónomo quando não se limite às deduções intrinsecamente inerentes ao *iter* de outro meio de prova.

8. O uso das presunções judiciais cai no domínio da livre apreciação da prova, não podendo, por isso, o STJ censurá-lo, nomeadamente a título de verificação da lógica da ilação tirada ou da sua conformidade com as regras da experiência, e, muito menos, lançar mão *ex novo* de presunções judiciais que as instâncias não tenham considerado.
9. Sem atropelo das regras do direito probatório, o ilogismo manifesto da decisão terá de se circunscrever aos casos em que haja pontos da matéria de facto dada como provada que estejam entre si em contradição (o que não inclui a verificação de que certo facto principal não se deduz de certos factos instrumentais e leva à aplicação do disposto no art. 683.º-2 CPC), bem como àqueles em que a ilação tirada seja contrária às leis da natureza.
10. A própria corrente jurisprudencial mais inclinada para o alargamento dos limites dos poderes de controlo do STJ neste domínio afirma que o Supremo não pode, a coberto do conceito de ilogismo manifesto da ilação, pôr em causa o conteúdo desta, censurando o sentido da livre apreciação da prova pela Relação, e de facto são muito raras as decisões em que o Supremo sindicasse efetivamente o uso da presunção judicial pela Relação.
11. Estaria, aliás, na lógica do enunciado dessa corrente jurisprudencial admitir que o Supremo pudesse sindicá-las todas as ilações tiradas pelas instâncias (a 1.ª instância, sem censura da Relação, ou esta *ex novo*) dos factos instrumentais para os factos principais da causa, com o que o STJ deixaria de funcionar exclusivamente como tribunal de revista.
12. Salvo no caso das presunções legais, por estas fazerem prova plena, as regras sobre os ónus da alegação e da prova são inaplicáveis aos factos instrumentais, que são officiosamente cognoscíveis, podendo nomeadamente o tribunal de instância, sem alegação prévia, chegar a partir deles à prova do facto principal que as partes hajam alegado, mesmo quando este é do foro subjetivo e só através de factos instrumentais pode vir a ser provado.
13. Ao Supremo está vedado pronunciar-se sobre se a ligação estabelecida num caso concreto entre os factos-base da presunção e os factos presumidos é aquela que melhor corresponde à normalidade dos casos, de acordo com a estatística, os hábitos ou as convenções sociais, ou se corresponde a uma situação de verifi-

cação menos frequente, mas também plausível — o que está reservado ao múnus do julgador de facto, cujos erros de julgamento não são sindicáveis em revista.

14. Não é pois, admissível reabrir na revista a discussão dessas questões de facto, que a Relação decide definitivamente.

A PROSCRIÇÃO DO CONFLITO DE INTERESSES NO DIREITO CIVIL

Considerações acerca do artigo 261.º, CC

Por Mafalda Miranda Barbosa

SUMÁRIO:

1. Formulação do problema. 2. A representação — breves considerações. 3. O negócio consigo mesmo. 3.1. Considerações gerais. 3.2. A ratio da proibição do negócio consigo mesmo. 4. O conflito de interesses e a extensão teleológica do artigo 261.º, CC. 4.1. As respostas da jurisprudência. 4.2. Os diversos argumentos. 4.2.1. O argumento metodológico — a interpretação da norma. 4.2.2. O argumento sistemático — outras hipóteses de conflito de interesses no direito privado. 5. A interpretação do artigo 261.º, CC, à luz da consideração do conflito de interesses.

1. Formulação do problema

O art. 261.º, CC, levanta algumas dificuldades interpretativas. Em causa está, sobretudo, a delimitação do seu âmbito de relevância problemática, como se constata pelo acompanhamento da nossa jurisprudência quanto ao ponto.

Nas páginas que se seguem, pretendemos, por isso, refletir sobre esta questão. Contudo, para que a resposta que se procura se possa alcançar, dissipando-se as dúvidas que atualmente afloram, teremos de ultrapassar a mera consideração estrita e pontual do preceito, contextualizando-o sistematicamente e remetendo-o para os princípios em que se louva. Topamos, assim, com outras matérias não menos importantes, quais sejam as que nos remetem para a consideração dos conflitos de interesses que podem emer-

gir no seio das relações entre os representantes legais dos menores e estes últimos, entre acompanhante e acompanhado, no âmbito do regime do acompanhamento de maiores, e para a consideração do regime que disciplina os negócios entre as sociedades e os seus administradores/gerentes, consoante o tipo de pessoa coletiva com que se lide.

Em qualquer dos casos, parece ser uma ideia de representação que se torna operante ou, pelo menos, de atuação de acordo com o interesse alheio. Importa, portanto, antes de adentrar no cerne do problema que nos convoca, tecer algumas considerações acerca da representação, das suas formas/modalidades e dos princípios que a norteiam.

2. A representação — breves considerações

A representação é o instituto pelo qual um determinado sujeito atua em nome de outrem, produzindo-se os efeitos jurídicos dessa atuação na esfera do representado. De acordo com a explicitação de Pedro Pais de Vasconcelos, “há uma dissociação entre quem age — o ator — e aquele em cuja esfera jurídica se produz a eficácia jurídica da ação e a quem é imputada a autoria do agir representativo — o autor”⁽¹⁾. Esta dissociação, porém, não envolve uma qualquer limitação da autonomia do sujeito ou da sua capacidade de exercício. Em rigor, esta pode ser definida como a suscetibilidade para atuar juridicamente, adquirindo ou exercendo direitos, assumindo ou cumprindo deveres, por ato próprio e exclusivo ou através de um procurador. A atuação por via de um representante integra-se, ainda, no exercício da capacidade para agir do sujeito, que desta feita vê o seu campo de autonomia alargado, pela possibilidade de convocar um terceiro que, na sua ausência, impossibilidade ou insuficiência de meios e/ou conhecimentos, age como se fosse ele próprio. Já não será assim no tocante à representação legal. Esta, ao invés da primeira modalidade de representação considerada (a representação voluntária), não traduz uma forma de exercício da capacidade do sujeito. Mas, também não a limita: contrariamente, é pelo facto de a capacidade de exercício do menor (ou do maior acompanhado, nos casos em que o juiz decreta aquela representação) estar limitada que se impõe a adoção de um meio de suprimento dessa incapacidade. Não é, assim, uma consequência, mas um pressuposto e indício desta.

⁽¹⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 695, ss.

O pouco que se disse até agora permite-nos sublinhar algumas ideias: em primeiro lugar, não existe uma, mas várias modalidades de representação. À representação voluntária e legal junta-se, ainda, a representação orgânica. A distingui-las temos a fonte de legitimação representativa, que pode ser a vontade do sujeito, a lei ou os estatutos de uma pessoa coletiva, respetivamente. Em segundo lugar, a intencionalidade de cada uma das formas de representação a que se alude não é a mesma. Se ao nível da representação legal não pode deixar de se prosseguir o interesse do representado, ao nível da representação voluntária, a atuação em nome de outrem não equivale, necessariamente, à atuação no interesse de outrem. Na verdade, como os autores vêm evidenciando⁽²⁾ e como resulta expressamente do art. 265.º/3, CC, a procuração pode ser conferida no interesse do procurador ou de um terceiro, tudo dependendo da relação fundamental subjacente e da finalidade da atribuição dos poderes representativos. À semelhança da representação legal, também na representação orgânica, o interesse a salvaguardar será sempre o da pessoa coletiva, mas aí duvida-se se, para lá da concreta analogia de soluções que se pode, caso a caso, denotar, estaremos diante de uma verdadeira representação ou se é preferível falar de uma relação de organicidade, já que a pessoa singular, titular do órgão, faz parte da estrutura da pessoa coletiva⁽³⁾. No fundo, é a relação fundamental subjacente à representação que nos ditará qual o interesse que preside à atuação em nome alheio⁽⁴⁾. E se assim é, então isso significa, em terceiro lugar, que a representação pode ser justificada por múltiplos fatores, cumprindo diversos fins. De acordo com a explicitação de Pais de Vasconcelos, ela pode emergir porque a pessoa está impedida de agir (por ausência, doença, incapacidade), porque pode ser mais conveniente fazer-

⁽²⁾ Cf., *inter alia*, C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2005, 540; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 699; PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A procuração irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2017; RUI DE ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 138, 1964, 103-104. Sobre o negócio de procuração, v. FERRER CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 34, 1948, p. 253, ss.

⁽³⁾ Nesse sentido, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 704; C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 315, ss., embora não por referência à matéria respeitante à representação, mas em análise do problema da capacidade de exercício das pessoas coletivas.

⁽⁴⁾ Neste sentido, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 700, ss., considerando que a relação fundamental fundamenta e justifica o regime da representação e oferece o critério do seu exercício. Veja-se, também, JORGE DUARTE PINHEIRO, “Negócio consigo mesmo”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, 2003, p. 143, falando de uma relação de gestão, enquanto relação interna que está na base, suporta e justifica a relação de representação (relação externa).

-se representar por quem tenha determinados conhecimentos técnicos, porque é imposta por lei, ou porque simplesmente convencionou essa representação⁽⁵⁾. De uma outra forma, poderemos dizer que a representação tem lugar em situações de incapacidade, para suprimento da mesma, por força da lei, pela natureza das coisas, no caso das pessoas coletivas, por conveniência ou necessidade, no quadro do exercício da autonomia privada do sujeito, ou mesmo para salvaguardar interesses que não os do representado. Pense-se na hipótese em que a procuração assume a natureza de um negócio indireto, como aquela que é relatada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-11-2013⁽⁶⁾: A e B são proprietários de um imóvel,

⁽⁵⁾ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 695.

⁽⁶⁾ Proc. n.º 873/05.OTBVLN.G1.S1, relator Abrantes Geraldês, in <www.dgsi.pt>. Sobre a procuração, cf., por todos, FERRER CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, p. 253. Para uma análise do contributo do autor quanto ao ponto, cf., ainda, A. PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A teoria geral do direito civil nos cem anos do Boletim da Faculdade de Direito”, *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo do centenário do BFD)*, 91, 2015, pp. 379-422, ss.: “numa altura em que ainda não estavam verdadeiramente sedimentados os quadros de entendimento da atuação em nome de outrem legitimada por um ato de autonomia do representado, Ferrer Correia ofereceu-nos, com o brilhantismo a que nos habituou, um texto onde distinguia claramente a representação do mandato e no qual colocava a procuração na base daquela representação voluntária. O dado, hoje genericamente assente, afigurou-se de primordial importância à época. Ainda em plena vigência do Código de Seabra, a questão era objeto de profunda controvérsia e a solução afigurou-se inovadora. Na verdade, o autor deu, entre nós, um passo em frente na superação das posições dominantes no pensamento jurídico europeu à data das grandes codificações, que dele se mostram tributárias, ao pôr de lado a confusão entre a representação e o mandato, ao mesmo tempo que logrou criticar posições que procuravam afastar-se daquela que era, na altura, a doutrina tradicional, ao considerar, por exemplo, deficiente a explicação que tentava filiar na lei a eficácia representativa. Ferrer Correia sustentou que a eficácia representativa não é imputável diretamente à vontade do representado, mas a uma sua declaração de vontade, que é a procuração. Esta estaria na base da relação de representação e isto permitiu encontrar soluções para uma série de problemas, como o da extensão dos poderes do representante. No fundo, consoante esclareceu no seu escrito o autor, o âmbito de tais poderes seria recortado por recurso à interpretação da declaração negocial que integrava o núcleo essencial da procuração. A este ensejo, Ferrer Correia problematizou, igualmente, a questão da eficácia perante terceiros das declarações restritivas da procuração. Ora, segundo defendeu, as instruções *a laetere* da procuração, comunicadas só ao representante, não valeriam contra terceiros que, sem culpa, as desconhecessem. Como argumento principal para alicerçar a solução, Ferrer Correia chamou à colação as regras da interpretação do negócio jurídico, reforçando com isto o papel que destinou para a procuração. É também nesse quadro que equacionou as hipóteses de divergência entre a vontade do representado e o conteúdo da procuração, para afirmar, então, que é nas situações em que a falta de seriedade (intencional) da autorização representativa só foi comunicada ao terceiro ou só para ele se tornou patente que importa sublinhar a natureza da procuração. Adentrando noutras questões particulares atinentes às divergências entre a vontade e a declaração, Ferrer Correia concluiu que os problemas devem ser resolvidos com apelo à ideia da procuração como um negócio jurídico unilateral, cujo destinatário é o terceiro com quem será celebrado, no futuro, um contrato. Por isso, e porque o risco de transmissão infiel corre por conta do declarante, não poderá ser oposta ao terceiro qualquer exceção que indique que a vontade do representado foi mal comunicada”.

adquirido com o dinheiro que C lhes emprestou, e subscreveram uma procuração pela qual constituem seu representante voluntário C, como forma de garantir o pagamento do empréstimo, de tal forma que este — seu credor — poderia usá-la caso não liquidassem a quantia em dívida no prazo acordado⁽⁷⁾.

Ora, independentemente do figurino concreto que a representação assuma em cada caso, são evidentes os riscos que envolve: por um ou outro título, um determinado sujeito vê-se legitimado a atuar, produzindo efeitos jurídicos na esfera daquele que representa. Corre-se o risco de atuação para lá daquilo que foi legitimado. Acresce que a arquitetura do direito civil, baseada na ideia de que ninguém acautela melhor os seus interesses do que o titular dos mesmos, sofre com isto um abalo. Percebe-se, então, que o legislador tenha estabelecido diversas formas de controlo representativo. Tais formas de controlo são tão mais relevantes quanto se tenha consciência da real natureza do representante, distinto do simples nuncio⁽⁸⁾: é que aquele, como bem sublinham os autores, mantém sempre uma margem de autonomia, por mínima que seja⁽⁹⁾, e como tal pode decidir, dependendo da situação — com uma margem maior ou menor —, o se, o quando e o como da contratação.

Por um lado, importa conter a atuação do representante nos limites estritos dos poderes representativos que lhe foram concedidos. É essa a lição que resulta do art. 268.º, CC, e da disciplina para a falta de poderes de representação; por outro lado, e porque não nos podemos contentar com uma mera compreensão formal dos problemas, haveremos de atender à intencionalidade da representação, contaminando com a mesma solução de ineficácia relativa os negócios celebrados em abuso de representação, embora aí se exija — para salvaguarda da confiança da contraparte — a verificação do requisito previsto no art. 269.º, CC.

É também neste contexto de proteção dos interesses do representado que o legislador comina com a sanção da anulabilidade os negócios celebrados pelo representante consigo mesmo. A doutrina tem-se mostrado dividida quer quanto à natureza deste negócio consigo mesmo, reconduzido por alguns ao abuso de representação, por outros à falta de poderes

(7) Sobre o negócio indireto, cf. ORLANDO DE CARVALHO, “Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. 10, 1952, pp. 1-149.

(8) Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 707; C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 543, ss.; RAÚL GUICHARD, “Sobre a diferença entre nuncio e representante”, *Scientia Iuridica*, 44, n.ºs 256-258, 1995, pp. 317-329.

(9) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 707.

representativos, e por outros ainda autonomizado na sua essência e intencionalidade, quer quanto à bondade da solução legal no que respeita à estatução normativa (a anulabilidade).

Não obstante estas divergências e apesar da pouca produção literária nesta matéria, o negócio consigo mesmo ocupa um lugar central na dogmática privatística. Se dele se pode desentranhar um princípio que nos permite ir além das hipóteses de negócio consigo mesmo *stricto sensu* e de dupla representação, a conclusão preliminar que assim se oferecer requer da nossa parte um esforço dialógico-argumentativo a implicar a consideração do art. 261.º nos diversos problemas que suscita⁽¹⁰⁾. Eis, portanto, anunciado o objeto do ponto expositivo que a seguir se inicia.

3. O negócio consigo mesmo

3.1. Considerações gerais

O art. 261.º, CC, dispõe que “é anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses”.

Em causa está a proibição do negócio consigo mesmo, a abarcar duas hipóteses distintas:

- a) o negócio consigo mesmo *stricto sensu*; e
- b) a dupla representação⁽¹¹⁾.

A proibição não se restringe à celebração de um negócio do representante, agindo em nome do representado, consigo mesmo. O preceito é explícito ao referir que é também anulável o negócio celebrado pelo representante, em nome do representado, consigo mesmo, em representação de

⁽¹⁰⁾ Cf., a este propósito, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 160, ss. Contrastando os sistemas de proibição-regra e os sistemas de proibição-exceção, o autor questiona se a proibição é a regra ou a exceção e se a norma proibitiva é manifestação excepcional ou de um princípio geral, ou mais concretamente, se o negócio consigo mesmo só é de admitir nos casos expressamente previstos pela lei ou sempre que um preceito concreto o não proíba.

⁽¹¹⁾ Em sentido crítico da opção do legislador, cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 166.

um terceiro. De igual modo, para evitar situações de potencial fraude à lei, o n.º 2 determina que se considera “celebrado pelo representante (...) o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação”⁽¹²⁾.

Já antes, durante a vigência do Código de Seabra, se considerava que o diploma consagrava um princípio de ineficácia do contrato consigo mesmo, revelado, por exemplo, no art. 1562.º/1 e 2, CC⁽¹³⁾. Mas admitiam-se exceções, a primeira das quais a lei ou o representado autorizarem a celebração do negócio. A solução era idêntica à de outros ordenamentos jurídicos, designadamente o italiano (art. 1395.º, CC) e o alemão (§ 181 BGB), o que não significa que não existissem diferenças entre eles.

O debate centrava-se, então, na questão da necessidade de autorização expressa ou tácita, bem como na possibilidade de autorização geral por oposição a uma autorização específica⁽¹⁴⁾, problema que parece manter ainda alguma atualidade. Entre nós, Vaz Serra defendeu que, atentos os riscos que o negócio consigo mesmo envolve, a autorização não podia deixar de ser específica. Segundo as palavras do autor, “afigura-se conveniente exigir uma autorização clara e específica do representado, pois qualquer outra não mostra suficientemente que este quis autorizar o contrato do representante consigo mesmo e teve consciência do risco que corria”⁽¹⁵⁾. E continua, dizendo que “o simples uso não seria bastante, devendo haver indicações seguras de que o representado quis conformar-se com ele”⁽¹⁶⁾, o que não invalida que a autorização possa ser tácita, desde que inequívoca.

A segunda exceção dizia respeito aos negócios que não envolvessem a possibilidade de ofensa dos interesses do representado⁽¹⁷⁾. Assim sendo, defendia Vaz Serra que se deveria admitir — aliás à semelhança do que decorreria do § 181 BGB — o negócio consigo mesmo quando estivesse em causa o cumprimento de uma obrigação, por não haver aí o risco de

⁽¹²⁾ A este propósito, cf. o Ac. STJ 29-1-2019, Proc. n.º 3698/09.OTBVFX.L1.S1, relator Roque Nogueira.

⁽¹³⁾ Cf. a este propósito, VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 100.º, 1967, p. 82, ss. Veja-se, igualmente, FERREZ CORREIA, *A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais*, 1962, p. 39 e GALVÃO TELLES, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, *O Direito*, 87, p. 18, ss.

⁽¹⁴⁾ Para acompanhamento da questão, cf. VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 91, 1958-1959, p. 227.

⁽¹⁵⁾ VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, p. 227.

⁽¹⁶⁾ VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, p. 228.

⁽¹⁷⁾ VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, p. 228.

abuso por parte do representante⁽¹⁸⁾, mas só nos casos de pagamento devido e não de dação em pagamento, de obrigação não vencida⁽¹⁹⁾. Fora estas hipóteses, também contempladas além-fronteiras, deveria admitir-se o negócio consigo mesmo sempre que o conflito de interesses estivesse ausente⁽²⁰⁾.

A lição acabou por ser transposta para o Código de 1966, que, no citado art. 261.º, CC, admite as mesmas exceções⁽²¹⁾: o consentimento específico do representado e a inexistência de um conflito de interesses.

Para que o negócio consigo mesmo seja válido, o representado tem de consentir na celebração do negócio consigo mesmo e tem de o fazer especificadamente⁽²²⁾, ou, em alternativa, o negócio tem de excluir, pela sua própria natureza, o conflito de interesses. Na explicitação de Jorge Duarte Pinheiro, tal acontece quando “o representante não se possa fazer valer da sua qualidade para extrair benefícios a seu favor (ou de outrem) com dano para o representado (ou um dos representados)”⁽²³⁾.

São diversos os casos em que o conflito está ausente. Pense-se no exemplo em que A, representante, celebra em nome de B, representado, um contrato de compra e venda com a C, de quem também é representante, em cumprimento de um contrato-promessa que aquele B tinha firmado, em nome próprio, com o terceiro; ou naquela outra hipótese em que B, representado, determinou especificamente o conteúdo do contrato que o procurador haveria de celebrar, fixando o preço e as condições do negócio; ou ainda na hipótese em que A, representante, aceita, em nome de B, representado, uma doação que A lhe faz⁽²⁴⁾.

(18) Vaz Serra, “Contrato consigo mesmo”, p. 229.

(19) Alerta ainda Vaz Serra que “o que talvez pudesse entender-se é que o representante, pagando a si mesmo, deve inspirar-se na vontade real ou presumível do representado, só se aceitando a legitimidade do pagamento quando conforme com essa vontade. Evitar-se-ia, assim, que ele dê preferência a si mesmo em casos nos quais o o representado o não teria feito” — Vaz Serra, “Contrato consigo mesmo”, p. 230.

(20) Pense-se, por exemplo, na hipótese em que A, representante, adquire o bem do representado pelo preço que este definiu para a contratação com terceiros — cf. Vaz Serra, “Contrato consigo mesmo”, p. 230.

(21) Situações especiais há, porém, em que não se admitirá qualquer exceção — cf. Jorge Duarte Pinheiro, “O negócio consigo mesmo”, p. 163, referindo-se ao casamento.

(22) Especificadamente tem aqui, segundo aquela que nos parece a melhor posição, o sentido de individualizadamente, não sendo necessário que o representado fixe as condições do negócio — cf. Galvão Telles, “Contrato entre a sociedade anónima e o seu director”, p. 17 e Jorge Duarte Pinheiro, “O negócio consigo mesmo”, p. 164.

(23) Jorge Duarte Pinheiro, “O negócio consigo mesmo”, p. 165. A lição vai no mesmo sentido da de Vaz Serra, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, p. 230.

(24) Cf. C. A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 541.

Apesar de se poderem reconduzir a hipóteses-tipo, o juízo acerca da conflitualidade subjacente à celebração do negócio consigo mesmo não pode deixar de ter em conta as especificidades do caso concreto⁽²⁵⁾.

Celebrado um negócio consigo mesmo fora das hipóteses excepcionais em que seja permitido por lei, o mesmo deve considerar-se anulável. Cabe, então, ao representado a legitimidade para arguir a anulabilidade, no prazo de um ano a contar da cessação do vício, conforme o art. 287.º, CC. A solução, dispensada pelo art. 261.º, CC, não é, contudo, pacificamente aceite pela doutrina. Vaz Serra e Rui de Alarcão pronunciaram-se acerca da ineficácia como a sanção eventualmente mais adequada para este caso⁽²⁶⁾. Mais recentemente, Jorge Duarte Pinheiro depôs no mesmo sentido⁽²⁷⁾.

3.2. A *ratio* da proibição do negócio consigo mesmo

A discussão em torno da adequada sanção com que deve ser cominado o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo surge paretas-meias com a da *ratio* da proibição com que temos vindo a lidar. Importa, portanto, perceber por que razão se proscreve o negócio consigo mesmo. Mas a descoberta do fundamento de que falamos só se torna perceptível se, antes, indagarmos — ainda que de forma necessariamente simplificada — a natureza da categoria.

Para um grupo de autores⁽²⁸⁾, falar de negócio consigo mesmo envolve uma contradição. Esta seria uma realidade inexistente do ponto de vista normativo e conceptual: faltaria o acordo de vontades pressuposto no

⁽²⁵⁾ Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 165; VAZ SERRA, “Contrato consigo”, p. 229.

⁽²⁶⁾ VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, p. 245, ss.; VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo e negociação de directores ou gerentes de sociedades anónimas ou por quotas com as respectivas sociedades (Algumas considerações)”, p. 164; RUI DE ALARCÃO, “Breve motivação do anteprojeto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, p. 109.

⁽²⁷⁾ JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 169, ss. O autor considera que a lei não é coerente ao cominar como sanção para o negócio consigo mesmo a anulabilidade e para as hipóteses de representação sem poderes e de abuso de representação a ineficácia. Além disso, considera que o regime é pouco ajustado a uma lógica de defesa do representado, que anima a previsão normativa. Sobre a anulabilidade do negócio consigo mesmo, veja-se, também, AUGUSTO LEITE DE FARIA, *Anulabilidade do negócio consigo mesmo*, Almedina, Coimbra, 1995.

⁽²⁸⁾ Veja-se, sobre o ponto, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, pp. 151-152.

contrato, por não estar verdadeiramente presente a vontade do representado; inexistiria uma exteriorização de vontades, que é reclamada pelo mundo negocial, sob pena de nem se conseguir provar a celebração do negócio; faltaria a necessária harmonização de interesses.

Não cremos, porém, que estes argumentos procedam. Desde logo, a exteriorização de vontades pode existir, sem que haja verbalização da declaração: basta pensar no princípio da liberdade declarativa e nas múltiplas formas que pode assumir a manifestação de vontade dos contraentes. Depois, a vontade do representado existe de facto e é declarada. Simplesmente, ou se considera, na esteira de Ferrer Correia⁽²⁹⁾, que ela é imputável a uma sua declaração de vontade, que é a procuração, ou se sustenta que é formada pelo representante que, assume, em simultâneo, o papel de contraparte nesse negócio. Galvão Telles sustenta, aliás, que “o representante é autor de duas declarações de vontade distintas, embora a vontade que ambas refletem se forme na mesma psique (...). E as duas declarações contrapõem-se e ajustam-se segundo o mecanismo contratual, porque lhes correspondem interesses contrários que se harmonizam (...)”⁽³⁰⁾. E nessa medida, não falha a necessária harmonização de interesses, ainda que ela possa não corresponder à adequada salvaguarda de cada um dos contraentes. Mas isso depõe apenas no sentido do risco que envolve, para o representado, a celebração pelo procurador de um negócio consigo mesmo. Onde o problema não reside na insuscetibilidade de se conceptualizar a categoria, mas no tratamento que se lhe deve dispensar.

Cremos, igualmente, não proceder quer a posição segundo a qual o negócio consigo mesmo dever ser visto como um simples ato jurídico⁽³¹⁾; quer a teoria que olha para a figura como um negócio unilateral⁽³²⁾. Na verdade, pensar no negócio celebrado pelo representante em nome do representado consigo mesmo implica, na sua estrutura problemática, que o procurador assumira uma dupla veste e, nessa medida, que se esteja diante de um verdadeiro contrato. O que não significa que o representante não possa, também, munido dos poderes de representação que o representado lhe facultou, praticar em seu nome negócios unilaterais⁽³³⁾ ou levar a cabo

⁽²⁹⁾ FERRER CORREIA, “A procuração na teoria da representação voluntária”, p. 253, ss.

⁽³⁰⁾ I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Lisboa, 1965, p. 318.

⁽³¹⁾ Seria a posição de Pacchione, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 152.

⁽³²⁾ Proposta por Rümelin. Cf., sobre o ponto, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 153 e BALBI, “Contrato com se stesso”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, p. 639, ss.

⁽³³⁾ O reconhecimento deste dado não permite, como se argumentará, concluir pela natureza de negócio unilateral do negócio consigo mesmo. Na verdade, os autores que sustentam tal posicionamento parecem querer, de modo ficcional, encontrar tal natureza mesmo quando o negócio que é cele-

simples atos jurídicos, que o beneficiem a si, justificando-se a assimilação das hipóteses pelo âmbito de relevância problemática do negócio consigo mesmo. Parecem, portanto, ter razão os autores que apontam para uma posição pluralista⁽³⁴⁾, em detrimento daquelas que advogam para uma estrita natureza contratual da categoria.

Atestada que está a natureza negocial da figura, há quem não hesite em reconduzi-la à falta de poderes de representação⁽³⁵⁾ ou ao abuso de representação⁽³⁶⁾.

Mota Pinto defende a primeira alternativa, considerando que “o negócio é perfeitamente válido, desde que o representado tenha especificamente consentido na celebração”, ou seja, e *a contrario*, o fundamento para a proibição será a falta de consentimento e, portanto, a falta de poderes de representação⁽³⁷⁾. Não cremos que a posição se coadune com os dados dogmáticos: em primeiro lugar, pode não haver qualquer consentimento e o negócio ser válido, por não contender com os interesses do representado, donde se percebe que a *ratio* da proibição terá de se situar aí, na contemplação desses interesses, e não na ausência de autorização; por outro lado, em rigor, o tipo de negócio celebrado pode inserir-se verdadeiramente no âmbito dos poderes conferidos, pelo que o problema parece aproximar-se mais do abuso de representação do que da representação sem poderes. Consoante explicita Jorge Duarte Pinheiro⁽³⁸⁾, “os poderes de representação destinam-se a ser exercidos no interesse do representado. O negócio consigo mesmo gera o perigo de um exercício da representação com dano para o representado”⁽³⁹⁾.

brado pelo representante é um contrato — não haveria estrutura de contrato, embora o conteúdo fosse contratual. Cf., sobre o ponto, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, p. 317 e JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 153.

⁽³⁴⁾ Entre nós, JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 156.

⁽³⁵⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 542, ss.

⁽³⁶⁾ Cf. VAZ SERRA, “Contrato consigo mesmo”, p. 164; JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 171, ss. Entre os autores parece, aliás, nem sempre haver clareza na distinção entre a representação sem poderes e o abuso de representação. A esse propósito recordemos a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 294, ss. Entende o autor que ao nível da falta de poderes de representação o que existe é uma absoluta falta de legitimação representativa; já no abuso se integraria a ultrapassagem formal dos poderes conferidos (ex. a procuração diz vender e o procurador doa), a ultrapassagem substancial (violação das instruções acessórias do representado) e a ultrapassagem funcional (preterição do fim para que os poderes representativos foram conferidos).

⁽³⁷⁾ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 542, ss.

⁽³⁸⁾ Note-se, porém, que o autor entende que as duas posições não se excluem, tudo dependendo da perspetiva — cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 171.

⁽³⁹⁾ Cf. Ac. STJ 29-1-2019, Proc. n.º 3698/09.OTBVFX.LI.S1, relator Roque Nogueira, onde

Há, não obstante o posicionamento, uma diferença de nível entre o negócio consigo mesmo e o abuso de representação. Porque dificilmente o sujeito que surge no negócio concretamente celebrado na dupla veste de representante e contraparte no negócio salvaguarda o interesse do representado, o ordenamento jurídico faz recair sobre o negócio um anátema, não exigindo que se verifique, em concreto, desvio em relação ao fim da representação⁽⁴⁰⁾. Por outro lado, parece que, mesmo quando seja autorizado o negócio consigo mesmo, é possível sindicá-lo o eventual abuso.

Nesse sentido parece pronunciar-se o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 17-12-2009⁽⁴¹⁾, ao afirmar que “o representante deve agir com imparcialidade, probidade, moralidade e fidedignidade, zelando os poderes que lhe foram conferidos pelo representado. O conflito de interesses pode decorrer de excesso ou abuso de representação, não podendo o representante, mesmo no caso de assentimento do representado, agir de modo egoísta, acautelando apenas os seus próprios interesses, por lhe competir a defesa dos interesses do outro contraente que representa”. De modo próximo, no Acórdão STJ 7-6-2011⁽⁴²⁾, pode ler-se que “a expressão pelo preço, condições e cláusulas que achar convenientes, constante da procuração que autoriza o negócio consigo mesmo, deve ser interpretada no sentido que o faria um declaratório normal: preço equilibrado e justo, o preço real de mercado que garante a lealdade do comportamento que o representante deve assumir, para poder, de boa-fé, gerir a conflitualidade dos interesses em presença, de forma a estabelecer o necessário equilíbrio, sob pena de uma alienação por um valor desfasado da realidade ser um índice objetivo e seguro do abuso de representação”⁽⁴³⁾.

se pode ler que “o representante sentir-se-á tentado a sacrificar os interesses do representado em benefício dos seus”.

⁽⁴⁰⁾ Não existiria aqui qualquer problema em relação à verificação do requisito da ineficácia nos termos do art. 269.º CC, uma vez que a contraparte e o representante coincidem. Pode, contudo, questionar-se se a solução será a mais acertada, uma vez que, em rigor, a adequada realização do direito vai implicar a análise do caso concreto, até para ver se houve ou não conflito de interesses. O que se pode dizer é que, mesmo quando haja tal conflito, pode não ter sido preterido o interesse do representado. Não obstante, o negócio é anulável. Isto não nos deve impedir de recorrer ao abuso de representação para defender a ineficácia do negócio.

⁽⁴¹⁾ Proc. n.º 365/06.OTBALS.B.C1.S1, relator Fonseca Ramos, <www.dgsi.pt>.

⁽⁴²⁾ Proc. n.º 346/08.OTBLSA.C1.S1, relator Hélder Roque, <www.dgsi.pt>.

⁽⁴³⁾ Parece, na verdade, que esta cláusula há-de ser interpretada de igual modo quando o negócio que se celebre seja um negócio consigo mesmo. Só não será assim — por não se ter de atender ao leal e justo equilíbrio de interesses — quando a procuração tenha sido subscrita no interesse exclusivo do procurador. Relembra-se, portanto, a nota que anteriormente explicitámos, segundo a qual é a relação fundamental que nos vai oferecer o critério de sindicância do eventual abuso de representação. Veja-se, ainda, o Ac. STJ 14-10-2004, Proc. n.º 04B2212, relator Araújo Barros, <www.dgsi.pt>, onde se pode

Podemos, portanto, concluir que é no conflito de interesses que se descobre a *ratio* da proibição do negócio consigo mesmo.

4. O conflito de interesses e a extensão teleológica do artigo 261.º, CC

Descoberta a *ratio* do art. 261.º, CC, no conflito de interesses que subjaz a uma estrutura negocial como a que se desenha em concreto no negócio consigo mesmo, legitima-se a questão que já tínhamos adiantado *ab initio*: é ou não possível estender a solução legal para as situações que, não apresentando a mesma estrutura problemática, mantêm com a hipótese normativa uma semelhança bastante?

4.1. As respostas da jurisprudência

A jurisprudência pátria parece adotar, quanto à questão controvertida, uma posição mais formal, que atende preferencialmente à estrutura problemática do caso *sub iudice*.

No Acórdão STJ de 9-12-2008⁽⁴⁴⁾, essa ideia parece ficar clara. O caso conta-se em poucas palavras, sobretudo se prescindirmos de relatar as especificidades do mesmo: A e B, casados no regime de separação de bens, detinham uma procuração emitida pelos autores, conferindo-lhes poderes — que podiam ser exercidos conjunta ou separadamente — para venderem pelo preço e condição que entendessem um apartamento dos representados. A, agindo separadamente de B, vendeu, em representação de C, a B (que agia em nome próprio) o referido apartamento. Apesar de A e B serem casados, e apesar de o valor da aquisição da propriedade ter sido, inclusivamente, pago por A, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não existiria negócio consigo mesmo.

Por seu turno, o Acórdão STJ 28-11-2013⁽⁴⁵⁾, num caso já anteriormente referido, veio considerar que não é suficiente o facto de o segundo

ler que “o negócio consigo mesmo é anulável. Mas tal negócio, se os poderes conferidos na procuração, não foram excedidos, não coenvolve abuso de representação ou representação sem poderes”.

⁽⁴⁴⁾ Proc. n.º 08º3298, relator Moreira Alves, <www.dgsi.pt>.

⁽⁴⁵⁾ Proc. n.º 873/05.OTBVLN.G1.S1, relator Abrantes Geraldês, <www.dgsi.pt>.

outorgante ser filha do representante para se entender que foi celebrado um negócio consigo mesmo.

O critério seguido é, portanto, o da identidade dos sujeitos, independentemente da relação que cada um deles possa manter com o representante, a potenciar o conflito de interesses relativamente ao qual o legislador quis acautelar o representado ao nível do negócio consigo mesmo.

Este mesmo critério parece inspirar as soluções de outros arestos, quando estejam envolvidas pessoas coletivas. Aí, porém, os problemas ganham outros contornos. Na verdade, há uma questão pressuponente sobre a qual é necessário tomar posição e que diz respeito à capacidade de exercício das pessoas coletivas. Estas, pela sua própria natureza, necessitam dos titulares dos seus órgãos para as representar. Contudo, como adiantámos *supra*, não se trata aqui de uma representação em sentido próprio, ou seja, a representação orgânica corresponde muito mais a um vínculo de organicidade, o único capaz de explicar a solução ditada pelos arts. 165.º e 500.º, CC, em sede de responsabilidade civil extracontratual⁽⁴⁶⁾, donde haveremos de concluir que há uma simbiose perfeita entre aquele titular do órgão e a pessoa coletiva, de tal modo que é esta e só esta que surge a agir.

Esta circunstância condicionou o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 4-10-2005⁽⁴⁷⁾. Pode aí ler-se que “não há negócio consigo mesmo, quando um contrato é outorgado por uma administração comum às sociedades autora e ré, tendo em conta que estas têm personalidade jurídica própria”⁽⁴⁸⁾. A mesma solução foi repetida pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2-5-1996⁽⁴⁹⁾, no qual se considera que “não há negócio consigo mesmo no caso de alguém intervir como representante de duas sociedades. A personalidade destas sobrepuja a do mandatário”.

O posicionamento não é, contudo, unânime. No Acórdão STJ 20-1-1998⁽⁵⁰⁾, foi considerado anulável o contrato de arrendamento celebrado pelo administrador de uma sociedade e sócio gerente de outra dando de

⁽⁴⁶⁾ Cf. C.A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 311, ss. e JORGE DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, p. 146.

⁽⁴⁷⁾ Proc. n.º 2158/05, relator Monteiro Casimiro, <www.dgsi.pt>.

⁽⁴⁸⁾ Refira-se, contudo, em abono do rigor científico, que, neste caso, o administrador comum apenas era representante de uma das sociedades. O problema não se coloca, portanto. Contudo, importa notar o primeiro argumento aduzido pela Relação de Coimbra, que acaba por ser mobilizado a outros ensejos, como veremos.

⁽⁴⁹⁾ Proc. n.º 96B734, relator Figueiredo de Sousa, <www.dgsi.pt>.

⁽⁵⁰⁾ Proc. n.º 98B595, relator Costa Marques, <www.dgsi.pt>.

arrendamento a esta um prédio urbano de que a primeira era proprietária. Já não se atende, aqui, à identidade dos contraentes — duas sociedades diferentes — mas à qualidade de quem participa nas negociações, para se determinar, com base nisso, se é ou não desvelável um conflito de interesses com uma intencionalidade problemática idêntica àquela que funda a proibição do negócio consigo mesmo.

As questões, quando entram em cena pessoas coletivas, são mais complexas, como se disse. Mas nem por isso deixam de ser exemplificativos do problema de base que estamos a considerar. Se devemos atender, na determinação da existência de um conflito de interesses, à identidade formal dos sujeitos contraentes ou à qualidade dos negociantes, para o que relevará as relações que entre eles possam existir é, pois, a questão que nos orienta.

4.2. Os diversos argumentos

4.2.1. O argumento metodológico — a interpretação da norma

Tradicionalmente, a interpretação jurídica era entendida como um problema hermenêutico. A norma seria encarada em abstrato, no jogo entre letra e espírito. Aquela definiria um círculo de sentidos possíveis e fixaria as fronteiras dentro das quais o espírito se poderia mover, excluindo os chamados candidatos negativos, ou seja, os sentidos que a letra inequivocamente e *a priori* excluiria. Mas dentro desse círculo de sentidos possíveis, tal letra voltaria a atuar na sua função de seleção positiva, dicotomizando os candidatos positivos — os sentidos naturais, aqueles que mais correspondessem aos usos habituais das expressões em causa — e os candidatos neutros — aqueles que correspondessem a utilizações menos habituais dos elementos linguísticos⁽⁵¹⁾.

Só depois entrariam em jogo os outros elementos da interpretação, o elemento sistemático, histórico e teleológico (quando passa a ser admi-

⁽⁵¹⁾ Sobre o problema da interpretação, para mais desenvolvimentos, cf. A. CASTANHEIRA NEVES, «Interpretação Jurídica», *Digesta*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 337, ss.; A. CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 809, ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES, «Da incompetência do TC para apreciar eventuais violações do princípio da legalidade criminal: breve reposicionamento crítico em sede metodológica», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 108, ss. (que aqui damos por reproduzido em alguns pontos específicos).

tido), obtendo-se, assim, o resultado interpretativo devido, que se traduziria numa interpretação declarativa, restritiva ou extensiva⁽⁵²⁾, distinguindo-se claramente da analogia. Na verdade, esta só seria chamada a operar quando se ultrapassassem os sentidos pré-jurídicos delineados pela letra da lei.

Ora, é esta visão do problema da interpretação que se afigura metodologicamente insustentável. A consideração atomista da norma, nas duas grandezas que a compõem, só é possível se aceitarmos que o valor linguístico de um texto é constante e que a utilização de expressões comuns num enunciado jurídico deixa inalterado o seu sentido. Mas, qualquer um destes pressupostos é falso. O sentido de qualquer comunicação está sempre dependente do interlocutor, do contexto e do momento histórico em que se situa⁽⁵³⁾. Da mesma forma, o uso de expressões linguísticas num texto jurídico altera o sentido das mesmas⁽⁵⁴⁾. Pelo que teremos de concluir, oportunamente, que, abstratamente, a norma nada nos comunica, só sendo possível interpretá-la no confronto com o caso concreto. Por isso, o objeto da interpretação passa a ser a norma problema, isto é, ela deixa de ser vista como um enunciado linguístico para passar a ser entendida como a tipificação de um caso, com uma intrínseca intencionalidade problemática. Em confronto ficam, então, dois problemas e o nosso raciocínio passa a caminhar do particular para o particular, razão pela qual se pode afirmar que a analogia estará sempre presente em qualquer processo de interpretação jurídica⁽⁵⁵⁾. Deixa de fazer sentido falar de interpretação extensiva e restritiva, passando a assumir-se como resultados interpretativos a extensão e a redução teleológica, formas de interpretação corretiva que não nos apartam da analogia⁽⁵⁶⁾.

Não basta, porém, que a norma seja transcendida pelas exigências do caso concreto: haverá de ser, igualmente, remetida para os princípios normativos em que se louva, sob pena de incomprendermos a sua intenciona-

⁽⁵²⁾ Se ambos os elementos da norma coincidissem, a interpretação dir-se-ia declarativa. Se a letra fosse mais ampla que o espírito, restringir-se-ia o sentido textual para o fazer coincidir com o seu espírito, dando-se lugar à interpretação restritiva. Se, pelo contrário, a letra fosse menos ampla que o espírito, alargar-se-ia o sentido textual da lei, dentro dos seus sentidos possíveis, para o fazer coincidir com o seu espírito, abrindo-se as portas a uma interpretação extensiva.

⁽⁵³⁾ Nesse sentido, J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 894.

⁽⁵⁴⁾ J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 894.

⁽⁵⁵⁾ Sobre o ponto, cf., novamente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA/JOÃO PEDRO RODRIGUES, «Da incompetência do TC», pp. 108-109 e, para desenvolvimentos não consentâneos com o nosso âmbito de análise, a demais bibliografia já citada acerca da interpretação jurídica.

⁽⁵⁶⁾ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica — Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 242.

lidade normativa. De facto, a analogia de que falamos, quando devidamente entendida, não se pode confundir com a mera identidade dos termos. Estivéssemos nós no campo matemático e ela transverter-se-ia em pura identidade⁽⁵⁷⁾; no campo do direito, temos toda a barreira entre o geral e abstrato da norma e o particular e concreto do caso a cavar um fosso que exige, para o juízo de similitude suficiente que se procura, a convocação de um *tertium datum* que o viabilize⁽⁵⁸⁾. Donde a interpretação da norma (entendida em termos amplos) implicará não só a remissão do critério para o caso que o convoca, como para os princípios normativos do sistema, que, em rigor, são fundamentais para se poder compreender o sentido normativo dessa mesma norma e para garantir a pertinência do juízo de similitude que se busca.

Entendido desta forma o problema da interpretação da norma, facilmente compreendemos que não tem razão de ser a prisão a um critério formal que faça apelo à identidade dos contraentes, sem atender às relações

⁽⁵⁷⁾ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 242.

⁽⁵⁸⁾ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 256, ss. Castanheira Neves fala da analogia como uma “integrante e unitária inteligibilidade ou racionalização”, que implica a verificação de três características fundamentais: “1) (...) essas entidades não veem reduzida pela analogia a sua diversidade (...); 2) (...) a inteligível integração deverá ser uma conclusão nivelada (...) i.é, deverá manter-se no mesmo nível dos relata e não passar (...) a um nível diverso (...); 3) (...) exige-se um fundamento específico da integração (*fundamentum relationis, tertium comparationis*) a justificar a inteligibilidade ou racionalidade dessa unificante associação na diferença”. (cf. *Metodologia Jurídica*, p. 241). Ora, esse *fundamentum relationis* não pode deixar de ser encontrado na expressão do próprio direito. Sem que com isto resvalem para o vício, contaminador do pensamento de raiz tradicional denunciado pelo jurista, que redundaria, afinal, na mutação do nível de grau entre os *relata*, ao admitir a *analogia iuris*, entendida como a analogia entre o caso concreto e um princípio geral extraído de um conjunto de normas. Pois que, não só os princípios a que apelamos em nada se confundem com esses princípios gerais de índole normativista, como a justificação da relação por aquele *tertium comparationis* não implica a passagem do particular ao geral (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, pp. 244-254). Em rigor, Castanheira Neves chama-nos a atenção para a índole argumentativa e não meramente lógica do raciocínio analógico. Com o que pretende afirmar a necessidade — insuperável — de se recorrer, na comparação das duas intencionalidades problemáticas em confronto, a critérios especificamente jurídicos, por ele identificados como “critérios normativo-teleologicamente materiais” (cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 249). “Os casos relevantes serão juridicamente análogos quando os seus respetivos e concretos sentidos problemático-jurídicos (...) se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica (...). Mas essa analogia problemática não dispensa um segundo momento analógico de índole agora judicativa, pois só uma ponderação comparativa a nível judicativo poderá levar a concluir que a solução jurídica do caso-foro é normativo-juridicamente adequada também para o caso-tema” (cf. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 261). Tudo isto a querer dizer que, em concreto, o juízo analógico — em que se consubstancia, afinal, toda a interpretação — apresenta um carácter axiológico-normativo, a implicar a intuição do próprio sentido do direito que, assim, se derama em cada mobilização que se há-de fazer dos diversos critérios legais erigidos para a procedência de uma pretensão indemnizatória procedente.

que entre eles se estabelecem. Em muitos dos casos considerados nos acórdãos que trouxemos a lume seria possível considerar que, apesar de as circunstâncias juridicamente relevantes do problema concreto excederem o tipo de relevância previsto na norma, há uma intencionalidade nuclearmente assimilável de ambos os âmbitos de relevância⁽⁵⁹⁾ e, portanto, que é possível lançar mão de uma adaptação extensiva, solucionando a hipótese com recurso à disciplina do negócio consigo mesmo.

Haveremos, no entanto, de considerar outros argumentos. E para tanto é fundamental pensar em ulteriores hipóteses disciplinadas pelo legislador, que são inspiradas pela necessidade de regular o conflito de interesses que lhes possa estar subjacente.

4.2.2. O argumento sistemático — outras hipóteses de conflito de interesses no direito privado

Na verdade, encontramos ao longo do ordenamento jurídico privatístico diversas soluções cuja *ratio* parece ter sido inspirada pela necessidade de proscrever o conflito de interesses ou, pelo menos, de o regular. A sua análise, ainda que não exaustiva, impõe-se a este nível⁽⁶⁰⁾.

a) O poder paternal e a tutela

O poder paternal surge como a forma privilegiada de suprimento da incapacidade dos menores, nos termos do art. 124.º, CC, recorrendo-se à tutela subsidiariamente⁽⁶¹⁾. Significa isto, como se sabe, que o menor, com a sua insuscetibilidade para por ato próprio e exclusivo adquirir e exercer direitos, assumir e cumprir obrigações, é substituído na movimentação da

⁽⁵⁹⁾ Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, p. 177.

⁽⁶⁰⁾ Os objetivos da interpretação — outrora disputados entre as correntes subjetivistas e objetivistas — transmutam-se, fazendo dialogar a interpretação dogmática e a interpretação teleológica. A primeira não se diferencia totalmente da segunda, posto que o sistema tem uma intencionalidade problemática incontornável. E é por isso que, afastada que esteja a visão estrita dessa teleologia para a aceitarmos no sentido mais fundo de incorporação da própria teleonomia, se há-de chegar a perceber que, se, de facto, a arquitetura sistemática em si mesma não garante a conclusão do nosso discurso, posto que, viabilizando a delimitação da juridicidade a partir do sistema, poderia deixar sem resposta casos que reclamassem, pela pressuposição das exigências de sentido que entretecem a normatividade, uma resposta de direito, nem por isso podemos deixar de lado a consideração desse sistema, entendido, também ele, como um problema. Cf., a este propósito, por todos, J. PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 897.

⁽⁶¹⁾ Cf. art. 1921.º, CC.

sua esfera jurídica pelos pais ou, no caso de estes terem falecido, estarem inibidos do exercício do poder paternal, quanto à regência da pessoa do filho, estarem, há mais de seis meses, impedidos de facto de o exercerem, ou serem incógnitos, por um tutor. Dito de uma forma mais generalizante, a incapacidade de exercício dos menores é suprida pelo instituto da representação legal.

Esta modalidade de representação, encontrando na lei a sua fonte de legitimação, acaba por apresentar especificidades relativamente à representação voluntária. Em primeiro lugar, ocorre sempre no interesse do representado; em segundo lugar, este não é chamado a exercer qualquer controlo sobre os atos que, ao abrigo dela, o representante pratica.

Daí que o legislador tenha sido particularmente cauteloso, submetendo à autorização do tribunal a prática de certos atos, conforme resulta dos arts. 1889.º, CC, (para o caso do poder paternal) e 1938.º (para o caso da tutela), e tendo proibido a prática de outros (no caso dos tutores, nos termos do art. 1937.º, CC).

De acordo com o art. 1937.º *b*) e *d*), não pode o tutor “tomar de arrendamento ou adquirir, diretamente ou por interposta pessoa, ainda que em hasta pública, bens ou direitos do menor, nem tornar-se cessionário de créditos ou outros direitos contra ele, exceto nos casos de sub-rogação legal, de licitação em processo de inventário ou de outorga em partilha judicialmente autorizada”, nem “receber do pupilo, diretamente ou por interposta pessoa, quaisquer liberalidades, por ato entre vivos ou por morte, se tiverem sido feitas depois da sua designação e antes da aprovação das respetivas contas, sem prejuízo do disposto para as deixas testamentárias no n.º 3 do art. 2192.º”.

Por seu turno, nos termos do art. 1892.º, CC, os pais não podem, sem autorização do tribunal, tomar de arrendamento ou adquirir, direta ou por interposta pessoa, ainda que em hasta pública, bens ou direitos do filho sujeitos às responsabilidades parentais, nem tornar-se cessionários de créditos ou outros direitos contra este, exceto nos casos de sub-rogação legal, de licitação em processo de inventário ou de outorga em partilha judicialmente autorizada.

Em causa está, em todas estas situações, a necessidade de proteger o menor contra eventuais situações de aproveitamento daqueles que, devendo salvaguardá-lo na sua pessoa e património, se possam querer beneficiar da situação de absoluta dependência em que ele se encontra. O controlo do ordenamento jurídico é, aqui, mais rigoroso, pela especial posição de dependência e fragilidade que caracteriza o menor. Mas a autonomização das hipóteses por nós consideradas não pode deixar de apontar

no sentido de que se pressupõe que, quando uma mesma pessoa assume um duplo papel num negócio jurídico, dificilmente conseguirá salvaguardar o interesse alheio, alcançando um justo equilíbrio de posições. O conflito de interesses está patente e inspira as soluções legais. A intensificação da necessidade de tutela e o reforço do controlo, atenta a posição de fragilidade do menor e os especiais deveres que impendem sobre os titulares do poder paternal ou sobre o tutor, é o único fator que justifica um desvio em relação ao regime regra do art. 261.º, CC.

b) Os maiores acompanhados e o artigo 150.º, CC

A lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, veio revogar os institutos da interdição e da inabilitação e consagrar o regime do acompanhamento de maiores⁽⁶²⁾. Se antes da entrada em vigor das alterações ao Código Civil, os portadores de uma anomalia psíquica, os surdos-mudos, os cegos, os pródigos, os que abusassem de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes podiam ser, no termo de um processo (de interdição ou de inabilitação, consoante os fundamentos e, no caso de dizerem respeito a ambas as incapacidades, consoante a gravidade dos mesmos), considerados incapazes de exercício de direitos ou ver a sua capacidade limitada, em ambos os casos para proteção dos próprios, a regra, agora, é a da capacidade de exercício de todos os que sejam maiores de dezoito anos, não se admitindo situações genéricas de incapacidade a partir do momento em que o sujeito atinge a maioridade, o que não equivale à sua desproteção. Na verdade, quando o sujeito se mostre impossibilitado de exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres, por um motivo de saúde, por força de uma deficiência ou por causa do seu comportamento, pode ser decretada — a pedido do próprio, com a sua autorização ou, subsidiariamente, a pedido do Ministério Público — uma medida de acompanhamento. Esta, tendo um conteúdo variável, é determinada em função das concretas e reais necessidades do acompanhado, podendo implicar a administração geral ou parcial de bens, a assistência para certas categorias de

⁽⁶²⁾ Cf., a este propósito, A. MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, III/3, 2018, p. 473, ss.; PINTO MONTEIRO, “O Código Civil Português entre o elogio do passado e um olhar sobre o futuro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n.º 4002, 2017. Cf., igualmente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Maiores acompanhados. Primeiras notas depois da aprovação da lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto*, Gestlegal, 2018; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade?”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, 2018, pp. 231-258; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores”, *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, CEJ, 2019, pp. 53-64.

atos ou para certos atos, a representação geral ou especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária.

De acordo com o novo regime, o acompanhante pode vir a autorizar a prática de certos atos ou categorias de atos pelo acompanhado ou pode representá-lo. Não obstante a tentativa de salvaguardar até ao limite a autonomia do sujeito carecido de acompanhamento, há situações em que não é possível obviar uma intromissão de um terceiro na sua esfera, com a intenção de o beneficiar e proteger, oferecendo-lhe os mecanismos que asseguram a efetiva autonomia de que se fala.

É neste contexto que surge o art. 150.º, CC, nos termos do qual “o acompanhante deve abster-se de agir em conflito de interesses com o acompanhado”, sendo a violação deste dever de omitir sancionada com as consequências do art. 261.º, CC⁽⁶³⁾. Porém, na sua intencionalidade, o art. 150.º, CC, parece ser mais amplo que o nosso conhecido art. 261.º.

Em primeiro lugar, não está em causa a específica celebração de negócios jurídicos, mas qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses. Em causa pode estar, por exemplo, a simples autorização para a celebração de um negócio pelo acompanhado.

Por outro lado, a mobilização do regime do art. 261.º, CC, requer algumas cautelas. De facto, quando lidamos com as exceções à anulabilidade do negócio consigo mesmo, havemos de ter em conta que elas não podem ser automaticamente transpostas para o âmbito do acompanhamento. Em primeiro lugar, sempre que em causa esteja uma hipótese de representação pelo acompanhante, haveremos de considerar que não faz sentido falar do específico consentimento que possa ter sido prestado pelo acompanhado: é que nessa hipótese, ao contrário do que sucede ao nível da representação voluntária, estamos num âmbito em que acompanhante/representante é chamado a agir por o acompanhado não conseguir fazê-lo por si, acautelando os seus interesses. E o mesmo se diga para as situações em que o negócio tem de ser autorizado pelo acompanhante: seria contraditório exigir que, para a sua validade, o acompanhado prestasse a sua autorização para a celebração de um negócio que, depois de autorizado pelo acompanhante, seria celebrado pelo próprio.

Por último, estando em causa não a celebração de um negócio consigo mesmo, mas a existência de um conflito de interesses que afete a atuação do acompanhante, teremos de concluir que, inexistindo tal conflito, nem sequer se verifica a previsão normativa que impõe a remissão para o art. 261.º, CC.

(63) Havendo representação do maior e para os atos relativamente aos quais ela exista, haveremos de considerar aplicáveis as regras da tutela.

Ainda que o art. 150.º, CC, se revele mais amplo na sua intencionalidade problemática que o art. 261.º CC, e ainda que seja inspirado por uma maior necessidade de tutela do maior submetido ao acompanhamento, a remissão expressa que aquela norma faz para o segundo preceito faz-nos perceber que a solução pensada pelo legislador ao nível do negócio consigo mesmo é adequada a uma situação de conflito de interesses, o que reforça o entendimento de que a sua *ratio* se encontra na tentativa de proscrição dos prejuízos que por via dessas hipóteses possam surgir.

c) O artigo 397.º, CSC, e os negócios dos administradores com a sociedade

O art. 397.º, CSC, dispõe, no seu n.º 1, que “é proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês”. A este elenco imperativo de negócios proibidos acresce a previsão da nulidade dos contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por interposta pessoa, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria, conforme o n.º 2, sendo esta solução extensível a atos ou contratos celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador⁽⁶⁴⁾.

Com o regime pretende-se evitar que a sociedade possa ser prejudicada, por aquele que age em seu nome prosseguir, afinal, interesses que são

⁽⁶⁴⁾ Sobre o problema dos negócios celebrados entre os administradores e a sociedade, cf., *inter alia*, COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 326, ss.; COUTINHO DE ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, *Direito das sociedades em revista*, ano 5, Vol. 9, 2013, p. 14, ss.; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 42, ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, *Conflitos de interesses no direito societário e financeiro — um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 89, ss.; DIOGO COSTA GONÇALVES, “O governo de sociedades por quotas — breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade”, *O governo das organizações — a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 120, ss.; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012, p. 557, ss.; ANABELA MARQUES/PATRICIA ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, *Julgar*, 2016, p. 1, ss.; SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e accionistas na Sociedade Anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, *Conflitos de interesses no direito societário e financeiro*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 249, ss.

próprios e podem contender com os da pessoa coletiva. Daí que se proibam absolutamente determinados negócios e que se estabeleçam mecanismos de controlo em relação à celebração de outros, sob pena de invalidade.

No que respeita aos negócios proibidos por força do n.º 1, eles são sempre proibidos e, como tal, nulos, nos termos do art. 294.º, CC⁽⁶⁵⁾. Em bom rigor, parece que, se não todos, pelo menos alguns destes negócios poderiam já ser inválidos por força da violação do princípio da especialidade do fim, também nos termos do citado art. 294.º, CC. Em causa está, no entanto, não a falta de capacidade da pessoa coletiva para celebrar os referidos negócios, sequer apenas o ostensivo benefício que os mesmos acarretam para o administrador, em detrimento da sociedade, mas o perigo que envolvem para o património da pessoa coletiva, a envolver o possível prejuízo dos interesses de terceiros, em especial os credores⁽⁶⁶⁾. Daí que pareça que as exceções contidas no n.º 5 do art. 397.º, CSC, não se apliquem a estes negócios e que eles devam ser considerados nulos mesmo quando celebrados por interposta pessoa⁽⁶⁷⁾.

No tocante aos negócios previstos no n.º 2 do art. 397.º, CSC, o regime é diverso. Não são sempre proibidos, mas considerados nulos quando não haja prévia deliberação do conselho de administração, na qual o administrador interessado não pode votar, e parecer favorável do conselho fiscal. A nulidade que contamina os negócios celebrados entre a sociedade e um dos seus administradores estende-se aos negócios celebrados por interposta pessoa, solução que se percebe para se evitarem fraudes à lei e prisões formalistas que atentem contra a intencionalidade da disciplina.

Importa, portanto, determinar quem são as interpostas pessoas de que fala o preceito. Entre essas interpostas pessoas estão, de acordo com a posição de Coutinho de Abreu, as pessoas referidas no art. 579.º/2, CC, e todas as outras, singulares ou coletivas, que o administrador possa influenciar diretamente, como, por exemplo, uma sociedade de que seja sócio maioritário⁽⁶⁸⁾. Para Soveral Martins, a interposição de pessoas significa tão

(65) ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 558.

(66) Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 559. Pergunta-se, por isso, se não fará sentido operar uma restrição teleológica do 397.º/2, CSC, entendido em linha com o n.º 1, quando o negócio celebrado entre o administrador e a sociedade apenas vise o benefício desta.

(67) ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 559; SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e accionistas na Sociedade Anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, p. 249.

(68) COUTINHO DE ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, p. 15; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos admi-*

só que o contrato foi celebrado indiretamente através de outrem, podendo estar em causa a interposição fictícia, o mandato sem representação, uma relação fiduciária, e podendo ainda aplicar-se o art. 579.º/2, CC, por analogia⁽⁶⁹⁾.

Já para Sousa Gião, a interposição de pessoas implica a interposição de interesses dos administradores, de tal modo que remete para o quadro do art. 397.º/2 CSC todos os casos em que exista um conflito de interesses. Esta posição, necessariamente amplificadora do âmbito de relevância subjetiva do preceito, não é aceite sem mais pela generalidade da doutrina, que remete os casos de conflito de interesses para além daqueles previstos para o art. 261.º, CC⁽⁷⁰⁾.

Este é um ponto particularmente melindroso da interpretação do art. 397.º CSC, que nos faz, ademais, considerar uma outra questão. O preceito prevê a disciplina dos negócios celebrados entre o administrador e a sociedade, não especificando se se trata de um administrador representante. Desde logo por isso alguns autores entendem que os âmbitos de relevância dos dois preceitos em confronto — 261.º, CC, e 397.º, CSC — não se confundem⁽⁷¹⁾, aplicando-se o regime do código das sociedades comerciais quer haja representação pelo administrador contraente, quer não haja.

O administrador pode celebrar livremente alguns negócios com a sociedade. É essa a lição que resulta do n.º 5 do art. 397.º, CSC, nos termos

nistradores de sociedades, p. 42, ss. No sentido de interpretar a interposição de pessoas de acordo com o art. 579.º, CC, v., igualmente, RAUL VENTURA, *Sociedades por quotas*, III, Almedina, Coimbra, 1991, p. 57, referindo-se ao art. 254.º, CSC.

⁽⁶⁹⁾ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 561.

⁽⁷⁰⁾ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 561. Veja-se, a este propósito, MENEZES CORDEIRO, “Artigo 397.º”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1061.

⁽⁷¹⁾ Cf. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 562; JOSÉ FERREIRA GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, p. 104, que considera que o preceito se deve ainda aplicar aos contratos celebrados entre a sociedade e terceiros representados pelo mesmo administrador (dupla representação). Cf., porém, p. 106; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, p. 28. Cf., igualmente, MENEZES CORDEIRO, “Artigo 397.º”, p. 1061, entendendo que, sempre que haja um negócio consigo mesmo, se aplica o art. 261.º, CC. A propósito da dupla representação, depõem em sentido contrário autores como Soveral Martins — cf. *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 274; e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 566. Só no caso dos negócios celebrados entre a sociedade e o administrador é que o conflito de interesses é tão premente que justifica a nulidade. Para Soveral Martins, só fará sentido aplicar-se o artigo 397.º/2 CSC se for realizada prova que a atividade em nome de terceiro não é mais do que uma atuação do gestor por interposta pessoa. Nas outras hipóteses deve sustentar-se a aplicação do art. 261.º, CC. É, aliás, esta a posição da jurisprudência na matéria.

do qual o disposto nos números anteriores não se aplica quando se trate de “ato compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador”. Em causa está a celebração de um contrato entre a sociedade e o administrador, que esteja inserido no objeto da atividade daquela e seja firmado em condições normais de mercado. É o que sucede quando as condições negociais são iguais às que são oferecidas ao público em geral ou, sendo mais favoráveis, são idênticas às propostas a todos os restantes trabalhadores da sociedade⁽⁷²⁾.

Percebe-se, então, independentemente das críticas que possam dirigir-se contra este regime⁽⁷³⁾, que a intenção é, uma vez mais, evitar que a pessoa coletiva sociedade anónima (e terceiros) possa(m) ser prejudicada(os) por um negócio celebrado com um seu administrador. O eventual prejuízo presume-se como certo a partir do momento em que o conflito de interesses esteja latente⁽⁷⁴⁾.

Nessa medida, parece haver uma linha de continuidade entre o preceito em análise e o art. 261.º, CC. Há, contudo, diferenças assinaláveis entre ambos: desde logo, os termos da proibição não são absolutamente idênticos; por seu turno, a consequência jurídica da celebração do negócio em contravenção com o disposto na lei é também outra, com o art. 397.º, CSC, a falar de nulidade e o art. 261.º, CC, a cominar a anulabilidade como sanção.

Vejamos: mesmo deixando de lado os negócios que o administrador nunca poderá celebrar, a eventual celebração de um negócio nos termos do n.º 2 do art. 397.º, CSC, fica dependente da aprovação prévia pelo conselho de administração e de parecer favorável do conselho fiscal. Significa

(72) COUTINHO DE ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, p. 18, mostrando-se, porém, muito crítico da solução, por entender que deixa de haver um mecanismo de controlo preventivo e que se confunde o critério com a finalidade da norma; ANABELA MARQUES/PATRICIA ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, p. 13. Veja-se, igualmente, JOSÉ FERREIRA GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, p. 113, ss., considerando que, porque é o administrador que tem de interpretar conceitos gerais para saber se deve ou não submeter o negócio à prévia autorização do Conselho de Administração, deve estabelecer-se uma dicotomia entre as hipóteses em que não existe liberdade de estipulação, nas quais se pode presumir a inexistência de vantagens especiais; e as hipóteses em que tal liberdade se verifica, para as quais a exigência de aprovação pelo Conselho de Administração deve manter-se.

(73) *V.* nota anterior.

(74) *Cf.*, sobre esta questão, ainda, J. SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, p. 249; PAULO CÂMARA, “Conflito de interesses no direito financeiro e societário: um retrato anatómico”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro — Um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010.

isto que não está apenas em causa a simples autorização por parte do representado para a celebração de negócios consigo mesmo, por forma a acautelar-se contra um eventual prejuízo decorrente de um conflito de interesses, mas o controlo acerca do impacto que aquele contrato possa ter no património da pessoa coletiva. Daí a exigência de parecer favorável do conselho fiscal. Percebe-se, por isso, que o regime diga respeito não especificamente aos negócios consigo mesmo, embora os possa abranger. A intencionalidade é outra e a proscricção do conflito de interesses latente ocorre não porque o administrador representa a sociedade — que pode não representar — mas porque o administrador pode condicionar a gestão da pessoa coletiva em seu favor, prejudicando-a e prejudicando terceiros.

Por outro lado, há outros fatores a ter em conta para justificar a cominação da nulidade como sanção: em primeiro lugar, ao nível do n.º 1 do art. 397.º, CSC, ela está em linha com a previsão do mesmo tipo de consequência pela violação do princípio da especialidade do fim — é que os negócios em questão podem envolver um benefício injustificado para o administrador, a apontar para uma ideia de liberalidade que quadra mal com a teleologia da pessoa coletiva em questão; em segundo lugar, e já também no que tange às hipóteses do n.º 2, as especificidades da representação orgânica podem determinar a necessidade de um regime mais favorável no que respeita à desvinculação da sociedade, em sintonia, aliás, com a sanção que é prevista no caso do art. 1939.º, CC, para algumas hipóteses de representação legal; em terceiro lugar, parece estar aqui em causa a concretização do dever de lealdade dos administradores para com os sócios⁽⁷⁵⁾; por último, entra em cena a necessidade de proteção do património da sociedade e, portanto, de todos os sócios e credores da sociedade, devendo garantir-se um expediente para que também estes possam invalidar o negócio⁽⁷⁶⁾.

Entende-se, por isso, a preocupação de alguns autores de alargarem a aplicação do art. 397.º, CSC, às sociedades por quotas, a despeito do silêncio da lei. Porque o art. 397.º, CSC, responde a preocupações diversas daquelas que resultam da presença de um negócio consigo mesmo, entende-se que, na ausência de uma disciplina idêntica para as sociedades por quotas, quando os interesses subjacentes são praticamente os mesmos,

⁽⁷⁵⁾ Sobre o ponto, cf. COUTINHO DE ABREU, “*Corporate governance* em Portugal”, *Miscelâneas do IDET*, 6, Almedina, Coimbra, 2010; A. MENEZES CORDEIRO, “A lealdade no direito das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 66-III, 2006.

⁽⁷⁶⁾ A este propósito, cf. o art. 412.º, CSC. Os credores sociais não poderão invocar a invalidade de uma deliberação junto do conselho de administração. A invocação da anulabilidade dos negócios celebrados pela sociedade não será possível nos termos do art. 287.º, CC.

se deve ponderar a extensão do regime das sociedades anónimas para as suas congéneres.

As respostas são variadas. Coutinho de Abreu entende que se deve mobilizar a disciplina contida no art. 397.º, CSC, já que as razões justificativas da proibição e do maior rigor no controlo são igualmente verificáveis para este tipo de sociedades⁽⁷⁷⁾. Além disso, o art. 261.º, CC, pode não ser suficiente, já que pode nem sequer existir um negócio consigo mesmo. Aliás, não existirá quando, em caso de gerência plural, o gerente contratante não aparece a representar a sociedade⁽⁷⁸⁾. É claro que, atenta a estrutura das sociedades por quotas, poderá não ser fácil cumprir em relação a elas os requisitos impostos pelo código das sociedades comerciais: pode não existir colegialidade na gerência⁽⁷⁹⁾ e pode não existir um órgão de fiscalização.

Este dado, de acordo com alguns autores, impediria a analogia que se reclama para a extensão da disciplina às sociedades por quotas. Nesse sentido, Diogo Costa Gonçalves propõe uma solução forjada com base no art. 10.º/3, CC, que passaria por considerar nulos, salvo autorização prévia da Assembleia Geral, os negócios celebrados, direta ou indiretamente, entre gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, salvo se o negócio em causa, pela sua natureza ou circunstâncias, excluir a possibilidade de conflito de interesses⁽⁸⁰⁾. Soveral Martins, atenta a analogia valorativa entre as sociedades anónimas e por quotas, advoga a aplicação do art. 397.º/2, CSC, às últimas, na parte em que seja aplicável. E acrescenta que, não

(77) Nesse sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 563, afirmando que “nestes casos não vejo onde estão as diferenças, no plano dos interesses em presença, entre as sociedades por quotas e seus gerentes e as sociedades anónimas e seus administradores. Os riscos para as sociedades por quotas, para os sócios e para terceiros parecem ser os mesmos”.

(78) Cf. COUTINHO DE ABREU, “Negócios entre sociedades e partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido”, p. 20, ss.; COUTINHO DE ABREU, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, p. 28. No mesmo sentido, cf. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 562, ss., chamando à colação o art. 2.º, CSC, para justificar a aplicação do preceito às referidas sociedades por quotas; ANABELA MARQUES/PATRICIA ALVES, “Negócios dos administradores com a sociedade”, p. 31. A este propósito, cf. o art. 408.º, CSC.

(79) Cf., porém, o art. 261.º, CSC, e os arts. 278.º e 390.º, CSC, estes últimos a mostrarem-nos que também no caso das sociedades anónimas pode existir administrador único.

(80) DIOGO COSTA GONÇALVES, “O governo de sociedades por quotas — breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade”, p. 123, ss. Posição diferente é sustentada por Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, 832, que recorre, a este nível, ao art. 261.º, CC. Para o autor não seria possível aplicar por analogia o art. 397.º, CSC, por diversos motivos: inexistência, em muitos casos de sociedades por quotas, de um órgão de fiscalização, falta de colegialidade do órgão de gestão da sociedade, por ser uma norma excecional.

sendo possível uma deliberação da gerência, o interprete pode criar uma norma, propondo que a aprovação seja feita pelos sócios. Do mesmo modo, se não existir órgão de fiscalização, essa exigência deixa de poder aplicar-se⁽⁸¹⁾.

Severall Martins propõe, assim, uma taxonomia de hipóteses para a aplicação do art. 397.º, CSC⁽⁸²⁾.

- i) O administrador, representante ou não a sociedade anónima, celebra com ela um negócio. Não havendo decisão favorável do conselho de administração e parecer favorável do conselho fiscal, o mesmo é nulo;
- ii) Numa sociedade por quotas, em que a gerência seja plural, se o gerente não representar a sociedade e celebrar com ela um negócio, aplica-se o art. 397.º, CSC; se a gerência for singular, haverá negócio consigo mesmo, exige-se uma deliberação dos sócios, que substitua a deliberação da gerência, sob pena de nulidade.

Para além destas situações, questiona-se se outras podem ser assimiladas pelo âmbito de relevância do art. 397.º, CSC, designadamente quando em causa estejam negócios celebrados por uma sociedade com outra que seja dominada pelo seu administrador ou gerente⁽⁸³⁾. Por outro lado, atenta a teleologia do regime e os interesses subjacentes, poderia ser importante ponderar se o mesmo se deve ou não aplicar aos negócios celebrados entre a sociedade e outras partes relacionadas por vínculos de socialidade, designadamente os acionistas controladores, as sociedades em relação de domínio ou de grupo⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ ALEXANDRE SOVERALL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, pp. 564-565.

⁽⁸²⁾ ALEXANDRE SOVERALL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 567, que aqui acompanhamos de muito perto.

⁽⁸³⁾ ALEXANDRE SOVERALL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 567, ss., considerando que é necessário mais do que o domínio para se poder aplicar o art. 397.º, CSC. Para que ele fosse chamado a depor seria necessário que o sujeito utilizasse as sociedades que domina como um “alter ego”, falando-se de interposição de pessoas.

⁽⁸⁴⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese de um acionista controlador principal que influencia o administrador por si contratado, orientando a sua conduta para satisfazer interesses pessoais em detrimento dos interesses da sociedade. Sobre o ponto, cf. JOÃO DIAS LOPES, “Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo”, *Revista de Direito das Sociedades*, V, 2013, pp. 1-2, p. 96, ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, p. 102, ss., considerando que há aqui dupla representação, dado que o administrador representa a sociedade e o acionista controlador; BERNARDO CORREIA DA SILVA, *Negócios com partes relacionadas: mecanismos de limitação e o interesse da sociedade*, UCP, 2017, p. 19, ss.

5. A interpretação do artigo 261.º, CC, à luz da consideração do conflito de interesses

O ordenamento jurídico português tende a afastar todos os conflitos de interesses que possam condicionar o concreto equilíbrio negocial. Se é certo que se está, neste domínio dogmático, longe dos meandros publicistas em que a proscrição de tais conflitos visa salvaguardar um interesse público, ao nível do direito privado, justificam-se cautelas quando eles possam eclodir, já que a lógica negocial, maxime contratual, funciona com base na pressuposição de que cada um é quem melhor salvaguarda os seus próprios interesses. O consenso a que alude o art. 232.º, CC, implica a existência de interesses contrapostos, embora convergentes, pelo que, se um mesmo sujeito ocupa, em simultâneo, duas posições negociais, perde-se a noção de contrato como forma de composição autónoma de vontades.

É à luz desta ideia que deve ser compreendido o art. 261.º, CC, pelo que se pode extrair dele — sustentando-nos, aliás, no melhor posicionamento em termos metodológicos — um princípio de proscrição geral do conflito de interesses.

Quer isto dizer que, sem embargo do sentido literal do preceito, este deve ser visto como uma norma de aplicação mais geral, cujo âmbito de relevância não fica condicionado pela identidade dos sujeitos contraentes, isto é, como emanção de um princípio geral.

Tal significa, contra o que tem sido o entendimento tradicional da jurisprudência e de alguma doutrina, que o art. 261.º, CC, deve ser mobilizado quando esteja em causa um negócio celebrado entre um representante, em nome do representado, e o seu cónjuge. Repare-se, aliás, que

Para um exemplo ilustrativo dos problemas, cf. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A aplicação do artigo 397.º, CSC, às sociedades por quotas”, p. 567, ss.: “A SQ A, L.^{da}, tem dois sócios: a X, SA, com 75% do capital, e Manuel, pessoa singular com 25%. A SQ, por sua vez, tem 70% do capital da Z, SA, que foi constituída para desenvolver um determinado projeto empresarial. Os outros 30% do capital da Z, SA, pertencem a X, SA (10%), Y, SA (10%), e a Manuel (10%). K, S.A., tem por sua vez 75% do capital da X, S.A. O Sr. A é titular de 80% do capital de K, S.A., e é também gerente da SQ A, L.^{da}. A sociedade Z, S.A., é financiada por Bancos. E depois usa os financiamentos para celebrar contratos envolvendo avultados pagamentos a X, S.A. Também a SQ é financiada e vai celebrar contratos com a K, SA, com esta a receber elevadíssimas quantias em dinheiro. Manuel pode ficar completamente posto de lado, observando o desvio de recursos para fora das sociedades de que é sócio minoritário (...). Os financiamentos concedidos à sociedade por quotas A e à sociedade anónima Z vão ser usados para pagamentos às sociedades K, SA, e X, SA: ambas controladas por A, que usa e abusa desse controlo. Neste caso totalmente ficcionado (se houver semelhanças com a realidade é pura coincidência) os Bancos não exigem avais ou fianças ao Sr. A. Tudo é garantido pela sociedade Z e pelas sociedades sócias da sociedade Z”. Particularmente interessante pode ser, ainda, a ponderação dos problemas que resultam da existência de credores que dominam uma interposta pessoa.

dependendo do regime de bens que vigora entre o casal, ordenando as suas relações patrimoniais, o negócio pode implicar diretamente a entrada do bem no património do representante. Mas, ainda que a separação de bens tenha sido acordada em convenção antenupcial, materialmente o jurista não pode deixar de ter em conta a natureza da relação matrimonial e a plena comunhão de vida que ela implica, pelo que, fora de hipóteses limite de rutura do casamento, haverá necessariamente a tentação de beneficiar a mulher e/ou marido. O mesmo raciocínio se pode mobilizar por referência aos unidos de facto, não obstante o nível de compromisso poder não ser tão forte, pela perda de vocação de perpetuidade que ainda caracteriza o casamento, apesar das constantes descaracterizações de que tem sido alvo.

Problemas têm sido colocados, igualmente, em face dos negócios que o representante, em nome do representado, celebra com um filho. Tratando-se de um menor, é evidente a existência de um negócio consigo mesmo; caso estejamos a falar de um maior, embora ele não exista em termos formais, cremos que a solução do art. 261.º, CC, se pode sustentar por adaptação extensiva da norma: é que a relação paterno-filial, sendo caracterizada pelos laços de afeição que ultrapassam qualquer normatização de deveres, pode impedir a isenção que se requereria para o representante e a total identificação deste, na sua atuação, com os interesses do representado, que deveria defender.

Ou seja, sempre que se detete, por intervenção de um representante, independentemente da estrutura formal identitária que se verifique, um conflito de interesses, o art. 261.º, CC, deve ser chamado a depor. Só não será assim quando o próprio legislador tenha estabelecido um regime mais rigoroso, em nome da especial vulnerabilidade do representado ou dos interesses de terceiros que possam estar em causa, como no caso dos negócios celebrados entre as sociedades e os seus administradores, também ele a ser objeto de uma interpretação não formalista.

A possibilidade de aplicação do art. 261.º, CC, às sociedades fica dependente de, no caso concreto, se verificarem ou não as exigências de sentido do art. 397.º, CSC. Tudo depende de saber se o que está em causa com a situação concreta é a salvaguarda da sociedade contra o conflito de interesses que se deteta ou se, para além desse elemento, se verifica a necessidade de controlo por parte dos órgãos de gestão e de fiscalização, para salvaguarda dos sócios e de terceiros. Verificar-se-á tal necessidade sempre que o contraente ocupe uma posição de influência sobre a gestão da sociedade, ainda que não a represente. Afastada que seja a aplicação deste preceito, é ainda possível chamar à colação o preceito do Código Civil. Assim, por exemplo, é possível falar da aplicação do art. 261.º, CC,

nos casos de dupla representação, quando a segunda sociedade contratante, ainda que representada pelo mesmo sujeito físico (administrador/gerente), não possa ser vista como uma interposta pessoa para efeitos de verificação da intencionalidade predicativa do art. 397.º, CSC⁽⁸⁵⁾.

Repare-se que o regime especial por este último preceito ditado se justifica não só em nome da proteção da sociedade, mas também dos terceiros, sócios e credores sociais. Ora, para além das dificuldades estruturais e de gestão que se possam denotar na aplicação analógica da disciplina para além das sociedades anónimas, parece que as mesmas razões de tutela se verificam por referência às sociedades por quotas. Diríamos, numa linha de continuidade com o que é proposto pela doutrina, que o mesmo raciocínio se pode tecer por referência às sociedades em comandita.

Já no tocante às sociedades em nome coletivo, atenta a responsabilização direta dos sócios pelas dívidas da sociedade e a sua estrutura de gestão, parece perder razão de ser o desvio ao regime regra do negócio consigo mesmo.

A possível aplicação do art. 261.º, CC, a alguns negócios celebrados pelas sociedades comerciais deve levar-nos, contudo, a refletir sobre um ponto, que ficou pressuposto no nosso discurso precedente. Vejamos: o âmbito de relevância do art. 397.º, CSC, é, como vimos, diverso do âmbito de relevância do art. 261.º, CC. Um caso pode ser assimilado pela intencionalidade problemática do primeiro, sem que haja um negócio consigo mesmo. Mas pode — até pela compreensão materialmente densificada desta categoria — haver uma coincidência entre os dois âmbitos de relevância em termos estruturais. Nesses casos, sendo o negócio celebrado entre a sociedade e o administrador ou uma interposta pessoa um negócio consigo mesmo, coloca-se o problema de uma eventual relação de consunção entre os dois regimes/as duas disciplinas. Ora, se é certo que a intencionalidade dos regimes não é a mesma — tutelando-se interesses outros para além dos do representado ao nível da norma do Código das Sociedades Comerciais —, não se pode ignorar que se protege também a pessoa coletiva (o representado, no caso de o administrador/gerente a representar) da tentação de retirar do negócio um benefício próprio, por parte do representante. Assim sendo, deve considerar-se que, embora a *ratio* do art. 397.º, CSC, seja mais ampla que a do art. 261.º, CC, a determinar a dita proteção acrescida, há um ponto de coincidência entre ambas, o que significa que o art. 261.º, CSC, só será, neste contexto, mobilizável

(85) Sobre a representação das sociedades anónimas, cf. o art. 408.º, CSC.

quando, para além da verificação da estrutura do negócio consigo mesmo, não haja outros interesses potencialmente afetados para além dos que a pessoa coletiva titula. Em todas as outras situações, parece verificar-se uma relação de consunção.

No tocante às restantes pessoas coletivas, não se verificando com a mesma acuidade a necessidade de proteção patrimonial dos que integram o seu substrato e de credores, deve valer o art. 261.º, CC.

O REG. 655/2014 SOBRE O PROCEDIMENTO DE DECISÃO EUROPEIA DE ARRESTO DE CONTAS: UMA APRESENTAÇÃO GERAL⁽¹⁾

Por Miguel Teixeira de Sousa

SUMÁRIO:

I. Generalidades. 1. Enquadramento. 1.1. Objectivos. 1.2. Definições. 1.3. Provisoriamente. 1.4. Fontes. 2. Vinculação. 3. Informatização.

II. Âmbito de aplicação. 1. Âmbito material. 1.1. Delimitação positiva. 1.2. Delimitação negativa. 2. Âmbito espacial. 2.1. Casos transfronteiriços. 2.2. Elementos de estraneidade. 2.3. Localização da conta. 3. Âmbito temporal.

III. Relações entre regulamentações. 1. Generalidades. 2. Actos ressalvados. 3. Regime aplicável. 1. Competência internacional. 1.1. Generalidades. 1.2. *Post causam*. 1.3. *Ante* ou *pendente causam*. 1.4. Controlo. 2. Competência interna. 2.1. Competência material. 2.2. Competência territorial. 3. Patrocínio judiciário. 4. Regime dos documentos. 4.1. Transmissão de documentos. 4.2. Dispensa de legalização.

5. Lei aplicável. 6. Direito subsidiário. **V. Aspectos da DEAC.** 1. Generalidades. 2. Direito à DEAC. 2.1. Generalidades. 2.2. Concretização. 3. Crédito/contas. 4. Medida cautelar. 4.1. Generalidades. 4.2. *Favor creditoris*. 4.3. Procedimento *ex parte*. 4.4. Protecção do devedor. 4.5. Responsabilidade do credor. 4.6. Processo principal. 5. Vigência do arresto.

VI. Aspectos do procedimento. 1. Carácter opcional. 1.1. Generalidades. 1.2. Consequências. 1.3. Execução. 2. Princípios do procedimento. 2.1. Princípio dispositivo. 2.2. Princípio da boa fé. 2.3. Princípio da celeridade. 2.4. Princípio da adequação formal. 2.5. Princípio da equiparação. 2.6. Princípio da “co-execução”. 3. Transparência patrimonial. 3.1. Generalidades. 3.2. Informações. 3.3. Procedimento. 4. Autoridade competente. 4.1. Indicação. 4.2. Consequências. 5. Execução extrajudicial. **VII. Fases**

⁽¹⁾ Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial (JO L 189, de 27/6/2014); neste texto, os artigos e considerandos sem indicação da fonte pertencem ao Reg. 655/2014.

do procedimento. 1. Enunciado. 2. Fase do decretamento. 2.1. Pedido do credor. 2.2. Convite ao aperfeiçoamento. 2.3. Instrução do procedimento. 2.4. Decisão do tribunal. 2.5. Recurso do credor. 2.6. Novo pedido. 3. Fase da execução. 3.1. Circulação da DEAC. 3.2. Transmissão da DEAC. 3.3. Aplicação da DEAC. 3.4. Dever de investigação. 3.5. Declaração do banco. 3.6. Responsabilidade do banco. 3.7. Excesso de arresto. 3.8. Pagamento do credor. 4. Fase da impugnação. 4.1. Características da fase. 4.2. Notificação do devedor. 4.3. Impugnação da DEAC. 4.4. Alteração da DEAC. 4.5. Impugnação da execução da DEAC. 4.6. Tribunal competente. 4.7. Procedimento comum. 4.8. Direito ao recurso. 4.9. Direitos de terceiros. 4.10. Constituição de garantia.

I. Generalidades

1. Enquadramento

1.1. Objectivos

(a) O Reg. 655/2014 estabelece um procedimento europeu que permite a um credor obter uma decisão europeia de arresto de contas (a que corresponde o acrónimo DEAC) que impeça que a subsequente execução do crédito do credor seja inviabilizada pela transferência ou pelo levantamento de fundos detidos pelo devedor ou em seu nome numa conta bancária mantida num Estado-Membro [art. 1.º, n.º 1; cf. consid. (7) 1.ª parte]. Em particular, o Reg. 655/2014 destina-se a permitir, em processos transfronteiriços, o arresto de forma eficiente e rápida dos fundos detidos em contas bancárias mantidas nos Estados-Membros [consider. (5)], evitando que o devedor, através da transferência de uma conta bancária para um outro Estado-Membro, possa frustrar o interesse do credor na satisfação do seu crédito.

Pode dizer-se que, de forma indirecta, o Reg. 655/2014 visa contribuir para a eficácia da execução das decisões na União Europeia. Estas decisões são, em especial, aquelas que constituem nos Estados-Membros título executivo *europeo iure*, ou seja, com base no estabelecido no Reg. 1215/2012, no Reg. 4/2009 e no Reg. 805/2004.

(b) O Reg. 655/2014 possibilita que a medida de arresto de uma conta bancária seja decretada num Estado-Membro e executada sobre fundos existentes num outro Estado-Membro. O Reg. 655/2014 contém a primeira regulamentação europeia na área do processo executivo e mesmo a

primeira superação do princípio da territorialidade das medidas executivas no âmbito europeu e da aplicação da *lex fori* a estas medidas, dado que permite que uma medida executiva seja decretada num Estado-Membro e executada num outro Estado-Membro. O Reg. 655/2014 também supera as insuficiências das medidas provisórias que podem ser decretadas com fundamento no art. 35.º Reg. 1215/2012 e que são reconhecidas nos outros Estados-Membros com as limitações impostas pelo art. 2.º, al. a), § 2.º, Reg. 1215/2012.

1.2. Definições

Para efeitos de aplicação do Reg. 655/2014 importa considerar que:

- Credor é uma pessoa singular domiciliada num Estado-Membro ou uma pessoa colectiva domiciliada num Estado-Membro ou qualquer outra entidade domiciliada num Estado-Membro, com capacidade jurídica para estar em juízo segundo a lei de um Estado-Membro e que requeira, ou tenha já obtido, uma decisão de arresto relativa a um crédito (art. 4.º, n.º 6); a lei reguladora da capacidade pode ser determinada pelas normas de conflitos do Estado-Membro no qual é requerida a DEAC;
- Devedor é uma pessoa singular ou colectiva ou qualquer outra entidade com capacidade jurídica para estar em juízo segundo a lei de um Estado-Membro e contra a qual o credor procure obter, ou tenha já obtido, uma decisão de arresto relativa a um crédito (art. 4.º, n.º 7); tal como sucede com a noção de credor, também a capacidade do devedor pode ser aferida pela lei determinada pelas normas de conflitos do foro;
- Conta bancária é qualquer conta que contenha fundos e seja detida num banco em nome do devedor ou em nome de terceiros por conta do devedor (art. 4.º, n.º 1);
- Banco é uma instituição de crédito, incluindo as sucursais das instituições de crédito com sede na União Europeia e as sucursais localizadas na União de instituições de crédito com sede fora desta União (art. 4.º, n.º 2);
- Estado-Membro no qual é mantida a conta bancária é o Estado-Membro referido no IBAN da conta ou, no caso de uma conta bancária que não tenha IBAN, o Estado-Membro em que o banco

onde é detida a conta tenha a sua sede ou, caso a conta seja mantida numa sucursal, o Estado-Membro onde está situada a sucursal (art. 4.º, n.º 4).

1.3. Provisoriedade

O Reg. 655/204 permite obter uma DEAC (arts. 7.º e 17.º) e respectiva execução (arts. 22.º e 23.º). Trata-se, como o nome indica, de obter e de executar uma medida de arresto, isto é, trata-se de obter e de executar uma medida cautelar ou provisória [cf. art. 7.º, n.º 1; cf. consid. (5), (7) e (47)] que, se ainda não houver título executivo, é dependência de um processo principal já proposto ou a propor (arts. 5.º e 10.º, n.º 1, 1.ª parte).

A DEAC não se destina a transferir nenhuma quantia do devedor para o credor, pois que não tem nenhuma finalidade satisfativa: a sua finalidade é apenas a de acautelar a futura satisfação do crédito (eventualmente, numa futura execução instaurada pelo credor contra o devedor). Neste sentido, pode dizer-se que o Reg. 655/2014 institui uma tutela provisória transfronteiriça de um crédito.

1.4. Fontes

Para a obtenção de uma DEAC é necessário considerar não só o Reg. 655/2014, mas também as importantes informações que foram fornecidas pelos Estados-Membros de acordo com o disposto no art. 50.º e que constam do Atlas Europeu Judiciário em matéria civil.

2. Vinculação

O Reg. 655/2014 é aplicável em todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção do Reino Unido e da Dinamarca [consider. (50) e (51)].

3. Informatização

Para aumentar a eficiência do processo, o Reg. 655/2014 permite o maior uso possível de tecnologias de comunicação modernas aceites pelas regras processuais dos Estados-Membros, especialmente para efeito do preenchimento dos formulários normalizados multilingues e da comunicação entre as autoridades envolvidas no procedimento de DEAC [consid. (41) 1.^a parte; art. art. 8.^o, n.^o 4, e 29.^o]. Os formulários são adoptados pela Comissão Europeia nos termos do art. 51.^o e constam dos Anexos I a IX do Reg. Exec. 2016/1823⁽²⁾.

II. Âmbito de aplicação

1. Âmbito material

1.1. Delimitação positiva

(a) O Reg. 655/2014 é aplicável aos créditos pecuniários em matéria civil e comercial em processos transfronteiriços, independentemente da natureza do tribunal em causa (art. 2.^o, n.^o 1, 1.^a parte). Como é habitual no âmbito do Processo Civil Europeu, o conceito de matéria civil e comercial deve ser interpretado autonomamente, pelo que o Reg. 655/2014, além de aplicável a muitas outras matérias, também é aplicável à obrigação de alimentos e ao pagamento de salários [cf. consid. (18), § 2.^o].

(b) Para efeitos de aplicação do Reg. 655/2014, entende-se por crédito pecuniário quer um crédito relativo ao pagamento de um determinado montante já vencido, quer um crédito, ainda não vencido, relativo ao pagamento de um montante determinável resultante de uma transacção ou de um evento já ocorrido, desde que esse crédito possa ser submetido a um tribunal (art. 4.^o, n.^o 5), isto é, desde que nada obste à accionabilidade do crédito. Talvez se pretenda referir as hipóteses em que o crédito, mesmo

⁽²⁾ Regulamento de Execução (UE) 2016/1823 da Comissão de 10 de outubro de 2016 que estabelece os formulários a que se refere o Regulamento (UE) n.^o 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial (JO L 283, de 19/10/2016).

que seja exigível, não é accionável, como é o caso, no direito português, das obrigações naturais (cf. art. 402.º CC).

O crédito pode ainda não se encontrar sequer determinado, como acontece com aquele que ainda venha a ser apurado numa acção em matéria extracontratual, numa acção cível de indemnização ou numa acção de restituição fundada em infracção penal [consid. (12), § 1.º].

1.2. Delimitação negativa

(a) O Reg. 655/2014 não abrange, designadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, nem a responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício do poder público (*acta jure imperii*) (art. 2.º, n.º 1, 2.ª parte). Também são excluídos do âmbito de aplicação do Reg. 655/2014:

- Os direitos patrimoniais decorrentes de regimes matrimoniais ou de relações que, nos termos da lei que lhes é aplicável, produzem efeitos comparáveis aos do casamento [art. 2.º, n.º 2, al. a)];
- Os testamentos e sucessões, incluindo as obrigações de alimentos resultantes de óbito [art. 2.º, n.º 2, al. b)];
- Os créditos sobre devedores contra os quais foram iniciados processos de insolvência, processos de liquidação de empresas ou de outras pessoas colectivas insolventes, acordos judiciais, concordatas ou processos análogos [art. 2.º, n.º 2, al. c)]; como decorre do referido no consid. (8), isto significa que não pode ser preferida uma DEAC depois da abertura de um processo de insolvência contra o devedor (ou contra o administrador da insolvência), embora nada obste a que a DEAC possa ser utilizada (inclusive por esse administrador) para garantir a recuperação de pagamentos prejudiciais efectuados pelo devedor a terceiros;
- A segurança social [art. 2.º, n.º 2, al. d)];
- A arbitragem [art. 2.º, n.º 2, al. e)]; desta exclusão decorre que não é possível solicitar uma DEAC se, por força de uma convenção de arbitragem, o crédito só puder ser apreciado (ou já se encontrar em apreciação) num tribunal arbitral⁽³⁾; esta solução é

⁽³⁾ FARINA, Le n. leg. civ. comm. 38 (2015), p. 502.

concordante com a definição de decisão judicial que consta do art. 4.º, n.º 8, e com as regras sobre a competência constantes do art. 6.º, pois que estas excluem que a competência para conhecer do processo principal possa caber a um tribunal arbitral⁽⁴⁾.

(b) O Reg. 655/2014 aplica-se às contas detidas em instituições de crédito cuja actividade consista em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder créditos por sua própria conta [consid. (9), § 1.º]. Assim, ficam excluídas da aplicação do Reg. 655/2014:

- As contas bancárias impenhoráveis nos termos da lei do Estado-Membro em que a conta bancária é mantida (art. 2.º, n.º 3, 1.ª parte); é o caso das contas que se encontrem em instituições financeiras que não aceitam depósitos, como, por exemplo as instituições que financiam projectos de exportação e de investimento ou projectos em países em desenvolvimento, ou instituições que prestam serviços no mercado financeiro [consid. (9), § 2.º];
- As contas ligadas ao funcionamento de qualquer sistema que seja regulado pela legislação de um Estado-membro e que realize operações em qualquer moeda, tal como se encontra definido no art. 2.º, al. a), Direct. 98/26/CE⁽⁵⁾, ou seja, que vise obter a compensação (*netting*) de créditos e obrigações e que opere através de uma câmara de compensação (*clearing house*) (art. 2.º, n.º 3, 2.ª parte);
- As contas bancárias detidas pelos bancos centrais ou nestes bancos, quando estes actuem na qualidade de autoridades monetárias (art. 2.º, n.º 4), ou seja, quando pratiquem *acta iure imperii*; trata-se de um caso de imunidade de execução.

A estas situações podem ainda acrescentar-se as contas que, por pertencerem a Estados estrangeiros, a organizações internacionais ou a agentes diplomáticos e consulares, também gozem de uma imunidade de execução. É o caso, por exemplo, das contas de embaixadas de Estados estrangeiros.

(4) Diversamente, CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation/A Commentary* (2018), p. 27, ss., e p. 70, ss.

(5) Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio 1998 relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários (JO L 116, de 11/6/1998).

2. Âmbito espacial

2.1. Casos transfronteiriços

(a) O Reg. 655/2014 apenas é aplicável a processos transfronteiriços (art. 2.º, n.º 1). Para efeitos do Reg. 655/2014, um processo transfronteiriço é aquele em que a conta ou as contas bancárias a arrear são mantidas num Estado-Membro que não seja:

- O Estado-Membro do tribunal onde foi apresentado o pedido de DEAC [art. 3.º, n.º 1, al. a)]; isto significa que o carácter transfronteiriço está assegurado quando o tribunal que aprecia o pedido de DEAC, segundo as regras que constam do art. 6.º, se situar num Estado-Membro e a conta bancária visada pela DEAC for mantida noutro Estado-Membro [consid. (10), § 1.º]; por exemplo: se o tribunal competente for o do domicílio do demandado [cf., v. g., art. 4.º, n.º 1, Reg. 1215/2012; art. 3.º, al. a), Reg. 4/2009], o carácter transfronteiriço está assegurado se este demandado tiver o seu domicílio num Estado-Membro e a conta estiver localizada num outro Estado-Membro;
- O Estado-Membro onde o credor tem o seu domicílio [art. 3.º, n.º 1, al. b)]; disto decorre que o carácter transfronteiriço também está assegurado quando o credor estiver domiciliado num Estado-Membro e o tribunal e a conta bancária a arrear estiverem localizados noutro Estado-Membro [consid. (10), § 1.º], ainda que o devedor também tenha o seu domicílio no Estado-Membro do domicílio do credor ou no Estado-Membro no qual está localizada a conta bancária.

Pode assim afirmar-se que o Reg. 655/2014 não se aplica ao arrear de contas mantidas no Estado-Membro onde se encontra o tribunal em que foi apresentado o pedido de DEAC, se o domicílio do credor também for nesse Estado-Membro [consid. (10), § 2.º]. Noutros termos: o caso não é transfronteiriço quando o tribunal competente, a localização da conta e o domicílio do credor coincidirem no mesmo Estado-Membro.

Disto decorre que o Estado-Membro de origem — isto é, o Estado-Membro onde a DEAC é proferida (art. 4.º, n.º 11) — e o Estado-Membro de execução — ou seja, o Estado-Membro onde é mantida a conta a arrear e onde a DEAC é executada (art. 4.º, n.º 12) — podem ser o mesmo Estado. Para isso basta que o credor tenha o seu domicílio num outro Estado-Membro [cf. art. 3.º, n.º 1, al. b)].

(b) O momento relevante para determinar o carácter transfronteiriço de um processo é a data em que o pedido de DEAC é apresentado no tribunal que tem competência para a proferir (art. 3.º, n.º 2). Qualquer alteração posterior a esse momento nos elementos que determinam o carácter transfronteiriço do caso (como, por exemplo, a concentração do domicílio do credor e da localização da conta bancária no Estado do foro) é irrelevante quanto à aplicação do Reg. 655/2014 ao procedimento pendente de DEAC.

2.2. Elementos de estraneidade

Atendendo à noção de credor que é fornecida no art. 4.º, n.º 6, o Reg. 655/2014 só é aplicável se o credor tiver o seu domicílio ou sede num Estado-Membro [consid. (48) 2.ª parte]. Assim, o Reg. 655/2014 não é aplicável quando o credor tiver o seu domicílio no Reino Unido, na Dinamarca ou num Estado terceiro, mesmo que, nos termos do art. 6.º, o tribunal competente para proferir a DEAC seja um Estado-Membro⁽⁶⁾. Em contrapartida, do disposto no art. 4.º, n.º 7, decorre que o Reg. 655/2014 é aplicável mesmo que o devedor tenha o domicílio ou a sede num Estado terceiro (incluindo o Reino Unido e a Dinamarca).

Em suma: o Reg. 655/2014 é susceptível de ser aplicado quando a conta bancária esteja localizada num Estado-Membro (cf. art. 1.º) e o credor também tenha o seu domicílio ou sede num Estado-Membro (cf. art. 4.º, n.º 6); verificadas estas condições, há que analisar, para determinar se o Reg. 655/2014 é realmente aplicável ao caso, se o carácter transfronteiriço se encontra assegurado segundo o disposto no art. 3.º.

2.3. Localização da conta

O art. 4.º, n.º 12, define o Estado-Membro de execução como o Estado-Membro onde é mantida a conta a arrestar. Assim, há que concluir que o Reg. 655/2014 só é aplicável se a conta a arrestar estiver localizada num Estado-Membro [consid. (48) 2.ª parte]. Mais em concreto, isto significa que o Reg. 655/2014 é aplicável:

⁽⁶⁾ Sobre o carácter discutível da solução, cf. FARINA, *Le n. leg. civ. comm.* 38 (2015), p. 497, ss.; CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 11.

- Se a conta possuir um IBAN respeitante a um Estado-Membro [art. 4.º, n.º 4, al. *a*)];
- No caso de a conta não ter IBAN (ou melhor, na hipótese de não ser indicado o IBAN da conta [cf. art. 8.º, n.º 2, als. *d*) e *e*]), se o Estado em que o banco onde é detida a conta tiver a sua sede num Estado-Membro [art. 4.º, n.º 4, al. *b*]), mesmo que a conta se encontre numa sucursal situada num Estado terceiro;
- Na mesma situação, se a conta for mantida numa sucursal situada num Estado-Membro [art. 4.º, n.º 4, al. *b*]), mesmo que o banco tenha a sua sede num Estado terceiro.

A localização da conta num Estado-Membro é indispensável, porque é num destes Estados que a DEAC vai ser executada (art. 4.º, n.º 12).

3. Âmbito temporal

O âmbito temporal do Reg. 655/2014 é o seguinte:

- O Reg. 655/2014 entrou em vigor em 18/7/2014 (art. 54.º, § 1.º);
- O Reg. 655/2014 tornou-se aplicável, na sua generalidade, a partir de 18/1/2017 (art. 54.º, § 2.º).

III. Relações entre regulamentações

1. Generalidades

Apesar de o Reg. 655/2014 conter uma regulamentação relativamente exaustiva, isso não impede a sua articulação com outros actos normativos europeus.

2. Actos ressalvados

O Reg. 655/2014 não prejudica a aplicação dos seguintes actos normativos:

- O Reg. 1393/2007, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais, excepto quanto à generalidade das notificações ou comunicações que devem ser realizadas durante o processo de decretamento da DEAC [art. 48.º, al. a)];
- O Reg. 1215/2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [art. 48.º, al. b)]; o Reg. 1215/2012 é aplicável nomeadamente para a determinação do domicílio das partes (art. 4.º, n.º 15) e da competência internacional do tribunal (cf. art. 6.º, n.º 1);
- O Reg. 2015/848, relativo aos processos de insolvência [art. 48.º, al. c)]; o art. 91.º, § 1.º, Reg. 2015/848 revogou o Reg. 1346/2000;
- O Reg. 2016/679, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, com excepção do disposto nos arts. 14.º, n.º 8, e 47.º [art. 48.º, al. d)]; o art. 94.º, n.º 1, Reg. 2016/679 revogou a Direct. 95/46/CE;
- O Reg. 1206/2001, relativo à obtenção de provas em matéria civil ou comercial [art. 48.º, al. e)];
- O Reg. 864/2007 (Roma II), relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, com excepção do disposto no art. 13.º, n.º 4, em matéria de responsabilidade do credor.

IV. Regime aplicável

1. Competência internacional

1.1. Generalidades

A aferição da competência internacional para o procedimento de DEAC é distinta consoante o crédito cuja satisfação se pretende acautelar se encontre reconhecido ou ainda não esteja reconhecido. A distinção traduz-se, *grosso modo*, no seguinte:

- Na primeira hipótese, valem as regras estabelecidas no art. 6.º, n.ºs 3 e 4; estas regras assentam numa coincidência do Estado-

-Membro no qual foi obtido o reconhecimento do crédito com o Estado-Membro no qual pode ser obtida a DEAC;

- Na segunda hipótese, a competência é aferida pelas regras constantes do art. 6.º, n.ºs 1 e 2; a primeira destas regras comporta uma remissão para as regras que aferem a competência para o processo principal e a segunda delas utiliza o domicílio do devedor como elemento de conexão.

Apesar desta diversidade, importa notar que quer a regra que consta do art. 6.º, n.º 1, quer aquela que se estabelece no art. 6.º, n.º 3, asseguram uma coincidência entre o Estado-Membro cujos tribunais são competentes para a apreciação do processo principal e o Estado-Membro cujos tribunais têm competência para o decretamento da DEAC. Isto destina-se a permitir que o mesmo tribunal possa reconhecer o crédito e decretar a DEAC, embora haja que lembrar que isso só pode suceder se estiverem preenchidas as condições sobre o carácter transfronteiriço do caso nos termos do art. 3.º, n.º 1.

1.2. *Post causam*

(a) Se o crédito já se encontrar reconhecido, o regime é o seguinte:

- Caso o credor já tenha obtido uma decisão judicial ou uma transacção judicial sobre o crédito, são competentes para proferir uma DEAC para esse crédito os tribunais do Estado-Membro em que a decisão judicial foi proferida ou em que a transacção judicial foi homologada ou celebrada (art. 6.º, n.º 3; sobre a noção de decisão judicial e de transacção judicial, cf. art. 4.º, n.ºs 8 e 9); uma eventual aferição equivocada da competência internacional do anterior tribunal é irrelevante no procedimento de DEAC⁽⁷⁾;
- Caso o credor tenha obtido um instrumento autêntico sobre o crédito, são competentes para proferir uma DEAC para esse crédito os tribunais designados para esse efeito no Estado-Membro em que o instrumento foi exarado (art. 6.º, n.º 4; sobre a noção de instrumento autêntico, cf. art. 4.º, n.º 10).

(7) LÜTTRINGHAUS, ZZZP 129 (2016), p. 195.

A solução vale mesmo quando, como sucede na grande maioria das situações, o Estado-Membro de origem não venha a coincidir com o Estado-Membro de execução. A solução mostra que, acima de tudo, prevaleceu a vantagem da coincidência do Estado-Membro no qual é reconhecido o crédito com o Estado-Membro no qual é decretada a DEAC.

(b) Pode suceder que se verifique uma competência alternativa para a apreciação do crédito (é, por exemplo, o que sucede no âmbito do Reg. 1215/2012, dado que o credor pode escolher o tribunal do Estado do domicílio do devedor (cf. art. 4.º, n.º 1, Reg. 1215/2012) ou o tribunal do Estado do cumprimento da obrigação [art. 7.º, n.º 1, al. a), Reg. 1215/2012]). Há que entender que, depois de o credor ter optado por um dos tribunais competentes para a apreciação do crédito, só pode pedir a DEAC nesse tribunal⁽⁸⁾.

1.3. *Ante ou pendente causam*

(a) Se o crédito ainda não se encontrar reconhecido (ou se se solicitar, em simultâneo, o reconhecimento do crédito e o decretamento da DEAC), são competentes para proferir uma DEAC os tribunais do Estado-Membro que sejam competentes para conhecer do mérito da causa de acordo com as regras relevantes aplicáveis em matéria de competência (art. 6.º, n.º 1). Esta solução procura assegurar uma relação estreita entre o procedimento de DEAC e o processo relativo ao mérito da causa [consid. (13)], isto é, estabelece um princípio de coincidência entre a competência para a tutela cautelar e a competência para a tutela definitiva.

(b) Se for aplicável o art. 6.º, n.º 1, a competência para o proferimento da DEAC pode ser aferida por instrumentos europeus (como o Reg. 1215/2012 ou o Reg. 4/2009) ou, se estes instrumentos não forem aplicáveis, por regras nacionais dos Estados-Membros. Recorde-se que o Reg. 655/2014 é aplicável mesmo que o devedor tenha o seu domicílio ou sede num Estado terceiro (cf. art. 4.º, n.º 7), mas o Reg. 1215/2012 só é aplicável se o demandado tiver o seu domicílio ou sede num Estado-Membro (art. 6.º, n.º 1, Reg. 1215/2012). Assim, se o devedor tiver o seu domicílio ou sede num Estado terceiro e se não se tratar de um crédito de alimentos, há que recorrer ao direito nacional.

⁽⁸⁾ FARINA, Le n. leg. civ. comm. 38 (2015), p. 506.

Se for aplicável o Reg. 1215/2012, são os seguintes, entre outros, os critérios susceptíveis de justificar a competência de um Estado-membro para o procedimento de DEAC:

- O critério geral do domicílio do requerido (art. 4.º, n.º 1, Reg. 1215/2012);
- O critério especial do lugar do cumprimento da obrigação [(art. 7.º, n.º 1, al. a)], Reg. 1215/2012);
- O critério especial do lugar onde ocorreu ou pode vir a ocorrer o facto danoso (art. 7.º, n.º 2, Reg. 1215/2012);
- Os critérios especiais previstos em matéria de seguros (arts. 10.º a 16.º, Reg. 1215/2012), de contratos de consumo (arts. 17.º a 19.º, Reg. 1215/2012, na parte não incompatível com o disposto no art. 6.º, n.º 2) ou de contratos individuais de trabalho (arts. 20.º a 23.º, Reg. 1215/2012);
- O critério especial da situação do imóvel ou do domicílio do requerido (art. 24.º, n.º 1, Reg. 1215/2012);
- O critério da vontade das partes (art. 25.º Reg. 1215/2012); dado que a DEAC é proferida *ex parte* (cf. art. 11.º), está excluída a aplicação do art. 26.º Reg. 1215/2012.

Dado que, segundo o disposto no art. 3.º, n.º 1, al. a), o carácter transfronteiriço do caso se verifica quando o tribunal no qual é pedida a DEAC pertence a um Estado-Membro e a conta bancária está localizada num outro Estado-Membro, a escolha entre o critério geral do domicílio do demandado e um critério especial pode ser determinante para assegurar aquele carácter transfronteiriço. Por exemplo: se o credor e o demandado tiverem ambos o seu domicílio num Estado-Membro e se a conta estiver localizada nesse mesmo Estado-Membro, não se encontra preenchido o carácter transfronteiriço do caso; mas se o credor optar por pedir a DEAC no tribunal de um outro Estado-Membro como Estado do cumprimento da obrigação [cf. art. 7.º, n.º 1, al. a), Reg. 1215/2012], esse carácter já se encontra preenchido. Em suma: a definição do carácter transfronteiriço através do tribunal competente para decretar a DEAC constitui um incentivo ao *forum shopping*⁽⁹⁾.

(9) Sobre a problemática, cf. LÜTTRINGHAUS, ZZP 129 (2016), p. 201, ss.

Na hipótese de haver várias competências alternativas, depois de o credor ter optado por um dos tribunais competentes para pedir a DEAC, deve entender-se que esse credor não tem o ónus de propor o processo principal nesse mesmo tribunal⁽¹⁰⁾. É aceitável que, por exemplo, o credor queira requerer a DEAC no Estado-Membro de execução, mas queira propor o processo principal no Estado-Membro do seu domicílio.

(c) Se o devedor for um consumidor que celebrou um contrato com o credor para uma finalidade que possa ser considerada alheia à sua actividade comercial ou profissional, só são competentes para proferir uma DEAC destinada a garantir um crédito respeitante a esse contrato os tribunais do Estado-Membro onde o devedor tem o seu domicílio (art. 6.º, n.º 2). Importa recordar, a este propósito, que a jurisprudência europeia entende que as regras de protecção do consumidor não são aplicáveis aos contratos celebrados entre duas pessoas não envolvidas em actividades comerciais ou profissionais⁽¹¹⁾, ou seja, entre dois consumidores. Ao contrário do que se admite, em certas situações, no art. 19.º Reg. 1215/2012, a competência exclusiva estabelecida no art. 6.º, n.º 2, não pode ser derrogada por um pacto de jurisdição.

Este regime aceita, em nítido contraste com o disposto no art. 2.º, al. a), § 2.º, Reg. 1215/2012 quanto às limitações ao reconhecimento de medidas cautelares que não sejam decretadas pelo tribunal para conhecer da tutela definitiva, uma não coincidência entre o tribunal da DEAC e o tribunal da tutela definitiva⁽¹²⁾. Daquele regime também resulta que, apesar de o Reg. 655/2014 ser aplicável mesmo que o devedor tenha o seu domicílio num Estado terceiro (cf. art. 4.º, n.º 7), o Reg. 655/2014 não é efectivamente aplicável se o devedor for um consumidor que tenha o seu domicílio num Estado terceiro.

(d) Na hipótese de o crédito não se encontrar reconhecido, o credor tem o ónus de descrever todos os elementos relevantes que fundamentam a competência do tribunal ao qual é apresentado o pedido de DEAC [art. 8.º, n.º 2, als. h), i)]. Isto não impede que o tribunal do Estado-Membro se possa considerar competente com base noutros elementos⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art 10 EU-KPfVO 6; diferentemente, SCHLOSSER/HESS, EU-Zivilprozessrecht (2015)/HESS, EuKtPVO Art. 6.º 5 e Art. 11.º 3.

⁽¹¹⁾ TJ 5/12/2013 (508/12).

⁽¹²⁾ SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 321.

⁽¹³⁾ SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 318, ss.

1.4. Controlo

Compete ao tribunal do Estado de origem controlar *ex officio* a sua competência internacional (art. 17.º, n.º 1). A incompetência internacional do tribunal do Estado de origem constitui um fundamento de impugnação da DEAC pelo devedor [art. 33.º, n.º 1, al. *a*].

2. Competência interna

2.1. Competência material

Tendo presente as diferentes origens do crédito, Portugal, em cumprimento do disposto no art. 50.º, n.º 1, al. *a*), indicou como tribunais materialmente competentes os juízos centrais cíveis [cf. art. 117.º, n.º 1, al. *c*), LOSJ], os juízos locais cíveis (cf. art. 130.º, n.º 1, LOSJ), os juízos de competência genérica (cf. art. 130.º, n.º 1, LOSJ), os juízos de família e menores, os juízos do trabalho, os juízos de comércio, os juízos de execução, o tribunal da propriedade intelectual, o tribunal da concorrência, regulação e supervisão e ainda o tribunal marítimo.

Supõe-se que, nesta indicação, se utilizou o critério de que o tribunal que é competente para apreciar o crédito tem igualmente competência para decretar a DEAC. Em todo o caso, a indicação dos juízos centrais cíveis não deixa de ser algo discutível, dado que dificilmente se concebe que, como exige o disposto no art. 117.º, n.º 1, al. *a*), LOSJ, o procedimento de DEAC possa ser considerado um processo comum.

2.2. Competência territorial

O Reg. 655/2014 só contém uma regra de competência dotada de dupla funcionalidade: aquela que consta do art. 6.º, n.º 2. Fora desta hipótese, há que recorrer, para a aferição da competência territorial, às regras do direito interno do Estado-Membro cujos tribunais sejam competentes para o proferimento da DEAC. Em Portugal, há que aplicar a regra especial em matéria de competência territorial constante do art. 78.º, n.º 1, al. *a*), CPC.

3. Patrocínio judiciário

O regime relativo ao patrocínio judiciário é o seguinte:

- A representação por advogado ou por outro profissional da justiça não é obrigatória no processo com vista a obter uma DEAC (art. 41.º, 1.ª parte);
- Na impugnação da DEAC ou da execução da DEAC (cf. arts. 33.º e 34.º), a representação por advogado ou por outro profissional da justiça não é obrigatória, a menos que, segundo a lei do Estado-Membro do tribunal ou da autoridade em que deu entrada o requerimento de recurso, essa representação seja obrigatória independentemente da nacionalidade ou do domicílio das partes (art. 41.º, 2.ª parte); quanto à ordem jurídica portuguesa, importa considerar o disposto nos art. 40.º, n.º 1, al. *a*) e *c*), CPC, devendo recordar-se que, segundo o disposto no art. 37.º, o recurso das decisões proferidas na impugnação da DEAC ou da execução da DEAC é sempre admissível.

4. Regime dos documentos

4.1. Transmissão de documentos

(*a*) O regime da transmissão de peças escritas a tribunais, a autoridades competentes, a credores e a devedores é algo complexo. Assim, tendo presente os casos excluídos pelo art. 48.º, al. *a*), da aplicação do Reg. 1393/2007, o regime é o seguinte:

- Relativamente a notificações de tribunais e de autoridades — que são os casos regulados nos art. 10.º, n.º 2, § 3.º, 14.º, n.ºs 3 e 6, 23.º, n.º 3, § 1.º, e 6, 25.º, n.º 2 e 3, 28.º, n.º 3, § 1.º, e 36.º, n.º 5, § 2.º — não se aplica o Reg. 1393/2007, mas aplica-se o disposto no art. 29.º; assim, a transmissão pode ser feita por qualquer meio adequado, desde que o conteúdo do documento recebido seja verdadeiro e fidedigno em relação ao conteúdo do documento transmitido e que todas as informações dele constantes sejam facilmente legíveis (art. 29.º, n.º 1); o tribunal ou a autoridade que recebeu os documentos deve enviar um aviso de recepção à auto-

ridade, ao credor ou ao banco que os transmitiu, até ao final do dia útil seguinte ao da recepção, pelo meio de transmissão mais rápido possível e utilizando o formulário apropriado (art. 29.º, n.º 2);

- Aos demais casos excluídos pelo art. 48.º, al. *a*) — que respeitam à notificação a uma das partes — não se aplica nem o Reg. 1393/2007, nem o art. 29.º; em concreto, no caso regulado no art. 17.º, n.º 5, aplica-se a lei do Estado-Membro de origem e nos casos regulados no art. 36.º, n.ºs 2 e 4, aplica-se a lei do Estado-Membro de execução;
- Por fim, em todos os demais casos não excluídos no art. 48.º, al. *a*), pode aplicar-se o disposto no Reg. 1393/2007.

(*b*) O Reg. 655/2014 regula alguns aspectos linguísticos nos art. 23.º, n.º 4, 1.ª parte, e 49.º, n.ºs 1 e 2. Assim, mesmo quando o Reg. 1393/2007 não seja directamente aplicável, nada obsta à sua aplicação subsidiária num aspecto não regulado pelo Reg. 655/2014. Por exemplo: é pensável que qualquer aspecto linguístico da notificação a uma parte que não esteja regulado no art. 49.º, n.º 1, possa ser regulado pelo disposto no art. 8.º, Reg. 1393/2007⁽¹⁴⁾.

4.2. Dispensa de legalização

No âmbito do Reg. 655/2014 não se exige qualquer legalização dos documentos, nem outra formalidade análoga (art. 40.º). À semelhança do disposto no art. 61.º Reg. 1215/2012, deve entender-se que essa dispensa só vale para os documentos emitidos nos Estados-Membros.

5. Lei aplicável

O Reg. 655/2014 contém várias normas sobre a lei aplicável, algumas delas, na perspectiva da ordem jurídica portuguesa, em matéria substantiva [cf. art. 2.º, n.º al. *a*), 4.º, n.º 6 e 7, 13.º, n.º 4, 15.º, n.º 1, 26.º e 38.º, n.º 1,

(14) RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art. 48.º EU-KPfVO 4.

al. *a*) e *b*)] e outras em matéria processual [cf. art. 2.º, n.º 3, 17.º, n.º 5, 19.º, n.º 2, al. *j*), 23.º, n.º 3, § 2.º, 24.º, n.º 1 e 3, al. *b*), 28.º, n.º 2 e 3, 30.º, 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, 33.º, n.º 3, § 2.º, al. *a*) e *b*), § 2.º, 35.º, n.º 2, 36.º, n.º 5, § 3.º e 4.º, 39.º, n.ºs 1 e 2, 41.º, 43.º, n.º 1, e 46.º, n.ºs 1 e 2]⁽¹⁵⁾.

6. Direito subsidiário

Para além do que se encontra disposto no Reg. 655/2014, o procedimento de DEAC é regido pelo direito processual do Estado-Membro do foro (art. 23.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1). O disposto no art. 46.º, n.º 1, deve ser objecto de uma interpretação extensiva, de molde a abranger os efeitos do arresto de contas bancárias⁽¹⁶⁾. Assim, quando Portugal for o Estado-Membro de execução, o arresto de contas bancárias produz os efeitos (*in rem*) estabelecidos no art. 622.º CC.

V. Aspectos da DEAC

1. Generalidades

O Reg. 655/2014 visa assegurar o respeito pela vida privada e familiar, a protecção de dados pessoais, o direito de propriedade e o direito à acção e a um tribunal imparcial, consagrados nos art. 7.º, 8.º, 17.º e 47.º CDF [consid. (44); quanto à protecção de dados, cf. art. 47.º e consid. (46)]. Além disso, as condições de concessão da DEAC devem proporcionar um equilíbrio adequado entre o interesse do credor em obter uma DEAC e o interesse do devedor em prevenir abusos na obtenção da DEAC [consid. (14), § 1.º].

⁽¹⁵⁾ Sobre a matéria, cf. SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 336, ss.

⁽¹⁶⁾ RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art 23.º EU-KPfVO 3 e 5.

2. Direito à DEAC

2.1. Generalidades

(a) O direito à obtenção de uma DEAC é concedido ao credor nas seguintes situações:

- Antes de iniciar num Estado-Membro o processo relativo ao mérito da causa contra o devedor ou em qualquer fase desse processo até ser pronunciada uma decisão judicial ou homologada ou celebrada uma transacção judicial [art. 5.º, al. a)]; nesta hipótese, a DEAC é obtida pelo credor antes de este possuir uma decisão judicial ou uma transacção judicial, tratando-se, portanto, de uma DEAC *ante* ou *pendente causam*;
- Depois de ter obtido num Estado-Membro uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico que exija ao devedor o pagamento do crédito [art. 5.º, al. b)]; neste caso, o credor pode obter a DEAC depois de já possuir uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico e mesmo que qualquer destes elementos possua força executiva, pelo que se trata de uma DEAC *post causam*.

(b) Para que se possa compreender o alcance deste regime importa ter presente a noção de decisão judicial que é fornecida pelo art. 4.º, n.º 8: entende-se por decisão judicial qualquer decisão proferida por um tribunal dos Estados-Membros, independentemente da designação que lhe for dada, incluindo uma decisão relativa à determinação das custas do processo pelo secretário do tribunal. Portanto, a DEAC apenas é instrumental em relação a uma decisão proferida num Estado-Membro.

Por força da noção de decisão judicial que consta do art. 4.º, n.º 8, o que vale para a al. b) do art. 5.º deve valer igualmente para a al. a) do art. 5.º. Disto decorre que, se o processo relativo ao mérito da causa exigido pelo art. 10.º, n.º 1, só puder ser proposto num Estado terceiro, a DEAC, se já tiver sido decretada, deve ser revogada ou levantada (art. 10.º, n.º 2, § 1.º)⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Diversamente, CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 20, ss., e p. 22.

2.2. Concretização

A diferença entre a situação em que o credor já possui uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico [cf. art. 5.º, al. *b*)] e aquela em que estes elementos ainda não existem [cf. art. 5.º, al. *a*)] reflecte-se em vários aspectos do Reg. 655/2014. Assim, essa diferença releva, por exemplo, para a determinação da competência internacional (cf. art. 6.º, n.ºs 1 e 3), para as condições de concessão da DEAC (cf. art. 7.º, n.º 2), para o ónus de alegação do credor no procedimento de DEAC [cf. art. 8.º, n.º 2, al. *g*), *h*) e *i*)], para a apresentação de provas nesse procedimento (art. 8.º, n.º 3), para o ónus de propositura do processo principal (cf. art. 10.º, n.º 1), para a necessidade da constituição de uma garantia pelo credor (cf. art. 12.º, n.ºs 1 e 2), para o pedido de informações sobre contas bancárias (cf. art. 14.º, n.º 1), para a determinação do montante coberto pela DEAC (cf. art. 15.º, n.º 2) e ainda para os prazos para o proferimento da DEAC (cf. art. 18.º, n.ºs 1 e 2). O panorama mostra que a obtenção de uma DEAC é mais fácil quando o crédito já se encontra reconhecido do que quando isto ainda não sucede.

3. Crédito/contas

A DEAC só pode ser pedida para um crédito. Em contrapartida, a DEAC pode referir-se a uma única conta ou a várias contas bancárias mantidas num ou em diferentes bancos.

4. Medida cautelar

4.1. Generalidades

(*a*) A DEAC decreta uma medida de arresto, ou seja, decreta uma medida cautelar. O objectivo do Reg. 655/2014 não é, pois, o de realizar um pagamento ao credor, mas apenas o de arrestar fundos que possam vir a ser posteriormente atribuídos ao credor (nomeadamente, num posterior processo executivo proposto contra o devedor).

(*b*) O carácter cautelar do arresto de contas bancárias justifica, entre outras, as seguintes soluções legais:

- Se o credor não tiver uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, o tribunal deve exigir-lhe que constitua uma garantia num montante suficiente para prevenir a utilização abusiva do procedimento de DEAC e para assegurar a eventual indemnização do devedor por quaisquer prejuízos por este sofridos em resultado da DEAC, na medida em que o credor seja responsável por tais danos (art. 12.º, n.º 1, § 1.º);
- O credor tem a obrigação de tomar as medidas necessárias para assegurar a liberação de qualquer montante que, na sequência da aplicação da DEAC, exceda o montante nela especificado (art. 27.º, n.º 1 pr.);
- O credor é responsável pelos danos causados ao devedor pela DEAC e devidos a uma sua falta (art. 13.º, n.º 1);
- A DEAC é revogada ou alterada se tiver sido proferida uma decisão judicial relativa ao mérito da causa que tenha negado provimento ao crédito cuja execução o credor visava obter com a DEAC [art. 33.º, n.º 1, al. f)] ou se tiver sido revogada ou, conforme o caso, anulada a decisão judicial relativa ao mérito da causa ou a transacção judicial ou o instrumento autêntico cuja execução o credor visava obter com a DEAC [art. 33.º, n.º 1, al. g)];
- O arresto permanece até que uma medida de execução de uma decisão judicial, de uma transacção judicial ou de um instrumento autêntico que tenha sido obtida pelo credor no que respeita ao crédito que a DEAC visava garantir produza efeitos em relação aos fundos arrestados [art. 20.º, al. c)].

4.2. *Favor creditoris*

(a) A estrutura do art. 7.º mostra que o decretamento da DEAC é distinto consoante o crédito já esteja reconhecido através de decisão judicial, transacção judicial ou instrumento autêntico ou isso ainda não tenha acontecido. A diferença respeita essencialmente ao ónus da prova que recai sobre o credor.

Na primeira hipótese, o credor só tem de provar o *periculum in mora*: o tribunal profere a DEAC se o credor tiver apresentado elementos de

prova suficientes para o convencer de que há necessidade urgente de uma medida cautelar sob a forma de uma DEAC, porque existe um risco real de que, sem tal medida, a execução subsequente do crédito do credor contra o devedor seja frustrada ou consideravelmente dificultada [art. 7.º, n.º 1; cf. art. 8.º, n.º 2, al. j)]. O *periculum in mora* encontra-se verificado se existir um risco real de que, na altura em que o credor venha a conseguir executar o devedor, este possa ter delapidado, ocultado ou destruído os bens ou tê-los alienado abaixo do seu valor, com uma amplitude inabitual ou de modo pouco habitual [consid. (14), § 3.º]. As provas da existência desse risco também podem decorrer, por exemplo, do comportamento do devedor em relação ao crédito do credor ou num anterior litígio entre as partes, do historial de crédito do devedor, da natureza dos bens do devedor e de qualquer acto recentemente praticado por este a respeito dos seus bens [consid. (14), § 4.º 1.ª parte].

(b) Na hipótese de o credor não ter ainda obtido num Estado-Membro uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico que exija que o devedor lhe pague o crédito, o ónus probatório desse credor é mais exigente. Nesta situação, o credor, para além da prova do *periculum in mora*, tem ainda o ónus de apresentar elementos de prova suficientes para convencer o tribunal de que é provável que obtenha ganho de causa no processo principal contra o devedor (art. 7.º, n.º 2).

Quer dizer: na situação de o crédito ainda não se encontrar reconhecido, o credor tem de alegar as circunstâncias relevantes respeitantes ao seu fundamento [art. 8.º, n.º 2, al. h), ii)] e provar, pelo menos, a sua verosimilhança. Esta medida de prova deve ser interpretada e aplicada de forma autónoma⁽¹⁸⁾, embora ela pareça coincidir com a medida da prova correspondente ao *fumus boni iuris* e à mera justificação, dado que basta que o crédito seja verosímil perante os elementos e as provas fornecidos pelo credor.

4.3. Procedimento *ex parte*

A DEAC é proferida *ex parte* (arts. 11.º e 21.º, n.º 3), pelo que o devedor só é notificado após o proferimento da DEAC e a emissão da declara-

⁽¹⁸⁾ LÜTTRINGHAUS, ZZZP 129 (2016), p. 199, fala adequadamente de um “*unionsrechtlich-autonomes Beweismaß*”.

ção de arresto da conta ou das contas bancárias (art. 28.º, n.º 2), só depois desta notificação podendo impugnar a DEAC ou a sua execução (arts. 33.º, 34.º e 35.º). Este regime de contraditório diferido e eventual destina-se a garantir um efeito-surpresa [cf. consid. (15)], embora haja que instituir salvaguardas específicas a fim de evitar abusos com base na DEAC e proteger os direitos do devedor [consider. (17)].

4.4. Protecção do devedor

(a) Uma importante salvaguarda dos direitos do devedor é a possibilidade de se exigir que o credor constitua uma garantia destinada a assegurar que esse devedor possa vir a ser indemnizado posteriormente por quaisquer prejuízos que lhe tenham sido causados pela DEAC (consider. (18), § 1.º, 1.ª parte). Assim, antes de proferir uma DEAC num caso em que o credor não tenha ainda uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, o tribunal deve exigir-lhe que constitua uma garantia num montante suficiente para prevenir a utilização abusiva do procedimento de DEAC e para assegurar a eventual indemnização do devedor por quaisquer prejuízos por este sofridos em resultado da DEAC (art. 12.º, n.º 1, § 1.º).

Fica ao critério do tribunal determinar o montante da garantia que é suficiente para prevenir a utilização abusiva da DEAC e para assegurar que o devedor seja indemnizado, podendo considerar, na falta de elementos de prova específicos quanto ao montante dos prejuízos potenciais, o montante pelo qual será proferida a DEAC como uma indicação para determinar o montante da garantia [consider. (18), § 1.º 3.ª parte]. Trata-se de uma forma prática de evitar a consideração da lei do Estado-Membro da execução que, no contexto da responsabilidade do credor, é imposta pelo art. 13.º, n.º 4.

A prestação da garantia é realizada segundo a lei do Estado-Membro de origem (art. 46.º, n.º 1), pelo que, em Portugal, há que considerar o disposto no art. 915.º CPC. Consoante o direito nacional do Estado-Membro de origem, a garantia pode ser constituída sob a forma de depósito ou de garantia alternativa, como, por exemplo, uma garantia bancária ou uma hipoteca [consider. (18), § 1.º, 2.ª parte; art. 12.º, n.º 3].

(b) A título excepcional, o tribunal pode dispensar, a pedido do credor, a prestação de garantia se considerar que, face às circunstâncias do

caso, a sua constituição não é adequada [art. 12.º, n.º 1, § 2.º; cf. art. 8.º, n.º 2, al. k)]. Entre estas circunstâncias podem contar-se, por exemplo, aquela em que o credor tenha razões especialmente fortes mas não disponha de meios suficientes para constituir a garantia⁽¹⁹⁾, aquela em que o crédito seja relativo à obrigação de alimentos ou ao pagamento de salários ou ainda aquela em que o montante do crédito seja tal que não haja probabilidade de a DEAC causar prejuízos ao devedor, porque, por exemplo, é uma dívida comercial de pequeno montante [consid. (18), § 2.º 2.ª parte].

(c) Mesmo no caso de o credor já ter obtido uma decisão judicial, uma transação judicial ou um instrumento autêntico — isto é, mesmo no caso de o crédito já se encontrar reconhecido —, o tribunal pode, antes de proferir a DEAC, exigir-lhe que constitua uma garantia, se o considerar necessário e adequado face às circunstâncias do caso (art. 12.º, n.º 2). Nesta hipótese, o tribunal tem um poder discricionário quanto à constituição de garantia, o que pode mostrar-se adequado, por exemplo, quando a decisão judicial cuja execução se pretende assegurar com a DEAC não tenha ainda força executória ou só a tenha a título provisório, por motivo de recurso pendente no Estado-Membro de origem [consid. (18), § 3, 2.ª parte].

(d) Se o tribunal, em qualquer das situações possíveis, exigir que seja constituída a garantia, informa o credor do montante exigido e das formas de garantia aceitáveis segundo o seu direito (art. 12.º, n.º 3, 1.ª parte). O tribunal deve indicar ao credor que proferirá a DEAC logo que tenha sido constituída a garantia de acordo com esses requisitos (art. 12.º, n.º 3, 2.ª parte).

(e) Depois de notificado nos termos do art. 28.º, n.º 1, o devedor pode pedir ao tribunal do Estado-Membro de origem que reaprecie a decisão que tenha dispensado o credor da constituição da garantia com fundamento no não preenchimento das condições ou dos requisitos para a sua exigência (art. 33.º, n.º 2, § 1.º). Cabe ao devedor demonstrar que, se a DEAC for pedida *ante causam*, não há motivos para dispensar o credor da prestação da garantia (cf. art. 12.º, n.º 1, § 1.º) ou que, se a

⁽¹⁹⁾ A jurisprudência do TEDH impõe que, na constituição de uma garantia de molde a prevenir um abuso do processo, se considere a situação económica da pessoa a quem ela é pedida: cf., por exemplo, TEDH 28/10/1998 (22924/93), n.º 54, ss.; cf. também TEDH 19/6/2001 (28249/95), n.º 53, ss., e 61, ss.

DEAC for pedida *post causam*, a sua prestação é necessária e adequada (cf. art. 12.º, n.º 2). Como resulta do estabelecido no art. 33.º, n.º 2, § 2.º, o devedor pode também limitar-se a pedir o reforço da garantia já prestada pelo credor.

Se o tribunal exigir que o credor constitua uma garantia ou uma garantia adicional, deve informar o credor do montante exigido e das formas de garantia aceitáveis segundo seu direito e adverti-lo de que a DEAC será revogada ou alterada no caso de a garantia (ou a garantia adicional) exigida não ser constituída no prazo fixado (art. 12.º, n.º 3, e 33.º, n.º 2, § 2.º).

4.5. Responsabilidade do credor

(a) Um outro elemento importante para atingir um equilíbrio adequado entre os interesses do credor e os do devedor é a regra sobre a responsabilidade do credor por qualquer dano causado ao devedor pela DEAC [consid. (19), § 1.º 1.ª parte]. Assim, o credor é responsável por todo e qualquer dano causado ao devedor pela DEAC devido a uma falta (*faute*, na versão francesa) do credor (art. 13.º, n.º 1, 1.ª parte).

Este regime merece duas observações:

- O art. 13.º trata apenas da responsabilidade do credor após o proferimento da DEAC; é o que decorre do disposto no art. 13.º, n.º 1, 1.ª parte, e, em especial, do estabelecido no art. 13.º, n.º 4, quanto à lei do Estado-Membro de execução como lei reguladora da responsabilidade do credor;
- O regime que consta do Reg. 655/2014 sobre a responsabilidade do credor é apenas supletivo; segundo o disposto no art. 13.º, n.º 3, 1.ª parte, os Estados-Membros podem manter ou introduzir no direito nacional outros motivos ou tipos de responsabilidade do credor ou regras específicas sobre o ónus da prova.

(b) O ónus da prova da responsabilidade do credor cabe ao devedor (art. 13.º, n.º 1, 2.ª parte). No entanto, a responsabilidade do credor é presumida (de forma ilidível, como é a regra) — e, por isso, o ónus da prova inverte-se — nas seguintes hipóteses:

- Se a DEAC for revogada pelo facto de o credor não ter instaurado o processo relativo ao mérito da causa, a menos que essa omissão seja devida ao pagamento do crédito pelo devedor ou a outra

forma de transacção entre as partes [art. 13.º, n.º 2, al. *a*); sobre o ónus de instauração do processo principal e respectivos prazos, cf. art. 10.º, n.º 1];

- Se o credor não tiver requerido a liberação dos montantes arrestados em excesso [art. 13.º, n.º 2, al. *b*); sobre a obrigação de requerer essa liberação, cf. art. 27.º];
- Se, posteriormente ao pedido de DEAC, se verificar que a sua concessão não era adequada ou apenas era adequada para um montante inferior, devido ao facto de o credor não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem na hipótese de formular pedidos paralelos [art. 13.º, n.º 2, al. *c*); sobre o dever de informação do credor, cf. art. 16.º, n.º 2 e 3];
- Se a DEAC for revogada ou cessar a sua execução, pelo facto de o credor não ter cumprido as obrigações no que respeita à notificação ou tradução de documentos ou ao suprimento da falta de notificação ou da falta de tradução [art. 13.º, n.º 2, al. *d*); sobre essas obrigações, cf. art. 23.º, n.º 3, § 2.º, e 4, 28.º, n.º 3, § 3.º, e 49.º, n.º 1].

(*c*) A lei aplicável à responsabilidade do credor é, em regra, a lei do Estado-Membro de execução (art. 13.º, n.º 4, § 1.º). Este regime contém uma norma de conflitos que afasta a aplicação do Reg. 864/2007 (Roma II) [art. 48.º, al. *f*)], pelo que, se Portugal for o Estado de execução, se aplica o disposto no art. 621.º CC e no art. 374.º, n.º 1, CPC.

Pode suceder que a DEAC permita o arresto de contas em mais do que um Estado-Membro. Neste caso, a lei aplicável à responsabilidade do credor é a lei do Estado-Membro de execução em que o devedor tem a sua residência habitual, tal como definida no art. 23.º, Reg. 864/2007 (Roma II) [art. 13.º, n.º 4, § 2.º, al. *a*)], ou, se o credor não tiver residência em nenhum Estado-Membro, a lei do Estado-Membro de execução que tem a conexão mais estreita com o caso [art. 13.º, n.º 4, § 2.º, al. *b*)]. Na determinação da conexão mais estreita, o montante da quantia arrestada nos vários Estados-Membros de execução pode ser um dos factores a ter em conta pelo tribunal [consid. (19), § 3.º, 4.ª parte].

(*d*) Todos os aspectos relacionados com a responsabilidade do credor para com o devedor não especificamente tratados nos n.º 1 e 2 do art. 13.º regem-se pelo direito nacional do Estado-Membro de execução (art. 13.º, n.º 3, 2.ª parte).

(e) A responsabilidade do credor para com o banco ou terceiros é regulada pelo regime geral (art. 13.º, n.º 5). Sempre que necessário, a lei aplicável é determinada pelo disposto nos art. 4.º Reg. 864/2007 (Roma II).

4.6. Processo principal

(a) Na hipótese de pedir a DEAC antes de instaurar o processo relativo ao mérito da causa, o credor deve instaurar esse processo (mesmo sem qualquer advertência do tribunal do Estado-Membro de origem) (art. 10.º, n.º 1, 1.ª parte). Como decorre do disposto no art. 5.º, al. a), em conjugação com a noção de decisão judicial que é fornecida pelo art. 4.º, n.º 8, só é relevante o processo que possa ser instaurado num Estado-Membro⁽²⁰⁾.

Como processo respeitante ao mérito da causa vale qualquer processo destinado a obter um título executivo para o crédito, incluindo, por exemplo, os processos sumários relativos a injunções de pagamento e os processos do tipo *procédure de référé* existentes em França [consid. (13)]. O que é essencial é que o processo permita obter um título executivo para o crédito, qualquer que seja a sua configuração ao nível europeu (como a injunção de pagamento europeia e o processo europeu para acções de pequeno montante) ou nacional (como o procedimento de injunção e as AECOPs).

(b) O credor tem o ónus de fazer prova da propositura do processo principal no prazo de 30 dias a contar da data em que apresentou o pedido de DEAC, ou no prazo de 14 dias a contar da data da concessão da DEAC, consoante a que ocorrer em último lugar (art. 10.º, n.º 1, 1.ª parte). Por exemplo: se a DEAC for decretada 8 dias depois da entrada em juízo do pedido do seu proferimento, o credor tem 30 dias a contar da apresentação do pedido para instaurar o processo principal (8+14 dias é menor que 30 dias); mas se a DEAC for proferida 20 dias depois do seu pedido, o credor tem 14 dias após o seu decretamento para propor o processo principal (20+14 dias é maior que 30 dias). Para a contagem dos prazos é irrelevante se o processo principal deve ser instaurado no Estado-Membro de origem ou num outro Estado-Membro.

Se o devedor o solicitar, o tribunal pode prorrogar o prazo para a propositura da acção pelo credor (para que, por exemplo, as partes possam

⁽²⁰⁾ RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art 10.º EU-KPfVO, p. 7, ss.

regularizar o crédito), devendo informar ambas as partes da sua decisão (art. 10.º, n.º 1, 2.ª parte). O devedor só pode usar esta faculdade depois de ter tido conhecimento do decretamento da DEAC (art. 28.º, n.º 1). Uma idêntica faculdade não é reconhecida ao credor.

(c) O art. 10.º, n.º 3 — que reproduz o disposto no art. 32.º, n.º 1, Reg. 1215/2012 —, contém as regras pelas quais se determina o momento em que se considera iniciado o processo relativo ao mérito da causa.

(d) Se o tribunal não tiver recebido prova da instauração do processo no prazo legal, a DEAC é revogada (se ainda não tiver sido executada) ou é levantada (se já tiver sido executada) e, depois disso, as partes são informadas (art. 10.º, n.º 2, § 1.º). Este regime mostra que, neste caso, a revogação ou o levantamento da DEAC ocorre *ex officio*.

Para a revogação ou o levantamento da DEAC observa-se o seguinte:

- Caso o tribunal que tenha proferido a DEAC esteja situado no Estado-Membro de execução (ou seja, caso o Estado de origem coincida com o Estado de execução), a revogação ou o levantamento da DEAC nesse Estado-Membro é efectuado de acordo com o direito nacional desse Estado-Membro (art. 10.º, n.º 2, § 2.º);
- Caso a revogação ou o levantamento tenha de ser aplicado num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de origem (isto é, caso o Estado de origem não coincida com o Estado de execução), o tribunal revoga a DEAC utilizando o formulário próprio e transmite-o à autoridade competente do Estado-Membro de execução (art. 10.º, n.º 2, § 3.º, 1.ª parte); esta autoridade deve tomar as medidas necessárias para dar aplicação à revogação ou ao levantamento da DEAC (art. 10.º, n.º 2, § 3.º, 2.ª parte).

5. Vigência do arresto

Os fundos atingidos pela DEAC mantêm-se arrestados até que:

- A DEAC seja revogada [art. 20.º, al. a); cf. art. 10.º, n.º 2, § 1.º, 33.º, n.º 1, 35.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 38.º, n.º 1];
- Seja posto fim à execução da DEAC [art. 20.º, al. b)], nomeadamente por oposição deduzida pelo devedor [cf. art. 34.º, n.º 1,

al. *b*), e 2] ou pela prestação de uma garantia pelo devedor [art. 38.º, n.º 1, al. *b*)];

- Uma medida de execução de um título executivo que tenha sido obtido pelo credor no que respeita ao crédito que a DEAC visava garantir venha a produzir efeitos em relação aos fundos arrestados [art. 20.º, al. *c*)]; é o que sucede quando os fundos arrestados na sequência da DEAC venham a ser utilizados para satisfação do crédito numa execução baseada num outro título [que pode ser a decisão proferida no processo relativo ao mérito da causa (cf. art. 10.º, n.º 1)]; em Portugal, isso verifica-se quando o arresto da conta seja convertido em penhora numa posterior execução (art. 762.º e 783.º, CPC);
- A pedido do devedor, os fundos arrestados sejam liberados e transferidos para a conta do credor, para efeitos do pagamento do crédito deste (art. 24.º, n.º 3).

VI. Aspectos do procedimento

1. Carácter opcional

1.1. Generalidades

(*a*) O procedimento de DEAC é alternativo às medidas de arresto previstas no direito nacional dos Estados-Membros (art. 1.º, n.º 2). O Reg. 655/2014 constitui um meio adicional e facultativo para o credor, que mantém a faculdade de recorrer a qualquer outro procedimento de obtenção de uma medida equivalente ao abrigo do direito nacional dos Estados-Membros [consid. (6)]. Quer dizer: mesmo quando seja aplicável o Reg. 655/2014, o regime nele instituído não prevalece sobre os regimes nacionais.

Deste regime resulta que o Reg. 655/2014 e o direito nacional do Estado do foro fornecem ao credor meios de tutela concorrentes. Esta solução pode ser especialmente interessante para o credor, dado que ela pode facultar a esta parte requerer e obter o arresto de uma conta bancária em conjunto com o reconhecimento do crédito no Estado-Membro de execução.

(b) Acresce que continua a estar facultada ao credor a possibilidade de obter a medida cautelar de arresto segundo o disposto no art. 35.º, Reg. 1215/2012 ou no art. 14.º, Reg. 4/2009. Há, no entanto, uma diferença fundamental entre obter o arresto da conta bancária segundo o regime do art. 35.º, Reg. 1215/2012 e o do Reg. 655/2014: enquanto, no primeiro caso, a decisão que decreta o arresto sem audição prévia do devedor não pode ser executada sem a sua notificação a esse devedor (art. 2.º, al. a), § 2.º, Reg. 1215/2012), no segundo caso, a DEAC é sempre proferida *ex parte* e, portanto, *inaudita altera parte* (art. 11.º e 21.º, n.º 3) e é sempre executada antes da sua notificação ao devedor (art. 28.º, n.º 1). Portanto, só através da aplicação do Reg. 655/2014 está assegurado um efeito-surpresa.

Isto demonstra que o recurso às medidas nacionais não é nada interessante para o credor quando estas se destinem a ser executadas num outro Estado-Membro. Neste caso, mesmo quando o arresto tenha sido proferido ao abrigo do art. 35.º Reg. 1215/2012, há importantes restrições ao seu reconhecimento e execução nos outros Estados-Membros [art. 2.º, al. a), § 2.º, Reg. 1215/2012].

1.2. Consequências

(a) A possibilidade de utilizar meios europeus e meios nacionais pode originar situações de pendência simultânea de vários procedimentos tendentes à garantia do mesmo crédito e pode criar o perigo de um arresto excessivo para garantia do mesmo crédito. A solução fornecida pelo Reg. 655/2014 é a seguinte:

- Como se estabelece no art. 16.º, n.º 1, o credor não pode apresentar junto de vários tribunais, em simultâneo, pedidos paralelos de DEAC contra o mesmo devedor com vista a garantir o mesmo crédito; para além de outras possíveis consequências processuais (como as que decorrem da excepção de litispendência), a formulação de vários pedidos de DEAC é susceptível de originar a responsabilidade do credor [cf. art. 13.º, n.º 2, al. c)];
- No entanto, como decorre do disposto no art. 16.º, n.ºs 2 e 3, nada impede que o credor, para garantia do mesmo crédito, utilize, em simultâneo, o procedimento de DEAC, quanto a uma conta, e o meio nacional, quanto a outra conta; *grosso modo*, isso é justifi-

cado pela circunstância de o procedimento de DEAC se destinar a obter o arresto de contas bancárias num Estado-Membro diferente daquele em que o credor tem o seu domicílio e de o meio nacional se destinar a obter o arresto de contas bancárias no Estado-Membro do domicílio do credor [consid. (10), § 2.º].

Na hipótese de haver vários devedores ou vários credores solidários e se o crédito for regido pelo direito português, importa considerar, quanto à impossibilidade de pedir o decretamento de mais do que uma DEAC contra mais do que um devedor ou por mais de um credor, o disposto no art. 519.º, n.º 1, CC (quanto à solidariedade passiva) e no art. 528.º, n.º 1, CC (quanto à solidariedade activa).

(b) A possibilidade de o credor requerer, em simultâneo, a DEAC e um meio nacional implica apenas para o credor que também escolhe este último meio um dever de informação:

- No seu pedido de DEAC, o credor deve declarar se apresentou a outro tribunal ou a outra autoridade um pedido de decisão nacional equivalente contra o mesmo devedor com vista a garantir o mesmo crédito ou se já obteve tal decisão [art. 16.º, n.º 2, 1.ª parte; art. 8.º, n.º 2, al. *m*)]; o credor também deve indicar todos os pedidos de decisão de arresto, europeia ou nacional, que tenham sido indeferidos por serem considerados inadmissíveis ou infundados [art. 16.º, n.º 2 2.ª parte; cf. art. 8.º, n.º 2, al. *m*)];
- Se, durante o processo de concessão de uma DEAC, o credor obtiver uma decisão nacional equivalente contra o mesmo devedor com vista a garantir o mesmo crédito, essa parte deve informar sem demora o tribunal desse facto, bem como de qualquer aplicação posterior da decisão nacional concedida (art. 16.º, n.º 3, 1.ª parte); o credor também deve informar o tribunal de todos os pedidos de decisão nacional equivalente que tenham sido indeferidos por serem considerados inadmissíveis ou infundados (art. 16.º, n.º 3, 2.ª parte); este dever de informação destina-se a evitar o proferimento de decisões contraditórias e, pelo menos em teoria, justifica que, ao contrário do que é comum no âmbito do processo civil europeu [cf., por exemplo, art. 45.º, n.º 1, al. *d*), e 46.º Reg. 1215/2012], o Reg. 655/2014 não institua nenhuma possibilidade de obstar ao reconhecimento e à execução de uma DEAC com fundamento numa decisão anterior incompatível.

Em todos estes casos, o tribunal aprecia, tendo em conta as informações prestadas e todas as circunstâncias do processo, se continua a ser adequada a concessão de uma DEAC para a totalidade ou apenas para parte do crédito (art. 16.º, n.º 4).

1.3. Execução

Sendo admissível a pendência simultânea de um pedido de DEAC e de um pedido de decretamento de uma medida nacional, é possível que uma delas venha a ser decretada e que a outra venha a ser rejeitada. Nesta situação, é importante salientar que o não decretamento da medida nacional não se encontra incluído entre os fundamentos de impugnação da execução da DEAC que se encontram enumerados no art. 34.º⁽²¹⁾.

2. Princípios do procedimento

2.1. Princípio dispositivo

(a) O procedimento de DEAC rege-se, fundamentalmente, pelo princípio dispositivo. Assim, quanto ao impulso das partes, verifica-se que o procedimento de DEAC se inicia com um pedido do credor (art. 8.º), que as informações sobre contas bancárias têm de ser pedidas pelo credor (art. 14.º, n.º 1, § 1.º), que a impugnação da DEAC incumbe ao devedor (art. 33.º), ao credor ou ao devedor (art. 35.º) ou a um terceiro (art. 39.º), que a oposição à execução cabe ao devedor (art. 34.º) e que é atribuído ao devedor o direito de constituir uma garantia em alternativa ao arresto (art. 38.º).

Apesar da relevância da disponibilidade das partes, o Reg. 655/2014 também reserva um importante poder de iniciativa ao tribunal. Assim, por exemplo, o tribunal, se o direito do foro o permitir, pode exigir ao credor provas documentais suplementares (art. 9.º, n.º 1), o tribunal deve revogar ou levantar a DEAC se não tiver recebido prova da instauração do processo principal (art. 10.º, n.º 2, § 1.º) e o tribunal deve exigir ao credor que constitua uma garantia num montante suficiente para prevenir a utilização abusiva do procedimento (art. 12.º, n.º 1, § 1.º).

⁽²¹⁾ SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 331.

(b) Quanto ao objecto do procedimento, o Reg. 655/2014 estabelece que a DEAC não pode, em circunstância alguma, ser proferida num montante que exceda o montante indicado pelo credor no seu pedido (*ne ultra petita*: art. 17.º, n.º 4, § 2.º).

Relativamente a juros e a despesas, a situação é distinta consoante o credor já tenha obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico ou isso ainda não tenha sucedido. No primeiro caso, o montante que o credor pode invocar é o correspondente ao capital em dívida ou a parte dele e a eventuais juros legais de acordo com a lei reguladora do crédito [art. 8.º, n.º 2, al. g), i); cf. art. 15.º, n.º 1]. Exceptua-se, no entanto, a situação em que se verifique a violação de normas imperativas do Estado-Membro de origem (art. 15.º, n.º 1, *in fine*). Como resulta de outras versões linguísticas do Reg. 655/2014, melhor teria sido manter o paralelismo linguístico com o disposto no art. 9.º, n.º 1, Reg. 593/2008 (Roma I) sobre as normas de aplicação imediata, entendidas como as disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável.

Se já tiver obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, o montante do capital em dívida é o especificado no título ou parte dele, acrescido de eventuais juros e despesas legais [art. 8.º, n.º 2, al. g), ii); cf. art. 15.º, n.º 2]. Nesta hipótese, os juros podem ser tanto aqueles que decorrem da lei aplicável ao crédito, como aqueles que resultam do proferimento de uma decisão sobre o crédito (cf., no caso de Portugal, art. 829.º-A, n.º 4, CC)⁽²²⁾.

2.2. Princípio da boa fé

Conjuntamente com o pedido de decretamento da DEAC, o credor deve apresentar uma declaração de que as informações prestadas no pedido são verdadeiras e completas tanto quanto é do seu conhecimento e de que está ciente de que quaisquer declarações deliberadamente falsas ou incompletas podem ter consequências jurídicas nos termos do direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado ou implicar a sua responsabilidade perante o devedor [art. 8.º, n.º 2, al. o)], aliás, tanto no Estado-

(22) CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 187, ss.

-Membro de origem, como no Estado-Membro de execução [art. 8.º, n.º 2, al. o), e 13.º, n.º 1]. No caso de Portugal ser o Estado-Membro de origem, o credor pode responder como litigante de má fé [art. 542.º, n.º 1 e 2, al. b), CPC] e ser condenado a indemnizar o devedor (art. 374.º, n.º 1, CPC).

2.3. Princípio da celeridade

O procedimento de DEAC orienta-se por um princípio de celeridade⁽²³⁾. É o que resulta nomeadamente do seguinte:

- Vários preceitos impõem que os tribunais, as autoridades competentes, os bancos e as partes actuem com celeridade [art. 14.º, n.º 5, al. d), § 2.º] ou sem demora [art. 16.º, n.º 3, 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 3, 4, 2.ª parte e 5, 23.º, n.º 2, 24.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, § 2.º, 27.º, n.º 2, § 2.º, 28.º, n.º 6 2.ª parte, 33.º, n.º 3, al. b), § 2.º, e 36.º, n.ºs 4 e 5, § 2.º];
- Vários preceitos estabelecem prazos processuais [art. 10.º, n.º 1, 14.º, n.º 7, 17.º, n.º 2, 18.º, n.ºs 1, 2 e 3, 21.º, n.º 2, 23.º, n.º 2, 24.º, n.º 2, al. b), § 2.º, 25.º, n.ºs 1 e 3, § 2.º, 27.º, n.º 2, 28.º, n.ºs 2, 3 e 6, 29.º, n.º 2, 33.º, n.º 1, al. b), 3, § 1.º, e 4, § 1.º, e 36.º, n.º 4]; os tribunais ou as autoridades envolvidas no procedimento de DEAC só podem derrogar estes prazos em circunstâncias excepcionais, como sucede, por exemplo, em casos jurídica ou factualmente complexos [consid. (37) 2.ª parte];
- Quando, em circunstâncias excepcionais, não for possível ao tribunal ou à autoridade envolvida respeitar os prazos estabelecidos nos art. 14.º, n.º 7, 18.º, 23.º, n.º 2, 25.º, n.º 3, § 2.º, 28.º, n.ºs 2, 3 e 6, 33.º, n.º 3, e 36.º, n.ºs 4 e 5, o tribunal ou a autoridade devem tomar as medidas necessárias para cumprir essas disposições assim que seja possível (art. 45.º).

2.4. Princípio da adequação formal

A DEAC é proferida num procedimento escrito com base nas informações e provas apresentadas pelo credor (art. 9.º, n.º 1). Perante a (indese-

(23) Cf. SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 289, ss.

jável) falta de qualquer adaptação do ordenamento interno ao Reg. 655/2014, há que recorrer, se necessário, aos poderes de gestão processual e de adequação formal do juiz do processo (art. 6.º, n.º 1, e 547.º, CPC, aplicáveis *ex vi* art. 46.º, n.º 1).

2.5. Princípio da equiparação

(a) O Reg. 655/2014 impõe uma equiparação entre a DEAC e uma medida nacional equivalente (cf. art. 17.º, n.º 5, 23.º, n.º 1, 32.º, 42.º, 43.º e 44.º). Esta equiparação impede que os Estados-membros tornem a obtenção de uma DEAC mais difícil ou onerosa do que a obtenção de uma equivalente medida nacional e constitui, por isso, uma condição da eficácia prática da DEAC nos Estados-Membros⁽²⁴⁾. Apenas essa equiparação permite uma verdadeira alternatividade entre a DEAC e as medidas de arresto previstas no direito nacional dos Estados-Membros (cf. art. 1.º, n.º 2).

O princípio de equiparação deve valer independentemente do que se disponha no Reg. 655/2014, sempre que este regule uma matéria que tenha correspondência nos direitos nacionais dos Estados-Membros. Por exemplo: o direito do devedor a constituir uma garantia em alternativa ao arresto (cf. art. 38.º) deve observar o disposto no art. 368.º, n.º 3 e 4, CPC (aplicável *ex vi* art. 376.º, n.º 1, CPC).

O princípio da equiparação também deve ser observado quando, segundo o disposto nos art. 13.º, n.º 3, 1.ª parte, e 14.º, n.º 5, os Estados-Membros possam instituir regimes específicos em determinadas matérias. Estes regimes não podem ser discriminatórios em relação a medidas nacionais equivalentes à DEAC.

(b) O Reg. 655/2014 impõe uma equiparação entre a execução da DEAC e a execução das decisões nacionais equivalentes no Estado-Membro da execução (art. 23.º, n.ºs 1 e 4). Esta equiparação é justificada pela necessidade de evitar a duplicação das estruturas de execução nos Estados-Membros e de respeitar os procedimentos nacionais na medida do possível [consid. (23)]. No direito português, a decisão equivalente à DEAC é o arresto de conta bancária (cf. art. 619.º, n.º 1, CC; art. 391.º, n.º 1, CPC), que, tal como sucede quanto à DEAC, é decretado antes de o devedor ser ouvido (art. 393.º, n.º 1, CPC; cf. art. 366.º, n.º 6, e 376.º, n.º 1, CPC).

(24) Cf. SANDRINI, Riv. dir. int. priv. proc. 53 (2017), p. 301, ss.

O Reg. 655/2014 também determina uma equiparação, quanto à sua prioridade, entre a DEAC e a decisão nacional equivalente no Estado-Membro de execução (art. 32.º). Note-se, no entanto, que esta equiparação só pode relevar numa posterior execução para satisfação do crédito (não, portanto, na execução da DEAC) em que esta DEAC concorra com garantias de outros credores.

Se certas medidas de execução tiverem prioridade sobre as medidas de arresto, deve ser-lhes dada a mesma prioridade em relação a qualquer DEAC [consid. (28) 2.ª parte]. Esta situação não ocorre em Portugal [cf. a informação prestada ao abrigo do art. 50.º, n.º 1, al. *k*)], dado que, segundo o ordenamento português, o arresto da conta, depois da execução da DEAC, pode ser convertido em penhora numa execução instaurada para a satisfação do crédito (cf. arts. 762.º e 783.º CPC). Esta conversão assegura a prioridade do arresto da conta em relação a garantias reais constituídas posteriormente ao proferimento da DEAC.

(c) Um princípio de equiparação também vale entre o procedimento de DEAC e os correspondentes procedimentos nacionais de arresto, nomeadamente no que se refere a custas judiciais (art. 42.º), a taxas cobradas pelas autoridades (art. 44.º) e a despesas incorridas pelos bancos (art. 43.º).

2.6. Princípio da “co-execução”

A DEAC proferida no Estado-Membro de origem é reconhecida nos outros Estados-Membros sem necessidade de qualquer procedimento especial e é executória nestes Estados sem que seja precisa uma declaração de executoriedade (art. 22.º), ou seja, sem necessidade de nenhum *exequatur*.

O Estado-Membro de origem decreta uma medida executiva (que é o arresto de uma conta bancária), mas esta medida executiva é executada nos termos dos procedimentos aplicáveis à execução de decisões nacionais equivalentes no Estado-Membro de execução (art. 23.º, n.ºs 1 e 4). Disto decorre que um Estado decreta a medida de arresto e um outro Estado executa essa medida de acordo com o seu direito nacional. Pode falar-se, por isso, de uma “co-execução” do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de execução⁽²⁵⁾.

(25) RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art. 22.º EU-KPfVO 5.

3. Transparência patrimonial

3.1 Generalidades

(a) Segundo o disposto no art. 8.º, n.º 2, al. *d*), o credor deve identificar o banco no qual o devedor detém uma ou mais contas a arrestar. Assim, a fim de superar as dificuldades práticas existentes na obtenção de informações sobre o paradeiro da conta bancária do devedor num contexto transfronteiriço, o Reg. 655/2014 estabelece um mecanismo de cooperação transfronteiriça destinado a permitir ao credor solicitar que as informações necessárias para identificar a conta do devedor sejam obtidas pelo tribunal junto da autoridade de informação designada do Estado-Membro onde o credor considera que o devedor detém uma conta [consid. (20), § 1.º, 1.ª parte]. Sem esquecer o disposto, no âmbito restrito da obrigação de alimentos, no art. 61.º, n.º 2, al. *c*), Reg. 4/2009, é a primeira vez que, num âmbito geral, se institui ao nível europeu um mecanismo de cooperação para a localização de contas bancárias.

(b) Portugal designou, na sequência do imposto pelo art. 50.º, n.º 1, al. *b*), a OSAE como autoridade de informação. Isto significa que os tribunais dos Estados-Membros podem solicitar à OSAE informações sobre contas bancárias localizadas em Portugal. Deve ainda entender-se que, se Portugal for o Estado-Membro de origem, é possível o recurso ao estabelecido no art. 749.º, n.ºs 1 e 6, CPC.

3.2. Informações

(a) As informações sobre contas bancárias podem ser obtidas, embora em condições distintas, quer quando o crédito já se encontrar reconhecido, quer quando isso não suceder. Em concreto:

- O credor que tiver uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico que exija ao devedor o pagamento do crédito e tiver motivos para crer que este detém uma ou mais contas num banco de determinado Estado-Membro, mas não souber o nome e/ou o endereço do banco nem o IBAN, o BIC ou outro número bancário que permita identificar o banco, pode pedir ao tribunal a que é apresentado o pedido de DEAC que requeira à autoridade de informação do Estado-Membro de execução que obtenha as informações necessárias para permitir que

sejam identificados o banco ou os bancos e a conta ou as contas do devedor (art. 14.º, n.º 1, § 1.º);

- O credor que não possuir uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico com força executória pode solicitar as mesmas informações se o montante a arrestar for avultado, tendo em conta as circunstâncias pertinentes, e se tiver apresentado elementos de prova suficientes para convencer o tribunal de que há uma necessidade urgente de tais informações devido ao risco de que, sem elas a subsequente execução do seu crédito contra o devedor possa ficar comprometida, o que poderá conduzir a uma deterioração substancial da situação financeira do credor (art. 14.º, n.º 1, § 2.º); este regime mais apertado destina-se a evitar as chamadas *fishing expeditions*.

(b) Para obter as informações, a autoridade de informação do Estado-Membro de execução utiliza um dos métodos previstos nesse Estado-Membro (art. 14.º, n.º 4). No entanto, cada Estado-Membro deve prever no seu direito nacional pelo menos um dos seguintes métodos de obtenção das informações:

- A obrigação de todos os bancos no seu território divulgarem, a pedido da autoridade de informação, se o devedor é titular de uma conta nalgum deles [art. 14.º, n.º 5, al. a)]; é o que sucede em Portugal, segundo a informação prestada à Comissão Europeia [art. 50.º, n.º 1, al. c)];
- O acesso da autoridade de informação às informações relevantes quando essas informações forem detidas por autoridades ou administrações públicas em registos ou de outra forma [art. 14.º, n.º 5, al. b)]; é também o que sucede em Portugal, de novo segundo a informação fornecida à Comissão Europeia [art. 50.º, n.º 1, al. c)];
- A possibilidade de os seus tribunais obrigarem o devedor a divulgar qual o banco ou os bancos no seu território em que detém uma ou mais contas, se essa obrigação for acompanhada de uma injunção *in personam* do tribunal que o proíba de levantar ou transferir fundos da sua conta ou contas até ao montante a arrestar por meio da DEAC [art. 14.º, n.º 5, al. c)];
- Quaisquer outros métodos eficazes e eficientes para efeito de obtenção das informações relevantes, desde que não sejam desproporcionados em termos de custos ou de tempo [art. 14.º, n.º 5, al. d)].

3.3. Procedimento

(a) O credor apresenta o pedido de obtenção de informações no próprio pedido de DEAC [art. 8.º, n.º 2, al. f)], indicando as razões que o levam a crer que o devedor detém uma ou mais contas num banco de determinado Estado-Membro e fornecendo todas as informações relevantes de que dispõe sobre o devedor e a(s) conta(s) a arrear (art. 14.º, n.º 2, 1.ª parte). O tribunal ao qual é apresentado o pedido indefere-o, se considerar que o pedido do credor não está devidamente fundamentado (art. 14.º, n.º 2, 2.ª parte).

(b) Se o tribunal considerar que o pedido do credor está devidamente fundamentado e que estão reunidos todos os requisitos e condições para proferir a DEAC, com excepção do requisito relativo à identificação do banco e, se aplicável, do requisito da constituição de uma garantia pelo credor, o tribunal transmite o pedido de informações à autoridade de informação do Estado-Membro de execução (art. 14.º, n.º 3). Logo que obtenha as informações sobre a conta ou as contas, a autoridade de informação do Estado-Membro de execução transmite-as ao tribunal requerente (art. 14.º, n.º 6); se não conseguir obter as informações, a autoridade de informação dá conhecimento do facto ao tribunal requerente (art. 14.º, n.º 7, 1.ª parte).

(c) Caso a autoridade de informação receba informações de um banco ou obtenha acesso a informações sobre as contas detidas por autoridades ou administrações públicas em registos, a notificação ao devedor da divulgação dos seus dados pessoais é adiada por 30 dias, de modo a evitar que uma notificação precoce comprometa o efeito da DEAC (art. 14.º, n.º 8). Este regime constitui uma excepção ao dever de comunicação ao titular dos dados, mas é justificado pela necessidade de salvaguardar o efeito-surpresa da DEAC [consid. (46)].

4. Autoridade competente

4.1. Indicação

A autoridade competente é a autoridade ou são as autoridades designadas por um Estado-Membro como sendo competentes para a recepção, a transmissão ou a notificação nos termos dos art. 10.º, n.º 2, 23.º, n.ºs 3, 5

e 6, 25.º, n.º 3, 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 3, e 36.º, n.º 5, § 2.º (art. 4.º, n.º 14). Cumprindo o disposto no art. 50.º, n.º 1, al. e), Portugal indicou como autoridade competente os tribunais (mais precisamente os oficiais de justiça) e a OSAE (mais precisamente os agentes de execução). Importa, porém, ter presente que, nos casos referidos nos art. 10.º, n.º 2, § 3.º, 1.ª parte, 23.º, n.º 3, § 1.º, 5 e 6, 25.º, n.º 3, 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 3, § 2.º, e 36.º, n.º 5, § 2.º, 1.ª parte, essa autoridade coincide com a autoridade de execução e que esta autoridade, conforme a indicação imposta a Portugal pelo art. 50.º, n.º 1, al. f), é a OSAE.

4.2. Consequências

Os art. 23.º, n.º 3, § 2.º, e 28.º, n.ºs 2 e 3, permitem uma escolha entre o tribunal e o credor para a transmissão do pedido de DEAC apresentado pelo credor ao tribunal, das cópias dos documentados apresentados pelo credor ao tribunal, da própria DEAC e ainda da declaração emitida pelo banco. Essa escolha não parece ser uma escolha realizada segundo o direito interno de cada Estado-Membro, mas antes uma escolha permitida aos Estados-Membros e reflectidas nas informações prestadas por cada um destes Estados. Sendo assim, atendendo à informação prestada por Portugal, essa transmissão cabe, sempre que Portugal seja o Estado de origem, ao tribunal.

5. Execução extrajudicial

Portugal indicou, nos termos do estabelecido no art. 50.º, n.º 1, al. f), a OSAE como a autoridade competente para a execução da DEAC. Disto decorre que, em Portugal, a execução da DEAC é uma execução extrajudicial. Em especial, importa ter presente que, para afeitos de aplicação do disposto nos art. 10.º, n.º 2, § 3.º, 1.ª parte, 19.º, n.º 3, al. e), 23.º, n.º 3, § 1.º, 5 e 6, 25.º, n.º 3, 27.º, n.º 2, 28.º, n.º 3, 36.º, n.º 5, § 2.º, 1.ª parte, e 38.º, n.º 1, al. b), a entidade competente é a OSAE. Note-se, no entanto, que, segundo as informações fornecidas por Portugal nos termos do disposto no art. 50.º, n.º 1, al. l), a OSAE não tem competência para apreciar a impugnação da execução da DEAC.

VII. Fases do procedimento

1. Enunciado

O procedimento de DEAC comporta três fases: a fase do decretamento (arts. 5.º a 21.º), a fase da execução (arts. 22.º a 32.º) e a fase da impugnação (arts. 33.º a 39.º). Da sequência destas fases resulta que a DEAC é decretada e executada e só depois pode ser impugnada pelo devedor e, eventualmente, por terceiros.

2. Fase do decretamento

2.1. Pedido do credor

(a) O pedido de DEAC é apresentado utilizando o formulário próprio (art. 8.º, n.º 1) e na língua oficial do Estado de origem (art. 133.º, n.º 1, CPC, *ex vi* art. 46.º, n.º 1). O pedido deve conter as seguintes informações:

- A designação e o endereço do tribunal ao qual é dirigido o pedido [art. 8.º, n.º 2, al. *a*)];
- Dados relativos ao credor e ao devedor [art. 8.º, n.º 2, al. *b*) e *c*)];
- Um número que permita identificar o banco, como o IBAN ou BIC e/ou o nome e o endereço do banco no qual o devedor detém uma ou mais contas a arrestar [art. 8.º, n.º 2, al. *d*)]; se isso não for possível, uma declaração de que foi apresentado um pedido para obtenção de informações sobre a conta ou contas e uma indicação das razões pelas quais o credor acredita que o devedor detém uma ou mais contas num banco de determinado Estado-Membro [art. 8.º, n.º 2, al. *f*)];
- Se disponível, o número da conta ou das contas a arrestar e, nesse caso, a indicação de que devem ser eventualmente arrestadas quaisquer outras contas detidas pelo devedor no mesmo banco [art. 8.º, n.º 2, al. *e*)]; quer dizer: além do arresto de uma conta identificada pelo seu número, pode ser pedido o arresto de qualquer outra conta do devedor no mesmo banco;
- O montante para o qual é requerida a DEAC [art. 8.º, n.º 2, al. *g*)]; caso o credor não tenha ainda obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, o montante é o

correspondente ao capital em dívida ou a parte dele e a eventuais juros legais [art. 8.º, n.º 2, al. g), i); cf. art. 15.º, n.º 1]; caso o credor já tenha obtido um desses elementos, o montante do capital em dívida é o especificado no título ou parte dele, acrescido de eventuais juros e despesas legais [art. 8.º, n.º 2, al. g), ii); cf. art. 15.º, n.º 2];

- Caso o credor não tenha ainda obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, uma descrição de todos os elementos relevantes que fundamentam a competência do tribunal, uma descrição de todas as circunstâncias relevantes invocadas como fundamento do crédito e, quando aplicável, dos juros pedidos e, por fim, uma declaração que indique se o credor já iniciou um processo relativo ao mérito da causa contra o devedor [art. 8.º, n.º 2, al. h)];
- Caso o credor já tenha obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, uma declaração de que ainda não foi dado cumprimento à decisão judicial, à transacção judicial ou ao instrumento autêntico, ou, se tiver havido cumprimento parcial, a indicação da medida do que não foi cumprido [art. 8.º, n.º 2, al. i)];
- Uma descrição de todas as circunstâncias relevantes que fundamentam a concessão da DEAC [art. 8.º, n.º 2, al. j)];
- Quando aplicável, uma indicação das razões pelas quais o credor acredita que deverá ser dispensado de constituir uma garantia a favor do devedor [art. 8.º, n.º 2, al. k)];
- Uma lista das provas apresentadas pelo credor [art. 8.º, n.º 2, al. l)]; as provas devem ser apresentadas conjuntamente com o pedido de DEAC (art. 8.º, n.º 3);
- Uma declaração indicando se o credor já apresentou a outros tribunais ou autoridades um pedido de decisão nacional equivalente ou se tal decisão já foi obtida ou recusada e, caso tenha sido obtida, em que medida foi aplicada [art. 8.º, n.º 2, al. m)];
- Uma indicação facultativa da conta bancária do credor que deverá ser utilizada para qualquer pagamento voluntário do crédito por parte do devedor [art. 8.º, n.º 2, al. n)];
- Uma declaração de que as informações prestadas pelo credor no pedido são verdadeiras e completas tanto quanto é do seu conhe-

cimento e de que o credor está ciente de que quaisquer declarações deliberadamente falsas ou incompletas podem ter consequências jurídicas nos termos do direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado ou implicar a sua responsabilidade [art. 8.º, n.º 2, al. o)].

(b) É admissível cumular vários pedidos de DEAC quanto a várias contas no mesmo Estado-Membro ou em diferentes Estados-Membros (cf. art. 23.º, n.º 6).

2.2. Convite ao aperfeiçoamento

Se o credor não tiver fornecido todas as informações, o tribunal pode dar-lhe a oportunidade de completar ou rectificar o pedido num prazo fixado pelo tribunal, a não ser que o pedido seja claramente inadmissível ou infundado (art. 17.º, n.º 3, 1.ª parte). Se o credor não aceder a este convite ao aperfeiçoamento do seu pedido e não o completar ou rectificar no prazo fixado, o pedido deve ser indeferido pelo tribunal (art. 17.º, n.º 3, 2.ª parte).

2.3. Instrução do procedimento

O pedido deve ser acompanhado de todos os documentos comprovativos relevantes e, se o credor já tiver obtido uma decisão judicial, uma transacção judicial ou um instrumento autêntico, de uma cópia da referida decisão, transacção ou instrumento que satisfaça as condições necessárias para atestar a sua autenticidade (art. 8.º, n.º 3). Se considerar que as provas apresentadas são insuficientes, o tribunal pode, se o direito nacional o permitir, exigir ao credor que apresente provas documentais suplementares (art. 9.º, n.º 1, 2.ª parte). Este poder do tribunal é reconhecido pelo art. 411.º CPC.

Desde que não afecte a celeridade do procedimento de DEAC, o tribunal pode recorrer a quaisquer outros métodos adequados de obtenção de provas previstos no seu direito nacional, tais como a audição oral do credor ou da(s) sua(s) testemunha(s), inclusive por videoconferência ou outra tecnologia da comunicação (art. 9.º, n.º 2). Trata-se da atribuição ao tribunal de um poder inquisitório, também consagrado na ordem processual portuguesa (cf. art. 411.º CPC).

2.4. Decisão do tribunal

(a) O tribunal ao qual tiver sido apresentado um pedido de DEAC verifica se estão reunidos os requisitos e as condições estabelecidas no Reg. 655/2014 (art. 17.º, n.º 1) e decide com base nas informações e provas apresentadas pelo credor (art. 9.º, n.º 1, 1.ª parte). Em especial, importa distinguir entre a apreciação da admissibilidade da DEAC e o decretamento da DEAC:

- Quanto à admissibilidade, compete ao tribunal verificar se o credor utilizou o formulário adequado (cf. art. 8.º, n.º 1), se estão preenchidos o âmbito de aplicação do Reg. 655/2014 (cf. art. 2.º) e o carácter transfronteiriço do caso (cf. art. 3.º, n.º 1), se o credor identificou o tribunal [cf. art. 8.º, n.º 2, al. a)] e as partes [cf. art. 8.º, n.º 2, al. b) e c)], se o credor identificou a conta bancária [cf. art. 8.º, n.º 2, al. d), e) e f)] e se o credor declarou se apresentou um pedido de decisão nacional [cf. art. 8.º, n.º 2, al. m) e que as informações prestadas são verdadeiras e completas (cf. art. 8.º, n.º 2, al. o)]; o tribunal pode convidar o credor a completar ou a rectificar o pedido (art. 17.º, n.º 3);
- Quanto ao decretamento da DEAC, cabe ao tribunal verificar se estão preenchidas as condições estabelecidas no art. 7.º; a DEAC é proferida no montante justificado pelas provas apresentadas pelo credor e nos termos da lei aplicável ao crédito subjacente, e inclui, se adequado, os juros e/ou as despesas (art. 17.º, n.º 4, § 1.º); a DEAC não pode em circunstância alguma ser proferida num montante que exceda o montante indicado pelo credor no seu pedido (art. 17.º, n.º 4, § 2.º).

(b) O tribunal decide sem ouvir o devedor (art. 11.º) e sem demora sobre o pedido, mas sem nunca ultrapassar o termo dos prazos máximos (art. 17.º, n.º 2). Estes prazos são distintos consoante o crédito ainda não esteja reconhecido (art. 18.º, n.º 1), o crédito já se encontre reconhecido (art. 18.º, n.º 2) ou tenha ocorrido uma audiência oral (art. 18.º, n.º 3).

A DEAC é proferida utilizando o formulário próprio, que deve ostentar um carimbo, uma assinatura e/ou qualquer outra autenticação do tribunal (art. 19.º, n.º 1, 1.ª parte). O formulário é composto por duas partes: a Parte A, que compreende um conjunto de informações a fornecer ao banco, ao credor e ao devedor, e a Parte B, que contém as informações a fornecer apenas ao credor e ao devedor (art. 19.º, n.º 1, 2.ª parte).

(c) A decisão sobre o pedido é comunicada ao credor pelo procedimento previsto na lei do Estado-Membro de origem para decisões nacionais equivalentes (art. 17.º, n.º 5).

2.5. Recurso do credor

(a) O credor tem direito a recorrer da decisão do tribunal que tenha indeferido, no todo ou em parte, o seu pedido de DEAC (art. 21.º, n.º 1). O recurso deve ser interposto no prazo de 30 dias a contar da data em que a DEAC tenha sido comunicada ao credor (art. 21.º, n.º 2, 1.ª parte; cf. art. 17.º, n.º 5) e, em Portugal, dever ser interposto, segundo as informações fornecidas à Comissão Europeia (cf. art. 50.º, n.º 1, al. d)), na competente Relação (art. 21.º, n.º 2, 2.ª parte).

Quanto ao procedimento do recurso, há que observar as seguintes regras:

- Quando o pedido de DEAC tiver sido indeferido na totalidade, o recurso é tratado em processo *ex parte* (art. 21.º, n.º 3); isto significa que, nesta circunstância, o recurso é apreciado e decidido sem a audição do devedor;
- Quando o pedido de DEAC tenha sido indeferido apenas parcialmente, o recurso não é apreciado *inaudita altera parte*, porque, nos termos do art. 28.º, n.º 1, o devedor deve ser notificado da concessão parcial da DEAC.

(b) Se o pedido de DEAC tiver sido parcialmente concedido, há que observar, quanto à parte em que o pedido tenha sido concedido, o disposto quanto à execução da DEAC (cf. arts. 22.º a 27.º), à notificação da DEAC ao devedor (cf. art. 28.º), à impugnação da DEAC ou da sua execução pelo devedor (cf. art. 33.º e 34.º) e à alteração da DEAC (cf. art. 35.º). Na outra parte, a DEAC é susceptível de ser impugnada pelo credor (art. 21.º, n.º 1).

(c) Em alternativa à interposição do recurso da decisão de improcedência, o credor pode formular um novo pedido de DEAC com base em novos elementos factuais ou novas provas [consid. (22) 2.ª parte].

2.6. Novo pedido

Após a improcedência do pedido de proferimento de uma DEAC não está prejudicada a possibilidade de o credor apresentar um novo pedido com base em novos elementos factuais ou novas provas [consid. (22) 2.^a parte]. Esta superveniência é dispensada quando se trate de formular um novo pedido de DEAC depois de um anterior ter sido rejeitado por motivos processuais.

3. Fase da execução

3.1. Circulação da DEAC

A DEAC, proferida de acordo com o disposto no Reg. 655/2014, é reconhecida em todos os Estados-Membros sem necessidade de qualquer procedimento especial e é executória nestes Estados sem que seja necessária uma declaração de executoriedade (art. 22.^o). Dado que, segundo a letra do art. 22.^o, apenas uma DEAC proferida num Estado-Membro em conformidade com o Reg. 655/2014, é reconhecida nos outros Estados-Membros, há que entender que a autoridade competente do Estado-Membro de execução pode recusar a execução se considerar que as informações que lhe são transmitidas nos termos dos art. 19.^o, n.^o 2, e 23.^o, n.^o 3, § 1.^o, são insuficientes. Em contrapartida, não cabe a essa autoridade controlar a competência internacional do tribunal do Estado-Membro de origem (cf. art. 6.^o), nem a verificação das condições de concessão da DEAC (cf. art. 7.^o), dado que estas questões só podem ser apreciadas, a pedido do devedor, no Estado-Membro de origem [cf. art. 33.^o, n.^o 1, al. a)].

O reconhecimento e a executoriedade operam antes de qualquer conhecimento da DEAC pelo devedor (cf. art. 28.^o, n.^o 1) e, portanto, antes de a execução da DEAC poder vir a ser limitada ou cessada (cf. art. 34.^o). Trata-se, portanto, de um reconhecimento que, ao contrário do que é habitual, não obsta à *révision au fond* da DEAC no Estado-Membro do reconhecimento.

3.2. Transmissão da DEAC

(a) Se a DEAC tiver sido proferida num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de execução, são transmitidos à autoridade competente deste Estado a parte A da DEAC e um formulário normalizado em branco para a declaração a realizar pelo banco (art. 23.º, n.º 3, § 1.º; sobre a declaração do banco, cf. art. 25.º, n.º 1). Essa transmissão deve ser feita pelo tribunal emissor ou pelo credor, dependendo de quem é responsável, segundo a lei do Estado-Membro de origem, por iniciar o procedimento de execução (art. 23.º, n.º 3, § 2.º).

Se Portugal for o Estado-Membro de execução, essa transmissão deve ser feita à OSAE (de acordo com a informação prestada à Comissão Europeia [art. 50.º, n.º 1, al. f]). Nada impede que, se estiver pendente uma execução para satisfação do crédito, a transmissão seja feita ao agente de execução.

(b) A DEAC deve ser acompanhada, se necessário, de uma tradução ou transliteração para a língua oficial do Estado-Membro de execução ou, caso exista mais do que uma língua oficial nesse Estado-Membro, a língua oficial ou uma das línguas oficiais do local onde a DEAC deva ser aplicada (art. 23.º, n.º 4, 1.ª parte). Essa tradução ou transliteração deve ser fornecida pelo tribunal emissor, utilizando a versão linguística apropriada do formulário normalizado (art. 23.º, n.º 4, 2.ª parte). Em alternativa, o documento também pode ser redigido em qualquer outra língua oficial da UE que o Estado-Membro da execução tenha declarado poder aceitar (art. 49.º, n.º 2).

3.3. Aplicação da DEAC

(a) Após a recepção da DEAC, a autoridade competente do Estado-Membro de execução deve tomar as medidas necessárias para que a DEAC seja executada de acordo com o seu direito nacional, quer transmitindo a DEAC recebida ao banco ou a outra entidade responsável por fazer executar tais decisões nesse Estado-Membro, quer, caso o direito nacional assim o preveja, dando instruções ao banco para aplicar a DEAC [consid. (25); art. 23.º, n.º 5]. A aplicação da DEAC ocorre sem necessidade de nenhum pedido específico do credor.

Segundo o disposto no art. 773.º, n.º 1, CPC, a DEAC produz efeitos no Estado-Membro de execução a partir do momento da sua comunicação ao banco.

(b) O banco ao qual seja dirigida a DEAC aplica-a sem demora após a ter recebido ou, quando a lei do Estado-Membro de execução assim o preveja, segue a correspondente instrução no sentido de a aplicar (art. 24.º, n.º 1). Para a aplicar, o banco procede ao arresto do montante especificado na DEAC (art. 24.º, n.º 2, § 1.º pr.), quer assegurando que esse montante não seja transferido ou levantado, quer, quando o direito nacional do Estado-Membro de execução o preveja, transferindo aquele montante para uma conta especificamente reservada para efeitos de arresto (art. 24.º, n.º 2, § 1.º). Esta solução é desconhecida do direito português.

(c) Na aplicação da DEAC há que observar as restrições à penhorabilidade que valem no Estado-Membro da execução (art. 24.º, n.º 2, § 1.º pr., e 31.º, n.º 1; cf., em especial, art. 738.º, n.º 1, e 739.º CPC): trata-se de uma manifestação — talvez duvidosa⁽²⁶⁾ — do princípio da territorialidade da execução. Em Portugal, essas regras valem independentemente de qualquer pedido do devedor (art. 31.º, n.º 2).

Pode suceder que uma DEAC abranja várias contas mantidas em vários Estados-Membros (cf. art. 23.º, n.º 6). Como as restrições à penhorabilidade são definidas pela lei de cada um desses Estados-Membros (art. 31.º, n.º 1), há que ajustar essas várias restrições, de molde a que o devedor não seja indevidamente beneficiado. É por isso que o art. 35.º, n.º 4, permite que o credor possa requerer que seja alterada a execução da DEAC de modo a ajustar a isenção aplicada num Estado-Membro às isenções realizadas noutros Estados-Membros.

(d) Na aplicação da DEAC há que observar as regras respeitantes ao arresto de contas conjuntas e de contas de mandatários segundo a lei do Estado-Membro de execução (art. 30.º). Quanto a este aspecto, importa referir o seguinte:

- Por contas conjuntas há que considerar, neste contexto, quer as contas conjuntas (que só podem ser movimentadas por todos os titulares), quer as contas solidárias (que podem ser movimentadas por qualquer dos titulares); em Portugal, o arresto só pode incidir sobre a quota-parte do devedor, presumindo-se que são iguais as quotas dos vários titulares da conta (art. 780.º, n.º 5, CPC);
- No caso das contas de mandatários (ou contas fiduciárias), o proprietário dos fundos (ou fiduciante) não surge como titular da conta

⁽²⁶⁾ Cf. CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 272, ss.

(que é o fiduciário); assim, como resulta da noção de conta bancária fornecida pelo art. 4.º, n.º 1, se a situação de fidúcia for conhecida, nada impede que possa ser decretada uma DEAC contra o fiduciante (mas não contra o fiduciário); em contrapartida, se a situação de fidúcia não for conhecida, nada obsta a que possa ser decretada uma DEAC contra o titular da conta, isto é, contra o fiduciário.

(e) Se a DEAC abranger várias contas detidas pelo devedor no mesmo banco e essas contas contiverem fundos que excedam o montante especificado na DEAC, esta deve ser aplicada de acordo com o seguinte *gradus executionis*:

- Contas-poupança unicamente em nome do devedor [art. 24.º, n.º 7, al. a)];
- Contas correntes unicamente em nome do devedor [art. 24.º, n.º 7, al. b)];
- Contas-poupança conjuntas [art. 24.º, n.º 7, al. c)];
- Contas correntes conjuntas [art. 24.º, n.º 7, al. d)].

Se os fundos detidos na conta ou nas contas forem numa moeda diferente daquela em que foi proferida a DEAC, o banco procede à conversão do montante especificado na DEAC para a moeda dos fundos (art. 24.º, n.º 8; cf. art. 4.º, n.º 3).

(f) Pode suceder que a conta detenha fundos que excedem o montante a arrestar ou que não sejam suficientes para este montante. Observa-se então o seguinte:

- Os fundos detidos na conta ou nas contas que excedam o montante especificado na DEAC não podem ser afectados pela sua aplicação (art. 24.º, n.º 5);
- Se, no momento da aplicação da DEAC, os fundos detidos na conta ou nas contas forem insuficientes para arrestar o montante total especificado na DEAC, esta deve ser aplicada apenas sobre o montante existente na conta ou nas contas (art. 24.º, n.º 6); se, depois disso, forem transferidos novos fundos para a conta arrestada, estes só podem ser arrestados se for obtida pelo credor uma nova DEAC⁽²⁷⁾.

(27) CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 244.

(g) O montante final arrestado pode ficar dependente da liquidação de operações que se encontrem pendentes no momento em que o banco recebe a DEAC ou instrução correspondente (art. 24.º, n.º 2, § 2.º, 1.ª parte). No entanto, essas operações pendentes só podem ser tidas em conta quando forem liquidadas antes de o banco emitir a declaração relativa ao arresto de fundos (art. 24.º, n.º 2, § 2.º, 2.ª parte; sobre essa declaração, cf. art. 25.º, n.º 1).

3.4. Dever de investigação

Pode suceder que a DEAC não especifique o número ou os números da conta ou das contas bancárias do devedor. Isso pode acontecer em duas situações:

- O credor consegue identificar o banco, mas não conhece o número da conta ou das contas a arrestar nesse banco [cf. art. 8.º, n.º 2, al. *d*) e *e*)];
- O crédito não se encontra coberto por um título executivo e o credor não consegue recorrer ao pedido de informação sobre contas regulado no art. 14.º, n.º 1, § 2.º; nesta hipótese, basta que o credor indique as razões pelas quais acredita que o devedor detém uma ou mais contas num banco de determinado Estado-Membro [art. 8.º, n.º 2, al. *f*)].

Nestas situações, o banco ou outra entidade responsável pela execução da DEAC tem o dever de procurar identificar a conta ou as contas detidas pelo devedor nesse banco (art. 24.º, n.º 4, § 1.º). No entanto, se, com base nas informações fornecidas na DEAC, não for possível ao banco ou a outra entidade identificar com segurança uma conta do devedor, procede-se da seguinte forma:

- O banco deve pedir os números das contas à autoridade de informação do Estado-Membro de execução, caso tenha sido indicado na DEAC que o número ou os números da conta ou das contas a arrestar foram obtidos por meio de um pedido de informações [art. 24.º, n.º 4, § 2.º, al. *a*)];
- O banco não aplica a DEAC, em todos os outros casos [art. 24.º, n.º 4, § 2.º, al. *b*)].

3.5. Declaração do banco

(a) Até ao final do terceiro dia útil após a aplicação da DEAC, o banco ou outra entidade responsável pela execução da DEAC no Estado-Membro de execução deve emitir uma declaração, usando o formulário apropriado, que indique se, e em que medida, os fundos existentes na conta ou nas contas do devedor foram arrestados e, na afirmativa, em que data a DEAC foi aplicada (art. 25.º, n.º 1, § 1.º, 1.ª parte). A conta ou as contas a arrestar são aquelas que tenham sido identificadas pelo credor nos termos do art. 8.º, n.º 2, als. *d)*, *e)* e *f)*, e que estão identificadas segundo o disposto no art. 19.º, n.º 2, als. *e)* e *f)*.

Se, em circunstâncias excepcionais, o banco ou outra entidade não puder emitir a declaração no prazo de três dias úteis, emite-a logo que possível, e até ao final do oitavo dia útil a seguir à aplicação da DEAC (art. 25.º, n.º 1, § 2.º, 2.ª parte). A falta de emissão da declaração pelo banco é susceptível de o fazer incorrer em responsabilidade civil (cf. art. 26.º).

(b) A declaração do banco deve ser transmitida sem demora (art. 25.º, n.º 1, § 2.º) nos seguintes termos:

- Se a DEAC tiver sido proferida no Estado-Membro de execução, o banco ou outra entidade responsável pela execução da DEAC deve transmitir a declaração ao tribunal que a proferiu e ao credor (art. 25.º, n.º 2);
- Se a DEAC tiver sido proferida num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de execução, a declaração deve ser transmitida à autoridade competente do Estado-Membro de execução, a menos que tenha sido proferida por essa mesma autoridade (art. 25.º, n.º 3, § 1.º); até ao final do primeiro dia útil após a recepção ou emissão da declaração, essa autoridade deve transmiti-la ao tribunal que proferiu a DEAC e ao credor (art. 25.º, n.º 3, § 2.º).

(c) O banco ou outra entidade responsável por executar a DEAC deve informar o devedor, a pedido deste, dos pormenores da DEAC (art. 25.º, n.º 4, 1.ª parte). O banco ou a entidade também o podem fazer na ausência de qualquer pedido do devedor (art. 25.º, n.º 4, 2.ª parte), designadamente por estarem contratualmente vinculados a fazê-lo. Esta informação não coloca em perigo o efeito-surpresa desejado pelo Reg. 655/2014 (cf. art. 11.º), dado que a mesma só acontece quando se encontra terminada a execução da DEAC.

Esta informação do banco ou de outra entidade responsável não substitui a notificação do devedor nos termos do art. 28.º, que deve realizar-se mesmo que o banco ou a entidade tenham prestado aquela informação.

3.6. Responsabilidade do banco

Os arts. 24.º e 25.º impõem especiais deveres aos bancos no que respeita à aplicação da DEAC e à emissão da declaração relativa ao arresto de fundos. A violação destes deveres é susceptível de originar responsabilidade civil do banco.

Esta responsabilidade é regulada pela lei do Estado-Membro de execução (art. 26.º), porque é este o Estado onde é mantida a conta a arrestar (cf. art. 4.º, n.º 12). Neste contexto, há que concluir, sempre que a responsabilidade suscite um problema de conflitos de leis, o seguinte:

- A responsabilidade do banco perante o devedor (ou seja, perante o seu cliente) é contratual; a esta responsabilidade é aplicável, conforme as situações, o disposto nos art. 3.º, 4.º, n.º 1, al. *b*), ou 6.º Reg. 593/2008 (Roma I);
- A responsabilidade do banco perante o credor é extracontratual; atendendo à qualificação material dessa responsabilidade, há que entender que nada obsta à aplicação do disposto nos arts. 4.º e 14.º Reg. 864/2007 (Roma II)⁽²⁸⁾.

3.7. Excesso de arresto

(a) O credor tem a obrigação de tomar as medidas necessárias para assegurar a liberação de qualquer montante que, na sequência da aplicação da DEAC, exceda o montante nesta especificado nas seguintes situações:

- Se a DEAC abranger várias contas no mesmo Estado-Membro ou em diferentes Estados-Membros [art. 27.º, n.º 1, al. *a*)];

⁽²⁸⁾ RAUSCHER, *EuZPR-EuIPR* (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art. 26.º EU-KPfVO 1; CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 250, ss.; diferentemente, entendendo que o art. 26.º contém uma norma material, SCHLOSSER/HESS, *EU-Zivilprozessrecht* (2015)/HESS, *EuKitPVO Art. 26.º*

- Se a DEAC tiver sido proferida após a aplicação de uma ou mais decisões nacionais equivalentes contra o mesmo devedor com vista a garantir o mesmo crédito [art. 27.º, n.º 1, al. *b*)]; esta situação é uma consequência da possibilidade, admitida pelo art. 16.º, n.º 2, 1.ª parte, de o credor requerer, a par de uma DEAC, uma decisão nacional de arresto; a hipótese em que o excesso se verifica numa posterior decisão nacional é regulada pelo direito interno do respectivo Estado-Membro⁽²⁹⁾.

(*b*) Até ao final do terceiro dia útil após a recepção da declaração emitida pelo banco que ateste que ocorreu um arresto excessivo, o credor, pela via mais rápida possível e utilizando o formulário apropriado, deve apresentar um pedido de libertação desses montantes à autoridade do Estado-Membro de execução no qual ocorreu o arresto excessivo (art. 27.º, n.º 2, § 1.º). Ao receber o pedido, essa autoridade dá sem demora instruções ao banco em causa para que libere os montantes arrestados em excesso (art. 27.º, n.º 2, § 2.º, 1.ª parte), o que o banco deve fazer pela ordem inversa de prioridade do arresto no caso de este abranger várias contas detidas pelo devedor no mesmo banco (art. 27.º, n.º 2, § 2.º, 2.ª parte), ou seja, pela ordem inversa daquela que se encontra estabelecida no art. 24.º, n.º 7.

A omissão do pedido de libertação constitui fundamento de responsabilidade do credor (art. 13.º, n.º 1, 1.ª parte), na qual, aliás, se presume que a falta é deste credor [art. 13.º, n.º 2, al. *b*)]. Essa omissão também fundamenta a impugnação da DEAC [art. 33.º, n.º 1, al. *d*)] e a oposição à execução da DEAC pelo devedor [art. 34.º, n.º 1, al. *b*), *iv*)].

(*c*) Os Estados-Membros podem prever no seu direito nacional que a libertação dos fundos arrestados em excesso seja iniciada pela autoridade de execução competente desse Estado-Membro por iniciativa própria desta última (art. 27.º, n.º 3). Infelizmente, a falta de qualquer regime de adaptação ao Reg. 655/2014 impede a aplicação desta razoável solução no ordenamento português.

⁽²⁹⁾ RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art. 27.º EU-KPfVO 4; CUNIBERTI/MIGLIORINI, The European Account Preservation Order Regulation, p. 254.

3.8. Pagamento do credor

O banco fica autorizado, a pedido do devedor, a liberar os fundos arrestados e a transferi-los para a conta do credor indicada na DEAC, para efeitos do pagamento voluntário do crédito, se estiverem cumulativamente preenchidas as seguintes condições:

- A referida autorização do banco está especificamente indicada na DEAC [art. 24.º, n.º 3, al. *a*); cf. art. 8.º, n.º 2, al. *n*), e 19.º, n.º 2, al. *j*)];
- Essa liberação e transferência são permitidas pela lei do Estado-Membro de execução [art. 24.º, n.º 3, al. *b*), e 19.º, n.º 2, al. *j*)];
- fora de uma execução em que o arresto da conta tenha sido convertida em penhora, não se vislumbra nenhum impedimento no ordenamento jurídico português a essa liberação ou transferência de fundos;
- Não existem decisões concorrentes a respeito da conta em questão [art. 24.º, n.º 3, al. *c*)], ou seja, não existem outras decisões de arresto da mesma conta.

4. Fase da impugnação

4.1. Características da fase

Os arts. 33.º, 35.º e 39.º atribuem, no âmbito das designadas “vias de recurso”, ao devedor, ao credor e a terceiros a possibilidade de impugnarem ou de solicitarem a alteração da DEAC. O tribunal competente para conhecer dessa impugnação ou alteração é, conforme resulta do disposto nos art. 33.º, n.º 1 pr., e 35.º, n.º 1, o próprio tribunal que proferiu a DEAC [cf. consid. (34), 1.ª parte]. Segue-se, portanto, o regime, comum na área do Processo Civil Europeu, da impugnação da DEAC no Estado de origem.

Diferentemente, a impugnação pelo devedor da execução da DEAC compete, consoante os fundamentos:

- Ao tribunal ou à autoridade de execução do Estado-Membro da execução [art. 34.º, n.º 1 pr.; consid. (34) 2.ª parte]; em Portugal, essa competência pertence aos tribunais, tal como foi notificado nos termos do disposto no art. 50.º, n.º 1, al. *l*); portanto, a OSAE é, em Portugal, a autoridade de execução da DEAC [cf. art. 50.º,

n.º 1, al. f)], mas não é a entidade com competência para apreciar a impugnação da execução da DEAC [cf. art. 50.º, n.º 1, al. l)];

— Ao tribunal do Estado-Membro de execução (art. 34.º, n.º 2).

4.2. Notificação do devedor

(a) A DEAC é proferida num processo *ex parte* (art. 11.º). Por isso, após o proferimento da DEAC, a própria DEAC, o pedido de DEAC apresentado pelo credor ao tribunal, as cópias dos documentados apresentados pelo credor ao tribunal e ainda a declaração emitida pelo banco devem ser notificados ao devedor (art. 28.º, n.º 1). Esta notificação deve ser realizada até ao final do terceiro dia útil após o recebimento da declaração do banco (art. 28.º, n.ºs 2 e 3, §§ 1.º e 2.º) e tem de ser efectuada no prazo máximo de 14 dias a contar do arresto da conta ou contas [cf. art. 33.º, n.º 1, al. b), e 34.º, n.º 1, al. b) (iv)].

(b) A notificação do devedor deve observar as seguintes regras:

- Se o devedor tiver domicílio no Estado-Membro de origem, a notificação deve ser feita de acordo com a lei desse Estado-Membro (art. 28.º, n.º 2, 1.ª parte); a notificação deve ser promovida pelo tribunal que proferiu a DEAC ou pelo credor, dependendo de quem for responsável por promover a notificação nesse Estado-Membro, até ao final do terceiro dia útil após a data em que tenha sido recebida a declaração emitida pelo banco que atesta o arresto dos montantes (art. 28.º, n.º 2, 2.ª parte);
- Se o devedor tiver domicílio num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de origem, o tribunal que proferiu a DEAC ou o credor deve transmitir os documentos à autoridade competente do Estado-Membro no qual o devedor tem domicílio, até ao final do terceiro dia útil após a data em que tenha sido recebida a declaração emitida pelo banco (art. 28.º, n.º 3, § 1.º, 1.ª parte); essa autoridade [que é a referida nos art. 4.º, n.º 14, e 50.º, n.º 1, al. e)] deve tomar, imediatamente, as medidas necessárias para que o devedor seja notificado nos termos da lei do Estado-Membro onde tem o seu domicílio (art. 28.º, n.º 3, § 1.º, 2.ª parte);
- Se o Estado-Membro em que o devedor tem domicílio for o único Estado-Membro de execução, as cópias dos documentos apresentados pelo credor ao tribunal devem ser transmitidas à autoridade

competente desse Estado-Membro em simultâneo com a transmissão da DEAC nos termos do art. 23.º, n.º 3 (art. 28.º, n.º 3, § 2.º, 1.ª parte); neste caso, a autoridade competente deve promover a notificação de todos os documentos até ao final do terceiro dia útil após a data em que é recebida a declaração emitida pelo banco (art. 28.º, n.º 3, § 2.º, 2.ª parte).

Depois da notificação do devedor, há que cumprir o seguinte:

- Se o devedor tiver domicílio num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de origem, a autoridade competente deve informar o tribunal que proferiu a DEAC ou o credor do resultado da notificação ao devedor (art. 28.º, n.º 3, § 3.º);
- Se o devedor tiver domicílio num Estado terceiro, a notificação deve ser feita segundo as regras de notificação internacional de documentos aplicáveis no Estado-Membro de origem (art. 28.º, n.º 4); nesta hipótese pode ser aplicável a CCitNot⁽³⁰⁾.

(c) Relativamente aos aspectos linguísticos, há que observar o seguinte:

- Os documentos enumerados no art. 28.º, n.º 5, als. *a*) e *b*), que devam ser notificados ao devedor e não estejam redigidos na língua oficial do Estado-Membro no qual o devedor tem domicílio ou, caso haja várias línguas oficiais nesse Estado-Membro, na língua oficial ou numa das línguas oficiais do lugar onde o devedor tem domicílio, ou noutra língua que o devedor compreenda, devem ser acompanhados de uma tradução ou transliteração para uma dessas línguas (art. 49.º, n.º 1, 1.ª parte); em alternativa, os referidos documentos também podem encontrar-se redigidos em qualquer outra língua oficial da UE que o Estado-Membro tenha declarado poder aceitar (art. 49.º, n.º 2);
- Os documentos enumerados no art. 28.º, n.º 5, al. *c*), não precisam de ser traduzidos, salvo se o tribunal decidir, a título excepcional, que determinados documentos precisam de ser traduzidos ou transliterados a fim de permitir ao devedor fazer valer os seus direitos (art. 49.º, n.º 1, 2.ª parte).

⁽³⁰⁾ Convenção Relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro dos Actos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial (DG, I Série, de 18/5/1971).

(d) A falta de notificação do devedor no prazo de 14 dias constitui fundamento de impugnação da DEAC ou da sua execução [art. 33.º, n.º 1, al. b) e c), e 34.º, n.º 1, al. b) (iv)].

4.3. Impugnação da DEAC

(a) A pedido do devedor ao tribunal competente do Estado-Membro de origem, a DEAC deve ser revogada ou, se for caso disso, alterada com um dos fundamentos seguintes:

- Não estão preenchidas as condições ou os requisitos constantes do Reg. 655/2014 [art. 33.º, n.º 1, al. a)]; o devedor pode recorrer se, por exemplo, o processo não constituir um processo transfronteiriço, se as regras de competência não tiverem sido respeitadas, se o credor não tiver instaurado um processo relativo ao mérito da causa dentro do prazo previsto e o tribunal não tiver revogado consequentemente a DEAC por sua própria iniciativa ou a DEAC não tiver sido levantada automaticamente, se o crédito do credor não necessitar de protecção urgente sob a forma de uma DEAC, por não existir o risco de a execução subsequente desse crédito ser impedida ou ser substancialmente dificultada [consid (32), § 1.º, 2.ª parte];
- A DEAC, as cópias dos documentados apresentados pelo credor ao tribunal e a declaração emitida pelo banco não foram notificados ao devedor no prazo de 14 dias a contar do arresto da sua conta ou contas [art. 33.º, n.º 1, al. b); cf. art. 28.º, n.º 3]; esta falta de notificação é sanável nos termos do art. 33.º, n.ºs 3 e 5;
- Os documentos que foram notificados ao devedor não cumprem os requisitos de línguas [art. 33.º, n.º 1, al. c); cf. art. 49.º, n.º 1]; esta falta de notificação é sanável de acordo com o estabelecido no art. 33.º, n.ºs 4 e 5;
- Os montantes arrestados que excedem o montante fixado na DEAC não foram liberados a pedido do credor [art. 33.º, n.º 1, al. d)], ou seja, o credor não cumpriu o disposto no art. 27.º;
- O crédito cuja execução o credor visa obter com a DEAC foi pago no todo ou em parte pelo devedor [art. 33.º, n.º 1, al. e)];
- Foi proferida uma decisão judicial relativa ao mérito da causa que negou provimento ao crédito cuja execução o credor visava obter

com a DEAC [art. 33.º, n.º 1, al. f)]; não é necessário que essa decisão esteja transitada em julgado⁽³¹⁾;

- Foi revogada ou, conforme o caso, anulada a decisão judicial relativa ao mérito da causa, a transacção judicial ou o instrumento autêntico cuja execução o credor visava obter com a DEAC [art. 33.º, n.º 1, al. g)].

(b) Em matérias reguladas pelo direito interno dos Estados-Membros (cf. art. 46.º, n.º 1), há que observar as respectivas formas de reacção contra a falta de pressupostos processuais e contra os vícios de procedimento.

4.4. Alteração da DEAC

(a) A DEAC só vale *rebus sic stantibus*. Assim, o devedor ou o credor podem requerer ao tribunal que proferiu a DEAC que a altere ou revogue com o fundamento de se terem alterado as circunstâncias com base nas quais a mesma foi proferida (art. 35.º, n.º 1). O tribunal que proferiu a DEAC também pode, caso a lei do Estado-Membro de origem o permita (o que não sucede em Portugal), por sua própria iniciativa, alterar ou revogar a DEAC, quando as circunstâncias se tenham alterado (art. 35.º, n.º 2).

(b) O devedor e o credor podem, com fundamento em terem acordado em liquidar o crédito, requerer em conjunto (e, portanto, por acordo) ao tribunal que proferiu a DEAC que a revogue ou a altere, ou ao tribunal competente do Estado-Membro de execução ou, se o direito nacional assim determinar, à autoridade de execução competente nesse Estado-Membro, a cessação ou a limitação da execução da DEAC (art. 35.º, n.º 3). Trata-se do reflexo de uma transacção celebrada entre o credor e o devedor na DEAC ou na execução desta.

(c) O credor pode requerer ao tribunal competente do Estado-Membro de execução ou, se o direito nacional assim determinar, à autoridade de execução competente nesse Estado-Membro, que altere a execução da DEAC de modo a ajustar a isenção aplicada nesse Estado-Membro aos

⁽³¹⁾ CUNIBERTI/MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation*, p. 284.

montantes do arresto, por já terem sido aplicadas outras isenções de montante suficientemente elevado a uma ou várias contas mantidas num ou em vários outros Estados-Membros e de esse ajustamento ser portanto apropriado (art. 35.º, n.º 4). Noutros termos: o credor pode pedir que seja diminuída a isenção do montante arrestável no Estado-Membro de execução, dado que o devedor já beneficiou de outras isenções suficientes noutros Estados-Membros.

4.5. Impugnação da execução da DEAC

(a) Diferente da impugnação da DEAC no Estado-Membro de origem (art. 33.º) é a impugnação da execução da DEAC no Estado-Membro de execução (art. 34.º). Esta impugnação destina-se a limitar ou a fazer cessar a execução da DEAC [art. 34.º, n.º 1, al. a) e b)].

(b) O devedor pode pedir ao tribunal competente ou, se o direito nacional deste Estado-Membro assim determinar, à autoridade de execução competente no Estado-Membro de execução, que a execução da DEAC nesse Estado-Membro seja limitada com fundamento em que certos montantes detidos na conta são impenhoráveis ou em que os montantes impenhoráveis não foram tidos em conta ou não o foram correctamente [art. 34.º, n.º 1, al. a)]. Trata-se, portanto, de fundamentos ligados a vícios da execução da DEAC.

(c) O devedor também pode pedir a cessação da execução da DEAC com qualquer dos seguintes fundamentos:

- A conta arrestada está excluída do âmbito de aplicação do Reg. 655/2014 segundo o disposto no art. 2.º, n.ºs 3 e 4 [art. 34.º, n.º 1, al. b), i)];
- A execução da decisão judicial, da transacção judicial ou do instrumento autêntico que o credor visava obter com a DEAC foi recusada no Estado-Membro de execução [art. 34.º, n.º 1, al. b), ii)]; cf., por exemplo, art. 46.º, Reg. 1215/2012];
- A executoriedade da decisão judicial, cuja execução o credor visava obter com a DEAC, foi suspensa no Estado-Membro de origem [art. 34.º, n.º 1, al. b), iii)]; a teleologia e a justificação do regime não são muito claras, mesmo quando seja certo que este se

refere à suspensão da exequutoriedade da decisão (e não à suspensão do processo executivo)⁽³²⁾;

- Ocorre algum dos fundamentos previstos no art. 33.º, n.º 1, al. *b*), *c*), *d*), *e*), *f*) ou *g*) [art. 34.º, n.º 1, al. *b*), *iv*)].

A remissão que consta do art. 34.º, n.º 1, al. *b*), (*iv*), para o disposto no art. 33.º, n.º 1, significa que há fundamentos comuns à impugnação da execução da DEAC e à impugnação da própria DEAC. A pendência de uma impugnação da DEAC (no Estado-Membro de origem) não pode obstar à impugnação da execução da DEAC (no Estado-Membro da execução), embora se justifique a suspensão desta última impugnação até à decisão proferida sobre a impugnação da DEAC (art. 272.º, n.º 1, CPC, *ex vi* art. 46.º, n.º 1).

A decisão que revogar ou alterar a decisão de arresto e a decisão que limitar a sua execução ou que lhe puser fim são, depois de proferidas no Estado-Membro de origem, imediatamente executórias no Estado-Membro de execução (art. 36.º, n.º 5, § 1.º). Isto significa que essas decisões fazem cessar, no todo ou em parte, a execução da DEAC.

(*d*) A pedido do devedor ao tribunal (e não à autoridade) competente no Estado-Membro de execução, é posto fim à execução da DEAC nesse Estado-Membro, se esta for manifestamente contrária à ordem pública desse Estado-Membro (art. 34.º, n.º 2). É o que sucede nos (raros) casos em que a execução da DEAC (e não o crédito garantido) seja incompatível com princípios fundamentais do Estado-Membro de execução. Está abrangida tanto a ordem pública material, como a ordem pública processual, mas é certo que nenhuma das disposições do Reg. 655/2014 pode ser vista como infringindo essa ordem pública.

4.6. Tribunal competente

(*a*) Em cumprimento do disposto no art. 50.º, n.º 1, al. *l*), Portugal indicou, como tribunais competentes para apreciar a impugnação da DEAC (art. 33.º) e a impugnação da execução da DEAC (art. 34.º), os seguintes:

⁽³²⁾ Cf. RAUSCHER, EuZPR-EuIPR (2015)/RAUSCHER/WIEDEMANN, Art. 34.º EU-KPfVO 5; CUNIBERTI/MIGLIORINI, The European Account Preservation Order Regulation, p. 290, ss.

- No caso da impugnação da DEAC, o tribunal de 1.^a instância (que proferiu a DEAC);
- No caso da impugnação da execução da DEAC, os juízos centrais cíveis, em execuções de valor superior a € 50.000, e os juízos locais cíveis e, na falta destes, os juízos de competência genérica, em execuções de valor igual ou inferior a € 50.000.

A justificação desta última indicação não é clara. Talvez a indicação dos juízos centrais cíveis tenha decorrido da sua competência para preparar e julgar os procedimentos cautelares a que correspondam acções da sua competência [cf. art. 117.º, n.º 1, al. *c*), LOSJ], mas a verdade é que, na perspectiva do direito português, dificilmente o procedimento de DEAC pode ser um processo comum. Além disso, a indicação esquece que, em certos casos, Portugal pode ser não só o Estado de origem, mas também o Estado de execução da DEAC, situação em que faria sentido que a apreciação da impugnação da execução fosse apreciada pelo mesmo tribunal que tivesse decretado a DEAC.

(*b*) Apesar da falta de qualquer indicação, o mesmo deve valer para a alteração da DEAC (art. 35.º) e para a impugnação realizada por terceiros (art. 39.º).

4.7. Procedimento comum

(*a*) A impugnação efectuada nos termos dos arts. 33.º, 34.º ou 35.º deve ser feita utilizando o formulário apropriado (art. 36.º, n.º 1, 1.^a parte). O recurso pode ser apresentado a qualquer momento (naturalmente, até estar precluída qualquer oposição do executado na execução instaurada pelo credor) e por quaisquer meios de comunicação, inclusive meios electrónicos, que sejam aceites pelas regras processuais em vigor no Estado-Membro em que o pedido é apresentado (art. 36.º, n.º 1, 2.^a parte).

(*b*) O pedido de interposição do recurso deve ser levado ao conhecimento da outra parte (art. 36.º, n.º 2), dado que, excepto quando tiver sido apresentado pelo devedor nos termos do art. 34.º, n.º 1, al. *a*), ou 35.º, n.º 3, a decisão sobre o pedido só deve ser proferida depois de ter sido dada a ambas as partes oportunidade de apresentarem os seus argumentos (art. 36.º, n.º 3). A excepção respeitante ao disposto no art. 35.º, n.º 3, é

facilmente compreensível, dado que o credor e o devedor requerem em conjunto a revogação ou alteração da DEAC ou a limitação ou cessação da execução da DEAC; menos compreensível é a exceção relativa ao estabelecido no art. 34.º, n.º 1, al. *a*), dado que não é claro o que pode impedir que o credor se possa pronunciar sobre a alegada violação dos montantes que podem ser arrestados.

(*c*) A decisão deve ser proferida sem demora, no prazo de 21 dias depois de o tribunal ou, se o direito nacional assim determinar, a autoridade de execução competente ter recebido todas as informações necessárias para tomar a sua decisão (art. 36.º, n.º 4, 1.ª parte). Depois disso, a decisão deve ser comunicada às partes (art. 36.º, n.º 4, 2.ª parte).

(*d*) A decisão que revogar ou alterar a DEAC e a decisão que limitar ou fizer cessar a sua execução são imediatamente executórias (art. 36.º, n.º 5, § 1.º). A fim de assegurar esta executoriedade observa-se o seguinte:

- Se o recurso tiver sido interposto no Estado-Membro de origem, o tribunal deve transmitir sem demora, utilizando o formulário apropriado, a decisão sobre o recurso à autoridade competente do Estado-Membro de execução (art. 36.º, n.º 5, § 2.º, 1.ª parte); esta autoridade deve assegurar que a decisão sobre o recurso seja aplicada imediatamente após a sua recepção (art. 36.º, n.º 5, § 2.º, 2.ª parte);
- Se a decisão sobre o recurso disser respeito a uma conta bancária mantida no Estado-Membro de origem, essa decisão deve ser aplicada em relação a essa conta bancária nos termos da lei desse Estado-Membro (art. 36.º, n.º 5, § 3.º);
- Se o recurso tiver sido interposto no Estado-Membro de execução, a decisão sobre o recurso deve ser aplicada nos termos da lei desse Estado-Membro (art. 36.º, n.º 5, § 4.º).

4.8. Direito ao recurso

Da nova decisão do tribunal ou da autoridade cabe sempre recurso (art. 37.º, 1.ª parte), qualquer que seja o valor do crédito. Em Portugal, o recurso da decisão da autoridade competente ou do tribunal deve ser interposto, segundo a informação fornecida à Comissão Europeia [art. 50.º,

n.º 1, al. *m*)], para a Relação competente. A admissibilidade de um posterior recurso para o STJ é apreciada nos termos gerais.

4.9. Direitos de terceiros

(*a*) O art. 39.º assegura a terceiros a possibilidade de impugnar uma DEAC ou a execução de uma DEAC (art. 39.º, n.ºs 1 e 2). Para este efeito, é terceiro quem não for o credor requerente e o devedor requerido, como é o caso, por exemplo, de bancos, de contitulares de contas ou de fiduciários (conhecidos) em contas de mandatários.

(*b*) O direito que assiste a terceiros de impugnar uma DEAC ou a execução de uma DEAC rege-se, respectivamente, pela lei do Estado-Membro de origem (art. 39.º, n.º 1) ou pela lei do Estado-Membro de execução (art. 39.º, n.º 2). Em Portugal, há que observar o seguinte:

- A legitimidade para a impugnação da DEAC por terceiros é reconhecida pelo disposto no art. 631.º, n.º 2, CPC;
- A legitimidade para a impugnação da execução por esses terceiros decorre do disposto no art. 342.º, n.º 1, CPC (embargos de terceiro) e no art. 1311.º, n.º 1, CC (acção de reivindicação).

Note-se que do disposto no art. 39.º, n.ºs 1 e 2, não decorre que o terceiro só possa invocar algum dos fundamentos de impugnação enunciados nos art. 33.º, n.º 1, e 34.º. A remissão que é realizada pelo art. 39.º, n.ºs 1 e 2, para as leis do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de execução deve ser interpretada no sentido de abranger não só a legitimidade do terceiro para a impugnação, mas também os fundamentos invocáveis por esse terceiro. Um dos fundamentos que pode ser invocado pelo terceiro é certamente o de que o crédito ou a conta bancária lhe pertence segundo a lei aplicável.

(*c*) Sem prejuízo de outras regras de competência estabelecidas no direito da União Europeia (cf. art. 24.º, n.º 5, Reg. 1215/2012) ou no direito nacional, são competentes relativamente a qualquer acção intentada por terceiros:

- Para impugnar a DEAC, os tribunais do Estado-Membro de origem [art. 39.º, n.º 3, al. *a*)];

- Para impugnar a execução da DEAC, os tribunais deste Estado-Membro de execução ou, se o direito nacional deste Estado-Membro assim determinar, a autoridade de execução competente [art. 39.º, n.º 3, al. b)].

4.10. Constituição de garantia

(a) O arresto da conta pode ser substituído por uma garantia prestada pelo devedor. Assim, a pedido do devedor:

- No Estado-Membro de origem, o tribunal que proferiu a DEAC pode ordenar a liberação dos fundos arrestados, se o devedor constituir junto desse tribunal uma garantia correspondente ao montante da DEAC, ou uma garantia alternativa sob uma forma aceitável nos termos da lei do Estado-Membro em que o tribunal se situa e de valor pelo menos equivalente a esse montante [art. 38.º, n.º 1, al. a)];
- No Estado-Membro de execução, o tribunal competente ou, se o direito nacional assim determinar, a autoridade de execução competente do Estado-Membro de execução pode pôr fim à execução da DEAC no Estado-Membro de execução se o devedor constituir junto desse tribunal ou dessa autoridade uma garantia correspondente ao montante arrestado nesse Estado-Membro, ou uma garantia alternativa sob uma forma aceitável nos termos da lei do Estado-Membro em que o tribunal se situa e de valor pelo menos equivalente a esse montante [art. 38.º, n.º 1, al. b)].

A garantia pode ser constituída sob a forma de depósito de uma caução ou de uma garantia alternativa, como, por exemplo, uma garantia bancária ou uma hipoteca [consid. (35) 2.ª parte].

(b) Após a prestação da garantia pelo devedor é aplicável o disposto nos arts. 23.º e 24.º, consoante o que for adequado, à liberação dos fundos arrestados (art. 38.º, n.º 2, 1.ª parte). A constituição da garantia em alternativa ao arresto deve ser levada ao conhecimento do credor em conformidade com o direito nacional (art. 38.º, n.º 2, 2.ª parte), o que parece levar a entender que a substituição do arresto pela garantia é realizada *ex parte*, isto é, sem a audição prévia do credor.

“CASA TOMADA”?

(Da competência jurisdicional sobre litígios relativos a acidentes rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias)

Por Nuno Miguel Marques(*/**)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Da análise das normas “em jogo”.** **2.1.** Do art. 212.º, n.º 3 da CRP. **2.2.** Das normas legais em jogo. **2.2.1.** Do ETAF. **2.2.2.** Do RRCEE. **2.2.3.** Da procura das disposições ou princípios de direito administrativo. **3. Conclusões.**

1. Introdução

“Casa Tomada” corresponde ao título de um conhecido conto de Julio Cortázar⁽¹⁾, um dos grandes escritores da literatura argentina, publicado na obra “*Bestiario*”.

(*) Advogado e Consultor Associado do JurisAPP (Centro de Competências Jurídicas do Estado).

(**) Gostaria de agradecer à D.^{ma} Cristina Pardal, D.^{ma} Teresa Judas Pedrosa, Prof. Dr. Tiago Soares da Fonseca e ao Dr. Paulo Marinho a leitura atenta e a formulação de valiosos comentários realizados sobre o teor de versões anteriores do presente texto. A responsabilidade pelo conteúdo do presente artigo e pelas opiniões expressas no mesmo são, evidentemente, da única e exclusiva responsabilidade do autor, não sendo extensivos às entidades onde o mesmo exerce a sua atividade.

(1) JULIO CORTÁZAR (1914-1984) foi um escritor argentino que se notabilizou em contos breves (como “*Bestiario*”, “*Modelo para Armar*”, “*Historias de cronopios y de famas*” e “*Queremos tanto a Glenda*”, entre outros) e cuja obra maior foi “*Rayuela*” (traduzida sob o título “O Jogo do Mundo”) — para uma primeira análise da obra de Cortázar, recomendamos o prefácio de Andrés Amorós a “*Rayuela*”, Ediciones Cátedra, 19.^a ed., Madrid, 2007, p. 18, ss.

Neste conto, onde já são visíveis as características típicas da narrativa *cortazariana*, relata-se a história de dois irmãos, que vivem na sua casa de família e que, à medida que começam a ouvir ruídos (cuja origem desconhecem) provenientes de determinadas divisões da sua casa, vão abandonando essas mesmas divisões, o que leva ao seu progressivo enclausuramento, terminando estes por, inclusive, abandonar essa casa^(2/3).

De alguma forma poderá passar-se o mesmo com o tema que nos propomos analisar: é sabido que a reforma do Contencioso Administrativo de 2002 ampliou consideravelmente o leque de matérias que passaram a ser da competência dos tribunais administrativos, entre as quais avulta, no domínio que nos interessa, a responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados [art. 4.º, n.º 1, alínea h) do ETAF]^(4/5).

⁽²⁾ Não resistimos à (fácil) tentação de transcrever parcialmente este conto:

“Lo recordaré siempre con claridad porque fue simple y sin circunstancias inútiles. (...) Fui por el pasillo hasta enfrentar la entornada puerta de roble, y daba la vuelta al codo que llevaba a la cocina cuando escuché algo en el comedor o la biblioteca. El sonido venía impreciso y sordo, como un volcarse de silla sobre la alfombra o un ahogado susurro de conversación. También lo oí, al mismo tiempo o un segundo después, en el fondo del pasillo que traía desde aquellas piezas hasta la puerta. Me tiré contra la puerta antes de que fuera demasiado tarde, la cerré de golpe apoyando el cuerpo; felizmente la llave estaba puesta de nuestro lado y además corrí el grande cerrojo para más seguridad.

Fui a la cocina, calenté la pavita, y cuando estuve de vuelta con la bandeja de mate le dije a Irene:

— Tuve que cerrar la puerta del pasillo. Han tomado la parte del fondo.

Dejó caer el tejido y me miró con sus graves ojos cansados.

— ¿Estás seguro?

Asentí.

Entonces — dijo recogiendo las agujas — tendremos que vivir en este lado”. (JULIO CORTÁZAR, “Bestiario”, 3.ª reimpressão, Punto de Lectura, Buenos Aires, 2006, p. 15).

⁽³⁾ Este conto tem sido objecto de enorme discussão quanto à sua interpretação (será provavelmente a obra de Cortázar que, à exceção de “Rayuela”, maior polémica apresenta), defendendo-se a tese de que o conto é uma crítica ou uma alegoria ao regime de Juan Perón (apelidado de *peronismo* ou *justicialismo*) e à sua conturbada relação com as elites argentinas, o que, inclusive, não era negado pelo próprio Cortázar (como este afirmará “*Bien podría representar todos mis miedos, o quizá, todas mis aversiones; en ese caso la interpretación antiperonista me parece bastante posible, emergiendo incluso inconscientemente*”).

⁽⁴⁾ Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (legislação já por diversas vezes posteriormente alterada, a última das quais pela Lei n.º 114/2019, de 12 de setembro). Uma das últimas alterações ao ETAF e com repercussões no tema que nos propomos analisar foi a do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro. O Decreto-Lei n.º 214-G/2015, para além de proceder a uma renumeração das diversas alíneas do art. 4.º, n.º 1 do ETAF [a alínea i) passou a alínea h)], alterou o teor da antiga alínea i), pois, na anterior redação, referia-se “responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados” enquanto que, agora, se refere “responsabilidade civil extracontratual dos demais sujeitos”.

⁽⁵⁾ Neste sentido, afirma-se no Acórdão do Tribunal de Conflitos de 20.01.2010, proferido no Proc. de Conflito n.º 025/09, que “Existiu, segundo cremos, por banda do legislador, o propósito de estender a competência dos tribunais administrativos e fiscais a áreas de jurisdição que antes não eram suas...” (este Acórdão encontra-se disponível *online* na página *web* <<http://www.dgsi.pt/>> — a refe-

Porém, uma interpretação restritiva do art. 1.º n.º 5 do RRCEE⁽⁶⁾ (motivada por “velhos fantasmas” que, apesar de tudo, têm origem conhecida, e que correspondem ao exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade) conjugada com aquela norma [art. 4.º, n.º 1, alínea *h*] do ETAF] não conduzirá ao encerramento de novas divisões de um “edifício” ou “casa” que se pretende cada vez mais amplo (o contencioso administrativo), à semelhança do conto de Julio Cortázar?

Convém, desde já, assinalar que o tema sobre o qual não vamos debruçar não é dos mais “populares” no domínio das concessões rodoviárias^(7/8) (como, por exemplo, a natureza jurídica da responsabilidade da

rência, de futuro, à disponibilidade *online* da jurisprudência nacional far-se-á por referência a esta página *web*).

⁽⁶⁾ Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

⁽⁷⁾ Neste sentido, *vide* Miguel Assis Raimundo, “Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública”, in CJA — Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 88, julho/agosto de 2011, p. 36. Ainda assim, não se olvide a relevância da temática, pois, como bem salienta Rui Medeiros. “A conexão entre Direito Material e Direito Processual no âmbito da responsabilidade civil dos poderes públicos é patente. Basta recordar que o problema da responsabilidade civil dos poderes públicos é também, em certa medida, um problema de jurisdição e de poderes dos tribunais”. (in “Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos — Ensinar e Investigar”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, p. 55).

⁽⁸⁾ Tenha-se em conta que, atualmente, e em bom rigor, devemos falar em concessões e subconcessões rodoviárias (e, conseqüentemente, em concessionárias e subconcessionárias de obras públicas rodoviárias), devido à mudança do estatuto jurídico da EP — Estradas de Portugal, S.A., atual Infraestruturas de Portugal, S.A. [IP, S.A.] (Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro). Durante a década de 90 e nos inícios deste século, o corrente era a celebração de contratos de concessão de obras públicas entre o Estado português (concedente) e as concessionárias, nos quais a antiga EP desempenhava o papel de representante do concedente (a título de exemplo, veja-se a redação originária da Base XXIII da Concessão da Grande Lisboa, constante do Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de dezembro, cujo teor é muito semelhante ao de outras concessões rodoviárias). O modelo de contratação atual é distinto, sendo a IP, S.A., presenteemente, a concessionária da rede rodoviária nacional, conforme consta das Bases do Contrato de Concessão da antiga EP (Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de novembro, alterado por diversa legislação posterior, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 44-A/2010, de 5 de maio) e da respetiva Minuta do Contrato de Concessão (Resolução do Conselho de Ministros n.º 174-A/2007, de 14 de novembro — publicada no DR, 1.ª Série, n.º 226, de 23.11.2007 —, alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-A/2010, de 6 de maio, publicada no DR, 1.ª Série, n.º 108, de 04.06.2010), legislação essa que não foi revogada pelo DL n.º 91/2015 (cf. art. 22.º deste diploma legal). Será posteriormente a IP, S.A. que, na sua qualidade de concessionária (e não como representante do concedente, como estranhamente se refere na alínea *q*) da Base 1 do respetivo Contrato de Concessão), celebra contratos de subconcessão de obras públicas com as subconcessionárias, que versarão sobre a construção e exploração de determinados lanços rodoviários que integram ou virão a integrar a rede rodoviária nacional. O papel antes atribuído à EP quanto aos contratos de concessão vigentes (representante do Estado português, na sua qualidade de concedente), passou a ser atribuído, numa primeira fase, ao InIR, IP — Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias (regulado pelo Decreto-Lei n.º 148/2007, de 27 de abril, entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 138/2008, de 21 de julho, e pela Portaria n.º 546/2007,

concessionárias em caso de sinistros rodoviários, particularmente após a entrada em vigor da Lei n.º 24/2007, de 18 de julho)⁽⁹⁾, mas, paulatinamente, vem assumindo alguma relevância⁽¹⁰⁾.

Exemplifiquemos o tema com um caso prático: o condutor e proprietário de um veículo automóvel tem um acidente numa autoestrada^(11/12)

de 30 de abril), e, posteriormente (por força da extinção do InIR, IP e da integração das suas atribuições no IMT, IP, operada pelo Decreto-Lei n.º 126-C/2011, de 29 de dezembro) ao IMT, IP — Instituto da Mobilidade e dos Transportes (através da reformulação das competências e da reestruturação deste último, operada pelo Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de outubro, que foi objeto de alterações legislativas posteriores). Acompanhando esta evolução, atente-se na actual redação da Base XXIII da Concessão da Grande Lisboa, consoante do Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de dezembro, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 112/2015, de 19 de junho, segundo a qual tal tarefa passa a incumbir ao IMT, IP. Neste âmbito cumpre ainda chamar a atenção para a criação da AMT (Autoridade da Mobilidade e dos Transportes), que “absorveu” algumas das competências do IMT e que assume um papel de “regulador” do setor dos transportes (em especial, dos transportes terrestres, fluviais, ferroviários e suas infraestruturas), conforme decorre do art. 1.º dos Estatutos da AMT, aprovados através do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio (alterado pela Declaração de Retificação n.º 33/2014, de 12.06.2014, pelo Decreto-Lei n.º 18/2015, de 2 de fevereiro, e Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março). Assistimos, assim, à “coabitação” de um esquema ou paradigma “bilateral” (assente no binómio Estado/concedente — concessionárias) e um outro “trilateral” ou “multipolar” (Estado / concedente — IP, SA/concessionária — subconcessionárias), pois o modelo de contratação actual (de tipo trilateral ou multipolar) não substituiu ou derogou o modelo originário.

⁽⁹⁾ Sobre esta matéria, para além da abundante jurisprudência, destacamos, no domínio da doutrina nacional, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a Responsabilidade das Concessionárias por Acidentes ocorridos em Auto-Estradas”, *in* ROA — Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2005 (65), Vol. II — setembro de 2005, p. 407, ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Igualdade Rodoviária e Acidentes de Viação nas Auto-Estradas — Estudo de Direito Civil Português”, Almedina, Coimbra, 2004, p. 41, ss., ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais”, Almedina, Coimbra, 2009, p. 242, ss., e MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Responsabilidade Civil — Temas Especiais”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 89, ss.

⁽¹⁰⁾ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO afirma que “este [dever de manutenção da via em boas condições de circulação] configura um dos grupos de casos mais intensamente discutidos nos tribunais superiores em matéria de aplicação do art. 1.º, n.º 5 [do RRCEE]” (“Comentário ao Artigo 1.º — Âmbito de Aplicação”, *in* Vários (coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro e Tiago Serrão), “O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à luz da Jurisprudência”, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 193).

⁽¹¹⁾ Autoestrada é definida como a via pública destinada a trânsito rápido, com separação física de faixas de rodagem, sem cruzamentos de nível nem acesso a propriedades marginais, com os acessos condicionados, e sinalizada como tal (art. 3.º, alínea *h*) do NEERN — Novo Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional, aprovado pela Lei n.º 34/2015, de 27 de abril — e art. 1.º alínea *a*) do Código da Estrada — Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de maio, alterado por diversa legislação posterior, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 107/2018, de 29 de novembro).

⁽¹²⁾ Não deixa de ser verdade que as autoestradas têm estado associadas às concessões e subconcessões rodoviárias nacionais, pois frequentemente muitos dos seus respetivos lanços rodoviários eram autoestradas construídas “de raiz” ou estradas que, em virtude de duplicação do seu número de vias e/ou de alteração das suas características rodoviárias, se convertiam ou transformavam em autoestradas. No entanto, existem concessões e subconcessões rodoviárias que, integram no seu objecto, lanços rodoviários com características diferentes das autoestradas como, por exemplo, IP’s (itinerários

que integra uma concessão rodoviária, em virtude de um alegado derrame de óleo existente no pavimento ou do atravessamento de um animal.

Entende o sinistrado que o referido acidente se deveu a culpa da concessionária⁽¹³⁾, que não cumpriu pontualmente os deveres de vigilância e manutenção da autoestrada que sobre si recaíam, pelo que peticiona que a concessionária seja condenada no pagamento dos danos resultantes do sinistro rodoviário, em especial no que respeita à quantia relativa à reparação do veículo sinistrado.

principais), IC's (itinerários complementares) e até mesmo EN's (estradas nacionais) — sobre a classificação deste tipo de estradas, veja-se a legislação do Plano Nacional Rodoviário (Decreto-Lei n.º 222/98, 17 de julho, já alterado pela Lei n.º 98/99, de 26 de julho, pela Declaração de Rectificação n.º 19-D/98 e pelo Decreto-Lei n.º 182/2003, de 16 de agosto), para a qual remete o NEEERN. Exemplos de tal realidade são as subconcessões do Douro Interior (que integra no seu objeto o IP2 e o IC5), do Pinhal Interior (que integra no seu objeto o IC8, bem como diversas estradas nacionais), do Baixo Alentejo (que integra no seu objeto o IP8 e o IP2) e do Baixo Tejo (que integra no seu objeto o IC32 e a ER 3772-2).

(13) Pese embora o presente trabalho incida sobre as concessionárias e subconcessionárias privadas (os verdadeiros privados, para utilizar a expressão adotada por VIEIRA DE ANDRADE em “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, *in* RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência —, Ano 137.º, julho-agosto de 2008, n.º 3951, p. 361), aproveitamos o ensejo para analisar a competência jurisdicional para apreciar litígios decorrentes de sinistros automóveis em estradas concessionadas à IP, S.A. A IP, S.A. é uma empresa pública sob a forma de sociedade anónima (art. 1.º dos Estatutos da IP, S.A., constantes do Anexo I do DL n.º 91/2015) a quem incumbe “manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança (...) os bens que integram a concessão” (Base 2.ª, n.º 3 do DL n.º 380/2007). Uma vez que estamos perante uma sociedade anónima de capitais públicos, a eventual competência jurisdicional dos tribunais administrativos fundar-se-á no facto de a IP, S.A. ser uma pessoa colectiva de direito público (art. 4.º, n.º 1, alínea *f*) do ETAF) ou um sujeito privado (alínea *h*) do referido preceito legal)? A resposta a esta questão não é fácil e são visíveis as hesitações da doutrina e jurisprudência nacionais, mas entendemos que a competência dos tribunais administrativos se fundamentará no art. 4.º n.º 1, alínea *f*) do ETAF, pois no que respeita à legislação aplicável à IP, S.A., esta rege-se, desde logo, pelo regime jurídico empresarial do Estado (art. 4.º do DL n.º 91/2015), para além de desenvolver a sua atividade “num quadro de índole pública” (Acórdão do STJ de 16.10.2012, proferido no Proc. n.º 950/10.6TBFAF-A.G1.S1 e disponível *online*). Acresce que o facto de “a situação do Estado como único (...) acionista de uma sociedade anónima transforma em “pura fachada” a aplicação do Direito Comercial à parte organizacional desta empresa”, pelo que “a utilização da forma de sociedade comercial (e dentro deste género, da espécie “sociedade anónima”) pelas entidades administrativas parece “insincera” e “farisaica”, por ter escopos tão diversos dos escopos típicos que levam à constituição dessas sociedades”. Consequentemente, “essa opção deve quanto a nós ser levada às suas últimas consequências, integrando igualmente na alínea *g*) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF o conhecimento de todas as pretensões de responsabilidade civil extracontratual dirigidas contra entidades públicas empresariais” (MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 319, ss.). Por último, atente-se que diversa jurisprudência (para além da *supra* referida) tem acolhido este entendimento, como é o caso do Acórdão do Tribunal de Conflitos de 26.01.2012, proferido no Proc. de Conflito n.º 07/11, do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.01.2014, proferido no Proc. n.º 334/09.9TBPRG-A.P1, e do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.05.2014, proferido no Proc. n.º 735/13.8 TBLSA.C1.

Exemplo também frequente com o qual se deparam os nossos tribunais é o da seguradora que paga os danos materiais decorrentes do sinistro ao condutor/proprietário do veículo sinistrado e demanda posteriormente, ao abrigo do seu direito de regresso, a concessionária ou subconcessionária com base no mesmo tipo de fundamentos (alegado derrame de óleo no pavimento ou atravessamento de um animal)⁽¹⁴⁾.

Qual é o tribunal competente para apreciar este tipo de litígios?

A resposta frequentemente dada a esta questão tem sido a de que são os tribunais judiciais os competentes, atenta a sua competência residual^(15/16), que decorre expressamente do art. 211.º, n.º 1 da CRP (Consti-

⁽¹⁴⁾ Mas imaginemos a hipótese inversa (*al revés*): uma concessionária ou subconcessionária instaura uma ação judicial contra uma seguradora, na qual peticiona o pagamento dos danos decorrentes de um sinistro causado por um segurado desta (como, por exemplo, os custos de substituição de perfis móveis de betão ou das guardas de segurança metálicas). Nesta situação, qual é a jurisdição competente, a cível ou a administrativa? Salvo melhor opinião, entendemos que a jurisdição cível será a competente para apreciar este tipo de litígios (neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal de Conflitos de 12.05.2016, proferido no Proc. de Conflito n.º 07/16), com base nos seguintes argumentos: *a*) argumento literal, *b*) argumento histórico e *c*) argumento sistemático. Desde logo, e à partida, neste tipo de acções judiciais não estará em causa a responsabilidade de uma concessionária ou subconcessionária, em especial, uma conduta desta entidade que se traduza na violação dos seus deveres ou uma eventual omissão dos mesmos, mas sim de um utente da autoestrada, pelo que tal sinistro não está abrangido pelo art. 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF e art. 1.º, n.º 5 do RRCEE. Reforçando o argumento literal, deve-se ter em conta que o contencioso administrativo foi criado para julgar condutas ou omissões de entidades públicas, que vulnerassem a legalidade (dimensão objectiva do contencioso administrativo) ou que lesassem os direitos dos particulares (dimensão subjectiva do contencioso administrativo), como já se referia no Arrêt Blanco (argumento histórico). Por último, e ainda que se entenda que entre as partes existe uma relação jurídico-administrativa, para efeitos do art. 212.º, n.º 3 da CRP, esta não seria objeto de apreciação pelos tribunais administrativos, pois estaria excluída pela letra do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE (argumento sistemático).

⁽¹⁵⁾ Sobre esta matéria, *vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada — Vol. II”, 4.ª ed. revista (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, anotação ao art. 211.º, ponto I., p. 561 e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “Constituição Portuguesa Anotada — Tomo III”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anotação ao art. 209.º, ponto II., p. 109. Conforme se assinala no Sumário do Acórdão do Tribunal de Conflitos de 06.12.2012 (disponível *online*), proferido no Proc. n.º 012/12, “II — Cabe aos Tribunais Judiciais julgar todas as causas que não sejam especialmente atribuídas a outras espécies de Tribunais, cumprindo aos Tribunais Administrativos dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas. III — O que quer dizer que, por um lado, a jurisdição dos Tribunais Judiciais se define por exclusão, visto lhes caber julgar todas as acções que não sejam legalmente atribuídas a outros Tribunais, e, por outro, que os conceitos de relação jurídica administrativa e de contrato administrativo são decisivos quando se trata de identificar a competência dos Tribunais Administrativos”.

⁽¹⁶⁾ De todo o modo, a resposta final a esta questão estará sempre dependente da forma como é configurada a ação, isto é, do pedido e da causa de pedir apresentada pelo autor (o que se costuma apelar de *thema decidendum*). Cumpre notar que, face ao ampliar da competência dos tribunais administrativos e fiscais, ainda poderão existir litígios ou conflitos que envolvam concessionárias e subconcessionárias cuja apreciação compita à jurisdição judicial (mas tal elenco é cada vez mais reduzido), como acontece com os processos relativos ao valor de justa indemnização devida por expropria-

tuição da República Portuguesa), do art. 64.º do CPC (Código de Processo Civil) e do art. 40.º, n.º 1 da LOSJ⁽¹⁷⁾.

No entanto, desde já se adianta que este não é o nosso entendimento⁽¹⁸⁾, porque, na nossa opinião, os tribunais administrativos são, relativamente a sinistros rodoviários ocorridos em concessões rodoviárias após janeiro de 2008, os tribunais competentes para se pronunciarem sobre tais litígios, nos termos e ao abrigo de uma interpretação conjugada do art. 212.º, n.º 3 da CRP, dos arts. 1.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF e do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE.

A jurisprudência nacional, nomeadamente a administrativa, tem hesitado na resposta a dar esta questão, o que, em nossa opinião, se explica devido a “velhos fantasmas” (o exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade).

Isto é, se a generalidade dos tribunais cíveis tem acolhido a tese ora sustentada (estamos a falar, em especial, de sentenças de tribunais de 1.ª e 2.ª instância)^(19/20), o mesmo já não ocorre com os tribunais administrati-

ção e nos quais estas figuram como beneficiário da expropriação (sobre o papel das concessionárias enquanto beneficiário da expropriação, *vide* FERNANDO ALVES CORREIA, “Manual de Direito do Urbanismo — Volume II”, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 184-185 e 417, ss., JOÃO PACHECO DE AMORIM, “Da Tutela Jurídica dos Titulares de Interesses Legalmente Protegidos na Prossecução do Procedimento Expropriativo”, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º A5, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 74, ss.; em Espanha, *vide* EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo II”, 14.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 226, ss., RAMÓN PARADA, “Derecho Administrativo I — Parte General”, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 583-584 e DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “Expropiación Forzosa y Beneficiário Privado — Una Reconstrucción Sistemática”, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 174-175). Um dos exemplos típicos de litígio que até recentemente continuava “entregue” à jurisdição judicial era o das ações de reivindicação (nas quais um particular lesado peticiona que seja reconhecido o seu direito de propriedade sobre um bem alegadamente ocupado de forma ilegítima e o eventual pagamento de uma indemnização devida por essa ocupação ilegítima), conforme sublinhava o Tribunal de Conflitos (a título de exemplo, vejam-se os Acórdãos de 20.10.2011 — Proc. n.º 010/11 —, de 16.12.2012 — Proc. n.º 020/11 —, de 05.06.2014 — Proc. n.º 04/14 — e de 10.09.2014 — Proc. n.º 16/14) mas, atualmente, face ao teor da nova alínea *i*) do art. 4.º, n.º 1 do ETAF, cremos que a apreciação de tais litígios cabe aos tribunais administrativos.

⁽¹⁷⁾ Lei da Organização do Sistema Judiciário, constante da Lei n.º 62/2103, de 26 de agosto (alterada por diversa legislação posterior, a última das quais pela Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro).

⁽¹⁸⁾ E o mesmo se diga quanto aos Julgados de Paz, pois a competência destes se faz por referência e contraposição à dos tribunais judiciais e não face aos tribunais administrativos e fiscais, atento o disposto no art. 209.º, n.º 2 da CRP e arts. 6.º, 7.º e 9.º da Lei dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho), conforme já se decidiu no douto Acórdão do Tribunal de Conflitos de 20.01.2010, proferido no Proc. n.º 026/09.

⁽¹⁹⁾ No que respeita à jurisprudência dos tribunais de 2.ª instância relativa a sinistros rodoviários, merecem destaque, a título meramente exemplificativo (a maioria da jurisprudência adiante referida encontra-se disponível *online*):

1) Tribunal de Relação de Lisboa:

— Acórdão de 30.06.2011, proferido no Proc. n.º 1394/10.5YXLSB;

vos e fiscais (em especial, a 1.^a instância)⁽²¹⁾ que invocam a sua incompetência material para apreciarem tal tipo de litígios, com base na ausência

- Acórdão de 14.02.2012, proferido no Proc. n.º 5715/10.2TCLRS;
 - Acórdão de 16.07.2012, proferido no Proc. n.º 535/11.0TCLRS;
 - Acórdão de 12.06.2014, proferido no Proc. n.º 547/13.9TBGRGR;
 - Acórdão de 28.05.2015, proferido no Proc. n.º 983913.6TCLRS;
 - Acórdão de 15.09.2015, proferido no Proc. n.º 1573/12.0TCLRS; e
 - Acórdão de 24.01.2017, proferido no Proc. n.º 52/14.6T8ALQ.
- 2) Tribunal da Relação de Coimbra:
- Acórdão de 17.04.2012, proferido no Proc. n.º 1181/10.0TBVCVL;
 - Acórdão de 21.05.2013, proferido no Proc. n.º 2073/09.1TBCTB;
 - Acórdão de 10.09.2013, proferido do Proc. n.º 833/12.5TBLSA (relativo a uma subconcessão);
 - Acórdão de 08.04.2014, proferido no Proc. n.º 1158/13.4TBBLRA;
 - Acórdão de 03.11.2015, proferido no Proc. n.º 69/14.0T8CNT; e
 - Acórdão de 12.01.2016, proferido no Proc. n.º 26/14.0T8CNT.
- 3) Tribunal da Relação do Porto:
- Acórdão de 10.03.2015, proferido no Proc. n.º 528/10.4TBVPA (que refere abundante jurisprudência anterior deste Tribunal, que adota a mesma interpretação); e
 - Acórdão de 29.02.2016, proferido no Proc. n.º 7015/12.4BTMS.
- 4) Tribunal da Relação de Guimarães:
- Acórdão de 08.04.2014, proferido no Proc. n.º 808/14.0TBFAF.G1;
 - Acórdão de 19.03.2015, proferido no Proc. n.º 119/14.0TBMDL;
 - Acórdão de 06.10.2016, proferido no Proc. n.º 1846/13.5TBVRL;
 - Acórdão de 12.01.2017, proferido no Proc. n.º 1940/15.8T8VCT;
 - Acórdão de 26.01.2017, proferido no Proc. n.º 7562/15.6T8VNF;
 - Acórdão de 30.03.2017, proferido no Proc. n.º 4475/15.5T8VCT; e
 - Acórdão de 18.10.2018, proferido no Proc. n.º 6352/17.6T8BRG.
- 5) Tribunal da Relação de Évora:
- Acórdão de 17.12.2015, proferido no Proc. n.º 1377/14.6TBSRT;
 - Acórdão de 16.06.2016, proferido no Proc. n.º 210/15.6T8CSC;
 - Acórdão de 26.10.2017, proferido no Proc. n.º 697/17.2T8STR;
 - Acórdão de 11.01.2018, proferido no Proc. n.º 350/17.7T8OLH; e
 - Acórdão de 27.06.2019, proferido no Proc. n.º 1749/12.0TBSTR.

⁽²⁰⁾ Até recentemente, o STJ não se pronunciara especificamente sobre esta matéria, mas no seu Acórdão de 14.01.2014, proferido no Proc. n.º 871/05.4TBMFRE.L1.S1, decidiu que “No período anterior ao início de vigência da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, são competentes os tribunais comuns para conhecer da responsabilidade civil de empresa concessionária da exploração e conservação de uma auto-estrada, pela omissão de deveres de vigilância” (Sumário). Fazendo uma interpretação *a contrario* do referido aresto, parecia-nos possível concluir que o STJ propenderia em aceitar a incompetência material dos tribunais comuns ou cíveis para conhecer da responsabilidade civil de empresa concessionária da exploração e conservação de uma auto-estrada relativamente a acidentes ocorridos após o início de vigência da Lei n.º 67/2007. Posteriormente, o STJ, através do seu Acórdão de 08.10.2015, proferido no Proc. n.º 1085/14.8TBCTB, veio confirmar a competência dos tribunais administrativos e fiscais para apreciarem este tipo de litígios (estava em causa um sinistro rodoviário ocorrido em outubro de 2013) — a referida jurisprudência encontra-se disponível *online*.

⁽²¹⁾ Os tribunais de 2.^a instância da jurisdição administrativa e fiscal tendem a admitir a sua competência material para apreciar estes litígios (jurisprudência esta que maioritariamente se encontra disponível *online*):

de exercício de poderes de autoridade por parte da concessionária ou sub-concessionária...⁽²²⁾.

Quanto à jurisprudência do Tribunal de Conflitos⁽²³⁾, que já é abundante quanto a esta matéria, a tese “maioritária” afirma que os tribunais administrativos são competentes para apreciar este tipo de litígios (em sentido contrário e minoritário, veja-se o Acórdão de 18.12.2013, proferido no Proc. n.º 028/13)⁽²⁴⁾.

1) TCA (Tribunal Central Administrativo) Norte:

- Acórdão de 06.05.2010, proferido no Proc. n.º 1566/08 (referido em MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, p. 33);
- Acórdão de 16.12.2012, proferido no Proc. n.º 1757/08 (*idem*);
- Acórdão de 17.05.2015, proferido no Proc. n.º 2010/13.9BEBRG;
- Acórdão de 19.06.2015, proferido no Proc. n.º 2115/14.9BEBRG; e
- Acórdão de 16.12.2016, proferido no Proc. n.º 198/12.5BEMDL

2) TCA Sul:

- Acórdão de 11.06.2015, proferido no Proc. n.º 12099/15; e
- Acórdão de 22.09.2016, proferido no Proc. n.º 13301/16.

⁽²²⁾ Pese embora possam existir arestos judiciais que não aceitem a tese ora defendida, a grande maioria da jurisprudência dos tribunais cíveis tem acolhido a mesma, razão pela qual discordamos do entendimento segundo o qual “temos constatado que, sobretudo junto da jurisdição civil, as hesitações hermenêuticas, que seriam normais logo após a entrada em vigor do novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (“ETAF”), ainda permanecem vivas” (TIAGO SERRÃO, “Responsabilidade civil extracontratual de concessionárias de obras públicas e jurisdição administrativa”, *in* Vários (coordenação de Carla Amado Gomes e Tiago Serrão), “Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas — Anotações de Jurisprudência”, IJCP — Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 243, nota de rodapé n.º 1 — obra disponível *online* na página *web* <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4255>>. Em abono do sustentado, constata-se que grande parte deste tipo de litígios sobre os quais se tem pronunciado o Tribunal de Conflitos se inicia com a jurisdição civil a declarar-se incompetente em razão da matéria (aderindo à tese aqui exposta) e posteriormente também a jurisdição administrativa e fiscal se declara incompetente em razão da matéria (com base nos tais “velhos fantasmas” que falámos anteriormente).

⁽²³⁾ Foi recentemente alterada a legislação relativa ao Tribunal de Conflitos (que até então remontava a 1930-1940), através da Lei n.º 91/2019, de 4 de setembro.

⁽²⁴⁾ Salvo melhor pesquisa, merece destaque a seguinte jurisprudência do Tribunal de Contas (a qual se encontra disponível *online*):

- 1) Acórdão de 30.05.2013, proferido no Proc. de Conflito n.º 017/13;
- 2) Acórdão de 27.02.2014, proferido no Proc. de Conflito n.º 048/13;
- 3) Acórdão de 27.03.2014, proferido no Proc. de Conflito n.º 046/13;
- 4) Acórdão de 12.03.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 049/14;
- 5) Acórdão de 25.03.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 053/14;
- 6) Acórdão de 22.04.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 011/15;
- 7) Acórdão de 07.05.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 010/15;
- 8) Acórdão de 09.07.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 021/15;
- 9) Acórdão de 22.10.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 016/15;
- 10) Acórdão de 12.11.2015, proferido no Proc. de Conflito n.º 024/15;
- 11) Acórdão de 04.02.2016, proferido no Proc. de Conflito n.º 017/15;
- 12) Acórdão de 04.02.2016, proferido no Proc. de Conflito n.º 025/15;

Iremos de seguida proceder a uma análise das normas invocadas para sustentar a competência material dos tribunais administrativos.

2. Da análise das normas “em jogo”

2.1. Do art. 212.º, n.º 3 da CRP

A análise das normas jurídicas vigentes que nos possam dar a solução ao tema que nos propomos desenvolver, terá de passar, nos dias de hoje (em que vivemos num *Estado-de-Constituição — Verfassungsstaat* — e não num *Estado-de-legislação — Gesetzgebungsstaat*)(²⁵), obrigatoriamente pela CRP pois é hoje manifesto que esta é a *Grundnorm kelsiana* (princípio da constitucionalidade)(²⁶), isto é, “a Constituição é suprema, encabeça e preside o ordenamento jurídico do Estado e, em caso de contrariedade para com ela nos planos infraconstitucionais, padece de inconstitucionalidade, pelo que é lógico referir como premissa indubitável a força normativa da constituição. Precisamente, é da juridicidade de toda a constituição que, da mesma cúpula em que está situada, se projeta o seu vigor e exige obediência completa”(²⁷).

13) Acórdão de 21.04.2016, proferido no Proc. de Conflito n.º 06/16;

14) Acórdão de 20.10.2016, proferido no Proc. de Conflito n.º 021/16;

15) Acórdão de 11.01.2017, proferido no Proc. de Conflito n.º 037/15;

16) Acórdão de 05.04.2017, proferido no Proc. de Conflito n.º 024/16;

17) Acórdão de 23.11.2017, proferido no Proc. de Conflito n.º 010/17; e

18) Acórdão de 05.07.2018, proferido no Proc. de Conflito n.º 013/17.

(²⁵) FERNANDO ALVES CORREIA, “Manual de Direito do Urbanismo — Vol. I”, Almedina, Coimbra, 2001, p. 85 e MARIA LÚCIA AMARAL, in “Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976”, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 181-182 (citada *apud* DINAMENE DE FREITAS, “O Acto Administrativo Inconstitucional”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 23, nota de rodapé n.º 14). Como assinala PAULO OTERO, “Se a grande conquista do liberalismo oitocentista foi o princípio da legalidade, a ideia do primado hierárquico da Constituição e, conseqüentemente, a afirmação do princípio da constitucionalidade apenas vieram a surgir em momento subsequente da evolução do Estado de Direito” (in “Do Caso Julgado Inconstitucional”, Lex, Lisboa, 1993, pp. 25-26).

(²⁶) Sobre o princípio da constitucionalidade, *vide*, no domínio da doutrina nacional, JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional — Tomo II”, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 10, ss., GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 88, ss. e MARIA LÚCIA AMARAL, “Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador”, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 314, ss.

(²⁷) GERMÁN J. BIDART CAMPOS, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, in “El Amparo Constitucional — Perspectivas y Modalidades”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 1 (no mesmo sentido, e ainda no panorama latino-americano, *vide* Suprema Corte de Justicia de la Nación

Estabelece o art. 212.º, n.º 3 da CRP que “Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto o dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”, enquanto que o seu art. 211.º, n.º 1, dispõe que “Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordens judiciais”.

Consagrou assim o legislador constitucional “o princípio da dualidade das ordens jurisdicionais” (tribunais judiciais/tribunais administrativos e fiscais)⁽²⁸⁾, onde os tribunais administrativos e fiscais são “uma ordem constitucional concorrente e paralela da «ordem dos tribunais judiciais» que até aí tinha a funcionalidade de uma «jurisdição comum». A partir desse momento, os tribunais administrativos e fiscais não mais puderam ser vistos como tribunais especiais (coisa que nunca foram) ou como simples tribunais de competência especializada. Passou, aliás, a ser um «lugar comum» a afirmação doutrinal de que o complexo institucional e organizatório dos tribunais administrativos constitui a *ordem jurisdicional comum em matéria administrativa*”⁽²⁹⁾.

No entanto, como é que se caracteriza o âmbito da jurisdição administrativa, nos termos definidos pela Constituição? Dito de outra forma, o que significam “relações jurídicas administrativas e fiscais” (art. 212.º, n.º 3) e, ainda neste domínio, qual o elenco de matérias que devem caber aos tribunais administrativos e fiscais?

Relativamente à primeira questão, constata-se que a CRP não define o conceito de relações jurídicas administrativas e fiscais, “relegando” tal tarefa para a jurisprudência e doutrina nacionais.

O conceito de relação jurídico-administrativa é, em nossa opinião, o conceito-chave do Direito Administrativo hodierno⁽³⁰⁾, podendo definir-se

(México), “Las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad”, Cidade do México, 2009, p. 1).

⁽²⁸⁾ Creemos ser hoje consensual que, subjacente a esta repartição jurisdicional, está “o princípio da especialização, com o reconhecimento da vantagem de reservar para os órgãos judiciários diferenciados o conhecimento de certos sectores do Direito, pela vastidão e pela especificidade das normas que os integram” (ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO e NORA, “Manual de Processo Civil”, 2.ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1985, p. 207).

⁽²⁹⁾ PAULO CASTRO RANGEL, “Repensar o Poder Judicial — Fundamentos e Fragmentos”, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, pp. 195-196.

⁽³⁰⁾ Se tal papel não parece ser discutível no domínio do contencioso administrativo (uma vez que tal resulta expressamente de uma opção constitucional, atento o teor do art. 212.º, n.º 3 da CRP), o mesmo já não acontece no direito administrativo (substantivo), havendo quem defenda que “A relação jurídica surge, nos nossos dias, como um novo conceito central do Direito Administrativo, capaz de

como “toda a relação entre sujeitos de direito, públicos ou privados, que actuem no exercício de poderes ou deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo”^(31/32).

Mas deverão os tribunais administrativos e fiscais nacionais ter o “monopólio” da apreciação dos litígios relativos às relações jurídico-administrativas ou poderão apenas ter uma parcela desse “domínio” (como que operando em “concorrência” com os tribunais judiciais)?

Conforme salientam a generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais (inclusive o Tribunal Constitucional), o art. 212.º, n.º 3 da CRP consagra uma cláusula relativa ou aberta da jurisdição administrativa⁽³³⁾, isto é, esta norma “não visou estabelecer uma *reserva absoluta*, quer no sentido de *exclusiva*, quer no sentido de *excludente*, de atribuição a tal jurisdição da competência para o julgamento dos litígios emergentes das *relações jurídicas administrativas e fiscais*. O preceito constitucional não impôs que todos estes litígios fossem conhecidos pela jurisdição administrativa (com total exclusão da possibilidade de atribuição de alguns deles à jurisdição “comum”), nem impôs que esta jurisdição apenas pudesse conhecer desses litígios (com absoluta proibição de pontual confiança à jurisdição administrativa do conhecimento de litígios emergentes de relações não administrativas), sendo constitucionalmente admissíveis desvios

ocupar a posição pertencente ao acto administrativo na dogmática tradicional” (VASCO PEREIRA DA SILVA, “Em Busca do Acto Administrativo Perdido”, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1998, p. 149, ss.) e quem se oponha tal visão (neste sentido, *vide* DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo — Vol. II (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal)”, 2.ª reimpressão da 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 168, ss.).

⁽³¹⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pp. 167-168.

⁽³²⁾ De forma semelhante, para MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, relação administrativa é “uma relação regulada por normas de direito administrativo, que atribuem prerrogativas de autoridade ou imponham deveres, sujeições ou limitações especiais, a todos ou a alguns dos intervenientes, por razões de interesse público” (*in* “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 21). Em sentido que não reputamos como divergente do anteriormente apontado, referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA “que são relações jurídico-administrativas: *i*) em princípio, aquelas que se estabelecem entre duas pessoas colectivas públicas ou entre dois órgãos administrativos (relações intersubjectivas e relações inter-orgânicas), desde que não haja nas mesmas indícios claros da sua pertinência ao direito privado; *ii*) aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos (seja ele público ou privado), actua no exercício de um poder de autoridade, com vista à realização de um interesse público legalmente definido (v. Acórdão do TC n.º 746/96, de 29 de maio, e VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça ...*, *cit.*, pp. 55-56); *iii*) aquelas em que esse sujeito actua no cumprimento de deveres administrativos, de autoridade pública, impostos por motivos de interesse público (v. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 2002, p. 137).” (*in* “Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados”, Almedina, Coimbra, 2004, anotação ao art. 1.º do ETAF, ponto VII., pp. 25-26).

⁽³³⁾ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, anotação ao art. 212.º, ponto IV., p. 148, ss.

num sentido ou noutro, desde que materialmente fundados e insusceptíveis de descaracterizar o núcleo essencial de cada uma das jurisdições”^(34/35).

Em síntese, o legislador terá “margem de manobra” para definir o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal (ancorado no conceito de relação jurídico-administrativa), desde que não desvirtue o núcleo desta jurisdição, pelo que cumpre analisar agora as normais legais vigentes que delimitam o âmbito da mesma.

2.2. Das normas legais em jogo

2.2.1. Do ETAF

O art. 1.º, n.º 1 do ETAF estabelece que “Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no art. 4.º deste Estatuto”⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/2007, de 21 de março e proferido no Proc. n.º 430/2002, disponível *online* na página *web* <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>> (*vide* também o Acórdão n.º 19/2011, de 12 de janeiro e proferido no Proc. n.º 489/2010). No mesmo sentido, se pronunciou também o Tribunal de Conflitos, no seu Acórdão de 27.11.2008, proferido no Proc. n.º 019/08 e disponível *online* (o qual apresenta abundantes referências à doutrina nacional e demais jurisprudência).

⁽³⁵⁾ Exemplo típico de uma relação jurídico-administrativa ainda não “entregue” à jurisdição administrativa é a relativa ao valor de justa indemnização devida por expropriação, conforme resulta dos arts. 38.º, n.º 1 e 51.º, n.º 1 do CE (Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, já alterado por diversa legislação posterior) — neste sentido, *vide* Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, “Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 24, ss., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos”, 2.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 114-115 e “Manual de Processo Administrativo”, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 174-175. No entanto, a “história legislativa” parece demonstrar uma intenção paulatina de integrar este tipo de litígios no âmbito da jurisdição administrativa, pois se a reforma do Contencioso Administrativo de 2002 atribuiu à jurisdição administrativa a apreciação dos litígios respeitantes ao direito de reversão (arts. 74.º e 77.º do CE), o Projecto de Revisão do Código das Expropriações (disponível *online* na página *web* <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/apresentacao-do-projeto/downloadFile/attachedFile_f0/Projeto_Revisao_CodigoExpropriacoes.pdf?nocache=1372332986.34>) afirmava que a apreciação dos litígios respeitantes ao apuramento do valor de justa indemnização devida por expropriação passariam a ser apreciados pela jurisdição administrativa. Posteriormente, a redação das alíneas *i*), *j*) e *k*) de alteração do art. 4.º do ETAF, constante do Projeto de Proposta de Lei de Autorização para Revisão do CPTA e do ETAF elaborado pelo Governo em 2014/2015 apontava nesse sentido, mas tal opção acabaria por não vingar, pois o Projeto de Revisão do Código das Expropriações não veio a ser aprovado e o art. 4.º do ETAF não consagrou tal solução.

⁽³⁶⁾ Redação diferente constava do art. 1.º do ETAF, na versão anterior ao DL n.º 214-G/2015, que reproduzia o art. 212.º, n.º 3 da CRP e cujo teor radicava no conceito de relações jurídicas admi-

O art. 4.º, n.º 1 do ETAF, por sua vez, estipula que “Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a: (...) *h*) Responsabilidade civil extracontratual dos demais sujeitos aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público”.

A aplicação do art. 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF é imediata ou depende de outra legislação?

Salvo melhor opinião, entendemos que esta norma não é de aplicação imediata⁽³⁷⁾, pois é necessário previamente indagar quais as normas jurídicas ou qual o diploma legal que determina a aplicação do regime da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas de direito público.

Esta solução decorre expressamente da letra mas também da história da reforma do contencioso administrativo⁽³⁸⁾: recorde-se que a reforma do contencioso administrativo foi constituída por 3 (três) anteprojetos legislativos, um dos quais era a nova Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (Proposta de Lei n.º 95/VII/2 de 13.07.2001) — que ficou provisoriamente pelo “caminho” e apenas será aprovada posteriormente —, pelo que a remissão constante do art. 4, n.º 1, alínea *h*) [a anterior alínea *i*)] era naturalmente para essa legislação, que era expectável aprovar-se na mesma ocasião⁽³⁹⁾.

nistrativas e fiscais (subjacente à alteração poderão estar os receios de evitar o ampliar excessivo da jurisdição administrativa e fiscal, com base neste conceito, ainda que a alínea *o*) do art. 4.º, n.º 1, não pareça coadunar-se totalmente com tal intenção e/ou interpretação — sobre esta matéria, *vide* Ana Fernanda Neves, “Âmbito de Jurisdição e Outras Alterações ao ETAF”, *in* “@pública — Revista Eletrónica de Direito Público”, n.º 2, junho de 2014 — artigo disponível *online* na página *web* <<http://e-publica.pt/ambitodejurisdicao.html>>, Mário Aroso de Almeida, “Manual...”, p. 172, ss., e CARLOS CARVALHO, “Alterações ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais”, *in* Vários (coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão), “Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA”, 3.ª ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 301).

⁽³⁷⁾ Em sentido contrário, *vide* VASCO PEREIRA DA SILVA, “É sempre a mesma cantiga” — O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública”, *in* Vários, “Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 219-220 (manifestando fortes dúvidas, *vide* MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “As Empresas...”, p. 323, ss.).

⁽³⁸⁾ Sobre esta matéria, *vide* VASCO PEREIRA DA SILVA, “O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise — Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo”, 2.ª ed. atualizada, Almedina, Coimbra, 2009, p. 217, ss.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 34-35.

2.2.2. Do RRCEE

Em 30.01.2008, e após vários percalços⁽⁴⁰⁾, o novo RRCEE entrou em vigor⁽⁴¹⁾, revogando o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, cujo âmbito era expressamente limitado ao Estado e às pessoas coletivas públicas (*vide* art. 1.º do referido diploma legal).

O art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, em comparação com o Decreto-Lei n.º 48051, veio aumentar o seu âmbito de aplicação (na sua vertente subjetiva)⁽⁴²⁾, ao estabelecer que “As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas coletivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

⁽⁴⁰⁾ Sobre esta matéria, *vide* LUÍS CABRAL DE MONCADA, “Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado — A Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro”, Abreu & Marques, Vinhas e Associados, 2008, p. 16 (desde já se agradece a gentileza e atenção manifestada por esta sociedade de advogados pela disponibilização desta obra).

⁽⁴¹⁾ O facto de estamos perante legislação que entrou em vigor em momentos diferentes (o ETAF entrou em vigor em janeiro de 2004 e o RRCEE em finais de janeiro de 2008) e de ter natureza distinta (o ETAF é um diploma de natureza processual enquanto que o RRCEE é um diploma de direito substantivo), coloca problemas quanto à respetiva aplicação no tempo. Desde logo, atente-se que a competência para a apreciação das ações judiciais de responsabilidade de concessionárias por sinistros rodoviários instauradas antes de 30.01.2008 era dos tribunais judiciais pois “a previsão do art. 4.º, n.º 1, alínea i), do ETAF permanecerá sem alcance prático: os tribunais administrativos não serão competentes para apreciar a responsabilidade de entidades privadas por não haver norma que submeta essas entidades ao regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas” (DIOGO FREITAS DO AMARAL e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 34-35). No entanto, uma ação judicial desse tipo instaurada após 30.01.2008 não era necessariamente da competência dos tribunais administrativos, pois, pese embora nessa data já estivessem em vigor tanto o ETAF como o RRCEE, era necessário averiguar se este último diploma era efetivamente aplicável à situação em análise nos autos, uma vez que não é admissível a sua aplicação retroactiva, isto é, este diploma (o RRCEE) não pode ser aplicado a situações ocorridas antes da sua entrada em vigor, pois tal traduzir-se-ia na violação do disposto no art. 12.º do CCivil mas também do princípio da proteção da confiança e do Estado de Direito democrático (art. 2.º da CRP). Em suma, e reportando-nos à competência para apreciar tal tipo de litígios, podemos distinguir três tipos de ações judiciais:

- 1) Ações judiciais instauradas antes de 30.01.2008: são da competência dos tribunais judiciais;
- 2) Ações judiciais instauradas após 30.01.2008 mas relativas a sinistros rodoviários ocorridos antes dessa data: são da competência dos tribunais judiciais; e
- 3) Ações judiciais instauradas após 30.01.2008 e relativas a sinistros rodoviários ocorridos após essa data: são da competência dos tribunais administrativos.

⁽⁴²⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 361 e 370.

Deste modo, é inegável a extensão deste diploma às pessoas coletivas privadas, entre as quais avultam as concessionárias⁽⁴³⁾, conforme resulta da letra da lei (elemento literal) mas também da história desta norma legal (elemento histórico), pois esta intenção (legislativa) foi sendo reiterada nos diversos projetos legislativos sobre esta matéria (inclusive do que foi primeiramente elaborado, a Proposta de Lei n.º 95/VIII/2).

Mas o dever de vigilância de uma estrada concessionada ou subconcessionada que incumbe à respetiva concessionária ou subconcessionária está abrangido pela letra do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE (dimensão objetiva)? E conexo com esta questão, a distinção atos de gestão pública/gestão privada é ainda hoje relevante?

Desde já se adianta que, em nossa opinião, esse dever de vigilância e manutenção (e a sua eventual omissão) da concessionária ou subconcessionária não se traduz num ato administrativo nem na manifestação do exercício de qualquer poder ou prerrogativa de autoridade^(44/45) (ainda que versem sobre bens do domínio público do Estado)⁽⁴⁶⁾ mas sim numa ope-

(43) CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, anotação ao art. 1.º, ponto 14., p. 53.

(44) Os poderes ou prerrogativas de autoridade que, saliente-se não são exclusivos do direito público (neste sentido, *vide* VASCO PEREIRA DA SILVA, “Em Busca...”, p. 556, ss.), são definidos por PEDRO GONÇALVES como “o poder abstracto — estabelecido por uma norma de direito público — conferido a um sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coacção sobre pessoas ou coisas” (*in* “Entidades Privadas com Poderes Públicos”, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008, p. 608).

(45) Em sentido divergente, *vide* SALVADOR DA COSTA, “A responsabilidade civil por defeitos de concepção, conservação e construção de estradas”, *in* “O Direito”, Almedina, Coimbra, Ano 140.º, 2008 — III, p. 566 (acolhendo tal entendimento, veja-se o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 27.02.2014 e proferido no Proc. n.º 048/13).

(46) Não se olvide que os lanços rodoviários que integram uma concessão rodoviária integram o domínio público rodoviário do Estado, para efeitos do art. 84.º n.º 1, alínea *d*) da CRP e art. 26.º, ss. do NEERN (neste sentido, *vide*, a título de exemplo, a Base LXXXI do Contrato de Concessão da Grande Lisboa) — sobre esta matéria, *vide* ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, “O Domínio Público — O Critério e o Regime Jurídico da Dominalidade”, reimpressão (da edição de janeiro de 2005), Almedina, Coimbra, 2006, p. 221, ss. Por essa razão, se afirma que este tipo de “concessão de obras públicas leva associada, acessoriamente, uma concessão de exploração do domínio público, já que, (...) o estabelecimento da concessão constitui uma universalidade pública.” (DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, “Estudos sobre Concessões e Outros Actos da Administração (Pareceres)”, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 22-23; de forma semelhante, *vide* FRANCISCO SANZ GANDASEGUI, “El Concepto de Contrato de Concesión de Obras Públicas”, *in* Vários (coordenação de Adolfo Menéndez Menéndez), “Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: el Contrato de Concesión de Obras Públicas”, 2.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 112, ss.).

ração material^(47/48), pelo que estaríamos perante uma ação ou omissão regulada por disposições ou princípios de direito administrativo (parte final do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE).

No entanto, foi sustentada uma interpretação restritiva⁽⁴⁹⁾ do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, pois a aplicação desta lei só se verificará quando as entidades privadas “atuem no exercício da função administrativa, através da prática de atos administrativos”⁽⁵⁰⁾.

Em nossa opinião, é de se rejeitar tal interpretação restritiva, pois tal não resulta da própria letra da lei (elemento literal)⁽⁵¹⁾ nem da história legis-

(47) As operações materiais administrativas são definidas por CARLA AMADO GOMES como “todos os actos que visam exclusivamente produzir alterações na realidade física (embora possam também ter, acidentalmente, consequências jurídicas), quer no âmbito da organização administrativa, quer no âmbito do estabelecimento de relações jurídicas administrativas entre a Administração e outros sujeitos, de direito público ou privado, cuja prática é imposta por acto normativo ou por determinação individual, e que têm por finalidade a realização dos interesses públicos da pessoa colectiva ao qual são imputados” (in “Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Controlo Jurisdicional”, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 252; sobre este conceito, *vide*, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo — Vol. II”, p. 659, ss., e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “Direito Administrativo Geral — Tomo III — Atividade Administrativa”, 2.ª ed., Dom Quixote, Lisboa, 2009, p. 375, ss.).

(48) Analisando o âmbito do dever de vigilância e à forma como ele é exercido no dia-a-dia pela concessionária (em especial, através da deslocação de um veículo da concessionária conduzido por um funcionário da mesma — que percorre os diversos lanços rodoviários que integram a concessão — e do controlo realizado a partir de uma central de assistência e manutenção, onde se tem acesso a imagens de videovigilância), entendemos que o dever de vigilância não pode ser configurado como um poder ou prerrogativa de autoridade mas sim como uma operação material (neste sentido, *vide* CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Responsabilidade Civil dos Concessionários de Autoestradas” — Ac. do TCA Norte de 6.5.2010, P. 1566/08.2BEBRG”, in CJA, n.º 92, março/abril 2012, pp. 44-45). A este propósito, cumpre não olvidar que não estamos perante a prestação de um serviço público, uma vez que “mesmo quando o concessionário assume o dever de prestar um “serviço” (por exemplo, o concessionário da auto-estrada obriga-se a prestar auxilia aos utentes), o que está em causa é ainda uma actividade relacionada com a boa utilização do bem, não a prestação de um serviço público. A exploração da obra pública traduz-se no fim de contas na recolha dos rendimentos que a obra proporciona ou gera, e não na gestão de um serviço público” (PEDRO GONÇALVES, “A Concessão de Serviços Públicos”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 93).

(49) A interpretação restritiva ocorre quando “o intérprete chega a conclusão de que o legislador adoptou um texto que atraiçoa o seu pensamento, na medida em que diz mais do que aquilo que se pretendia dizer. Também aqui a *ratio legis* terá uma palavra decisiva. O intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento assim expresso: *cessante rationae legis cessat eius dispositivo* (lá onde termina a razão de ser da lei termina o seu alcance” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, 9.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1996, p. 186).

(50) PEDRO GONÇALVES, “Entidades Privadas...”, p. 1094, nota de rodapé n.º 479, e FILIPA CALVÃO, in Vários (organização de Rui Medeiros), “Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, anotação ao art. 1.º, ponto 2.3., p. 72.

(51) Atente-se que a aplicação do regime da responsabilidade civil pública a pessoas coletivas privadas depende de dois pressupostos que são alternativos (como resulta patente do uso da conjunção

lativa do preceito legal (elemento histórico)⁽⁵²⁾. Assim sendo, cumpre questionar se as “palavras do legislador são [ou não] para levar a sério”⁽⁵³⁾?

E quanto à distinção atos de gestão pública/gestão privada, esta é ainda hoje relevante, se atentarmos no art. 1.º, n.º 5 do RRCEE? E, se sim, como enquadrar o dever de vigilância de uma concessionária nesta distinção?

Para podermos responder a esta questão, temos de chamar à colação os critérios adotados pela doutrina e pela jurisprudência para aferir desta distinção (que tinha implicações quanto à jurisdição competente).

Pese embora existisse um setor minoritário da doutrina que contestava esta distinção⁽⁵⁴⁾, a maioria da doutrina e jurisprudência nacionais defendia a manutenção de tal distinção, apontando como critérios diferenciadores:

- a) o exercício de poderes de autoridade,
- b) o enquadramento institucional, e
- c) o “ambiente de Direito Público”.

Vejamos sucintamente cada um destes critérios diferenciadores.

Para o primeiro critério (o exercício de poderes de autoridade)⁽⁵⁵⁾, “deve entender-se por gestão pública a actividade da Administração regu-

disjuntiva “ou”): a) o exercício de prerrogativas de poder público ou b) regime jurídico aplicável (disposições ou princípios de direito administrativo).

⁽⁵²⁾ A parte final do atual art. 1.º, n.º 5 do RRCEE constava dos diversos projetos legislativos que foram sendo elaborados e que se “perderam” pelo caminho mas era também devidamente realçada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 95/VIII: “Considera-se, na verdade, que não são qualitativamente idênticas e, por isso, indiferenciáveis as condutas que as entidades públicas desenvolvem como se fossem entidades privadas e aquelas que elas adoptam no exercício de poderes públicos de autoridade ou, em todo o caso, ao abrigo de disposições e princípios de direito público, institutivos de deveres ou restrições especiais, de natureza especificamente administrativa, que não se aplicam à actuação das entidades privadas. (...) Opta-se, assim, por delimitar o âmbito material das actuações abrangidas pelo regime de responsabilidade segundo o critério do regime jurídico substantivo ao abrigo do qual elas foram adoptadas. (...) Por este motivo se recorre à clássica contraposição entre «pessoas colectivas de direito público» e «pessoas colectivas de direito privado» para esclarecer que tanto a responsabilidade de umas como a de outras só se rege por este diploma quando resulte de actuações reguladas por disposições e princípios específicos de direito administrativo, segundo o critério material de delimitação que já foi exposto.” (Ministério da Justiça — Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, “Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado — Trabalhos Preparatórios da Reforma”, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 13-14).

⁽⁵³⁾ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Responsabilidade...”, p. 28.

⁽⁵⁴⁾ VASCO PEREIRA DA SILVA, “Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente”, Principia, Lisboa, 1997, p. 16, ss.

⁽⁵⁵⁾ Que continua a ser o critério dominante, sendo maioritariamente aplicado pela jurisprudência nacional (neste sentido, *vide* FILIPA CALVÃO, *in* Vários, “Comentário...”, anotação ao art. 1.º, p. 66).

lada pelo Direito Administrativo e por gestão privada a actividade da Administração que decorra sob a égide do Direito Privado. Como o Direito Público que disciplina a actividade da Administração é quase todo composto por leis administrativas, pode dizer-se que reveste a natureza de gestão pública toda a actividade da Administração que seja regulada por uma lei que confira poderes de autoridade para o prosseguimento do interesse público, disciplina o seu exercício ou organize os meios necessários para esse efeito”⁽⁵⁶⁾.

Já para a teoria do enquadramento institucional, são “actos de gestão privada os que se compreendem numa actividade em que a pessoa colectiva, despida do poder público, se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que o acto respeita e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado”, enquanto que “São actos de gestão pública os que se compreendem no exercício de um poder ou dever público, integrando eles mesmos a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coacção, e independentemente ainda das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devam ser observadas”⁽⁵⁷⁾.

Para o último critério (o “ambiente de Direito Público”), a distinção radicar-se-á no “grau de intensidade deste interesse público, em particular no confronto com os interesses privados com ele colidentes (...). Os actos de gestão pública estão legalmente vinculados a prosseguir um interesse público cuja maior intensidade justifica a sua supremacia sobre os interesses privados com ele eventualmente conflituantes; os actos de gestão privada estão legalmente vinculados a prosseguir um interesse público cuja menor intensidade implica a sua paridade com os interesses privados com ele eventualmente conflituantes”⁽⁵⁸⁾.

Quanto à manutenção ou abandono da distinção gestão pública/gestão privada, entendemos que o legislador nacional, pese embora omita qualquer referência à referida distinção (o que poderia, num primeiro momento, ser interpretado como um sintoma do desejo de abandono desta distinção, que era fulcral no regime legal anterior)⁽⁵⁹⁾, manteve a mesma,

⁽⁵⁶⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo — Vol. II*, 7.ª reimpressão da 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 1222.

⁽⁵⁷⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL (com a colaboração de Luís Fábria, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva), *Curso de Direito Administrativo — Vol. I*, 3.ª ed. (8.ª reimpressão da edição de novembro de 2006), Almedina, Coimbra, 2014, p. 150.

⁽⁵⁸⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, p. 31.

⁽⁵⁹⁾ Dispunha o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 48051 que “A responsabilidade civil extracontra-

tendo adotado, como critério de distinção, o critério do enquadramento institucional.

Como se enquadra ou encaixa o dever de vigilância de uma autoestrada pela concessionária nesta distinção: é gestão pública ou gestão privada? E estará abrangido pelo teor do art. 1.º, n.º 5 do RCEE?

Anteriormente referimos que, em nossa opinião, este dever de vigilância deve ser qualificado como uma atuação ou operação material administrativa e é precisamente quanto a estas que a distinção gestão pública/gestão privada assume toda a relevância, pois, à partida, e no âmbito da atividade administrativa, “os regulamentos e os actos administrativos são notoriamente actos de gestão pública”⁽⁶⁰⁾.

A resposta a dar a esta questão dependerá do critério adotado para fundamento da destinação gestão pública/gestão privada.

Para quem acolha o critério do exercício de poderes de autoridade, o dever de vigilância seria um ato de gestão privada, mas julgamos que, tanto para a teoria do enquadramento institucional como para a do “ambiente de Direito Público”, este seria configurado como um ato de gestão pública, isto é, realizado “no exercício de um poder ou dever público, integrando eles mesmos a realização de uma função pública da pessoa colectiva” em questão, isto é, das concessionárias (sendo que, como se verá posteriormente, tal dever público consta do respetivo contrato de concessão de obras públicas, bem como de diploma legal).

Consequentemente, e na senda do anteriormente afirmado, entendemos que o dever de vigilância de uma autoestrada pela concessionária corresponde a um ato de gestão pública e se encontra abrangido pelo âmbito do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, em especial atendendo ao teor da sua parte final.

No entanto, a nossa tarefa ainda não terminou, pois o art. 1.º, n.º 5 do RRCEE é uma cláusula de atribuição incompleta, o que obriga a que tenhamos de buscar uma outra indicação legislativa⁽⁶¹⁾ que permita aplicar

tual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública rege-se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em leis especiais”.

⁽⁶⁰⁾ FILIPA CALVÃO *in* Vários, “Comentário...”, anotação ao art. 1.º, ponto 2.3., pp. 61-62.

⁽⁶¹⁾ Conforme assinala PEDRO GONÇALVES, “A norma parece dever interpretar-se no sentido de atribuir-se à jurisdição administrativa a competência para apreciar a responsabilidade civil de entidades privadas apenas nos casos em que a lei da responsabilidade civil das entidades públicas lhes seja aplicável. Nesta situação especial, a cláusula de atribuição de competência assume-se, simultaneamente, como uma cláusula de atribuição incompleta, no sentido de que faz depender a competência dos tribunais administrativos de uma outra indicação legislativa, e como cláusula de exclusão, já que exclui da jurisdição administrativa as acções de responsabilidade civil dos sujeitos privados fora das situações nela contempladas — no sentido de que, nos termos daquela norma, a jurisdição administra-

tal normativo legal à conduta (ou omissão da mesma) da concessionária. Significa, pois, que “a submissão de entidades privadas ao regime de responsabilidade civil (com a conseqüente sujeição ao contencioso administrativo) terá, portanto, de ser definida casuisticamente em função da natureza jurídica dos poderes que tais entidades tenham exercitado em dada situação concreta”⁽⁶²⁾.

2.2.3. Da procura das disposições ou princípios de direito administrativo

O contrato de concessão de obra pública, muito associado ao período do liberalismo do séc. XIX, teve um ressurgimento nas últimas décadas⁽⁶³⁾ (frequentemente associado às parcerias público-privadas)⁽⁶⁴⁾, tanto na Europa como em Portugal, pese embora apresente atualmente um figurino distinto do “modelo clássico”⁽⁶⁵⁾.

tiva só é competente para apreciar a responsabilidade civil dos sujeitos privados “quando a esses sujeitos for aplicável o regime específico da responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas de direito público” (*in* “Entidades Privadas...”, p. 1082, nota de rodapé n.º 446).

⁽⁶²⁾ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *ob. cit.*, p. 49.

⁽⁶³⁾ FRANÇOIS LICHÈRE, “L’évolution du droit des concessions en droit communautaire”, pp. 1 e 9 (texto disponível *online* na página *web* <http://chairemadvp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2008/Contribution_Francois_LICHERE.pdf>).

⁽⁶⁴⁾ O contrato de concessão (seja o de obra pública, seja o de serviços públicos) tem sido um dos figurinos contratuais preferidos para a adoção e implementação de uma PPP (parceria pública-privada) — art. 2.º, n.º 4, alíneas *ab*) do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. No entanto o contrato de concessão não esgota ou “consume” uma PPP, pois, como bem salienta JULIO GONZÁLEZ GARCIA (que chama à colação um outro conhecido conto de Julio Cortázar), “merece a pena reter o facto de que os CPP [contratos de colaboração público-privada, na terminologia espanhola] são contratos especialmente flexíveis e, por isso, para quem queira desenvolver a implementação deste tipo de contratos, deverão ter a correspondente configuração. Neste sentido, bem se poderia afirmar, parafraseando o título de uma novela de Júlio Cortázar, que os CPP são «modelos para armar», “nos quais a Administração e o contraente privado recolhem elementos isolados do ordenamento jurídico para configurar cada figurino concreto, elementos que respeitarão ao direito imobiliário, aos contratos de serviços e que conterão aspectos dos contratos de empreitadas de obras públicas nos que haja que proceder à construção da infraestrutura; o que, evidentemente, dificultará o regime aplicável a cada CPP.” (*in* “Contrato de Colaboración Público-Privada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 170, Madrid, maio/agosto de 2006, p. 22; sobre a relação contrato de concessão/PPP, *vide* na doutrina portuguesa, entre todos, MARIA EDUARDA AZEVEDO, “As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública”, Almedina, Coimbra, 2009, p. 443, ss., e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “As Parcerias Público-Privadas”, *Cadernos IDEFF* n.º 9, Almedina, Coimbra, 2009, p. 157, ss.).

⁽⁶⁵⁾ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Direito Europeu dos Contratos Públicos — Um Olhar Português...”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 88.

No entanto, os contratos de concessões de obras públicas que o Estado português teve necessidade de celebrar a partir da década de 90 deparavam-se com uma situação de “vazio legislativo”, pois não existia legislação específica que regulasse este tipo de contratos. O legislador nacional apenas reconhecia que o contrato de concessão de obra pública era uma modalidade de contrato administrativo [art. 178.º, n.º 2, alínea *b*) do antigo CPA] e definia-o tendo como referência o contrato de empreitada de obras públicas (art. 2.º, n.º 4 do RJEOP)⁽⁶⁶⁾, o que era, em nossa opinião, manifestamente insuficiente⁽⁶⁷⁾.

Perante este “vazio legislativo” e a enorme complexidade que os contratos de concessão de obras públicas apresentavam, o legislador optou por fazer verter o seu regime jurídico em diplomas legais, quando não era (formalmente) exigível que o fizesse (art. 251.º do RJEOP).

Atentemos, por exemplo, no contrato de concessão de obras públicas da Grande Lisboa: o concedente (Estado) não se limitou a celebrar este contrato⁽⁶⁸⁾, mas aprovou previamente, em diplomas publicados no Diário da República⁽⁶⁹⁾, as Bases do Contrato de Concessão a celebrar e a respetiva minuta do Contrato.

⁽⁶⁶⁾ Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, constante do Decreto-Lei n.º 59/99, alterado por diversa legislação posterior (esta legislação, por força do art. 14.º, n.º 1, alínea *d*) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP — Código dos Contratos Públicos —, foi entretanto revogada).

⁽⁶⁷⁾ Este raciocínio ainda se mantém na actual legislação (arts. 426.º e 430.º do CCP — Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado por diversa legislação posterior, em especial pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio), o que nos parece criticável, atendendo a um critério temporal (a fase de construção, por contraponto à fase da exploração, ocupará, em regra, uma parte diminuta da duração da concessão) mas, sobretudo, a um critério material ou substantivo (o contrato de concessão de obra pública deveria ser caracterizado primeiramente com base na exploração, por parte da concessionária, da obra pública — neste sentido, *vide* GASPARI RIÑO ORTIZ e JOSÉ LUÍS VILLAR EZCURRA, “Reflexiones sobre el Proyecto de Reforma de las Concesiones de Obra”, *Revista de Obras Públicas, Extraordinário*, outubro 2002/n.º 3425, pp. 190-191 e FRANCISCO SANZ GANDASEGUL, “El Concepto...” *in* Vários, “Instrumentos Españoles...”, p. 119, ss.).

⁽⁶⁸⁾ A “versão atualizada” deste contrato, datado de 17.07.2015, encontra-se disponível *online* na página *web* <http://www.utap.pt/PPP%20Rodoviarrias/12_Concess%C3%A3o%20Grande%20Lisboa/Contrato%20em%20vigor/Contrato/Contrato.pdf>.

⁽⁶⁹⁾ As Bases do Contrato de Concessão constam do Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de dezembro (publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 248, de 28 de dezembro de 2006) e a minuta do contrato da Resolução do Conselho de Ministros n.º 171/2006, de 14.12.2006 (publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 249, de 29.12.2006), posteriormente rectificadas pela Declaração de Retificação n.º 4-A/2007 (publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 6, de 09.01.2007). Estes diplomas foram, posteriormente, objeto de alteração em 2010 (através do Decreto-Lei n.º 44-F/2010, de 5 de maio, e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-F/2010, de 4 de junho, respetivamente) e em 2015 (através do Decreto-Lei n.º 112/2015, de 19 de junho, e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-A/2015, de 2 de julho, respetivamente). Este “binómio legislativo” prévio à celebra-

Atentemos em algumas das cláusulas desse Contrato de Concessão, “vertidas” em Bases do Contrato de Concessão, constantes do Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de dezembro⁽⁷⁰⁾.

Estabelece-se no n.º 1 da Base III que “A Concessionária deve desempenhar as actividades concessionadas de acordo com as exigências de um regular, contínuo e eficiente funcionamento do serviço público e adoptar, para o efeito, os melhores padrões de qualidade disponíveis em cada momento, tudo nos exactos termos das disposições aplicáveis das presentes bases”.

De acordo com a Base IV, “A Concessão é de obra pública e é estabelecida em regime de exclusivo relativamente à Auto-Estrada que integra o seu objecto”.

Adicionalmente, estipula-se que “A Concessionária tem como objecto social exclusivo o exercício das actividades que, nos termos do Contrato de Concessão, se consideram integradas na Concessão, devendo manter ao longo de toda a vigência da Concessão, a sua sede em Portugal e a forma de sociedade anónima, regulada pela lei portuguesa” (Base X).

No que respeita à construção dos lanços rodoviários que integram esta concessão rodoviária, estabelece-se que “A Concessionária é responsável pela concepção, projecto, construção e aumento do número de vias do Lanço referido no n.º 3 da Base II, respeitando os estudos e projectos aprovados nos termos das bases seguintes e o disposto nas presentes bases” (Base XXIV, n.º 1).

Estabelecem-se ainda directrizes quanto às características técnicas desses lanços rodoviários e que poderão ter enorme relevância quanto a apreciação dos deveres das concessionárias quando esteja em causa a apreciação de uma sua eventual responsabilidade pela ocorrência de um sinistro rodoviário ocorrido na concessão.

ção do contrato (constituído pelas Bases do Contrato de Concessão e Minuta do Contrato de Concessão) é também adotado (ou melhor dizendo, “replicado”) nas alterações do contrato, porque, previamente à assinatura do contrato que contem alterações à redação originária há que alterar as bases do contrato (e nesse mesmo diploma legal procede-se à republicação das Bases) e a Minuta do Contrato.

⁽⁷⁰⁾ Tenha-se em conta que, pese embora existam diferenças pontuais, facilmente se constata que as outras concessões rodoviárias existentes em Portugal têm Bases do respectivo Contrato de Concessão bastante semelhantes às que iremos descrever de seguida. A existência destas semelhanças ou traços comuns das Bases dos diversos Contratos de Concessão existentes em Portugal (que se encontram disponíveis *online* na página *web* <<http://www.utap.pt/>>) justifica, em grande parte, o teor dos arts. 410.º, ss., do CCP pois, como reconhece o legislador, este regime “inspira-se amplamente na prática contratual existente entre nós neste domínio, solidificada sobretudo desde o início dos anos 90 do século passado” (Ponto 5. do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008). Exemplos típicos deste tipo de cláusulas são indicados por Nazaré da Costa Cabral, *ob. cit.*, pp. 189-190.

Por exemplo, e no que respeita às vedações, estipula-se que “a Auto-Estrada será vedada em toda a sua extensão, utilizando-se para o efeito tipos de vedações adequadas à ocupação marginal. As passagens superiores em que o tráfego de peões seja exclusivo ou importante serão também vedadas lateralmente em toda a sua extensão” [Base XXVIII, n.º 5, alínea a)].

Estabelece-se na Base XXXVIII que “A Concessionária garante ao Concedente a qualidade da concepção, do projecto e da execução das obras de construção e conservação dos Lanços, responsabilizando-se pela sua durabilidade, em permanentes e plenas condições de funcionamento e operacionalidade, ao longo de todo o período da Concessionária”, bem como que “A Concessionária responderá, perante o Concedente e perante terceiros, nos termos gerais da lei, por quaisquer danos emergentes ou lucros cessantes resultantes de deficiências ou omissões na concepção, no projecto, na execução das obras de construção e na conservação da Auto-Estrada, devendo esta responsabilidade ser coberta por seguro, nos termos da Base LXX”^(71/72).

Por sua vez, e de acordo com o disposto no n.º 1 da Base XLIV, “A Concessionária obriga-se a manter, durante a vigência do Contrato de Concessão, e a expensas suas, a Auto-Estrada e os demais bens que constituem o objecto da Concessão em bom estado de funcionamento, utilização, conservação e segurança, nos termos e condições estabelecidos nas disposições aplicáveis do presente Contrato, realizando, nas devidas oportunidades, as reparações, renovações e adaptações que, de acordo com as mesmas disposições, para o efeito se tornem necessárias e bem

⁽⁷¹⁾ Existe ainda uma Base específica quanto à cobertura por seguros, segundo a qual “A Concessionária deverá assegurar a existência e manutenção em vigor, das apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva e compreensiva cobertura dos riscos inerentes ao desenvolvimento das atividades integradas na Concessão, emitidas por seguradoras aceitáveis pelo Concedente de acordo com critérios de razoabilidade” (Base LXX, n.º 1).

⁽⁷²⁾ A intervenção de uma seguradora num litígio de responsabilidade civil decorrente de sinistro automóvel, ao “lado” de uma concessionária (como ré ou interveniente) não implica, em nossa opinião, a incompetência dos tribunais administrativos (neste sentido, *vide* Acórdão do TCA — Tribunal Central Administrativo — Norte de 16.12.2016, proferido no Proc. n.º 198/12.5BEMDL). No entanto, a resposta pode afigurar-se mais complexa perante uma situação em que a concessionária procede a uma transferência integral da sua eventual responsabilidade para a sua seguradora. Ainda assim, e uma vez que primeiramente incumbe ao Tribunal analisar uma eventual responsabilidade da concessionária pela ocorrência do sinistro, entendemos que, à partida, os tribunais administrativos e fiscais serão competentes para apreciar tal litígio. Solução diferente terá de ser fornecida quando a seguradora for demandada isoladamente ou com a concessionária, mas esta a título subsidiário, à semelhança do descrito no Acórdão do Tribunal de Conflitos de 14.09.2017, proferido no Proc. n.º 09/17 (estava em causa uma seguradora de um município, sendo peticionada a condenação deste a título subsidiário).

assim todos os trabalhos e alterações necessários para que o empreendimento concessionado satisfaça cabal e permanentemente o fim a que se destina”.

Estipula-se ainda que “A Concessionária obriga-se a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade para os utentes, a circulação ininterrupta na Auto-Estrada, salvo a ocorrência de caso de força maior, devidamente comprovado, que a impeça de cumprir tal obrigação” (Base LII, n.º 2).

No que respeita à assistência aos utentes, dispõe-se que “A Concessionária está obrigada a assegurar a assistência aos utentes da Auto-Estrada, nela se incluindo a vigilância das condições de circulação, nomeadamente no que respeita à sua fiscalização e à prevenção de acidentes” (Base LIII).

Por último, na Base LXXIII, sob a epígrafe “Responsabilidade geral pela culpa e pelo risco”, estipula-se que “A Concessionária responderá, nos termos da lei geral, por quaisquer prejuízos causados a terceiros no exercício das actividades que constituem o objecto da Concessão, pela culpa ou pelo risco, não sendo assumido pelo Concedente qualquer tipo de responsabilidade”^(73/74).

Estas normas legais podem ser entendidas ou classificadas como “disposições ou princípios de direito administrativo”, para efeitos da parte final do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE?

O facto de estarmos perante cláusulas de um típico contrato administrativo (art. 407.º, ss. do CCP) que foram vertidas para normas de um

(73) Como deveremos interpretar o conceito de “lei geral” constante desta Base do Contrato de Concessão? É verdade que a maioria dos contratos de concessões rodoviárias celebrados em Portugal são anteriores à entrada em vigor do novo RRCEE e da Lei n.º 24/2007, pelo que, a essa data, cremos que essa referência deveria ser interpretada como remissão para o regime da responsabilidade civil constante do Código Civil (art. 483.º, ss.), mas julgamos que esta norma deve ser objecto de uma interpretação actualista (parte final do art. 9.º do CCivil). Consequentemente, a lei geral referida nessa Base do Contrato de Concessão da Grande Lisboa deve ser interpretada como sendo o RRCEE, face ao teor do seu art. 1.º, n.º 5. Acresce que, como bem salienta a jurisprudência do Tribunal de Conflitos, “a referência que é feita à “lei geral” significa apenas que a responsabilidade pelos prejuízos resultantes de responsabilidade civil extracontratual não está regulada por normas inscritas no contrato de concessão, mas pelas normas gerais que regulam tal matéria, sem tomar partido sobre a sua natureza, administrativa ou comum.” (Acórdão de 30.05.2013, proferido no Proc. n.º 017/13).

(74) Concretizando (e corroborando) o referido na nota de rodapé n.º 70, compare-se o teor destas Bases com as de outras concessões rodoviárias, como, por exemplo, a concessão do Norte Litoral (Decreto-Lei n.º 234/2001, de 28 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 44-B/2010, de 5 de maio, e pelo Decreto-Lei n.º 214-B/2015, de 30 de setembro) e a concessão da zona Oeste de Portugal (Decreto-Lei n.º 393-A/98, de 4 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 41/2004, de 2 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 39/2005, de 17 de fevereiro):

decreto-lei é desde logo, em nossa opinião, claramente indiciador que estamos perante normas de Direito Administrativo⁽⁷⁵⁾.

Caso se aceite que as normas de Direito administrativo são, nomeadamente, as que conferem poderes de autoridade à Administração Pública mas também submetem a Administração a deveres, sujeições ou limitações especiais, impostas por motivos de interesse público⁽⁷⁶⁾, não podemos deixar de reconhecer que as normas anteriormente referidas se integram nesse conceito.

Especificamente, e no que se reporta à questão de acidentes rodoviários, diversas dessas normas contêm diretrizes que as concessionárias e

Grande Lisboa	Norte Litoral	Oeste de Portugal
III	IV	inexistente
IV	III	III
X	XI	X
XXIV	XXV	XXIII
XXVIII	XXX	XXVIII
XXXVIII	XXXVII	XXXV
XLIV	XLV	XLIII
LII	LIII	LVII
LIII	LIV	LVIII
LXXIII	LXXIII	LXXIII

Uma análise comparativa das referidas Bases dará azo, em nossa opinião, à conclusão que o teor das mesmas é muito semelhante, existindo apenas diferenças mínimas ou pontuais, que apresentam pouca relevância.

⁽⁷⁵⁾ Poder-se-ia invocar, contra este entendimento, o facto de estarmos perante cláusulas contratuais que apenas vinculam as partes (o Estado enquanto concedente, de um lado, e as concessionárias, por outro lado), mas esta argumentação não nos convence. Desde logo, porque a opção de o Estado ter vertido estas cláusulas em normas de um diploma legislativo é revelador da perceção que este teve quanto à relevância do interesse público subjacente a este tipo de cláusulas mas também porque “A eficácia relativa dos contratos é, actualmente, um mero dogma, que está em crise quer nos contratos entre privados, quer nos contratos celebrados pela Administração Pública” (ALEXANDRA LEITÃO, “A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública”, Almedina, Coimbra, 2002, p. 238). Por outro lado, estamos perante normas de protecção (rejeitando assim as teses que defendem que os contratos de concessão que estamos a analisar se consubstanciam em contratos com efeito protetor de terceiros ou contratos a favor de terceiros), “estando os deveres das concessionárias (ordinariamente) especificados por lei, não é difícil descortinar nessa consagração legal a presença de disposições de protecção, elaboradas, entre outros motivos, por razões que são do interesse dos utentes. O facto de existir um contrato de concessão que incorpora esses deveres não afasta a sua natureza (também) legal, porque proveniente de um acto normativo de natureza legislativa e por força dele (sempre) aplicável” (MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, p. 419). Por último, e já de um ponto de vista prático, é frequente que seja o próprio autor (mormente quando estamos perante seguradoras) que, na sua petição inicial, chame à colação essas mesmas bases contratuais e legais para fundamentar a responsabilidade civil da concessionária.

⁽⁷⁶⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo — Vol. I”, pp. 148-149.

subconcessionárias têm de observar obrigatoriamente aquando da construção e posterior exploração dos lanços rodoviários que integram tal concessão rodoviária, as quais se justificam como tutela da segurança rodoviária (e dos utentes) dessas estradas.

Demonstrativo de tal natureza, é, por exemplo, a exigência de vedações junto ao lanço rodoviário (estrada) da concessão [Base XXVII, n.º 5, alínea *a*) do DL n.º 242/2006], que cria um dever para a concessionária, que as deverá colocar em toda a extensão da autoestrada (exceto em locais onde tal se revele impossível ou desnecessário), dever esse que se compreende em nome da segurança rodoviária, em especial como forma de evitar a entrada de animais no espaço da concessão rodoviária⁽⁷⁷⁾.

Acresce que, para além destas normas, não podemos olvidar o regime constante da Lei n.º 24/2007, de 18 de julho, em especial o seu art. 12.º, através do qual se estabelece uma inversão do ónus da prova (o qual se “transfere” do lesado para as concessionárias), o qual foi instituído para dissipar as dúvidas que até então existiam sobre em quem recaía o ónus da prova^(78/79).

Em nossa opinião, este diploma, ao estabelecer um conjunto de (novos) deveres para as concessionárias, cujo fundamento radica na tutela dos utentes (como se deduz da epígrafe do referido diploma legal, bem com do próprio teor de algumas das suas normas, como ocorre com os arts. 5.º, n.º 4, 6.º, 7.º e 8.º, n.º 4), contem normas de direito administrativo, no sentido que submete as concessionárias a deveres, impostos por motivos de interesse público e, ao mesmo tempo, atribui direitos subjetivos ou interesses legítimos de Direito Administrativo aos utentes. Isto é, uma vez mais, estamos perante disposições de Direito Administrativo, para efeitos da parte final do art. 1, n.º 5 do RRCEE⁽⁸⁰⁾.

(77) Conforme se sublinha no Acórdão do STJ de 14.10.2004, proferido no Proc. n.º 04B2885, “No que respeita à vedação, tem-se por óbvio que, (...) essa obra acessória, ainda que só tal finalidade e não outra se ache expressamente mencionada nas bases anexas ao diploma da concessão, não tem a função exclusiva de delimitação da propriedade, isto é, da zona da auto-estrada, e, assim, da área da concessão, e da zona *non aedificandi*, mas também, mesmo se não mencionada naquelas bases, a de — com, é claro, os limites resultantes das disposições aplicáveis — impedir a intromissão de animais nas vias” (referido *apud* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 245).

(78) A título de exemplo, *vide* Acórdãos do STJ de 14.10.2004 (proferido no Proc. n.º 04B2885), de 22.06.2004 (proferido no Proc. n.º 04A1299), de 20.05.2003 (proferido no Proc. n.º 03A1296), de 17/02/2000 (proferido no Proc. n.º 99B1092) e de 12.11.1996 (proferido no Proc. n.º 96A373).

(79) Neste sentido, *vide* CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Responsabilidade Civil...”, p. 42.

(80) Neste sentido, parece pronunciar-se MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, para quem, dubitativamente, “O sentido geral do diploma poderia apontar para a qualificação da responsabilidade como de direito público e extracontratual, respectivamente” (*in* “Responsabilidade ...”, p. 36).

Atente-se que, inclusive, já se aventou que o estabelecimento destes novos deveres (que vão para além do que estava estabelecido contratual e legalmente nos contratos de concessão) se consubstanciava num *fait du prince*^(81/82), o que reforça, em nossa opinião, a natureza administrativa das normas constantes da Lei n.º 24/2007, de 18 de julho.

Resumindo, as Bases dos contratos de concessões rodoviárias⁽⁸³⁾ correspondem às disposições de Direito Administrativo referidas no art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, que justificam que o dever de vigilância e manutenção das concessionárias corresponde a uma ação ou omissão cuja apreciação e análise jurisdicional cabe aos tribunais administrativos⁽⁸⁴⁾.

3. Conclusões

A resposta “tradicional” quanto à competência jurisdicional para a apreciação dos litígios relativos à ocorrência de acidentes rodoviários

⁽⁸¹⁾ Sobre este instituto, *vide* ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERRE DEVOLVÉ, “Traité des Contrats Administratifs — Tome Seconde”, L.G.D.J. — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 8.ª ed., Paris, 1984, p. 516, LAURENT RICHER, “Droit des Contrats Administratifs”, L.G.D.J., 5.ª ed., Paris, 2006, p. 287, ss., CHRISTOPHE GUETTIER, “Droit des Contrats Administratifs”, Thémis Droit — PUF/Presses Universitaires de France, 2.ª ed., Paris, 2008, p. 417, ss., e CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, “O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 23, ss.

⁽⁸²⁾ No entanto, esta tese foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 569/2009, de 18.11.2009 e proferido no Proc. n.º 951/08.

⁽⁸³⁾ E quanto às obrigações das subconcessionárias, que já não se encontram vertidas em diplomas legislativos, poder-se-á aplicar o mesmo raciocínio e afirmar ainda que estamos perante ações ou omissões reguladas por disposições ou princípios de Direito administrativo, para efeitos do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE? Entendemos que sim, pois o contrato de subconcessão de obras públicas é “um negócio jurídico bilateral subordinado a outro contrato [designado por contrato base ou contrato principal (contrato de concessão da IP)] e celebrado por uma das partes nesta última convenção, com base nos direitos que da mesma lhe advêm” (JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, “O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas”, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 23-24), sendo que esse contrato, enquanto modalidade típica de contrato administrativo, se rege também por princípios e normas de Direito administrativo plasmadas, em especial, nos arts. 316.º, ss., e 407.º do CCP.

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, *vide* o Sumário do Acórdão do Tribunal de Conflitos de 20.05.2013, proferido no Proc. de Conflito n.º 017/13: “(...) III — As entidades privadas concessionárias que são chamadas a colaborar com a Administração na execução de tarefas administrativas através de um contrato administrativo (que poderá ser de concessão de obras públicas ou de serviço público), têm a sua atividade regulada e sujeita a disposições e princípios de direito administrativo. IV — Na verdade, a construção de uma autoestrada, a sua exploração, manutenção, vigilância e segurança, nomeadamente do tráfego, são tarefas próprias da administração do Estado. A outorga dessas tarefas, por determinado período, a terceiro da esfera privada, a quem se permite obter lucros económicos (através, nomeadamente, das portagens, regulamentadas também pelo Estado), é regulada e fiscalizada ao abrigo de normas jurídicas de natureza administrativa que ficam inscritas no contrato de concessão”.

numa concessão ou subconcessão rodoviária entendia que esta pertencia aos tribunais judiciais, atenta a sua competência residual (arts. 211.º, n.º 1 da CRP, 64.º do CPC e 40.º, n.º 1 da LOSJ), mas, em nossa opinião, tal competência pertence aos tribunais administrativos e fiscais, ao abrigo de uma interpretação conjugada do art. 212.º, n.º 3 da CRP, dos arts. 1.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF e do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE.

Em especial, o dever de vigilância e manutenção que recai sobre uma concessionária corresponde a uma ação ou omissão regulada por disposições ou princípios de direito administrativo (para efeitos do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE), que radica nas Bases dos contratos de concessão de obra pública (que apresentam uma natureza contratual e legal), as quais assumem enorme relevância para a apreciação de uma eventual responsabilidade de uma concessionária pela ocorrência de um sinistro rodoviário.

Em suma, a apreciação das ações judiciais relativas a sinistros rodoviários ocorridos após janeiro de 2008 em lanços rodoviários concessionados ou subconcessionados compete aos tribunais administrativos e fiscais, com base numa interpretação conjugada do art. 212.º, n.º 3 da CRP, dos arts. 1.º, n.º 1 e 4.º, n.º 1, alínea *h*) do ETAF e do art. 1.º, n.º 5 do RRCEE, bem como das Bases ou cláusulas dos respetivos Contratos de Concessão ou Subconcessão.

SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Tiago Amorim(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. Algumas especificidades da actividade contratual administrativa.** **2.1.** O interesse público. **2.2.** O equilíbrio contratual. **2.3.** O princípio da legalidade e a abertura normativa. **2.4.** Os princípios gerais de direito administrativo. **2.5.** A procedimentalização da actividade pré-contratual. **2.6.** O dever de fundamentação. **2.7.** A formalidade do contrato. **2.8.** Síntese. **3. A interpretação contratual.** **3.1.** Interpretação legal e interpretação contratual. **3.2.** A interpretação do contrato. **4. A interpretação das declarações negociais.** **4.1.** As regras do Código Civil. *4.1.1.* A teoria da impressão do destinatário. *4.1.2.* A imputação ao declarante. *4.1.3.* A vontade real. *4.1.4.* Os casos duvidosos. *4.1.5.* A correspondência no texto. **4.2.** Aplicação aos contratos administrativos. *4.2.1.* O declaratório normal. *4.2.2.* A imputabilidade ao declarante. *4.2.3.* A vontade real. *4.2.4.* O equilíbrio das prestações. *4.2.5.* A formalidade. **5. A integração do contrato.** **6. Conclusão.**

1. Introdução

O tema da interpretação de um contrato permanece terreno fértil para o espírito empírico do jurista prático. Perante uma situação concretamente suscitada na execução de um contrato, como interpretar a vontade das partes? Procura-se cláusula que expressamente regule a questão? Pesquisa-se o contrato, na sua globalidade, para apurar a intenção comum das partes? Recorre-se às disposições legais aplicáveis? Averigua-se a intenção de

(1) Com a colaboração de Tânia Santos e Catarina Oliveira.

cada um dos contraentes? Se sim, como se descobre essa intenção: vale a vontade “psicológica” dos contraentes, descoberta por todo e qualquer meio de prova (designadamente, testemunhal), ou o sentido que deflui do texto do contrato ou das declarações?

Socorrendo-se da sensibilidade jurídica e experiência prática, o jurista pode percorrer os mais diversos caminhos e, no final, levar a cabo uma correcta interpretação do contrato. Se assim sucede em todos os domínios do direito dos contratos, por identidade (ou, mesmo, maioria) de razão sucederá no campo dos contratos administrativos, no qual não existem regras específicas sobre como proceder à interpretação do contrato ou, sequer, das declarações negociais.

Nas páginas seguintes, procuro abordar a questão da interpretação do contrato administrativo, tomando como referência de base apenas os contratos onerosos e de tipo comutativo — em especial, os contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos e os contratos de empreitada de obras públicas —, e dando como pressuposta a regra geral da fase pré-contratual: a de que tais contratos são precedidos de procedimento adjudicatório de tipo concursal (concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação).

Não existem, no nosso ordenamento, normas jurídicas especificamente dirigidas a regular a actividade de interpretação do contrato administrativo. O Código Civil estabelece nos arts. 236.º a 238.º, em termos gerais, critérios e directrizes segundo os quais deve exercer-se essa actividade — com especial enfoque na interpretação das *declarações negociais*⁽¹⁾ (e não tanto, como se verá, na interpretação do *contrato*). A questão que se coloca é a de saber se esses preceitos do Código Civil são aplicáveis, de pleno e sem mais considerações, aos contratos administrativos.

A este respeito, importa lembrar que as regras do direito civil têm hoje um papel muito subsidiário no que respeita aos contratos administrativos. Com efeito, esses contratos são regulados, *prima facie*, pelas normas do Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP), da demais legislação administrativa ou de lei especial e por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo — aplicando-se o direito civil, subsidiariamente e com as necessárias adaptações, só quando faltem tais normas e princípios (art. 280.º, n.º 4, do CCP).

(1) O que encontra justificação, porventura, na intenção de abarcar na teoria da interpretação todo o tipo de negócios jurídicos, incluindo os negócios unilaterais (por exemplo, o testamento — com um regime específico — ou a procuração). Cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, “UNIDROIT — Interpretação do contrato. Comparação entre as regras UNIDROIT e as regras do Código Civil português”, *Themis*, ano I, n.º 2, 2000, pp. 235-236.

Acresce que o regime dos artigos 236.º a 238.º do Código Civil traduz “apenas” uma doutrina geral, que pode e deve ser adaptada em função de tipos específicos de negócios. Com efeito, como reconheceu o autor do anteprojecto em que se inspirou o legislador, “não há, no tocante a este aspecto, uma solução unitária, que valha indistintamente para todas as espécies de negócios jurídicos”. Por isso se estabeleceu “uma doutrina geral — válida, portanto, para a generalidade dos negócios jurídicos —, admitindo-se que comporte modificações relativamente a certas espécies ou categorias desses negócios”⁽²⁾.

Consideremos, pois, as principais especificidades da actividade contratual administrativa, para em função delas melhor enquadrar a eventual pertinência da aplicação, aos contratos administrativos, das regras previstas nos arts. 236.º a 238.º do Código Civil.

2. Algumas especificidades da actividade contratual administrativa

2.1. O interesse público

Por regra, no domínio dos contratos de direito privado, cada um dos contraentes visa a satisfação de um interesse próprio, que autodetermina com ampla liberdade. Diversamente, quando a Administração contrata no âmbito da sua actividade de direito público, fá-lo com vista à prossecução do interesse público. O fim primordial do contrato administrativo é, assim, a melhor satisfação do interesse público.

O contraente mais fortemente vinculado à prossecução desse interesse é, naturalmente, o contraente público — que, aliás, se encontra impedido de assumir direitos ou obrigações que não tenham uma conexão material directa com o fim (de interesse público) do contrato (art. 281.º do CCP). Mas também o co-contratante — mesmo quando, como frequentemente sucede, se trata de pessoa de direito privado — se acha devotado à realização do interesse público, na medida em que se associa ao contraente público na prossecução da finalidade que este visa⁽³⁾. Assim, ambos os

(2) RUI DE ALARCÃO, “Interpretação e integração dos negócios jurídicos: anteprojecto para o novo Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959, pp. 330-331. V. também MANUEL DE ANDRADE, autor que inspirou em larga medida o legislador (*Teoria geral da relação jurídica — Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Vol. II, 7.ª reimpressão, Almedina, 1987, p. 311).

(3) Como refere E. RIVERO Y SERN, o fim de interesse público funciona como princípio cardinal

contraentes se encontram, em maior ou menor medida, vinculados à prossecução do fim de interesse público visado pelo contrato.

2.2. O equilíbrio contratual

Mas o interesse público não é prosseguido a qualquer custo: na sua actividade contratual, o contraente público deve salvaguardar também o equilíbrio contratual e os legítimos interesses do co-contratante. A este respeito, mantêm plena actualidade as palavras de MARCELLO CAETANO, escritas justamente a propósito da *interpretação do contrato administrativo*: “se a Administração associou outra pessoa à sua actividade foi porque entendeu ser útil o aproveitamento do interesse dessa pessoa como instrumento da realização dos fins públicos. Deste modo, muito embora o contraente particular seja sempre um colaborador na realização do interesse público, o seu interesse privado deve ser respeitado na medida em que os termos do contrato o imponham e que a realização integral dos fins administrativos o exija, segundo a lógica da livre vinculação contratual”. Por isso, “em todo o contrato administrativo, havendo por definição uma colaboração livre e remunerada do particular com a Administração, tem de se pressupor o equilíbrio das prestações: o particular prestará serviços ou entregará bens mediante as vantagens que estão asseguradas pelo acordo em que estipulou”⁽⁴⁾.

Digamos que o contraente público procura, primacialmente, a prossecução do interesse público, salvaguardando os interesses legítimos do co-contratante; e que este (o co-contratante) procura, primacialmente, a salvaguarda dos seus interesses (por regra, a obtenção de lucro), sem, contudo, descuidar a prossecução do interesse público a que se associa. Poderá, assim, dizer-se que ambos os contraentes se acham, em maior ou menor medida, empenhados em salvaguardar o equilíbrio contratual.

da interpretação do contrato administrativo, devendo a *comum* intenção reconduzir-se à melhor realização desse interesse (*La interpretación del contrato administrativo*, Sevilha, 2017, reimpressão da edição de 1971, p. 98).

⁽⁴⁾ *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, pp. 612-613.

2.3. O princípio da legalidade e a abertura normativa

Ao contrário do que sucede no domínio dos contratos de direito privado, em que impera o princípio da autonomia contratual, vigora no campo dos contratos administrativos o princípio da legalidade administrativa, devendo as partes conformar a sua relação em conformidade com as disposições legais⁽⁵⁾.

É claro que também nos contratos de direito privado as partes devem obediência às normas imperativas, mas aqui numa perspectiva de mera “licitude residual”: o contrato será válido desde que não contrarie tais normas. Já na estipulação do contrato administrativo, as normas injuntivas não constituem apenas um limite negativo, configurando também uma orientação positiva do conteúdo do contrato: além de não poderem contrariar tais normas, os contraentes devem ainda conformar o contrato de acordo com as directrizes delas emanadas. Acresce que, em virtude do princípio da autonomia contratual, predominam no domínio dos contratos de direito privado as normas dispositivas (sobretudo, as supletivas), ao passo que, por força do princípio da legalidade, imperam no contrato administrativo as normas injuntivas⁽⁶⁾.

Isso não significa, porém, que os contraentes de um contrato administrativo não gozem de liberdade de estipulação do conteúdo do contrato nas situações de “afrouxamento da vinculação legal”⁽⁷⁾. Com efeito, no campo de aplicação das normas *dispositivas* (e, em certos casos, de preenchimento de conceitos indeterminados e concretização de cláusulas gerais), as partes gozam de alguma liberdade de estipulação, que será mais ou menos ampla consoante o maior ou menor grau de abertura na densidade normativa. Vejamos.

No domínio das normas dispositivas, avultam as *supletivas*, entendidas como aquelas que estabelecem um regime que só é aplicável se as partes não dispuserem em sentido diverso. Estas normas conferem um considerável grau de liberdade quando se limitam a estabelecer o regime supletivo sem orientar os contraentes na conformação de estipulação diversa. Exemplo de norma deste género encontra-se no n.º 3 do art. 282.º do CCP: *na falta de estipulação contratual*, a reposição do equilíbrio

(5) O tema encontra-se exaustivamente tratado por SÉRVULO CORREIA (*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, 2013, reimpressão da edição de 1987, *passim*).

(6) SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 706-707.

(7) A expressão é de KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11.ª ed., tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 208.

financeiro é efectuada, designadamente, através da prorrogação do prazo, da revisão de preços ou de compensação ao co-contratante, podendo as partes convencionar uma forma de reposição diversa. A liberdade de estipulação já estará mais condicionada, por exemplo, no âmbito do art. 410.º do CCP: os contraentes de um contrato de concessão de obras públicas ou de serviços públicos podem estipular um prazo superior ou inferior a 30 anos (n.º 2), o qual deverá ser fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário (n.º 1).

Também as normas *permissivas* — frequentemente caracterizadas pelo emprego da expressão “pode” — facultam um espaço de relativa liberdade de estipulação. Por exemplo, os outorgantes dum contrato de empreitada de obras públicas *podem* estipular que o valor da sanção pecuniária a aplicar pelo dono da obra em caso de atraso na conclusão da execução da obra por facto imputável ao empreiteiro seja superior a um por mil do preço contratual, até ao dobro desse valor (art. 403.º, n.º 1, do CCP).

A margem de liberdade de estipulação pode também derivar de normas que habilitam as partes a regular determinados aspectos da relação contratual, impondo, porém, que tais aspectos estejam expressamente regulados no instrumento contratual. Por exemplo, as partes podem convencionar que o contraente público efectue adiantamentos de preço por conta das prestações a realizar, nos casos *contratualmente previstos* (art. 292.º, n.ºs 1 e 4, do CCP); ou que atribua ao co-contratante prémios por cumprimento antecipado das prestações objecto do contrato, devendo *constar do contrato* a possibilidade dessa atribuição, as condições e o respectivo valor (art. 301.º, n.ºs 1 e 2, do CCP).

Os contraentes podem também optar por concretizar, no contrato, conceitos indeterminados⁽⁸⁾ e/ou cláusulas gerais. Serve de exemplo a previsão, como fundamento de resolução do contrato pelo co-contratante, de uma hipótese de grave violação das obrigações assumidas pelo contraente público que não esteja prevista no n.º 1 do art. 332.º do CCP.

As partes fruem, assim, de maior ou menor liberdade de conformação do conteúdo do contrato, em função do grau de abertura das normas dispositivas (e mesmo de normas injuntivas, no caso de concretização de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais). A concessão dessa margem de liberdade tem sempre em vista a mais adequada prossecução do interesse público visado pelo contrato, com a inerente salvaguarda do equilí-

(8) Sobretudo os que ENGISCH denomina como “*conceitos normativos*” “*carecidos de preenchimento valorativo*” (cit., p. 213).

brio contratual. Com efeito, o legislador alarga a “textura” da norma porque tem a consciência de que são os contraentes (*maxime*, o contraente público) quem dispõe das melhores condições para ponderar, avaliar e conjugar todos os interesses e elementos concretos em presença, sempre com o fito de maximizar o concreto interesse público, no respeito pelo equilíbrio contratual.

2.4. Os princípios gerais de Direito Administrativo

Mesmo nos casos de maior abertura normativa, a liberdade de estipulação contratual encontra-se vinculada aos princípios fundamentais da Administração Pública previstos no art. 266.º da Constituição⁽⁹⁾. Tais princípios encontram consagração nos arts. 3.º a 19.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e no art. 1.º-A, n.º 1, do CCP. Numa palavra, trata-se dos princípios gerais de Direito Administrativo: da justiça e da razoabilidade, da boa-fé, da proporcionalidade e da prossecução do interesse público e protecção da posição do co-contratante⁽¹⁰⁾.

Também estes princípios gerais têm um alcance positivo, apontando para uma orientação do conteúdo do contrato: na ponderação dos interesses relevantes e na procura da estipulação contratual que maximize a prossecução do interesse público, os contraentes devem orientar a sua actuação em conformidade com tais princípios.

Recuperemos um exemplo já referido: sucede com frequência que o dono da obra, logo no caderno de encargos, eleva para o dobro o valor das sanções pecuniárias em caso de atraso imputável ao empreiteiro. Nesses casos, o dono da obra está vinculado ao princípio da proporcionalidade (entre outros), pelo que deve ponderar se essa medida é *necessária e adequada* para a prossecução do fim visado pelo contrato.

⁽⁹⁾ Sobre a vinculação da actividade contratual administrativa aos princípios fundamentais, como os da finalidade, imparcialidade e proporcionalidade, v. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, *passim*; e, mais recentemente, sobre a margem de livre decisão administrativa, “Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, 2012, p. 391. Sobre a vinculação a esses princípios no âmbito do poder discricionário, v. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., 2018, p. 70, ss.

⁽¹⁰⁾ V. TIAGO AMORIM e FRANCISCA ALMEIDA, “A equidade e a alteração das circunstâncias no contrato administrativo”, em vias de publicação na *Revista de Direito Administrativo*.

2.5. A procedimentalização da actividade pré-contratual

Por regra, o contrato administrativo é precedido de um procedimento formal e sequencial, formado por diversos “actos” que revestem a forma escrita.

Tal procedimento desenvolve-se, num primeiro momento, através da formação, pelo contraente público, da decisão de contratar. Esta fase, preparatória e interna, inclui a decisão de contratar, a selecção do procedimento adjudicatório adequado e — para o que aqui mais interessa — a fixação unilateral, por parte do órgão administrativo competente, de elementos contratuais⁽¹¹⁾. É neste momento que o contraente público fixa unilateralmente, no caderno de encargos, as cláusulas a incluir no contrato a celebrar (art. 42.º do CCP), determinando o modo como actua dentro da abertura que a lei lhe confere e os elementos contratuais que deixa “em branco”, para serem preenchidos pelos concorrentes, nas suas propostas (na terminologia do CCP, os aspectos que o contraente público “submete à concorrência”).

Num segundo momento, dá-se a manifestação ou exteriorização da vontade contratual do contraente público, através do anúncio do procedimento e da publicitação das peças do procedimento (nomeadamente, do caderno de encargos e elementos técnicos anexos), nas quais o contraente público “enuncia unilateralmente”⁽¹²⁾ alguns dos elementos do contrato.

Os interessados poderão então solicitar esclarecimentos que julguem necessários e devem apresentar uma lista de identificação de erros e omissões das peças do procedimento, que serão ou não dados fornecidos entidade adjudicante (art. 50.º do CCP).

Segue-se a apresentação das propostas, nas quais os concorrentes preenchem os espaços deixados em aberto no caderno de encargos. Como se intui do que se referiu em 2.3, esses espaços não se limitam necessariamente ao preço, ao prazo e ao modo de execução das prestações. Retomando alguns dos exemplos dados, vemos que os contraentes podem estabelecer uma forma de reposição do equilíbrio financeiro diversa das previstas no n.º 3 do art. 282.º ou um prazo de concessão diferente do previsto no n.º 2 do art. 410.º; podem convencionar adiantamentos de preço e/ou prémios por cumprimento antecipado; podem concretizar situações de grave violação das obrigações assumidas pelo contraente público, não

(11) Sobre a fase de formação da vontade do contraente público e sua importância, E. RIVERO YSERN, *cit.*, p. 54.

(12) SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, 875.

previstas no n.º 1 do art. 332.º do CCP, como fundamento de resolução do contrato pelo co-contratante. Em todos estes casos, o contraente público pode optar por submeter tais espaços à concorrência, permitindo que sejam os concorrentes a contemplar nas suas propostas as melhores soluções.

A entidade adjudicante poderá solicitar esclarecimentos aos concorrentes relativamente a obscuridades das propostas e promoverá a elaboração de relatórios (um preliminar, com vista à realização de audiência prévia, e outro final) com vista à adjudicação. De permeio, poderá haver lugar a sessões de negociação, exaradas em acta.

Não cabe neste trabalho uma análise detalhada do procedimento que antecede a celebração do contrato. O que se pretende acentuar é que a formação do contrato administrativo é formal e procedimentalizada, processando-se com publicidade e transparência, e que o contrato resulta da fusão da vontade do contraente público (expressa, sobretudo, no caderno de encargos) com a vontade do concorrente adjudicatário (expressa, sobretudo, na proposta por si apresentada).

2.6. O dever de fundamentação

Outro aspecto peculiar da actividade contratual administrativa prende-se com o dever que impende sobre um dos contraentes — o contraente público — de fundamentar as suas opções, nomeadamente na fase de estipulação do contrato e no âmbito da sua actividade de ponderação de elementos concretos com vista a uma determinada solução contratual. Tal dever impende sobre o contraente público ainda na primeira fase preparatória de formação da vontade, na qual pondera como actuar dentro da margem de valoração de que dispõe — e não apenas na fase subsequente à exteriorização da vontade⁽¹³⁾.

Ainda o exemplo das sanções pecuniárias: se o dono da obra eleva as sanções para o dobro, deverá explicitar os motivos por que o faz, ou melhor, em que medida actua em conformidade com os princípios gerais — muito em particular, o princípio da proporcionalidade.

(13) A respeito da ponderação e fundamentação nas diversas fases do procedimento, v. DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 423, ss.

2.7. A formalidade do contrato

A lei determina, como regra, a redução a escrito dos contratos administrativos (art. 94.º do CCP). A exigência de forma escrita prende-se, nomeadamente, com preocupações de certeza e segurança jurídica e com a circunstância de, não se tratando de matéria privada das partes, dever o contrato ser conhecido por várias entidades: o Ministério Público, o Tribunal de Contas (para aferição da conformidade com a legalidade da despesa pública), os interessados no procedimento adjudicatório, os portadores dos tradicionalmente denominados “interesses difusos”, etc.

2.8. Síntese

Não sendo esta a ocasião para desenvolver os temas superficialmente explanados nos pontos anteriores (como cumpriria se tais temas fossem o objecto do presente estudo), quis apenas salientar que a actividade contratual administrativa se pauta por uma forte normatividade, procedimentalização e formalidade.

Como decorre dos pontos anteriores, os contraentes (sobretudo, o contraente público) movem-se, adentro da margem de (relativa) liberdade de estipulação, num espaço fortemente condicionado pela “ordem normativa envolvente”⁽¹⁴⁾, na medida em que são sempre orientados pelo quadro normativo (sobretudo, de natureza injuntiva), pelo fim de interesse público prosseguido através do contrato e pelos princípios gerais de Direito Administrativo. Os contraentes movimentam-se, assim, em função do ambiente ou meio jurídico-normativo em que se inserem — que assim constitui um “horizonte imprescindível”⁽¹⁵⁾ em matéria de interpretação contratual.

⁽¹⁴⁾ J. BAPTISTA MACHADO adverte para a “*necessidade de analisar a relação entre a vontade negocial*” e a “*ordem normativa envolvente*” — “*aquela ordem de critérios normativos de razoabilidade e de boa fé que faz moldura à actividade e à relação negocial representa uma normatividade heterónoma relativamente à normatividade imputável à vontade das partes*” (“A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, n.º 3754, Coimbra, 1987-1988, pp. 12-13). Nas palavras de A. M. MIRANDA BARBOSA, “*a normatividade será sempre um pressuposto da negociação das partes e da celebração do contrato, impregnando-o com os seus valores, princípios e critérios*” (“O Problema da Integração das Lacunas Contratuais à Luz de Considerações de Carácter Metodológico — Algumas Reflexões”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 374).

⁽¹⁵⁾ M. CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a Interpretação do Contrato”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 980.

Tal circunstância conduzirá, em princípio, a que as partes elejam a solução “única e unicamente justa (correcta)”⁽¹⁶⁾, conforme as circunstâncias do caso concreto — e que isso esteja convenientemente reflectido no contrato. Mas casos haverá em que o grau de abertura da densidade normativa permite uma liberdade de estipulação mais ampla, podendo concorrer várias soluções possíveis e todas legítimas⁽¹⁷⁾. É o que ocorre frequentemente na designada “discrecionabilidade técnica” e na tomada de opções “políticas”.

3. A interpretação contratual

3.1. Interpretação legal e interpretação contratual

A distinção, traçada no ponto 2.3 supra, entre o campo estritamente vinculado (o que decorre das normas de natureza injuntiva) e o campo de relativa liberdade de estipulação (o que resulta das normas dispositivas e, em certos casos, do preenchimento de conceitos indeterminados e cláusulas gerais) permite distinguir, desde já, a interpretação do contrato da interpretação da lei.

Pode acontecer, com efeito, que os contraentes optem por reproduzir no contrato o teor de disposições legais de natureza injuntiva ou mesmo o teor de disposições supletivas relativamente às quais não tenham estipulado de forma diversa. Ora, interpretar a cláusula que reproduza uma disposição legal equivale a interpretar essa disposição, não havendo qualquer manifestação de vontade nesse domínio; como tal, no campo vinculado estamos perante um actividade de interpretação da lei⁽¹⁸⁾. Só no campo de

⁽¹⁶⁾ Como refere KARL ENGISCH, “*o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o «único ajustado», em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as «circunstâncias do caso concreto»*” (cit., p. 220). Entre nós, FREITAS DO AMARAL, cit., p. 70, ss.

⁽¹⁷⁾ Sem dúvida que o trabalho de estipulação é jurídico e que o contraente público deve organizar a ponderação de forma a procurar a melhor solução; mas isso não significa que só exista à partida uma solução válida: SÉRVULO CORREIA, “Margem...”, cit., p. 392. Como refere ENGISCH, “*todo aquele que se decide, dentro do espaço de jogo, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que só ele tem razão*” (cit., p. 250).

⁽¹⁸⁾ Isso mesmo foi posto à evidência por D. FREITAS DO AMARAL (“O Caso do Tamariz — Estudo de jurisprudência crítica”, *O Direito*, anos 96.º e 97.º, Lisboa, 1965). Como referia MARCELLO CAETANO, nos “*casos em que existe lei geral a fixar imperativamente os direitos e obrigações próprios*”

relativa liberdade de estipulação é que tem lugar a interpretação do contrato, na medida em que é esse o único em que se pode ainda falar de “vontade das partes”.

3.2. A interpretação do contrato

O contrato resultante da fusão das vontades (a do contraente público expressa sobretudo no caderno de encargos e a do co-contratante expressa sobretudo na proposta por si apresentada) forma um “corpo normativo particular”⁽¹⁹⁾ e autónomo, com uma coerência interna própria. Sendo a actividade pré-contratual administrativa fortemente procedimentalizada e transparente, a vontade das partes há de ser coincidente com a que resulta objectivamente do contrato. Com efeito, como referido em 2.8 supra, mesmo estando em causa a regulamentação de aspectos relativamente aos quais as partes gozam de relativa liberdade de estipulação, a vinculação ao quadro normativo, ao fim de interesse público e aos princípios gerais de direito administrativo conduzirá, em princípio, à “única” solução mais ajustada do ponto de vista do interesse público (e da correspectiva salvaguarda da posição do co-contratante) — pelo que a interpretação objectiva do contrato permitirá chegar à efectiva vontade das partes.

Daí que se deva, em primeira linha, interpretar o *contrato* como um todo e de forma integrada⁽²⁰⁾ — e só depois, se e na medida do necessário, interpretar as declarações negociais⁽²¹⁾. Para isso aponta, aliás, o art. 279.º do CCP, ao estabelecer que a relação contratual se rege pelas *cláusulas* e pelos demais elementos integrantes do *contrato*.

dos contratos de certo tipo, deixando pequena margem para negociação entre as partes”, “a reprodução no instrumento do contrato das disposições imperativas da lei, ou referência a estas, não lhes confere natureza contratual (...) e, portanto, a sua interpretação segue os processos da hermenêutica legislativa” (Manual de Direito Administrativo, Vol. I, Almedina, Coimbra, pp. 613-614). No mesmo sentido, E. RIVERO Y SERN, cit., p. 89.

⁽¹⁹⁾ A. M. MIRANDA BARBOSA, *cit.*, p. 374.

⁽²⁰⁾ FREITAS DO AMARAL, *cit.*, p. 508.

⁽²¹⁾ De resto, mesmo no domínio dos contratos de direito privado, a doutrina, com destaque para M. CARNEIRO DA FRADA (*cit.*, p. 976), vem assinalando a insuficiência da interpretação das declarações negociais perante os problemas que a hermenêutica do contrato levanta, sendo necessário interpretar todo o contrato e o contrato como um todo; no mesmo sentido, P. PAIS DE VASCONCELOS (*Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1999, pp. 303-304). Também C. FERREIRA DE ALMEIDA preconiza a consideração de todo o contrato, mas só como cânone complementar à interpretação das declarações negociais (*cit.*, pp. 267 e 277).

A primazia da interpretação do contrato é a posição mais adequada também do ponto de vista prático, na medida em que não é curial (nem frequente) que o intérprete inicie a sua actividade pela análise do caderno de encargos (para perceber a vontade do contraente público) e da proposta (para perceber a vontade do co-contratante)⁽²²⁾.

Apelando aos critérios da hermenêutica legal⁽²³⁾, a interpretação objectiva do contrato deverá ser feita, primacialmente, pelo recurso aos elementos literal e sistemático, na medida em que a análise do texto do contrato (numa perspectiva integrada de todas as cláusulas e anexos integrantes) é o ponto de partida da interpretação (cf. o art. 279.º do CCP e os arts. 9.º, n.º 2, e 238.º, n.º 1, do Código Civil). A interpretação deve iniciar-se, pois, pela análise da letra da cláusula ou cláusulas contratuais que regulam o problema suscitado, bem como pela captação do sentido dessa cláusula na conjugação com as demais⁽²⁴⁾.

Neste âmbito, cabe salientar um aspecto posto em evidência por RIVERO YSERN: nos contratos administrativos, as expressões têm o significado e o alcance que lhes é dado no ordenamento normativo administrativo. Nomeadamente na interpretação de conceitos indeterminados (o conceito de “caso de força maior”, por exemplo), o intérprete deverá recorrer ao ordenamento jurídico administrativo. Por isso afirma o autor espanhol que a tarefa interpretativa exige um profundo conhecimento do ordenamento jurídico administrativo⁽²⁵⁾.

Do ponto de vista sistemático, importa atender a todos os sinais deixados pelas partes no complexo contratual. As partes podem, por exemplo, estabelecer numa cláusula critérios de interpretação, que, naturalmente, serão válidos na medida em que não disponham contra normas injuntivas.

(22) “A prática mostra, neste contexto, que interessa muito apurar a ligação entre a coerência e a razoabilidade do contrato, e ver em que sentido, forte ou fraco, positivo ou negativo, funciona a coerência de um conjunto das estipulações contratuais para fundar uma certa interpretação do seu conteúdo” (M. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 981).

(23) MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS preconizam que os meios de interpretação do contrato administrativo são os argumentos gerais da interpretação jurídica, com algumas particularidades (*Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2009, p. 132). No domínio civilístico, já MANUEL DE ANDRADE referia existir um “paralelismo análogo” na interpretação da lei e na interpretação dos negócios jurídicos “quanto aos respectivos elementos (literal, sistemático, histórico e racional)” (*cit.*, 306); mais recentemente, M. CARNEIRO DA FRADA sustenta que “constituirão certamente cânones da interpretação do contrato o elemento gramatical, histórico (negociações, contratos preliminares, etc.), sistemático (o teor global do contrato) e teleológico (ou racional)” (*cit.*, p. 980).

(24) Como refere C. FERREIRA DE ALMEIDA, “cada uma das cláusulas (...) deve ser interpretada com o sentido que resulta de todo o contrato” (*cit.*, p. 277).

(25) *Cit.*, p. 87.

Poderão também revestir alguma relevância os títulos dos “capítulos” e as epígrafes das cláusulas, pelo menos a título indicativo (a menos, naturalmente, que o contrato estabeleça o contrário). Elemento relevante é também o preâmbulo contratual (frequentemente designado por “considerandos”), sobretudo para conhecer a intenção das partes e as circunstâncias em que fundaram a sua vontade de contratar⁽²⁶⁾. Importantes também são as cláusulas interpretativas, que definem o significado dado pelas partes a expressões empregues no clausulado (normalmente agrupadas sob a epígrafe “definições”). Neste domínio, revelam-se de enorme importância as relações de prevalência dos vários elementos contratuais, fixadas na lei ou no contrato, de que constitui exemplo paradigmático o disposto nos n.ºs 2, 5 e 6 do art. 96.º do CCP⁽²⁷⁾.

Pode acontecer, porém, que a vontade comum das partes não esteja convenientemente reflectida no quadro contratual — e que, por isso mesmo, a interpretação objectiva do contrato, feita por apelo aos elementos literal e sistemático, se revele insuficiente. Casos haverá, designadamente, em que o grau de abertura da densidade normativa é maior, permitindo uma margem de actuação superior das partes, podendo acontecer que haja, não apenas uma única solução, mas várias possíveis (cf. ponto 2.6 supra). Assim sucedendo, convirá indagar a vontade das partes (ou, pelo menos, dar a estas a possibilidade de suscitarem o problema), nomeadamente através do recurso ao elemento teleológico, conjugado com o factor histórico.

O critério teleológico tem aqui uma forte relevância, dada a necessidade de perceber como actuaram as partes nos espaços de abertura deixados pelo legislador, com vista à prossecução do concreto interesse público visado pelo contrato.

Atenta a característica procedimentalização da actividade contratual administrativa, interessa considerar também para o efeito o critério hermenêutico histórico⁽²⁸⁾, na medida em que este último é, por regra, determinante na averiguação da real vontade das partes⁽²⁹⁾. Deve o intérprete, por

(26) Cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 279; o autor refere-se também às relações de prevalência entre o preâmbulo e as cláusulas e entre o clausulado e os anexos. Cf. também M. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, pp. 980-981.

(27) V. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *cit.*, p. 133.

(28) Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, “o carácter procedimentalizado da formação do contrato também impõe uma relevância particular dos elementos objetivo e histórico na fixação do seu sentido” (*cit.*, pp. 507-508).

(29) “O exame do processo revelará porventura a vontade real das partes, tal como se manifestou no seu decurso, de maneira a esclarecer as dúvidas surgidas acerca do significado das expressões do contrato final” (MARCELLO CAETANO, *cit.*, p. 610).

isso, incluir na sua tarefa todos os elementos históricos do contrato, como sejam o programa do procedimento, o caderno de encargos, a proposta do adjudicatário, as decisões tomadas pela entidade adjudicante, os esclarecimentos prestados pelo adjudicatário, as suas eventuais pronúncias em sede de audiência prévia, os relatórios preliminar e definitivo e as actas de eventuais negociações⁽³⁰⁾. No quadro dos elementos históricos, sobressaem as negociações eventualmente mantidas pelas partes, que, por regra, estarão exaradas em acta⁽³¹⁾. Além destes elementos anteriores ao contrato e dele contemporâneos, interessa analisar também os comportamentos das partes posteriores ao contrato, na medida em que podem “iluminar retrospectivamente”⁽³²⁾ o sentido do contrato⁽³³⁾.

4. A interpretação das declarações negociais

É possível que o complexo contratual, por si só, não forneça ao intérprete dados bastantes e que este, ao averiguar a vontade comum por conjugação dos elementos histórico e teleológico, se depare com a necessidade ou a conveniência de pesquisar as declarações negociais de cada uma das partes. Pode acontecer, aliás, que sejam as partes a suscitar essa questão, “alegando” que o sentido objectivamente resultante do contrato não é conforme com a sua intenção.

Nesses casos, o intérprete deverá levar a cabo uma “interpretação complexiva”⁽³⁴⁾ das declarações negociais e das cláusulas do contrato. Não estabelecendo a lei administrativa quaisquer critérios de interpretação das declarações negociais e fazendo-o o Código Civil nos arts. 236.º a 238.º (aplicáveis *ex vi* art. 280.º, n.º 4, do CCP), importa perceber se tais critérios se adequam à interpretação dos contratos administrativos, nomea-

⁽³⁰⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *cit.*, p. 133.

⁽³¹⁾ Sobre a importância das negociações na tarefa interpretativa, nomeadamente em caso de erro de escrita ou denominação, v. RIVERO YSERN, *cit.*, pp. 103-104.

⁽³²⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *cit.*, p. 133.

⁽³³⁾ A circunstância de o legislador do Código Civil não ter incorporado a proposta de RUI DE ALARCÃO no sentido de prever expressamente a atendibilidade das circunstâncias anteriores, contemporâneas e posteriores ao contrato (*cit.*, p. 333) não significa que essas circunstâncias não sejam atendíveis, mesmo no campo dos contratos privados (cf. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 282, e P. PAIS DE VASCONCELOS, “UNIDROIT...”, *cit.*, pp. 240-241).

⁽³⁴⁾ Na expressão usada no excelente parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 14/2012, de 12/06/2012, relatado por ALEXANDRA LEITÃO.

damente à luz do enquadramento normativo formado pelas normas e pelos princípios gerais de direito administrativo⁽³⁵⁾.

Cumprido recordar, a propósito, que tais normas e princípios de direito administrativo têm também uma vertente positiva, de orientação do intérprete, assim resultando do n.º 4 do art. 280.º do CCP um duplo alcance: o direito civil apenas é aplicável quando não haja princípio ou norma de direito administrativo; e o apelo ao direito civil deve ser feito em harmonia e de acordo com o postulado pelos referidos princípios e normas.

4.1. As regras do Código Civil

4.1.1. A teoria da impressão do destinatário

Nos termos do art. 236.º, n.º 1, do Código Civil, a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

No primeiro segmento do preceito consagra-se a teoria da impressão do destinatário, propugnada por MANUEL DE ANDRADE e por este autor explicada nos seguintes termos: vale o sentido com que a declaração seria interpretada por um declaratório razoável, colocado na posição concreta do declaratório efectivo; toma-se portanto este declaratório, nas condições reais em que ele se encontrava, e finge-se depois ser ele uma pessoa razoável⁽³⁶⁾. O que importa, pois, é um sentido *objectivo* e *normativo* (aquele que a ordem jurídica considera determinante)⁽³⁷⁾ — e não o sentido *subjectivo*, pressuposto pelo declarante ou entendido pelo efectivo declaratório.

O declarante é o real e concreto emissor da declaração negocial. Já o declaratório surge aqui, não como o concreto declaratório, mas como um declaratório hipotético, tido como um participante honesto e prudente do comércio jurídico.

O declaratório normal está limitado pelo “horizonte intelectual”⁽³⁸⁾ do concreto declaratório, na medida em que o intérprete deverá considerar apenas as circunstâncias que eram ou podiam ser conhecidas do destinatário.

⁽³⁵⁾ Sobre a discussão deste tema em Espanha, v. E. RIVERO YSERN, *cit.*, p. 29, ss., e 78, ss.

⁽³⁶⁾ *Cit.*, p. 309.

⁽³⁷⁾ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, pp. 345-346.

⁽³⁸⁾ KARL LARENZ, *cit.*, pp. 345-346.

rio concreto no momento em que recebeu a declaração. O intérprete colocar-se-á, assim, na posição do real declaratório, para conhecer “todas as circunstâncias — mas só elas também” — que este conhecia ou, pelo menos, podia conhecer⁽³⁹⁾.

Em relação ao grau de aferição da pessoa do declaratório, a doutrina aponta tradicionalmente para um critério de razoabilidade abstracta: imagina-se uma pessoa razoável (“medianamente instruída, diligente e sagaz”), não sendo o intérprete “obrigado a empenhar toda a diligência e inteligência possível”⁽⁴⁰⁾. A questão que se coloca é se, sendo o concreto declaratório pessoa especialmente qualificada, profissionalizada e/ou experimentada no específico sector de negócio em causa, deverá o intérprete elevar a bitola, considerando a pessoa do concreto declaratório⁽⁴¹⁾.

4.1.2. A imputação ao declarante

No segmento final do n.º 1 do art. 236.º, a lei ressalva que o sentido extraído nos termos referidos no ponto anterior só vale se for imputável ao declarante, ou seja, se este (o declarante) puder razoavelmente contar com tal sentido. Esta solução legislativa pode complicar significativamente a tarefa do intérprete⁽⁴²⁾, pelo que interessa perceber o que está na sua origem.

Neste ponto, o legislador acolheu a posição preconizada por FERRER CORREIA, nos termos da qual “o declarante responde pelo sentido que a outra parte quer atribuir à sua declaração, enquanto esse seja o sentido que

⁽³⁹⁾ KARL LARENZ, *cit.*, p. 344. Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “parte-se do princípio de que o declaratório teve conhecimento das circunstâncias que na verdade conheceu, e ainda de todas aquelas outras que uma pessoa razoável, posta na sua situação, teria conhecido” (*cit.*, p. 309).

⁽⁴⁰⁾ E isto “quer no tocante à pesquisa das circunstâncias atendíveis, quer relativamente ao critério a utilizar na apreciação dessas circunstâncias” (MANUEL DE ANDRADE, pp. 309 e 311).

⁽⁴¹⁾ “O grau de diligência exigível pode ser até superior à média geral, se o declaratório for uma empresa bem apetrechada ou alguém com estatuto profissional exigente” (C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 262). M. CARNEIRO DA FRADA refere que “o critério do declaratório normal claudica perante contratos que escapam aos tipos negociais usuais, ou quando neles se usa uma linguagem especializada, só plenamente cognoscível por técnicos; na hipótese das pessoas colectivas, há problemas adicionais, devendo naturalmente pressupor-se um horizonte hermenêutico específico, «profissional» ou especializado, no âmbito da actividade dessas pessoas colectivas, maxime nas sociedades comerciais” (*cit.*, p. 979).

⁽⁴²⁾ O declaratório, num primeiro momento, colocado na posição de um declaratório objectivo — mas com as vestes do concreto destinatário — conferirá à declaração um determinado sentido; e ver-se-á vê compelido, no momento seguinte, a colocar-se na posição do real declarante — mas imaginando este na posição do declaratório objectivo —, para confirmar se esse declarante poderia razoavelmente contar com o sentido primeiramente apurado (cf. P. PAIS DE VASCONCELOS, *cit.*, p. 311).

ele próprio devia considerar acessível à compreensão dela”⁽⁴³⁾. Se bem percebo, a razão de ser desta posição prende-se com a preocupação de tutelar a posição do declarante sobretudo nos casos em que os contraentes se movimentam em meios muito diferentes, designadamente do ponto de vista da linguagem, da cultura ou dos negócios, atendendo à distância ou aos diferentes usos e círculos económico-sociais⁽⁴⁴⁾.

É escasso, porém, o alcance desta ressalva, na medida em que só excepcionalmente, em casos muito residuais, a compreensão do declaratório é determinada por circunstâncias que só este (re)conhece⁽⁴⁵⁾. Acresce que recai sobre o declarante o risco de não se fazer entender, suportando este, conseqüentemente, o “ónus indeclinável de se exprimir de uma forma compreensível para outrem”⁽⁴⁶⁾. Por isso, como propugnado por C. MOTA PINTO, deve poder prescindir-se de “um exame caso a caso” sobre a imputabilidade da declaração, cabendo ao declarante prová-lo caso se verifique um desses casos excepcionais⁽⁴⁷⁾.

4.1.3. A vontade real

O n.º 2 do art. 236.º do Código Civil introduz um aspecto claramente subjectivista: se o declaratório *concreto* conhecer a vontade real do declarante, é de acordo com essa efectiva vontade que vale a declaração — mesmo que o declarante se tenha expresso em termos inadequados, ambíguos ou mesmo inexactos⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴³⁾ *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1939, p. 200. Esta posição fora defendida na Alemanha por LARENZ. MANUEL DE ANDRADE não aderiu a esta posição, entendendo aconselhável atribuir preferência à posição do declaratório e assinalando que, na maior parte das hipóteses, se chega ao mesmo resultado com a teoria da impressão do destinatário: “o declaratório, com efeito, devendo perguntar-se o que terá querido dizer o declarante, será levado nessas hipóteses a um resultado que lhe deve aparecer como duvidoso, e como tal não digno de confiança, devendo pois ter solicitado os devidos esclarecimentos” (*cit.*, p. 312, nota 2).

⁽⁴⁴⁾ V. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 269.

⁽⁴⁵⁾ Determinante, a este respeito, a posição de C. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1990, p. 448; v. também C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 269.

⁽⁴⁶⁾ MOTA PINTO, *cit.*, p. 448. Nas palavras de J. BATISTA MACHADO, “sobre o declarante recai (...) o ónus de se precaver contra o sentido que legitimamente possa ser atribuído à sua conduta, quando a pratica em contexto de negociação” (*cit.*, p. 10). Essa era, de resto, a posição de LARENZ: “*compete em princípio àquele que declara algo a outrem, fazer-se suficientemente compreendido; se se exprime de forma tão inapropriada que o destinatário não é capaz de reconhecer o sentido representado pelo declarante, isso não deve traduzir-se em prejuízo do destinatário*” (*cit.*, pp. 344-345).

⁽⁴⁷⁾ *Cit.*, p. 448.

⁽⁴⁸⁾ V. MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, p. 312, e RUI DE ALARCÃO, *cit.*, pp. 332-333.

Significa isto que o sentido decorrente da vontade real do declarante prevalece sobre o sentido objectivo do declaratório normal, se o declaratório concreto conhecer aquele sentido.

4.1.4. Os casos duvidosos

O art. 237.º do Código Civil estabelece uma regra material⁽⁴⁹⁾ para os casos em que, depois de tentada a interpretação nos termos do art. 236.º, subsistam dúvidas sobre o sentido da declaração. Nesses casos, nos negócios onerosos (os únicos que aqui interessam: cf. n.º 1 supra) prevalece o sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Que situações de dúvida comporta a previsão ou hipótese desta norma? Da letra da lei (que exprime uma relação de *prevalência* entre *diversos sentidos*) parece dever pressupor-se que esta regra vale apenas para os casos em que, após recurso aos critérios do art. 236.º, a declaração apresenta ainda dois ou mais sentidos, suportados em razões de igual força⁽⁵⁰⁾. Mas a doutrina inclui também nesta regra as situações em que a dúvida consiste na “obscuridade insanável” da declaração ou na sua “equivocidade ou ambiguidade irremediável”⁽⁵¹⁾.

4.1.5. A correspondência no texto

Tratando-se de negócios formais — e só esses aqui interessam (cf. n.º 1) —, o sentido extraído através dos critérios previstos nos arts. 236.º e 237.º só pode valer se tiver um mínimo de correspondência no texto do contrato, ainda que imperfeitamente expresso (art. 238.º, n.º 1).

Mesmo neste domínio, a lei ressalva uma nota subjectivista, como expressão do princípio *falsa demonstratio non nocet*: se for apurado um sentido correspondente à vontade real das partes, esse sentido pode valer mesmo que não tenha um mínimo de correspondência no texto do contrato

⁽⁴⁹⁾ “O art. 237.º constitui, a par de outras, uma regra material de interpretação, porque não se cinge ao plano formal, metódico, do processo interpretativo, antes aponta (na dúvida) para um resultado substancial” (M. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 984).

⁽⁵⁰⁾ HEINRICH E. HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 512.

⁽⁵¹⁾ MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, p. 313.

(art. 238.º, n.º 2). Para lá de comportar incertezas⁽⁵²⁾, esta última solução equipara o regime dos negócios formais e dos informais, na medida em que, existindo vontade real concordante das partes, tudo se passará da mesma forma⁽⁵³⁾. A lei estabelece, porém, um importante limite: a vontade real concordante das partes nunca poderá valer se as razões determinantes da forma do negócio a isso se opuserem.

4.2. Aplicação aos contratos administrativos

Aqui chegado, importa apurar se e em que medida são os critérios previstos nos arts. 236.º a 238.º do Código adequados à interpretação das declarações negociais tendentes à celebração de um contrato administrativo.

4.2.1. O declaratório normal

Atendendo às especificidades dos contratos administrativos sintetizadas no ponto 2. supra, dir-se-ia que o objectivismo subjacente à teoria da impressão do declaratório normal consagrada no n.º 1 do art. 236.º “casa” perfeitamente com a interpretação desses contratos. Com efeito, como aí vimos, a actuação de cada uma das partes dentro da margem de relativa liberdade de conformação do conteúdo contratual é enformada pelo quadro normativo envolvente (as normas de natureza injuntiva, o fim de interesse público e os princípios gerais de direito administrativo), pelo que a interpretação das declarações é normativa e objectiva⁽⁵⁴⁾. Acresce que, como também referido, a celebração do contrato é precedida de um procedimento fortemente formalizado e transparente⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ A advertência é do próprio autor do anteprojecto (v. RUI DE ALARCÃO, *cit.*, p. 338).

⁽⁵³⁾ MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, p. 315, nota 2.

⁽⁵⁴⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que a interpretação do contrato administrativo “*deve ser orientada por uma finalidade predominantemente objetiva: assim, deve entender-se que o sentido das declarações negociais é, não o que as partes lhe quiserem dar, mas aquele que lhes seria atribuído por uma pessoa normal*” (*cit.*, p. 132).

⁽⁵⁵⁾ Nas palavras de D. FREITAS DO AMARAL a propósito do “*recurso ao padrão do «declaratório normal»*”, “*o contrato administrativo é, em regra, fruto de um processo de comunicação transparente e juridicamente regulado, pelo que o sentido das declarações é naturalmente um sentido objetivamente determinável*” (pp. 507-508).

Nos contratos administrativos, por regra, ambos os contraentes assumem, para este efeito, o papel de declarante e de declaratário.

Na pesquisa da intenção do contraente público manifestada no caderno de encargos (complementado pelos esclarecimentos, pelos relatórios preliminar e definitivo e pelo acto de adjudicação), esse contraente é tido como declarante e o co-contratante é tido como declaratário. O intérprete colocar-se-á, assim, na posição do co-contratante; tomando-o como uma pessoa razoável, procurará conhecer as circunstâncias que eram ou podiam ser por si conhecidas aquando da elaboração da proposta; e, por fim, interpretará o caderno de encargos (e demais elementos complementares) de forma objectiva.

Na averiguação da vontade do co-contratante expressa na proposta por si apresentada (complementada pelos esclarecimentos por si prestados, pelas suas eventuais pronúncias em sede de audiência prévia e pela vontade manifestada em negociações), esse contraente é tido como declarante e o contraente público é tido como declaratário. O intérprete colocar-se-á, assim, na posição do contraente público; tomando-o como uma pessoa razoável, procurará conhecer as circunstâncias que eram ou podiam ser por si conhecidas aquando da análise da proposta; e, por fim, interpretará tal proposta (e demais elementos complementares) de forma objectiva.

Coloca-se a questão do grau de aferição da pessoa e das circunstâncias do declaratário. No género de contratos que tomo por referência (cf. ponto 1 supra), o co-contratante é, frequentemente, uma pessoa colectiva bem estruturada, conhecedora do meio específico e experimentada na apresentação de propostas. Também o contraente público — incluindo a entidade adjudicante e o júri e considerando o apoio jurídico e técnico de que frequentemente se socorre — dispõe, normalmente, de uma estrutura especializada no meio e familiarizada com as técnicas e a linguagem do específico meio em questão. Deverá, por isso, pressupor-se um “horizonte hermenêutico específico”⁽⁵⁶⁾, mais exigente: ao colocar-se na concreta posição do efectivo declaratário, o intérprete deverá tomar em consideração as reais capacidades do declaratário e as específicas circunstâncias em que empregou essas capacidades⁽⁵⁷⁾. É claro que tais capacidades e circunstâncias devem ser apreciadas conjuntamente, podendo contrabalan-

⁽⁵⁶⁾ M. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 979.

⁽⁵⁷⁾ Na feliz síntese de D. FREITAS DO AMARAL, “o sentido relevante da declaração negocial é o que corresponder à compreensão do comportamento do declarante, segundo um padrão de normal diligência, atenção e racionalidade, tendo em conta a projecção tipológica da personalidade do declaratário real e as circunstâncias concretas que envolveram a declaração negocial” (p. 508; o destaque é meu).

çar-se reciprocamente: por exemplo, se o co-contratante for uma empresa conhecedora e especializada, mas demonstrar que só se exprimiu de forma obscura ou incorrecta porque não dispôs de tempo suficiente para preparar a sua proposta, essa circunstância deverá ser tida em consideração.

Como se verá, o sentido objectivamente extraído pelo intérprete deve ter um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expresso, no texto dos elementos contratuais.

4.2.2. A imputabilidade ao declarante

Como referido no ponto 4.1.2., dispõe-se na parte final do n.º 1 do art. 236.º que o sentido apurado pela teoria da impressão do destinatário só vale se o declarante puder razoavelmente contar com ele. Como também referido, a preocupação subjacente a esta disposição prende-se com a tutela do declarante em caso de séria divergência de usos, costumes ou técnicas.

Ora, no campo dos contratos administrativos — e atento, nomeadamente, o actual estado de “globalização” da economia — será muito raro que o co-contratante tenha percebido o caderno de encargos (ou o contraente público a proposta) com base em circunstâncias a que só o declaratório tinha acesso. Importa lembrar, a propósito, que impende sobre o contraente público o dever de fundamentar as opções por si tomadas no âmbito da margem de liberdade de estipulação (ponto 2.6.) e que o co-contratante tem, por norma, a possibilidade de solicitar esclarecimentos, por forma a adequar a sua proposta, e o ónus de identificar os erros e omissões do caderno de encargos (art. 50.º do CCP). Por isso, parece-me curial que o declarante suporte o ónus de se exprimir de forma clara e compreensível.

Entendo, assim, na esteira de C. MOTA PINTO, que o intérprete está dispensado de averiguar, caso a caso, a questão da imputabilidade, cabendo ao contraente interessado, nos raros casos em que isso possa suceder, demonstrar que não podia razoavelmente contar com o sentido aferido objectivamente.

4.2.3. A vontade real

A vontade real do declarante prevalece sobre o sentido objectivo do declaratório normal, se o concreto declaratório conhecer aquela vontade (art. 236.º, n.º 2, do Código Civil). Faz sentido que assim seja: se um con-

traente conhece a verdadeira intenção do outro e se dispõe a contratar, é natural que essa intenção prevaleça⁽⁵⁸⁾.

A questão é se essa divergência entre vontade real e sentido objectivo pode colocar-se num domínio tão formalizado, procedimentalizado e normativo como é o dos contratos administrativos (cf. ponto 2 supra). A este respeito, RIVERO Y SERN sublinha que a clareza dos termos empregues há de refletir-se no conjunto de documentos que integram o processo de formação e exteriorização da vontade contratual, pelo que o teor do contrato é, geralmente, transcrição fiel da vontade administrativa⁽⁵⁹⁾. Por conseguinte, a vontade real coincidirá, em princípio, com a vontade declarada — o mesmo é dizer, com o sentido objectivamente extraído pelo intérprete.

Vem a propósito lembrar que, no tipo de contratos aqui em apreço, é frequente o co-contratante ser uma pessoa colectiva bem apetrechada e preparada, circunstância que esbate a questão da vontade real no sentido “psicológico” e “objectiviza” a expressão da vontade. Do lado do contraente público, importa lembrar também que a fruição, por este, de uma relativa margem de liberdade de estipulação não impedirá, em princípio, que se veja impellido a escolher a “única” solução adequada de acordo com as circunstâncias do caso concreto — e que isso esteja espelhado no contrato (cfr. ponto 2.6 supra). Acresce que, sendo vários e indeterminados os destinatários da declaração do contraente público (os interessados/concorrentes), é menos provável que todos eles conheçam a real vontade desse contraente⁽⁶⁰⁾. A propósito, a prevalência da vontade real do contraente público pode suscitar questões relacionadas com o princípio da concorrência: é aceitável que só o adjudicatário — e não também os demais interessados ou concorrentes — tenha acesso à intenção real do contraente público?

Em todo o caso, se se demonstrar que a efectiva vontade de um dos contraentes não coincide com o sentido objectivo e que essa vontade é conhecida da contraparte, deverá prevalecer sobre o sentido objectivo.

(58) “*Se o destinatário entende a declaração tal como foi também representada pelo declarante, a ordem jurídica não tem fundamento para não deixar vigorar o significado representado de modo concordante pelas duas partes como significado juridicamente determinante — mesmo se porventura se desvia do significado usual, como se entende segundo o uso geral da linguagem e os usos do comércio*” (KARL LARENZ, *cit.*, p. 344).

(59) *Cit.*, p. 100, ss. O autor dá notícia da posição da doutrina francesa e italiana a este respeito, com referência a diversos autores que entendem não dever prevalecer vontade real diversa do sentido literal da cláusula contratual.

(60) V. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 270.

Como referido em 2.8. supra, podem concorrer no caso várias soluções de salvaguarda do interesse público, todas elas legítimas, pelo que importa averiguar qual a real solução adoptada para prossecução do interesse público. Nesse caso, será importante procurar a vontade real do contraente público, ou seja, o efectivo modo como realmente prosseguiu o interesse público e ponderou os interesses em presença⁽⁶¹⁾.

No entanto, como se verá, essa vontade só valerá se tiver um mínimo de correspondência no texto do contrato, ainda que imperfeitamente expresso.

A questão que se coloca, no plano metodológico-prático, é se o intérprete está obrigado a pesquisar a vontade real dos contraentes (e o conhecimento dessa vontade pela contraparte). Julgo que não. Apesar de tudo, não serão frequentes, no domínio dos contratos administrativos, os casos em que a vontade real não coincide com o sentido declarado e objectivo. No entanto, se o contraente interessado (e, no caso da declaração do contraente público, o Ministério Público) demonstrar que a vontade real era diversa do sentido objectivo e que o outro contraente conhecia essa vontade, deverá, naturalmente, prevalecer essa vontade, se estiver minimamente reflectida no texto contratual.

Subsiste, ainda, uma questão: se o declaratório não tiver conhecido a vontade real, vale o sentido objectivo. Ora, a escolha da estipulação concreta por parte do contraente público é uma forma de exercício do poder administrativo, o que se torna ainda mais notório quando haja várias soluções de salvaguarda do interesse público. Pode o intérprete-julgador fazer prevalecer um sentido (apurado de forma objectiva) diverso da real intenção do contraente público? Entendo que sim. Sustentar o contrário equivaleria à adopção de um paradoxal extremismo subjectivista, que obrigaria o intérprete, em todas as circunstâncias, a averiguar a real intenção do contraente público, tornando desigual a forma de apurar a intenção da contraparte. Como referido, o contraente público dispõe normalmente de todos os meios necessários para se exprimir correctamente e tem o dever — ou, pelo menos, o ónus — de fundamentar as suas decisões no âmbito da margem de conformação do conteúdo contratual.

⁽⁶¹⁾ No entendimento de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “o sentido subjectivo deve prevalecer sempre que a vontade real de uma das partes seja pela outra conhecida” (p. 132). RIVERO Y SERN, na esteira de M. GIANNINI, conclui que a presença do interesse público é que leva a que prevaleça a vontade real (p. 48, ss.).

4.2.4. O equilíbrio das prestações

A regra prevista no art. 237.º do Código Civil, de prevalência do sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações, ajusta-se especialmente aos contratos administrativos de tipo comutativo⁽⁶²⁾, nos quais vigora o princípio da “honestas equivalência de prestações” ou da “interdependência dos interesses” ou do “equilíbrio económico-financeiro”⁽⁶³⁾. De resto, esta regra está em perfeita consonância com o espírito do art. 282.º do CCP, que visa a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato⁽⁶⁴⁾.

Como se intui do referido nos pontos 2.1. e 2.2. supra, o princípio da prossecução do interesse público e o princípio do equilíbrio das prestações são indissociáveis entre si, exigindo uma permanente ponderação mútua ao longo da formação e da execução do contrato, por forma a que nenhum deles se sobreponha desproporcionadamente ao outro. Por isso, a regra do referido art. 237.º tem, na interpretação do contrato administrativo, uma peculiaridade: o “maior equilíbrio das prestações” pressupõe a conjugação da prossecução do fim de interesse público com a manutenção da equação económico-financeira subjacente ao contrato⁽⁶⁵⁾.

Simplificando, diria que, em caso de dúvida, prevalecerá na interpretação o sentido que conduzir ao maior equilíbrio financeiro do contrato, se o interesse público subjacente ao contrato estiver concretamente acaute-

⁽⁶²⁾ D. FREITAS DO AMARAL, *cit.*, pp. 510-511.

⁽⁶³⁾ O tema encontra-se mais detidamente tratado em estudo meu recente: “A reposição do equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas”, *Estudos em homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019, p. 1089, ss.

⁽⁶⁴⁾ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *cit.*, p. 133, e parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 12/06/2012.

⁽⁶⁵⁾ Nas palavras de MARCELLO CAETANO, “a reciprocidade dos interesses é na verdade possível no contrato administrativo na medida em que a um maior interesse privado corresponda um acréscimo de interesse público. Claro que se o benefício privado for conseguido à custa do sacrifício do interesse público, o contrato não está sendo interpretado segundo o seu espírito. Mas, por um lado, não será correto o entendimento segundo o qual se procure satisfação do interesse público sem consideração pelo mínimo de satisfação do interesse privado que deve presumir-se sempre atendido no contrato, mesmo quando não ressalte das suas cláusulas. Estamos a tratar da interpretação do contrato e, portanto, do sentido de dar às normas nele estabelecidas ou dele decorrentes para regular a relação jurídica por ele criada. (...) O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (os encargos assumidos por um dos contraentes equivalem às vantagens prometidas pelo outro), e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no acto da estipulação. Se esse equilíbrio estabelece ou não uma verdadeira equação, não interessa: a interpretação do contrato deve fazer-se a partir do que as partes considerarem suficientes para o estabelecer. Toda a execução do contrato tem de ser dominada pela preocupação de manter a fórmula do equilíbrio financeiro inicialmente prevista, ajustando-a às circunstâncias que forem surgindo” (*cit.*, pp. 612-613; alguns destaques são meus).

lado; e prevalecerá o sentido que mais contribuir para a prossecução do interesse público, se aquele equilíbrio se achar concretamente salvaguardado.

4.2.5. A formalidade

Como referido no ponto 2.7., os contratos administrativos são, por regra, reduzidos a escrito. Nos termos do art. 238.º, n.º 1, do Código Civil, o sentido extraído através dos critérios referidos nos pontos anteriores só pode valer se tiver um mínimo de correspondência no texto do contrato, ainda que imperfeitamente expresso. Naturalmente, o texto do contrato deve considerar todo o complexo contratual, seja o clausulado ou os elementos anexos que do contrato fazem parte integrante⁽⁶⁶⁾.

Mas aqui regressamos à questão da vontade real: de acordo com o n.º 2 do art. 238.º, o sentido correspondente à vontade real das partes pode valer mesmo que não tenha um mínimo de correspondência no texto do contrato — a menos que as razões determinantes da forma do negócio a isso se opuserem.

Ora, parece-me que as razões determinantes da formalidade do contrato administrativo obstam ao predomínio da vontade real concordante sem um mínimo de correspondência no contrato. Como referido supra (ponto 2.7.), a exigência de forma escrita tem aqui, também, preocupações de certeza e segurança jurídica, designadamente relacionadas com interesses de terceiros. Convém, por exemplo, que o contrato possa ser interpretado pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas, pelos demais concorrentes, e, de resto, pelos portadores de “interesses difusos”. Evidentemente, esses terceiros só poderão ter conhecimento do contrato através da sua leitura, pelo que não poderá valer um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto desses elementos, ainda que imperfeitamente expresso⁽⁶⁷⁾. De resto, parece-me ser essa a posição da nossa doutrina⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ De forma mais aprofundada, excluindo deste âmbito a invocação de negociações e práticas anteriores e posteriores à conclusão do contrato, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 296.

⁽⁶⁷⁾ P. PAIS DE VASCONCELOS, “UNIDROIT...”, *cit.*, pp. 242-243.

⁽⁶⁸⁾ MARCELLO CAETANO advertia que “as cláusulas estipuladas no instrumento do contrato é que traduzem o acordo formado e por isso é sempre à sua letra que tem de se atender: a interpretação consiste em determinar o sentido duvidoso de um texto, fixando o seu significado objetivo. Os elementos de interpretação, tais como os trabalhos preparatórios, valem na medida em que possam ajudar a

5. A integração do contrato

Resta apenas a questão das consequências de não ser possível extrair do texto do contrato um sentido que tenha um mínimo de correspondência. Entendo que, no domínio dos contratos administrativos, o princípio da prossecução do interesse público postula, em princípio, o *favor negotii*, ou seja, a manutenção da validade do contrato.

Não sendo possível descortinar um sentido através das diversas vias de interpretação, deverá o intérprete suprir a lacuna contratual, recorrendo à actividade integradora regulada, em termos gerais, no art. 239.º do Código Civil. Mas isso sai já do âmbito do presente estudo, pelo que remeto para artigo meu anterior⁽⁶⁹⁾.

6. Conclusão

Eis, em termos muito resumidos, as linhas gerais de orientação que proponho para a interpretação do contrato administrativo. O intérprete começa por analisar o contrato na sua globalidade, atendendo aos elementos literais, sistemáticos, históricos e teleológicos — e sempre à luz do quadro normativo, do fim de interesse público e dos princípios gerais de direito administrativo. Se não resultar da análise do contrato um sentido claro e/ou se alguma das partes suscitar a questão, o intérprete pesquisará as declarações negociais de cada um dos contraentes (sempre à luz do quadro normativo envolvente). Neste âmbito, prevalecerá a vontade real do contraente, se a contraparte tiver conhecido essa vontade e esta estiver minimamente reflectida no texto contratual. Caso contrário, valerá o sentido objectivo que tenha no texto do contrato um mínimo de correspondência verbal. Se subsistirem dúvidas, prevalecerá o sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações, numa perspectiva conjugada do interesse público e do equilíbrio financeiro do contrato.

É muito provável que os mais diversos métodos empíricos dos juristas práticos conduzam aos mesmos (ou a melhores) resultados a que se

entender o que se quis, mas não prevalecem sobre a letra do contrato” (cit., p. 611). Mais recentemente, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que “os enunciados linguísticos através dos quais foi exteriorizado o contrato” constituem “o ponto de partida e o limite da interpretação” (cit., pp. 132-133; o destaque é meu).

⁽⁶⁹⁾ TIAGO AMORIM, “A integração do contrato administrativo”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 20, abril 2019, p. 91, ss.

chega pelos critérios enunciados neste estudo, mas seria bom que houvesse uma teoria interpretativa uniforme. Fica este meu contributo, na expectativa de que juristas mais habilitados desenvolvam uma coerente doutrina da interpretação do contrato administrativo.

Jurisprudência
dos Conselhos

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Proc. n.º 126/2016-CS/R

Relator: João Paulo Pimenta

Averiguação de inidoneidade e reabilitação

SUMÁRIO:

I. — O decurso do tempo não reabilita de forma automática e *ipso facto* o Advogado. **II.** — A reabilitação de Advogado condenado criminalmente seguirá o disposto no art. 173.º do EOA.

I. — O Sr. Dr. (...), Advogado Estagiário, interpôs recurso do acórdão proferido pelo Conselho de Deontologia do Porto que considerou verificada a falta de idoneidade moral do recorrente para o exercício da profissão, em conformidade com o disposto no art. 171.º, al. *a*), do EOA na redacção da Lei n.º 15/2005, de 26/01.

A decisão foi proferida no termo da instrução e após audiência pública, do processo de averiguação de inidoneidade n.º 794/10-P/IM.

Do Relatório Final resultam apurados factos, que vieram a ser sufragados como provados para efeito da prolação da referida deliberação, nomeadamente:

1. “O senhor Advogado averiguando foi condenado criminalmente no processo (...) do 1.º Juízo do Tribunal Judicial da Maia, pela prática, em autoria material, de um crime de usurpação de funções, p.p. pelo art. 358.º, al. *b*) do Cód. Penal e na pena de 150 dias de multa à taxa diária de 10 €, no total de 1.500 €;
2. Nesse processo criminal, ficaram provados os factos subsequentemente enumerados e que alicerçaram a referida condenação:

II. Fundamentação

Matéria de facto provada

Discutida a causa, resultaram provados os seguintes factos:

- 1. O arguido não possui a licenciatura em Direito, nem consequentemente se encontra inscrito na Ordem dos Advogados.*
- 2. Desde finais de 1997 e até finais do ano 2003, em vários locais deste concelho e comarca da Maia, nomeadamente em Conservatórias, Cartórios Notariais, Repartições de Finanças, o arguido intitulava-se como Advogado, perante outros Advogados e cidadãos comuns, que o procuravam por precisarem de serviços de Advogado, dizendo sempre expressa e tacitamente ser Advogado.*
- 3. O arguido teve sempre um local próprio para receber os seus clientes, possuindo um escritório em casa de seus pais, onde residia.*
- 4. O arguido era tratado por Advogados, clientes e funcionários de repartições públicas como “Dr. (...)”.*
- 5. Usava pastas próprias para arrumar os seus dossiers, que tinham a inscrição de “(...) Advogado”, e com indicação do local do respectivo escritório, conforme documento de fls. 50, cujo conteúdo se dá aqui por inteiramente reproduzido.*
- 6. Usava ainda papel timbrado e envelopes, com os mesmos dizeres, e correspondia-se por fax e outros meios com Advogados e outros organismos públicos ou privados, onde sempre se intitulou Advogado.*
(...)
- 9. O arguido chegou a ir a vários convívios da Delegação da Ordem dos Advogados da Maia, onde se intitulava Advogado.*
- 10. Inicialmente, o arguido, teve o seu escritório, onde se intitulava Advogado, na sua residência, supra referida e voltou ao mesmo escritório, a partir 07/04/2003.*
- 11. Neste intervalo, ou seja, entre meados de 2001 e até 07 de Abril de 2003, o arguido passou a partilhar o escritório onde as Advogadas Dra. (...) e Dra. (...) exerciam a sua profissão, sito na R. (...),, desta cidade da Maia, passando estas a repartir com ele o referido escritório, que passou a ser comum aos três.*

12. *O arguido passou a participar no pagamento das inerentes despesas do funcionamento do escritório e pagamento do ordenado duma funcionária.*
13. *O arguido abandonou este escritório em 07.04.2003, após as senhoras Advogadas referidas lhe terem comunicado que se constava na comarca que o mesmo não era Advogado e o terem interpelado acerca de tal facto.*
(...)
16. *O arguido adquiriu uma toga que mantinha no referido escritório, sendo que as colegas de escritório por vezes o viam a sair do mesmo levando consigo a toga.*
17. *Nos contactos que estabelecia com “colegas”, nomeadamente via fax, o arguido utilizava papel timbrado de onde constava “(...)l — Advogado”, e as moradas do escritório que partilhava com as Advogadas supra referidas e a morada da sua residência, onde também tinha um escritório conforme supra se referiu.*
18. *O arguido chegou a ter procuração forense conjunta com as referidas Advogadas, com as quais partilhava o escritório, nomeadamente:*
(...)

E continua-se a discorrer no Relatório Final transcrevendo a referida sentença judicial ao longo de 69 pontos no capítulo da matéria de facto dada como provada. Em suma, ficou provado naquele processo crime e no Relatório e deliberação de que ora se recorre, que o referido Advogado Estagiário, durante um período longo de cerca de seis anos, “agiu convencendo as pessoas que tinha condições legais para praticar a profissão de Advogado, arrogando-se como tal e praticando actos próprios da profissão, nomeadamente recebendo clientes no escritório, dando consultas jurídicas, aconselhando os clientes em questões relacionadas com processos judiciais ou com a realização de actos notariais, acompanhando os mesmos na realização das respectivas escrituras; emitia e recebia dos clientes procurações entregues a seu favor, concedendo-lhe poderes forenses, as quais juntava em processos judiciais em curso, assim como, cobrava honorários pelos serviços prestados”.

Conclui o Relatório pela verificação de “falta de idoneidade para o exercício da profissão do senhor Advogado Estagiário arguido, Dr. (...), portador da cédula profissional de Advogado Estagiário n.º (...)”

II. — Não se conformando com a deliberação, veio o arguido apresentar recurso.

Começa por defender não se verificar a falta de idoneidade que lhe foi imputada, e defende a nulidade do procedimento.

Alicerça a sua tese da não verificação da falta de idoneidade no decurso do tempo, nomeadamente alegando que que:

- Ao longo de 11 anos a contar da data do trânsito da sentença condenatória, “não mais preservou no erro”;
- Concluiu o curso de Direito e apresentou o seu pedido de inscrição na OA em Outubro de 2006;
- Transitou para a segunda fase de estágio em 2008, desempenhado as competências próprias desta fase e que correspondem às competências de um solicitador;
- Que ao longo de mais de 7 anos como Advogado Estagiário não lhe foi apontado qualquer reparo ou censura;
- Que o seu comportamento desde a condenação em 2005 é de alguém que se propôs reparar o bem jurídico que havia ofendido;
- Que “a obtenção do título académico e dos pré-requisitos necessários às funções que usurpou são demonstração plena do sentido profundo de arrependimento e reconhecimento do erro”;
- Que recuperou a confiança da comunidade, clientes colegas e profissionais do foro em geral;
- Que a censurabilidade da conduta que o conduziu à condenação não pode assumir-se como característica da sua personalidade actual, tendo em conta a sua conduta decorridos estes anos;
- Que decorreram mais de quatro anos após a sua inscrição como Advogado Estagiário até ter conhecimento da existência do processo de averiguação de inidoneidade, consolidando uma expectativa no sentido de não lhe ser criado qualquer obstáculo, tendo pago inscrições, frequentado formações, sujeitando-se a provas e tendo-lhe sido entregue uma cédula;
- Que a aplicação da sanção *in casu*, se reconduz “à perpetuação de uma pena, e à impossibilidade, *et semper*, de acesso à profissão”, e que a decisão padece do vício de inconstitucionalidade, por violação do estatuído no n.º 1 do Art.º 30.º da constituição (“não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restri-

tivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida”).

- Conclui que já passou tempo suficiente para a sua reabilitação profissional, que os factos ocorreram há mais de 13 anos, que respondeu penalmente por eles e que os mesmos são necessariamente retractáveis.
- Que o facto de ter “penado” durante mais de sete anos como Advogado Estagiário será pena bastante e conclui pelo pedido de revogação da decisão.

III. — Cumpre, pois, apreciar e decidir.

Como referido, termina as suas alegações com uma questão que entendemos conhecer em primeiro lugar e que se prende com arguição da nulidade do procedimento.

Alega, em suma, o Sr. Advogado Estagiário, que foi notificado do relatório final nos termos do art. 154.º, n.º 1 do EOA de 2005, quando o deveria ter sido ao abrigo do previsto no art. 159.º, do actual Estatuto. Isto porque, aquela pretérita norma não concedia ao arguido a possibilidade de se pronunciar após notificação do Relatório, o que acontece agora à luz da redacção da norma equivalente. E sendo certo que esta última disposição é claramente mais favorável ao arguido e, por isso, a norma a ser seguida.

Conclui ainda sublinhando que, não obstante, o arguido não se pretende prevalecer de tal “iniquidade processual”.

Ora, entendemos não ser de acolher tal alegação de nulidade, desde logo pelo facto de sempre ter assistido ao Sr. Advogado Estagiário a possibilidade de responder se assim o entendesse, ainda que a notificação não tivesse seguido o entendimento da norma mais favorável, e nesse passo invocando a eventual nulidade, o que não fez. Pelo que, sem mais considerações, sempre tal nulidade estaria sanada.

Mais a mais, ainda que assim não fosse, é peremptório na sua alegação ao afirmar que não se pretende prevalecer de tal eventual circunstância, ou seja, nunca pretendeu arguir tal incidente, mas somente demonstrar que as delongas formais do processo colidem com a “Justiça material que visa alcançar”.

Volvendo à questão de fundo, em causa está a confirmação ou não da verificada falta de idoneidade do recorrente ao abrigo do disposto na al. a) do art. 171.º do EOA na versão aplicável.

Sem margem para dúvidas que os factos que lhe foram imputados e em que foi condenado em 2005 são efectivamente, pela sua inelutável gravidade, constitutivos de crime gravemente desonroso, ou seja, crime que afecta de forma indelével a honra e a integridade do seu agente.

Na verdade, “numa forma evoluída, persistente e requintada”, como se extrai do Relatório final, o recorrente reiterou em comportamentos demonstrativos da ausência da estrutura moral exigível a qualquer Advogado.

Sem margem para dúvidas que não podemos deixar de subscrever o que se enuncia no Relatório quanto à qualificação dos factos dados por provados.

A questão fulcral que entretanto se coloca, é a de saber se o decurso do tempo reabilita, por si, o arguido, e se em sede do presente recurso se poderá concluir de molde a impedir que se consolide em definitivo a condenação.

No Título IV, Capítulo IX, do Estatuto da Ordem dos Advogados na redacção aplicável da Lei n.º 15/2005, de 26/01, encontramos as seguintes normas:

CAPÍTULO IX

Averiguação de inidoneidade para o exercício da profissão

Artigo 171.º

Instauração do processo

É instaurado processo para averiguação de inidoneidade para o exercício profissional sempre que o Advogado ou Advogado Estagiário:

Tenha sido condenado por qualquer crime gravemente desonroso;

(...)

Artigo 173.º

Reabilitação do Advogado a quem haja sido reconhecida inidoneidade para o exercício da profissão

1 — Os condenados criminalmente que tenham obtido a reabilitação judicial podem, decorridos 10 anos sobre a data da condenação, solicitar a sua inscrição, sobre a qual decide, com recurso para o conselho superior, o competente conselho de deontologia.

2 — O pedido só é deferido quando, mediante inquérito prévio com audiência do requerente, se comprove a manifesta dignidade do seu comportamento nos últi-

mos três anos e se alcance a convicção da sua completa recuperação para o exercício da profissão.

Ora, começaremos por dizer que o processo em causa corresponde ao enunciado na epígrafe do referido Capítulo IX: “Averiguação de inidoneidade para o exercício da profissão”.

O processo segue os trâmites do processo disciplinar e conclui pela verificação ou não verificação de inidoneidade para o exercício da profissão.

Acontece, que a norma do art. 171.º não é automática. Determina, sim, de forma automática a instauração do processo e desde que o crime seja gravemente desonroso.

Ora, não há dúvida que os factos são graves e altamente lesivos dos valores da honra e probidade, sendo que quem os praticou demonstrou uma estrutura de carácter verdadeiramente ilustrativa “de uma certa perversão ou deformação” da personalidade. E aqui citamos a própria alegação do recorrente, em sentido contrário ao por si pretendido, pois, seguramente ao tempo, o entretanto Sr. Advogado Estagiário, demonstrou não ter um comportamento ímpoluto, constituindo a honestidade, a probidade, a rectidão, a lealdade, a cortesia e a sinceridade deveres do Advogado que o mesmo não servia, pelo contrário.

O processo em curso, tem por finalidade determinar a inidoneidade para o exercício da profissão e não outra. Ou seja, não tem por finalidade reabilitar quem foi alvo de reconhecimento de inidoneidade.

E, refira-se, não é o decurso do tempo que reabilita automaticamente o Advogado. Há que seguir o previsto no art. 173.º que prevê um procedimento destinado a reabilitar o Advogado em situação de reconhecida inidoneidade, permitindo a sua reabilitação 10 anos volvidos sobre a reabilitação judicial, que entretanto já decorreu se atendermos ao previsto na Lei n.º 37/2015, de 05 de Maio (Lei da Identificação Criminal).

Nem se diga também, que a manutenção da sanção *in casu*, se reconduz “à perpetuação de uma pena, e à impossibilidade, *et semper*, de acesso à profissão”, e que a decisão padece do vício de inconstitucionalidade, por violação do estatuído no n.º 1 do art. 30.º da Constituição. Na verdade, manter-se a decisão não é torná-la perpétua se atendermos a esta possibilidade a que o Sr. Advogado pode sempre recorrer que é a de solicitar a sua reabilitação.

Por isso, a circunstância de os factos terem decorrido há mais de 13 anos, não “apaga” de forma automática o comportamento altamente gravoso do Sr. Advogado Estagiário. Há que averiguar, efectivamente, se o Sr. Advogado é actualmente uma pessoa diferente, uma pessoa agora digna

de ser investida na profissão de Advogado, o que não é matéria a tratar neste processo. Esta circunstância concorrerá, sim, eventualmente de forma positiva, para o caso de imediatamente a seguir ao trânsito em julgado da presente decisão o ora arguido solicitar a reabilitação agora nos termos previstos na norma do art. 179.º do actual Estatuto.

IV. — Tudo visto, é meu parecer:

Negar-se provimento ao recurso interposto pelo Sr. Advogado Estagiário mantendo-se assim a decisão recorrida.

À 2.ª Secção para deliberação.

Coimbra, 23 de Maio de 2019

JOÃO PAULO PIMENTA
Relator

Aprovado em reunião da 2.ª Secção do Conselho Superior, de 12 de junho de 2019.

PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo N.º 29/PP/2018-G

Relator Rui Alves Pereira

Sobre a admissibilidade, face à legislação em vigor, de restringir a presença dos Advogados dos progenitores durante a audição das crianças e se essa restrição poderá, ou não, ser considerada um impedimento à participação em atos processuais

I. Relatório

O Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados solicita-nos um parecer sobre a admissibilidade, face à legislação em vigor, de restringir a presença dos Advogados dos progenitores durante a audição das crianças e se essa restrição poderá, ou não, ser considerada um impedimento à participação em atos processuais.

A questão essencial deste parecer centra-se, assim, na presença ou não dos Advogados dos progenitores — que não se confundem com o Advogado da criança — na diligência destinada à audição das crianças.

Para responder à questão colocada, começaremos por atender aos contornos do problema concreto objeto de consulta, que passamos resumidamente a expor.

Vejamos então.

No âmbito de processo de alteração de regulação do exercício das responsabilidades parentais, realizou-se conferência de progenitores, no âmbito da qual ambos os progenitores fizeram-se representar por Advogado.

Pelo Ex.^{mo} Senhor Juiz de Direito que presidiu a diligência foi determinada a conveniência da audição da criança (de 9 anos) e ordenada que a mesma fosse realizada sem a presença dos progenitores e dos respectivos Advogados; não obstante o pedido expresso de que a audição decorresse na presença dos mandatários constituídos, a diligência decorreu, apenas, na presença do Senhor Juiz de Direito e do Senhor Procurador Adjunto do Ministério Público.

II. Tratamento jurídico da questão objeto de consulta

i) Enquadramento jurídico do direito da audição da criança

A audição das crianças no sistema judicial ou perante outras autoridades competentes é, nos dias de hoje, uma realidade incontornável, sendo um direito da criança. O direito a ser ouvida sobre todos os assuntos que lhe digam respeito é um direito e não um dever da criança. Entendemos, aliás, que acautelar este direito passa por questionar a criança, antes de iniciar a sua audição, sobre se pretende ou não ser ouvida sobre o assunto.

Na verdade, ouvir a criança não significa, naturalmente, utilizá-la como testemunha de um dos progenitores, mas antes concretizar o direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta, o que só poderá ser verdadeiramente aquilutado e ponderado se houver lugar à sua audição.

Trata-se de um direito autónomo com valor em si mesmo e, simultaneamente, instrumental à efetivação de outros direitos e princípios, entre os quais o do *superior interesse da criança*, traduzindo-se o princípio da audição da mesma (*i*) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade, (*ii*) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração, e (*iii*) numa verdadeira e desejada cultura da criança enquanto sujeito de direitos.

A respeito da densificação deste conceito, seguimos de perto a interpretação que o Comité dos Direitos da Criança dá ao conceito de *superior interesse da criança* no Comentário Geral n.º 14, segundo o qual este conceito tem natureza *tripla*, configurando-se como (*i*) um direito substantivo, (*ii*) um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e (*iii*) uma regra processual⁽¹⁾.

⁽¹⁾ V. *Interesse Superior da Criança — Comentário Geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em*

O conceito do interesse superior da criança é, portanto, flexível e adaptável⁽²⁾. Deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades pessoais.

Num excurso breve sobre o direito da audição da criança, lembremos que este direito integra um dos quatro pilares da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁽³⁾, a par do direito à vida, à não discriminação e do direito ao desenvolvimento integral da sua personalidade.

Esta Convenção, pela sua relevância, consagrou-se como o documento jurídico que mais impulsionou o princípio da participação da criança, sendo para muitos considerada a pedra angular de todo o edifício supranacional dos direitos das crianças⁽⁴⁾, revestindo um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo das disposições da lei ordinária.

Podemos, portanto, afirmar que a Convenção dos Direitos da Criança veio concretizar uma nova conceção de criança, enquanto ser humano em crescimento que, apesar da especial e natural vulnerabilidade que exige proteção e assistência da família, da sociedade e do Estado, é dotado, enquanto pessoa humana, com dignidade igual à do adulto e de capacidade para, como parte ativa formar e expressar as suas opiniões e participar na construção do seu futuro.

A Convenção assumiu assim grande relevância porque, em primeiro lugar, estabeleceu que as crianças não podem ser vistas apenas como “*not-yet persons*”, esperando pela maioria para poder livremente tomar qualquer decisão. Em segundo porque traz à superfície o *superior interesse da criança*: é em prol da criança que a decisão deve ser proferida, é no futuro da criança que a decisão se vai refletir, porque ela é o sujeito no centro de todo o processo conducente à decisão de regulação do exercício

consideração, Lisboa, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, 2017, p. 10, disponível em <<https://www.cnpdpcj.gov.pt>>.

⁽²⁾ Esta abertura não significa, obviamente, que ao julgador seja dada uma liberdade total e incondicional no preenchimento deste conceito que, antes de mais, é jurídico.

⁽³⁾ Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, e acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 de 8 de junho e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, publicadas no Diário da República, I Série, 1.º Suplemento, n.º 211/90.

⁽⁴⁾ Constitui, ainda, fonte jurídica donde emergiu a dimensão do direito de participação e audição da criança, que veio a ser adotado em diplomas internacionais que lhe sucederam, bem como nas próprias Recomendações do Conselho da Europa que, embora não tenham força vinculativa como os instrumentos internacionais, têm, no entanto, relevo nos ordenamentos jurídicos, influenciando a criação legislativa e consequentes modelos de intervenção na jurisdição de crianças e jovens.

das responsabilidades parentais, pelo que a sua vontade, desde que não sujeita a distorções externas, nem reveladora da falta de perceção adequada de riscos visíveis para o julgador — isto é, depois de devidamente valorada no contexto em que foi assumida e em função do seu superior interesse —, deve ser acolhida na decisão a proferir⁽⁵⁾.

Na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o direito de audição e de participação encontra-se previsto no art. 12.º, vinculando os Estados Partes a garantir à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

Assim, quando o legislador refere que a opinião expressa deve ser «tomada em consideração» revela uma preocupação pela importância e seriedade com que a voz da criança deve ser encarada em todas as questões que lhe digam respeito. O julgador terá, sob pena de reduzir este direito a uma mera formalidade, de *refletir* sobre a vontade e opinião expressamente transmitidas pela criança e *valorá-la*.

A este respeito, o Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, no Comentário Geral n.º 12 salienta, no ponto n.º 79, que a participação e audição da criança se configuram com um dos meios mais adequados ao desenvolvimento da personalidade e das capacidades evolutivas da criança, consistentes com o seu desenvolvimento integral (art. 6.º) e com os objetivos da educação (art. 29.º).

No âmbito do Conselho da Europa, merecem especial referência os arts. 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças⁽⁶⁾, que estabelecem o direito da criança no sentido de:

- a) obter todas as informações relevantes, cabendo à autoridade judicial assegurar-se que dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e que esta recebeu aquelas informações;
- b) ser consultada e exprimir a sua opinião, incumbindo à autoridade judicial consultar pessoalmente a criança, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas, numa forma ade-

⁽⁵⁾ Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, no processo 1910/16.9T8BRG-A.G1.

⁽⁶⁾ A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, publicados no Diário da República, I Série, n.º 18, de 27 de janeiro de 2014.

quada à capacidade de discernimento da criança, permitindo-lhe que exprima a sua opinião e tendo em conta essa opinião expressa pela criança; e

- c) ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.

Tomamos ainda como indispensáveis as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças⁽⁷⁾, que vieram realçar a necessidade de adaptação dos meios utilizados para a audição da criança ao seu nível de compreensão, a consideração dos seus pontos de vista e opiniões, bem como o seu direito (e não dever) a ser ouvida, mediante a obtenção da informação necessária a essa audição e participação e a explicação das decisões numa linguagem compreensível, audição essa que deve ser conduzida por profissionais qualificados, sujeitos a avaliação, num ambiente e condições adequadas à sua idade, maturidade, nível de compreensão ou quaisquer dificuldades de comunicação que possa ter.

Estas Diretrizes, de resto, assentam nos princípios existentes consagrados nos instrumentos internacionais relativos aos direitos das crianças e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Concretizando igualmente as obrigações dos Estados emergentes da Convenção dos Direitos da Criança, o art. 13.º, § 2.º da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças vem estabelecer que a autoridade judicial pode fundamentar a recusa de regresso de uma criança quando verifique que esta se opõe a esse regresso e a mesma tenha atingido uma idade e um grau de maturidade, que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

De igual modo, no âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que as crianças devem poder exprimir livremente a sua opinião, sendo esta tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade (art. 24.º, n.º 1).

Enquanto instrumento essencial da integração europeia, a audição e participação da criança nos processos judiciais em que sejam intervenientes é um dos princípios fundamentais do Regulamento (CE) n.º 2201/2003

(7) Adotada pelo Comité de Ministros em 17 de novembro de 2010 na 1098.º Reunião de Delegados dos Ministros.

do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, comumente designado «Regulamento Bruxelas II bis», conforme resulta designadamente (i) da sua alínea b) do art. 23.º: «uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que esta mesma sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento»; (ii) do art. 41.º, n.º 2, alínea c) (emissão de certidão relativa ao direito de visita se a criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade); (iii) do art. 42.º, n.º 2, alínea a) (emissão de certidão relativa ao regresso da criança se esta tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se a audição for considerada inadequada, em função da sua idade ou grau de maturidade).

Ainda a propósito deste Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, importará sublinhar que está em curso o seu processo de revisão. A proposta foi apresentada pela Comissão em 30 de junho de 2016 e está sujeita ao processo legislativo especial que exige a unanimidade no Conselho após consulta do Parlamento Europeu, que deu o seu parecer em 18 de janeiro de 2018.

Trata-se de uma alteração substancial, com vista a reforçar a segurança jurídica e aumentar a flexibilidade, para garantir um melhor acesso a processos judiciais, bem como uma maior eficácia destes processos, a fim de proteger o superior interesse da criança e os direitos fundamentais conexos.

Entre algumas novas regras, assume particular importância, o aditamento de um normativo relativo à obrigação de dar à criança, capaz de formar as suas próprias opiniões, uma oportunidade real e efetiva de expressar a sua opinião.

Referimo-nos ao seu (novo) art. 20.º que prevê que as autoridades devem documentar as considerações tecidas a respeito da decisão de ouvir ou não a criança, ou seja, fundamentando essa decisão, sendo que esta audição pode ser realizada por um perito com formação adequada, em conformidade com as disposições nacionais, sem qualquer pressão, em particular parental, num espaço próprio adaptado à idade da criança, tanto em termos de linguagem, como de conteúdo, e deve oferecer todas as garantias quer permitam preservar a sua integridade emocional e o seu superior interesse.

Prevê ainda expressamente o já citado art. 20.º que a audição da criança não deve ser realizada na presença das partes no processo, nem dos respetivos representantes legais, mas deve ser gravada e acrescentada à documentação para que as partes e os seus representantes possam ter oportunidade de ver o registo da audição, assim se garantindo o à-vontade e conforto da criança, essenciais ao bom apuramento dos factos e vontade por parte do julgador.

Assim, considerando, designadamente, todos estes diplomas elencados, podemos afirmar que o direito de participação das crianças em todas as questões que lhe dizem respeito, constitui um direito supranacional que se impõe no direito interno⁽⁸⁾.

Na ordem jurídica nacional, refletindo uma evidente preocupação de concretização dos direitos de participação e de audição da criança, os arts. 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante, apenas RGPTC)⁽⁹⁾, estabelecem, em primeiro lugar, como um dos princípios orientadores da intervenção tutelar cível a audição e participação da criança⁽¹⁰⁾ quando esta disponha de capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, de acordo com a sua idade e maturidade, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantida a possibilidade de acompanhamento de adulto da sua escolha e, em segundo lugar, concretizando diversas regras de execução relativas à audição da criança, na dupla vertente da sua audição ou da tomada de declarações enquanto meio probatório.

Os arts. 4.º e 5.º, do RGPTC regulam o direito de participação e audição da criança nos processos tutelares cíveis e de promoção e proteção.

⁽⁸⁾ Como aliás salientam a Recomendação CM/REC (2012) 2 do Comité de Ministros dos Estados Membros sobre a participação das crianças e jovens com idade inferior a 18 anos (adotada a 28 março de 2012) e as Diretrizes do Comité dos Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às Crianças.

⁽⁹⁾ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

⁽¹⁰⁾ Nos termos do disposto no art. 4.º do RGPTC, sobre a epígrafe «princípios orientadores», os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes: *Simplificação instrutória e oralidade* — a instrução do processo recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente, no que concerne à audição da criança que deve decorrer de forma compreensível, ao depoimento dos pais, familiares ou outras pessoas de especial referência afetiva para a criança, e às declarações da assessoria técnica, prestados oralmente e documentados em auto; (...); *Audição e participação da criança* — a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

Preveem estes preceitos duas modalidades de audição da criança, conforme a finalidade a que se destinam:

- a) uma para exprimir a opinião da criança, e
- b) outra para tomada de declarações como meio de prova.

A audição da criança para ser ouvida com vista a emitir a sua opinião (audição das crianças com capacidade de compreensão dos assuntos em questão e prevista no art. 5.º, n.ºs 1 e 2) não se pode confundir com a “audição” para tomada de declarações para efeitos probatórios, que surge para, no próprio processo, prestar depoimento como meio probatório nos atos posteriores ou no julgamento (podendo ser determinada pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento, sempre que o interesse da criança o justificar, prevista no art. 5.º, n.ºs 6 e 7).

Ressalvamos ainda que o n.º 2 do art. 4.º prevê a obrigação do juiz aferir, casuisticamente, a capacidade de compreensão e discernimento da criança dos assuntos em discussão, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica. Será, portanto, necessário começar por avaliar a capacidade de discernimento da criança o que envolverá, desde logo, a criação de um ambiente que potencie um à-vontade e conforto para a criança, permitindo que se estabeleça uma relação dialogante entre a mesma e o julgador.

Por sua vez, no art. 5.º o legislador estipula que a criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse e que, antes de ser ouvida, deve a criança ser informada, de forma clara sobre o alcance e significado da sua audição (n.ºs 1 e 3, respetivamente)⁽¹¹⁾, desde logo se transmitindo à criança a que a sua opinião não determinará, só por si, a decisão final, o que é desde logo essencial à boa aplicação e efetivação deste direito por assim se garantir, por um lado, que a criança se expressa de forma livre e informada e, por outro, não se frustrar as expectativas que a criança venha a criar relativamente ao peso da sua intervenção.

No n.º 4 do art. 5.º o legislador enumera alguns cuidados a ter em conta aquando desta diligência, entre os quais a realização desta audição num espaço *child-friendly*, não intimidatório e adequado à criança em causa e a necessidade de intervenção de operadores judiciários e outros

⁽¹¹⁾ Da combinação destes dois preceitos resultam plenamente acautelados os três níveis de participação da criança: o direito a ser informada, a expressar uma opinião e a ter essa opinião tida em conta.

técnicos com formação adequada. Apesar de todos estes cuidados, é importante ter sempre presente que a audição da criança num processo judicial que lhe diga respeito não deixa de representar um momento extraordinariamente intenso para a criança, mas também bastante exigente para os profissionais que o realizam.

Por sua vez, para que «o depoimento da criança possa ser considerado como meio de prova», não-de ser tomadas as «declarações» a que refere o n.º 7, do mencionado art. 5.º, de acordo com as regras aí enunciadas, que, no que agora interessa, dispõe que a tomada de declarações «é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas. devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito», que «a inquirição é feita pelo Juiz, podendo o Ministério Público e os Advogados formular perguntas adicionais», que «as declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem», bem como «quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível».

Por fim, apenas cumpre referir que a audição e a participação da criança ou do jovem no âmbito da intervenção de promoção e de proteção de direitos encontra-se prevista nos arts. 4.º, alínea j) e 84.º, ambos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, ao estabelecer que as crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de proteção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e proteção, nos termos previstos nos arts. 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Por sua vez, também no âmbito do processo judicial de adoção, o adotando deve ser ouvido pelo juiz, com a presença do Ministério Público, nos termos e com observância das regras previstas para a audição de crianças nos processos tutelares cíveis, audição essa que deve ser feita separadamente e por forma a salvaguardar o segredo de identidade (arts. 3.º e 54.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 do Regime Jurídico do Processo de Adoção).

ii) Condições para a audição da criança: em especial, a presença dos Advogados dos progenitores durante a sua audição

A audição da criança é um processo de diálogo, em que a criança expressa ou não aquilo que ela quiser, enquanto direito desta (não é uma obrigação em que ela é chamada a depor e a detalhar aquilo que um dos progenitores exige). Por esta razão, há uma obrigação de serem asseguradas todas as condições para que esta opinião seja realmente expressa de forma livre e sem reservas⁽¹²⁾, mormente garantindo que a pessoa que ouvirá a criança reconheça verdadeiro valor à sua voz, evitando quaisquer constrangimentos ao exercício deste direito⁽¹³⁾.

A audição e a participação da criança nos processos que lhe digam respeito deve ser realizada de forma transparente e informativa, deve decorrer de forma voluntária, respeitosa, relevante, amiga da criança (*child-friendly*), inclusiva, ser realizada por quem tenha formação adequada, segura e atenta aos riscos resultantes da participação, fundamentada, sujeita e aberta à avaliação crítica por parte da criança (Committee on the Rights of the Child, General Comment N.º 12, The right of the child to be heard).

No seu Comentário Geral n.º 12, o Comité dos Direitos da Criança oferece aos Estados Parte indicações práticas sobre o alcance e modos de tornar efetivo o direito de audição e a participação da criança. Relativamente ao 1.º parágrafo do art. 12.º, o Comité das Nações Unidas nas sugestões e orientações interpretativas sobre a delimitação da capacidade de discernimento, esclarece que os Estados Parte não devem olhar para a capacidade de discernimento «como uma limitação, mas um dever das autoridades avaliarem, da forma mais completa possível, a capacidade da criança. Em vez de partir do princípio demasiado simplista, de que a criança é incapaz de exprimir uma opinião, os Estados devem presumir que uma criança tem, de facto, essa capacidade. Não cabe à criança provar que tem essa capacidade».

⁽¹²⁾ Consideramos ser importante que toda esta informação seja passada de forma clara e direta, atendendo à idade e maturidade da criança em crise. É importante que a criança perceba que aquilo que diga não será determinante, mas que, simultaneamente, acredite que será tomado em devida consideração.

⁽¹³⁾ «La participation de l'enfant signifie que le regard sur l'enfant, y inclu le regard intéressé, sensible et désireux d'aider de la part de ses parents, de la famille et de tous ceux dévoués à la cause de l'enfance. (...) doit évoluer de façon à inclure aussi la perspective de l'enfant-même sur la réalité qui l'entoure — l'espoir, la confiance, l'hésitation, la crainte ou la peur» — PAIS, Marta Santos. «Aspects juridiques concernant la participation des enfants a la vie familiale». *In Documentação e Direito Comparado*, N. 65/66 (1996), pp. 65-66.

A criança tem o direito «de expressar as suas opiniões livremente», o que indica que a criança pode expressar os seus pontos de vista sem qualquer tipo de manipulação ou submetida a influência ou pressão indevida e pode optar por exercer ou não o seu direito a ser ouvida. Ao impor que o devido valor seja dado à opinião da criança de acordo com a sua idade e a sua maturidade, o art. 12.º deixa claro que a idade não pode determinar a interpretação da sua opinião. Dessa forma, o peso a dar à opinião da criança tem de ser avaliado caso a caso. Em relação ao 2.º parágrafo do art. 12.º, o Comité dos Direitos da Criança, esclarece que este direito se aplica a **todos** os processos judiciais relevantes que afetem a criança.

Não podemos olvidar que as crianças envolvidas em processos de responsabilidades parentais ou outros, estão, na maioria das vezes, a sofrer dolorosos conflitos psicológicos e de lealdade, com danos “invisíveis”.

Esta situação vulnerável, em que as crianças se encontram, recomenda a necessidade de criar um ambiente e espaços acolhedores que aliviem esta pressão, bem como evitar a presença de outras pessoas ou profissionais (como os Advogados), estanhos à criança, e que a possam intimidar ou deixar desconfortável.

Por conseguinte, toda a pressão que se possa exercer sobre ela acaba por ir ao desencontro do *superior interesse da criança*, porque prejudica o seu bem-estar quando na verdade se quer garantir o mesmo, ou porque acaba por ser influenciada a dizer algo que não quer e que não corresponde à verdade.

Para exercer o seu direito a ser ouvida há que permitir à criança exercê-lo com liberdade para exprimir a sua opinião, sem pressões ou presenças não desejadas. A criança tem que se sentir com confiança bastante para manifestar as suas opiniões e preocupações, para o que devem ser criadas condições adequadas a que se sinta segura e respeitada.

Nesta conformidade, admitirmos que, não raras vezes, a presença dos Advogados dos progenitores neste tipo de diligências pode configurar uma verdadeira derrogação do tal ambiente informal e reservado que idealmente deverá existir, e com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

As crianças representam nos Advogados a figura dos progenitores. Há que, em qualquer caso e como boa prática forense, apurar previamente junto da criança se considera a presença de outros profissionais algo que não deseje ou que a faça sentir menos à vontade, para que possa exercer livremente o seu direito.

Somos, assim, da opinião que, em função do manifesto *superior interesse da criança*⁽¹⁴⁾, a presença dos Advogados durante a sua audição possa ser restringida, sem que tal se configure como um impedimento ilegítimo à prática de atos processuais. Perfilhamos este entendimento por considerarmos que esta é a solução que melhor garante o à-vontade e conforto da criança, os quais serão essenciais ao bom apuramento dos factos e vontade por parte do julgador e que, portanto, serão razões suficientes para sustentar a não permissão da assistência dos Advogados no momento da audição da criança.

Tratando-se do Advogado nomeado para criança (possibilidade que se encontra legalmente prevista no art. 18.º do RGPTC, que prevê a sua obrigatoriedade quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, sejam conflituantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao tribunal), é nosso entendimento que este poderá e deverá estar presente.

Acresce ainda que, se a criança não se sentir confortável para ser ouvida na presença dos Advogados dos seus progenitores, consideramos que, mesmo na sua ausência, será possível as partes terem acesso, atenta a obrigatoriedade, legalmente prevista, de gravação destas declarações através de registo áudio ou audiovisual.

Assim, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física dos Advogados no ato das declarações, é possível a audição das gravações, pelo que, quanto a este aspeto, cremos que não possamos sustentar qualquer violação do princípio do contraditório⁽¹⁵⁾ pois que, se por um lado

⁽¹⁴⁾ Não obstante a ausência de qualquer referência ao *superior interesse da criança* no Estatuto da Ordem dos Advogados, consideramos que o respeito por este princípio se encontra salvaguardado pelos princípios de integridade e, principalmente, independência, do Advogado contidos nos arts. 88.º e 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro. A este respeito, já tivemos ocasião de referir que «quando tal não acontece, temos para nós que se trata de um Advogado que não consegue manter o distanciamento suficiente dos assuntos que acompanha e que tem como única verdade, a do seu representado. Encontra-se, assim, prisioneiro de uma atriz combativa e refém dos honorários que tem de cobrar, na luta de uma causa cuja verdade aparentemente para ele apenas está num dos lados.

⁽¹⁵⁾ Ainda assim, tendemos a concordar com o afirmado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.TBPTM-J.L1, quando refere que «quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível — resulta que quando no processo tutelar cível o menor preste declarações sem observância do princípio do contraditório — o que, reitera-se, se considera não ser o caso — a consequência única será não poderem aquelas ser consideradas, no processo, como meio probatório... Ficando em qualquer caso preservado o princípio da audição da criança, traduzido na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; numa cultura da Criança enquanto sujeito de direitos».

não é facultado aos Advogados dos progenitores litigantes, em função do superior interesse da criança, a presença física no ato de declarações, por outro lado, é assegurada a possibilidade de ouvir a gravação e, em ato contínuo e no âmbito da mesma diligência, formular perguntas adicionais que julguem adequadas.

Este entendimento foi perfilhado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1 de junho de 2017, no processo n.º 653/14.2TBPTM-J.L1)⁽¹⁶⁾, com o qual concordamos inteiramente:

«Correndo-se aliás o risco, em circunstância que tal, e ademais com a igualmente reivindicada presença dos Exm.^{os} Advogados, de termos já, além da audição da menor... um verdadeiro... auditório...

Em completa derrogação do tal ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

Acresce que, como no despacho recorrido se ponderou, e os autos ilustram à evidência — sendo situação infelizmente recorrente em processos desta natureza, desde que exista capacidade de litigância — nos confrontamos com situação em que por força da vinculação e vulnerabilidade perante os progenitores e o conflito parental, e os profundos conflitos de lealdade em que se vê (a menor) deparada, importa obstar a que esta se encontre numa audição instrumentalizada nesse quadro emocional».

3. No que tange à presença do Advogado da mãe da menor — que não desta — é facto, como visto, que a lei prevê a possibilidade de os Advogados, relativamente à inquirição da menor pelo juiz, possam formular perguntas adicionais.

O que, *in casu*, se mostra observado, ainda que sem o imediatismo resultante da presença física do Advogado no ato das declarações.

E assim certo que **tendo sido gravada a diligência, foi facultada aos Srs. Advogados — depois de ouvidas as gravações, em ato contínuo, formularem as perguntas adicionais que julgassem adequadas, o que aqueles entenderam não fazer.**

Não impressionando, de todo, essa ausência da presença física, e com muita probabilidade intimidante, posto que de Advogados de progenitores de tal modo antagonizados, e que, até à data não deram vislumbre de colaboração no sentido desse outro princípio orientador dos processos tutelares cíveis, qual seja o da Consensualização — os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação (...), cf. art. 4.º, n.º 1, alínea b), do RGPTC.

⁽¹⁶⁾ Disponível em <www.dgsi.pt> (sítio da internet onde também podem ser encontrados os arestos doravante citados).

É que, e por um lado, movimentando-nos na área da jurisdição voluntária — cf. art. 12.º do mesmo Regulamento — tal significa que, neles não sendo obrigatória a constituição de Advogado — salvo na fase de recurso — também o julgador não está vinculado à observância estrita do direito aplicável à espécie vertente, tendo liberdade para se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que se lhe afigure mais conveniente, sendo apenas admitidas as provas que o Juiz considere necessárias, cf. arts. 1409.º, n.ºs 2 e 4 e 1410.º, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, desde que se consagrou Código de Processo Civil, e em caso de impugnação da decisão da 1.ª instância quanto à matéria de facto, a reponderação, pela Relação, do julgamento daquela, com base no mero registo áudio das declarações e depoimentos prestados, não vemos — sob pena de incoerência do sistema — como sustentar a violação, *in casu*, do princípio do contraditório.

Pois se aos mandatários dos progenitores litigantes, não lhes foi facultada — em função do manifesto superior interesse da menor — a presença em imediação física no ato de declarações daquela, ponto é, reitera-se, que lhes foi assegurada a possibilidade de, ouvida a gravação respetiva, e no âmbito da mesma diligência, formularem as tais perguntas adicionais que julgassem adequadas (...)» (destacado nosso).

Acresce que, nos termos do art. 5.º do RGPTC, o nosso legislador fez uma opção clara ao distinguir a “*audição da criança*” da “*tomada de declarações da criança*”, sendo que consoante a realidade em causa, esta nos conduzirá a um resultado diferente quanto à presença dos Advogados dos progenitores.

Assim, consideramos que os Advogados dos progenitores não devem estar presentes na audição da criança, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no art. 5.º, n.ºs 1 a 5 do RGPTC. Por sua vez, consideramos que devem estar presentes os Advogados se for para os termos do art. 5.º, n.ºs 6 e 7, ou seja, tomada de declarações da criança como meio probatório. Desta forma, o Juiz pode fazer duas diligências seguidas, primeiramente para ouvir sozinho a criança (art. 5.º/1 a 5) e, depois, em diligência probatória.

Já quanto à gravação das declarações da criança, é nosso entendimento que, por contribuir para o cabal esclarecimento dos progenitores, não poderá ser dispensada, à luz do regime legal atualmente em vigor.

Subscrevemos, quanto a este aspeto, o entendimento propalado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de outubro de 2017, no processo n.º 572/16.8T8ETR-E.P1:

«E sendo assim, entendemos que a presença, durante a audição da criança, do “técnico habilitado” a que se refere o art. 5.º n.º 7, al. a) RGPTC poderá ser dispensada pelo Juiz, na medida em que as declarações da criança revelem maturidade, isto é, sentimento genuíno do interesse do próprio eu, em relação esclarecida com todos os demais, designadamente os familiares próximos (esta situação habitualmente acontece já nos adolescentes com 13 anos de idade, como é o presente caso, altura em que o momento da puberdade, conduz a um afastamento gradual dos pais, ou da imagem dos pais).

Todavia, o mesmo não podemos afirmar da gravação das declarações, a qual contribui para o esclarecimento total dos responsáveis parentais, designadamente com relação àquilo que o terceiro-Juiz pôde ouvir em condições de liberdade (não sugestão, não influência) do menor púbere. Informado o menor de que as suas declarações serão gravadas para esclarecimento de seus pais, a não correspondência entre o momento temporal das declarações e o momento da audição dos pais – e a previsível reação imediata destes, mesmo que não verbalmente expressa – é suficiente, considerada pelo menos a generalidade dos casos, para garantir a livre expressão da opinião do menor. **Não vemos assim fundamentada nos autos, e salvo o devido respeito, uma verdadeira razão para não ter sido efetuada a gravação das declarações do menor – e pese embora a sensibilidade (escrúpulo) do menor no confronto com os pais, expressamente referindo a sua contrariedade pelo facto de a mãe poder “ficar triste” com a vontade dele menor.**

Foi desta forma cometida uma nulidade, no sentido em que “a irregularidade cometida pôde influir no exame ou na decisão da causa”, tendo as declarações prestadas influenciado, como influenciaram, a convicção formada pela M.^{ma} Juíza que, nos termos do disposto no art. 195.º, n.º 1, CPCiv, enquanto direito subsidiário — art. 33.º, n.º 1, LGPTC» (...)» (*destacado nosso*).

Não obstante as considerações expendidas, cumpre-nos fazer uma última ressalva para referir que defendemos a confidencialidade do teor audição das crianças, se for requerida por esta e desde que a audição seja levada a cabo pelo Juiz com a presença de um perito com formação adequada ou delegando neste, de forma a avaliar se estamos perante uma audição espontânea, genuína e não instrumentalizada.

Todos os profissionais do direito que trabalham com e para as crianças devem receber formação multidisciplinar, bem como formação sobre as formas de comunicar com crianças de todas as idades e fases de desenvolvimento e estar sujeitos a controlo regulares.

Sustentamos esta posição por entendermos que os processos respeitantes às crianças têm apenas uma parte e um sujeito processual (a criança), não se tratando verdadeiramente de um processo de partes (progenitores).

III. Conclusões

I. O princípio da audição da criança traduz-se:

- i)* na concretização do seu direito à palavra e à expressão da sua vontade,
- ii)* no direito à participação activa nos processos que lhe digam respeito perante quaisquer autoridades,
- iii)* no direito de ver a sua opinião tomada em consideração;

II. A audição da criança é um direito da criança e não um dever, pelo que deve ser respeitada a sua específica condição, assegurando-se à criança um espaço próprio e reservado, bem como um ambiente adequado para exercer este direito.

III. A audição da criança traduz-se simplesmente na sua opinião ou na manifestação da sua vontade, pelo que entendemos que não está sujeita ao princípio do contraditório, sem prejuízo da apreciação dessa vontade na perspectiva de apurar se a mesma foi espontânea ou instrumentalizada.

IV. Quando estamos perante as declarações ou o depoimento da criança, como meio probatório, entendemos que há lugar, sem qualquer dúvida, ao exercício do princípio do contraditório.

V. Entendemos que a audição da criança não deverá ser realizada com a presença das partes, nem dos respectivos mandatários. A presença dos Advogados durante a diligência destinada à sua audição pode configurar uma verdadeira derrogação do ambiente informal e reservado, a que as crianças têm direito, porquanto as mesmas representam nos Advogados a figura dos pais.

VI. O eventual desconforto da criança quanto à presença dos Advogados dos progenitores (o que será expectável) poderá ser previamente averiguado pelo Juiz de forma a assegurar a liberdade para o exercício do seu direito a ser ouvida e participar nos processos que lhe dizem respeito.

VII. Somos assim da opinião que, em função do manifesto superior interesse da criança, a audição prevista no art. 5.º, n.ºs 1 e 2 deverá ser levada a cabo sem a presença dos Advogados dos progenitores, sem que tal configure um impedimento ilegítimo à prática de actos processuais, com

vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade da opinião da criança.

VIII. À luz do actual regime legal em vigor, a diligência relativa à audição ou tomada de declarações da criança está obrigatoriamente sujeita a gravação, mediante registo áudio e audiovisual (dando preferência a este último, na falta de sala adequada às crianças com vidro unidireccional), não podendo, assim, ser dispensada, devendo aliás ser acrescentada à documentação dos autos para que as partes e os seus representantes possam ter oportunidade de ver o registo da audição.

IX. Assim, consideramos que, mesmo na ausência dos Advogados das partes, será possível garantir o cabal esclarecimento das partes pela oportunidade de ver o registo da audição, sem prejuízo do nosso entendimento muito próprio sobre a confidencialidade da audição, se esta for requerida pela criança e nas condições explanadas no nosso Parecer.

X. Entendemos que a diligência destinada à audição da criança deverá ser conduzida pelo Juiz, preferencialmente com o apoio da assessoria ao tribunal, podendo estar presente na diligência o Ministério Público e o Advogado da criança, caso lhe tenha sido nomeado ou requerido por aquela.

XI. Existindo sempre, como é sabido, o risco de uma criança ser objecto de manipulação ou suggestionada, quando é ouvida e exprime a sua vontade (por exemplo, por um progenitor contra o outro), há que reunir esforços para impedir que se ponha em causa este direito fundamental da criança.

XII. Para protecção e no interesse da criança consideramos que, como prática adequada a consolidar, o Juiz deverá usar da prerrogativa que lhe é concedida, nomeando ou requisitando o apoio de um perito com formação adequada (assessoria técnica externa pública ou particular).

XIII. Caso uma criança, por acordo de ambos os progenitores, se encontre já a ser acompanhada por um profissional (por exemplo, um Psicólogo), entendemos que este profissional poderá ser útil, acompanhando a criança na diligência relativa à sua audição por ser uma pessoa da sua confiança.

XIV. Este nosso entendimento assenta designadamente nos instrumentos internacionais elencados no nosso Parecer sobre as crianças, a sua

audição, as boas práticas, a formação dos profissionais e do ambiente que idealmente deverá existir para assegurar o exercício do direito da criança.

XV. Em termos de norma interna entendemos que o nosso legislador, no art. 5.º do RGPTC, fez, no nosso ponto de vista, uma opção clara e intencional, ao distinguir a “*audição da criança*” da “*tomada de declarações da criança*”.

XVI. Assim, consideramos que os Advogados dos progenitores não devem estar presentes na audição da criança, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no art. 5.º, n.ºs 1 a 5 (Audição da Criança).

XVII. Por sua vez, consideramos que devem estar presentes os Advogados dos progenitores na tomada de declarações ou depoimento da criança, como meio probatório nos atos processuais, a realizar nos termos e para os efeitos do disposto no art. 5.º, n.ºs 6 e 7 (Audição para tomada de declarações).

XVIII. Tratando-se de Advogado nomeado para a criança ou requerido por esta (possibilidade que se encontra legalmente prevista no art. 18.º do RGPTC e nos arts. 4.º e 9.º, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças), é nosso entendimento que o Advogado da criança deverá estar presente na sua audição (na audição do seu representado de pleno direito).

É este, s.m.e., o nosso Parecer.

Lisboa, 24 de Fevereiro de 2019

RUI ALVES PEREIRA

Advogado

Sócio Coordenador da Área de Private Clients da JPAB,
Sociedade de Advogados

Aprovado em Sessão Plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 29 de Março de 2019

GUILHERME FIGUEIREDO

Bastonário

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Proposta de Lei que aprova o regime de acesso ao direito e aos tribunais

Exercício do Direito de Audição pela Ordem dos Advogados

A Ordem dos Advogados não pode senão congratular-se com o facto de ter podido integrar o Grupo de Trabalho criado por iniciativa da Exma. Senhora Ministra da Justiça do XXI Governo Constitucional para redigir a Proposta de Lei que ora se reanalisa.

Sucedede que, como era previsível, atento o elevado número de entidades representadas no referido grupo de trabalho, bem como o facto de, por detrás de cada entidade existirem interesses díspares relativamente à forma de alcançar o melhor resultado, ainda que o “melhor resultado” fosse objectivo comum a todas elas, nem sempre as soluções espelhadas na presente Proposta de Lei foram obtidas por unanimidade, tendo a Ordem dos Advogados algumas vezes ficado isolada na solução por si propugnada, tal como adiante e em local próprio se exporá.

Por outro lado, e no que diz respeito mais precisamente ao objecto do presente parecer, ao invés de uma mera adesão ao trabalho efectuado e participado pela Ordem dos Advogados (trabalho esse que ficou patente ao longo das inúmeras sessões de trabalho de grupo e subgrupos bem como nas diversas comunicações e propostas efectuadas), uma vez que consideramos que o trabalho realizado não será nunca uma tarefa acabada, atrevemo-nos a sugerir, ao longo do presente parecer, algumas outras modificações, as quais, fruto de uma mais distante e interactiva apreciação, parecem ser ainda úteis à prossecução do objectivo de se lograr alcançar o melhor resultado possível.

1. Da “devida qualidade e habilitação” dos profissionais forenses inscritos no sistema do acesso ao direito — art. 3.º

A Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, alterada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, já então preocupada com a qualidade do serviço prestado pelos profissionais forenses no âmbito do Acesso ao Direito e aos Tribunais, enfatizava a necessidade de que os serviços prestados aos utentes fossem qualificados e eficazes.

Era, no entanto, omissa quanto à expressa enunciação da necessidade de formação dos profissionais forenses que nela intervinham, formação essa que, no que diz respeito aos Advogados, é um dever dos próprios e uma competência da sua Ordem, tal como decorre actualmente do disposto no art. 197.º do EOA (Estatuto da Ordem dos Advogados), publicado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro.

Ora, esta opção do legislador, na presente Proposta de Lei, pela inserção no próprio texto legislativo da necessidade de que as Ordens assegurem a formação adequada e especializada dos seus profissionais forenses inscritos, demonstra um subliminar receio de que o serviço até agora prestado sofresse negativamente por comparação com o serviço prestado pelos mesmos profissionais forenses fora do Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais.

Receio esse, no entanto, desmentido pelo próprio “Estudo de Avaliação de Impacto Prévio sobre o Regime de Acesso ao Direito e aos Tribunais”, de Maio de 2015, elaborado pela DGPJ — Direcção Geral da Política de Justiça, com a colaboração do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas e Universidade de Lisboa, único estudo que se conhece sobre a presente temática, quando na sua conclusão 3.ª, pp. 120-121, refere “Corroborando o bom funcionamento do sistema e o seu reconhecimento público como meio idóneo de garantia do Acesso ao Direito e aos Tribunais, podemos constatar que as preferências quer dos beneficiários, quer do público em geral demonstram como figura de eleição para promover à sua defesa (com resultados sempre acima dos 75%) os Advogados inscritos na Ordem dos Advogados...”.

Receio ainda desmentido pelo simples facto de, nos cerca de 13.000 Advogados este ano inscritos no sistema (ao qual, lembra-se, não é permitido o acesso por parte dos Advogados estagiários a não ser quando acompanhados de Patrono), se encontrarem inscritos muitos Advogados de reconhecido mérito, não se podendo dizer em qual dos campos (se dentro, se fora do acesso ao direito) se encontram os melhores, ou qual dos campos defende melhor os interesses de todos os por si patrocinados.

Perante este aparente “estigma”, incutido também no actual legislador quanto a uma maior fragilidade da qualidade do serviço prestado no âmbito do Acesso ao Direito, e relativamente ao qual todos os esforços demovedores da presente Ordem se revelaram inócuos, entendeu esta não haver qualquer incongruência entre a menção da formação expressa na presente Proposta de Lei e aquela que já decorre do seu Estatuto, sendo que a formação a assegurar por esta será sempre para todos os Advogados, sem distinção, entre os que estão inscritos no Sistema do Acesso ao Direito e os que não estão, cabendo a organização dessa formação à Ordem, sem prejuízo de interações com outras entidades de reconhecido mérito, como sempre se verificou até à presente data.

Por fim, tendo em conta o disposto no n.º 3 do art. 56.º da presente Proposta de Lei quando confrontado com a divulgação prévia do programa de formação, daqui parece resultar um equilíbrio no confronto dos vários interesses, não obstante a Ordem dos Advogados ter a exclusividade da autoria, responsabilidade e execução do plano e da formação contínua, que esta fará de forma competente, articulada e eficiente, como sempre tem sido o seu apanágio.

A formação contínua de todos os Advogados, integrados ou não no Acesso ao Direito e aos Tribunais, é hoje encarada como uma necessidade premente e incontornável, no interesse da obtenção de uma melhor justiça.

De notar, por fim, quanto a este assunto, que ainda que possa parecer resultar do n.º 2 do art. 3.º que a formação prestada aos profissionais forenses das duas Ordens aí citadas é conjunta, não foi essa a intenção do legislador, devendo assim procurar-se uma nova formulação para o artigo em causa mais reveladora desse real sentido, nomeadamente pela inclusão no texto do advérbio: “respectivamente” imediatamente após o verbo “asseguram”.

Artigo 3.º

(...)

2 — A Ordem dos Advogados e a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução asseguram, respectivamente, a formação adequada e especializada dos profissionais inscritos no sistema de acesso ao direito, nos termos a definir por regulamento próprio.

(...)

2. O paradigma de se ultrapassar o conceito de “compensação” para o conceito de “remuneração” — art. 3.º, n.ºs 4, 5, 6 e 7

Pretende-se, com a presente Proposta de Lei, a eliminação de qualquer estigma, ainda que aparente, quanto à qualidade dos serviços jurídicos prestados no âmbito do acesso ao direito, quando comparado com todos os outros serviços jurídicos prestados fora desse âmbito.

Não havia, assim, qualquer motivo ou fundamento válido para manter a denominação, quanto a nós errada, de “compensação” por um trabalho profissional relevante, adequado, habilitado e que, como tal, deve ser remunerado condignamente de acordo com a sua complexidade e de acordo com o princípio da justa retribuição. De facto, a expressão “compensação” apelava ainda a uma matriz assistencialista, caritativa ou de liberalidade, genética de uma visão de primitiva assistência judiciária há muito ultrapassada, a qual apenas servirá, em certa medida, a justificar a já tão grande desadequação dos honorários ainda hoje praticados e que se cristalizaram há mais 14 anos.

Parece uma mera questão semântica; mas é também mudança de paradigma para um serviço jurídico prestado em cada vez melhores condições, que deve ser remunerado de forma correspondente.

Por fim, e quanto a este ponto, mais precisamente quanto ao disposto no n.º 6 do art. 3.º, a posição da Ordem dos Advogados é a seguinte:

- a) De facto, a Ordem dos Advogados (doravante OA) entende que a remuneração a pagar aos profissionais forenses no âmbito do Acesso ao Direito deve essencialmente ter como método de fixação o grau de complexidade das causas e a justa retribuição.
- b) Já quanto ao critério de restrição da remuneração tendo por base a “sustentabilidade do sistema” entende a OA que se trata de um conceito de difícil definição e sindicância (sistema judicial no seu todo, enquanto conjunto de todas as despesas e receitas de todo o sistema judiciário? Conjunto de todos os processos? Conjunto de todas as receitas provenientes de todos os processos, judiciais e outros? Sistema do Acesso ao Direito “*tout court*” e a sua base de financiamento?, etc.), que por si só pode criar, através de uma mera interpretação restritiva do conceito, uma asfixia do valor da remuneração a pagar.
- c) Por outro lado, o critério proposto tem por premissa a auto-sustentabilidade do sistema, seja através da repercussão dos custos

no utilizador ou, no presente caso, através dessa repercussão em parte dos operadores judiciários, nomeadamente nos Advogados inscritos no sistema.

A OA entende que esta premissa é errada face à consagração constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, independentemente da insuficiência de meios.

A Constituição é clara no sentido de compelir o Estado a assegurar o Acesso ao Direito, sobretudo nos casos em que existe uma insuficiência de meios por parte dos cidadãos ou empresas.

E esta obrigação constitucional implica, necessariamente, uma oneração do Estado, levando a que o sistema seja financiado através das receitas previstas no Orçamento do Estado — tal como acontece, por exemplo, no direito à proteção da saúde, concretizado através do Sistema Nacional de Saúde.

Esta obrigação constitucional não pode ser interpretada no sentido de permitir a repartição dos custos com entidades externas ao Estado, como é o caso dos Advogados inscritos no sistema. Tal entendimento seria sempre interpretado pela OA como uma medida com carácter confiscatório.

Razão pela qual a Ordem dos Advogados é favorável a que a remuneração deva ser adequada ao grau de complexidade da causa e fixada em respeito do princípio da justa retribuição, mas já não é favorável a que esteja restrita a uma sustentabilidade do sistema, conceito de difícil graduação, cálculo e sindicância, capaz de fazer perigar os dois anteriores princípios.

3. A abertura do regime do Acesso ao Direito à defesa de interesses colectivos ou difusos ou de direitos só indirecta ou reflexamente lesados (n.º 2 do art. 5.º)

Aqui dá-se efectivamente um ganho e um desbloqueio relativamente ao regime anteriormente existente o qual tinha relegado para Lei própria (*vide* n.º 3 do art. 6.º da Lei n.º 34/2004) esta matéria, acabando por nunca se legislar sobre o assunto.

É, de facto, um ponto francamente positivo ainda que possa não ter uma grande expressão em número de processos. Mas corresponde a mais uma via judicial disponível no âmbito do Acesso ao Direito.

Ainda a propósito do art. 5.º da Proposta de Lei, julgamos pertinente — até para melhor compreensão do objectivo e da sistemática do diploma

— a inclusão, à cabeça, de um novo número nesse artigo que explicita em que consiste a protecção jurídica. Assim já constava na Lei n.º 34/2004 (no seu art. 6.º, n.º 1) e só por lapso se entende agora a sua omissão.

Artigo 5.º

Âmbito de protecção

1 — A protecção jurídica reveste as modalidades de consulta jurídica e de apoio judiciário.

2 — (o n.º 1).

3 — (o n.º 2).

4 — (o n.º 3).

4. A abertura do regime do Acesso ao Direito às pessoas colectivas com fins lucrativos e estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada que estejam impossibilitados de cumprir pontualmente as suas obrigações [al. b) do n.º 2 do art. 7.º]

Este entendimento já vinha sendo sufragado pelo nosso Tribunal Constitucional, culminando no Acórdão n.º 242/2018, proferido a 8 de Maio de 2018, resultante de um processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade nos termos do n.º 3 do art. 281.º da Constituição da República Portuguesa, densificado pelo art. 82.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (Lei do Tribunal Constitucional — LTC), que refere, em síntese, que o Tribunal Constitucional aprecia e declara com força obrigatória geral a inconstitucionalidade ou ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha por ele sido julgada inconstitucional em três casos concretos: neste caso, tais apreciações concretas da inconstitucionalidade resultavam dos acórdãos 591/2016, 86/2017 e 266/2017, tendo todas estas decisões transitado em julgado, sendo que a norma legal visada nesta fiscalização abstracta e sucessiva era o n.º 3 do art. 7.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, que referia:

“As pessoas colectivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não têm direito a protecção jurídica”.

Sendo que a inconstitucionalidade era apontada precisamente a essa norma “*na parte em que recusa protecção jurídica a pessoas colectivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica*”

das mesmas”. — Cf. o requerimento inicial para apreciação abstracta sucessiva da constitucionalidade elaborado pelo Ministério Público junto do Tribunal Constitucional.

Assim, sintonizando-se o legislador com os motivos expendidos no acórdão supra referido e nos demais que o precederam e que permitiram a sua prolacção, adoptou aquela que cremos também ser a solução mais justa e equilibrada, remetendo, quanto à justificação da referida opção, para os referidos fundamentos que aqui damos por reproduzidos.

5. O escalonamento do benefício: vantagens e inconvenientes deste novo sistema (art. 8.º).

- a) A afirmação de que a justiça é cara poderá ser de difícil conjugação com o princípio constitucional de que a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais, não podendo a justiça ser dene-
gada por insuficiência de meios económicos.

Bastará para tanto atentar que, independentemente do facto de a área da saúde ser também igualmente cara, ainda assim a projecção dos seus custos segue um caminho bem distinto das soluções que têm sido apontadas para sustentar financeiramente a justiça.

Pelo que, se é inevitável que haja um elevado custo associado à justiça, já não é inevitável fazer incidir esse custo, pelo menos numa proporção elevada, naqueles que a ela recorrem. Estamos no domínio das opções políticas, e, em segunda linha, de uma opção económica, sendo fácil encontrar noutros sistemas judiciais europeus, ainda que certamente com custos de funcionamento também pesados, uma menor projecção no utente desses mesmos custos.

Ora, esses citados exemplos europeus permitem imediatamente vislumbrar que um dos caminhos possíveis para tornar a justiça mais acessível é o da redução das custas judiciais, projectando o custo do sistema em maior proporção no Orçamento Geral do Estado.

Outro caminho alternativo será o de manter o valor das custas, ainda que elevadas, mas alargar o âmbito do benefício das prestações sociais, neste caso do Acesso ao Direito e aos Tribunais, aumentando assim o número de possíveis beneficiários.

A Ordem dos Advogados privilegiaria o caminho da redução das custas judiciais, as quais se têm demonstrado excessivas acabando por afastar

do sistema judicial muitos dos cidadãos que necessitam de exercer os seus direitos em juízo.

Ao invés, o XXI Governo Constitucional, mediante a presente Proposta de Lei, demonstra optar por caminho diferente e não confundível com a redução das custas judiciais: opta pelo caminho do alargamento (ainda que limitado, como diremos) do benefício.

Esta não nos parece ser a solução ideal; ainda que seja inegável que trará melhores resultados do que a situação presente, desde que, claro, haja um efectivo alargamento no âmbito dos beneficiários elegíveis.

Pelo que, a solução ideal e defendida pela Ordem dos Advogados estaria sem dúvida na conjugação parcimoniosa das duas medidas supra referidas.

Voltando à análise do escalonamento do benefício proposto na presente Proposta de Lei: verificando agora as proporções mantidas para cada um dos escalões sugeridos no art. 8.º, quando calculadas de acordo com a determinação de rendimentos estabelecidas no Dec.-Lei n.º 120/2018, de 27 de Dezembro, de muito recente publicação, o objectivo do alargamento do âmbito do benefício poderá não ser efectivo quando comparado com o âmbito de beneficiários abrangidos pelo sistema actualmente existente.

De facto, o IAS para 2019 é de € 435,76 (portaria n.º 24/2019, de 17 de janeiro).

Assim, os valores a considerar são respetivamente:

- No 1.º escalão, rendimento que seja igual ou inferior a €326,82
- No 2.º escalão, rendimento que seja igual ou inferior a €653,064;
- No 3.º escalão, rendimento que seja igual ou inferior a €871,52;
- No 4.º escalão, rendimento que seja igual ou inferior a €1.089,40.

Tais valores são, em nosso entender, baixos, mormente no 1.º escalão, que deveria, pelo menos, ser corrigido para o IAS.

O regime criado pela presente Proposta de Lei, caso não haja uma efectiva readaptação dos escalões, poderá mesmo, no limite, escalar na concessão parcial do benefício, quem, ao abrigo do diploma anterior e ainda em vigor, beneficiava da total isenção de pagamento de custas judiciais.

O que demonstraria à evidência e de imediato o total desajuste e falência de objectivos do novo sistema enunciado na presente Proposta de Lei.

Concluindo: há a possibilidade de o sistema que ora se propõe não realizar nenhuma alteração substancial ou até, nalgumas situações, alterar para pior o regime actual; de facto, conjugado com a manutenção das elevadas custas judiciais, há o risco de que acabe por não alargar de forma

efectiva e eficiente o âmbito e, consequentemente, o número dos beneficiários elegíveis.

- b) A criação do escalonamento do benefício de acordo com a gravidade da situação de insuficiência pressupõe (fora dos casos de concessão total) a concessão parcial de apoio em três escalões possíveis.

Sucedem que este sistema cria, correlativamente, a obrigação de o beneficiário pagar o montante da taxa de justiça ou encargos remanescente, ou seja, na parte não financiada. O qual, caso não seja pago atempadamente, equivale ao incumprimento integral da obrigação devida (n.º 5 do art. 19.º) com as consequências processuais daí decorrentes, nomeadamente o pagamento com multa, o desentranhamento da peça processual correspondente, a não convocação das testemunhas, etc.

Pelo que, sendo o sucesso desta medida quanto a este ponto em concreto uma incógnita, será certamente um dos que merecerá maior reflexão quanto à sua eficiência e oportunidade pelo eventual efeito negativo e contrário à teleologia da norma.

- c) Concorde-se com o regime estabelecido no n.º 7 do art. 19.º.

Do qual se extrai que a remuneração e despesas dos profissionais forenses, independentemente da concessão parcial do benefício decorrente do escalonamento, sejam adiantados pela entidade responsável na área da justiça pela arrecadação de receita no âmbito da protecção jurídica, não fazendo depender esse pagamento do cumprimento por parte do beneficiário dos eventuais reembolsos que deva fazer a essa entidade.

6. O cancelamento da protecção jurídica nas situações de reiterada falta de colaboração por parte do beneficiário — art. 12.º

É também um ponto positivo e que vem permitir dar respaldo legal à necessidade de extinção de processos requeridos por beneficiários que, por vicissitudes diversas, acabam por deixar de dar colaboração reiterada ao profissional forense que lhe foi nomeado, conseguindo-se, desta forma, fazer uma melhor gestão do sistema e uma diminuição do número de processos activos.

Além da falta de colaboração propriamente dita, consabido é que existem também e amiúde situações de utilização abusiva do sistema e de verdadeiro abuso de direito por parte de alguns beneficiários, que ora concentram diversos processos activos de protecção jurídica requeridos para o mesmo fim, ora litigam compulsivamente sem qualquer controlo e algumas das vezes sem qualquer fundamento ou viabilidade, ora impedem sistematicamente a normal tramitação dos processos, o trabalho e funções dos operadores da justiça, etc., pondo em causa o regular funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais e das garantias que o mesmo visa acautelar.

É matéria que julgamos não despicienda, pelo que sugerir-se-ia que a alínea *f*) do art. 12.º fosse completada da seguinte forma:

(...)

f) No caso de reiterada falta de colaboração, abuso de direito ou utilização abusiva do sistema por parte do requerente.

Ainda quanto ao art.12.º, entendemos que o seu n.º 6 pode gerar confusão. Sugerir-se-ia antes:

6 — Para efeitos do número precedente, são entidades responsáveis pela tramitação do processo ou procedimento as referidas no artigo 21.º

7. Art. 15.º, n.º 1 — Reembolsos devidos pelo Beneficiário ao Sistema

A redacção da Proposta de Lei peca, desde logo, ao não definir qual o período de aquisição, pelo beneficiário de protecção jurídica, de meios económicos suficientes, que conduz ao reembolso.

Por outro lado, a avançar-se com uma política de reembolsos (que nos merece grandes reservas), achamos fundamental a inclusão de concretos e inequívocos prazos de caducidade e de prescrição para efeitos de instauração de procedimentos de reembolso pela entidade que suportou os custos, sob pena de poderem ser atingidos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

8. O perigo oculto no n.º 4 do art. 15.º quanto aos montantes indemnizatórios

Entendemos poder ser melhorada a redacção dada ao n.º 4 do art. 15.º. Trata-se de dispositivo legal que pode trazer e/ou potenciar inegáveis injustiças de difícil reparação, e que, quando mal utilizado ou em situações de fronteira, poderá significar o confisco indevido de montante até 1/3 do resultado indemnizatório de uma causa ou processo, causando ao beneficiário um dano sério e certamente difícil de corrigir, que talvez fosse melhor evitar desde início.

É que o vencimento total ou parcial de uma causa poderá aparentar a aquisição de recursos económicos para o beneficiário, mas nem sempre significará essa efectiva aquisição, não podendo estas realidades confundir-se.

De facto, há situações em que o beneficiário só aparentemente, ao longo do processo ou por causa dele, parece adquirir meios económicos suficientes para custear todos os custos inerentes ao apoio judiciário que lhe foi concedido.

São exemplo disso, entre muitos outros que poderiam apontar-se, as indemnizações por dano, nomeadamente as que se referem a dano futuro, quando pagam concentradamente um rendimento que se prolongaria no tempo, ainda que não representem qualquer acréscimo à situação hipoteticamente existente sem o dano, mas apenas a ablação patrimonial desse mesmo dano. Note-se que se essa indemnização já por si ressarcir um rendimento baixo, muitas vezes inferior aos limites mínimos legais, só pelo facto de ser entregue de uma só vez não representa a invocada aquisição de meios económicos suficientes, ou qualquer acréscimo patrimonial. Ela destina-se apenas a recolocar a situação no ponto de partida antes do facto danoso.

São também exemplo disso as acções laborais em que os trabalhadores ficaram ilegalmente sem os seus rendimentos (sendo que, se os recebessem mensalmente, também não teriam capacidade económica para suportar custas), contraindo por ex. empréstimos para cobrir o desfalque e poderem viver. O recebimento desses valores (juntos) no final de uma causa ganha, não pode significar suficiência económica.

De todo o modo, a avançar-se com tal política, não poderão deixar de ficar acauteladas, na letra do diploma, as situações em que o ganho de causa não significa uma verdadeira aquisição de meios económicos suficientes para pagar/reembolsar honorários, despesas, custas, impostos, emolumentos, taxas e quaisquer outros encargos, mas gera uma mera aparência de aquisição de meios económicos suficientes, devendo poder ser ilidida essa presunção.

9. A consulta jurídica e o seu efeito quanto aos prazos em curso: art. 16.º

Existe um lapso na numeração deste artigo: o n.º 2 repete-se.

Quanto ao actual primeiro n.º 2 do art.16.º, alínea *b)*, parece-nos que a redacção tem de ter em conta eventuais prazos de caducidade e de prescrição da acção que poderá resolver a questão, além de definir ao consultor um prazo máximo para realizar tais diligências, de modo a acautelar-se sempre a possibilidade de o beneficiário instaurar a acção judicial em tempo e/ou não ver precludidos direitos.

Se é instituído um prazo para o Patrono intentar a acção em 30 dias, também o Consultor, em sede de consulta jurídica prévia, também deve estar sujeito a prazo para desenvolver tentativas extrajudiciais de resolução da questão.

Daí que nos parecesse mais acertada a seguinte redacção:

Artigo 16.º

Âmbito

(...)

2 — (...)

- b)* Realizar diligências extrajudiciais conducentes à superação da questão, contando que não fiquem precludidos ou em risco de preclusão os prazos de caducidade e prescrição das acções ou procedimentos judiciais respectivos caso aquelas se malogrem e que não excedam um período máximo de 30 dias.

O segundo n.º 2 deve ser o n.º 3 e onde se lê «quanto a estes», deverá ler-se «quanto a estes últimos», para se evitarem eventuais equívocos.

3 — A consulta jurídica é prestada nos escritórios dos Advogados ou dos solicitadores aderentes ao sistema de acesso ao direito e, quanto a estes últimos, nos termos definidos no artigo seguinte.

O n.º 3 deverá ser n.º 4.

10. A entrada dos Solicitadores na consulta jurídica e na nomeação de Patrono em matérias da sua competência — art. 17.º

A Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, no n.º 4 do seu art. 15.º, já previa a possibilidade da prestação de serviços por Solicitadores no âmbito da consulta jurídica, ainda que deixasse a regulamentação mais específica para

um entendimento a convencionar entre a (então) Câmara dos Solicitadores, a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça.

A Portaria n.º 10/2008, de 03 de Janeiro, é/era ainda mais pormenorizada, alargando a entrada dos Solicitadores a toda a área do acesso ao direito, referindo o seu art. 11.º que *“A participação de solicitadores no sistema de acesso ao direito é efectuada de acordo com critérios definidos em protocolo celebrado entre a Câmara dos Solicitadores, a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça, devendo constar do mesmo, designadamente, os termos de acesso ao sistema electrónico gerido pela Ordem dos Advogados e o modo como as comunicações entre os vários intervenientes se processam”*.

Sucedo que, sendo inegável que os Solicitadores figuram na Lei desde 2004 e não sendo este um fenómeno novo, na prática, nunca se convencionou a forma da sua intervenção, nem se protocolou essa mesma participação. Pelo que estes já figuravam como intervenientes no âmbito do Acesso ao Direito, mas de forma inactiva, por falta de interacção entre as diversas entidades que estavam obrigadas a regulamentar essa intervenção.

Ora, foi também clara aqui a opção política deste XXI Governo Constitucional em ultrapassar este impasse, propugnando pela solução da fixação legal dos termos da intervenção dos Solicitadores (e já não na sua relegação para instrumento regulamentar ou protocolar, o qual poderia voltar a revelar-se infrutífero), manifestando, ao elaborar a nova Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais, a intenção de não deixar de solucionar esta questão, que já se arrastava desde 2004 e para a qual nunca tinha sido possível encontrar o consenso necessário entre os profissionais forenses envolvidos.

Aqui a Ordem dos Advogados preocupou-se em focar a sua decisão na coerência do sistema que se estava a criar e na qualidade do serviço prestado ao beneficiário; e não numa qualquer atitude de negação corporativa, certamente musical a muitos ouvidos, mas de difícil racionalidade.

Para tanto, a Ordem dos Advogados argumentou durante os trabalhos para a elaboração da presente proposta de Lei que, através do seu Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de Junho, publicado na 2.ª Série do Diário da República de 24 de Junho de 2008, a Ordem tem vindo a pugnar pelo incremento da qualidade do patrocínio exercido no Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais através, entre outros, da colocação de uma restrição à intervenção dos Advogados Estagiários, a qual apenas é admitida quanto aos processos atribuídos aos seus Patronos, intervindo aqueles apenas nas diligências e processos em causa mediante subestabelecimento com reserva em diligência determinada. De facto, não havendo sistemas perfeitos, afi-

gura-se à OA que esta restrição da intervenção dos Advogados Estagiários a um tipo de intervenção tutelada, ainda que permitindo um início do exercício profissional, acaba por limitar um certo experimentalismo à custa dos beneficiários, inimigo certamente da qualidade que todos pretendemos para o serviço a prestar. Ora esta posição defendida ao longo do tempo pela OA, por maioria de razão, colide com a entrada “*tout court*” no Sistema do Acesso ao Direito dos Senhores Solicitadores; tanto mais que as competências dos Advogados Estagiários, em muitos domínios, até se sobrepõem/ equiparam às dos Solicitadores, afigurando-se-nos, no entanto, que estes últimos não estão *ab initio* tão vocacionados para o trabalho forense como aqueles. Pelo que, se a OA, pelas razões sobreditas, pugna pela restrição à entrada no sistema do Acesso ao Direito dos seus próprios Estagiários, não poderia deixar de o fazer, exactamente pelas mesmas razões (beneficiar a qualidade do sistema e restringir o experimentalismo à custa dos beneficiários) relativamente aos Senhores Solicitadores.

Por outro lado, não se nos afigura coerente que o XXI Governo Constitucional conjugue a sua preocupação com a qualidade do serviço prestado (da qual decorre nomeadamente a obrigação expressa nesta Proposta de Lei de que as Ordens prestem efectiva formação contínua aos seus associados, a criação de um Observatório do sistema — art. 58.º do Projecto de Lei) com a simultânea permissão da intervenção judicial da profissão forense dos solicitadores que não tem na sua base genética a prestação desse mesmo serviço.

A opção supra descrita poder-se-á revelar contrária à qualidade almejada, pelo que defendemos a sua não adopção.

Ainda assim, e apenas para o caso de se vir a adoptar a referida solução (entrada dos Solicitadores no Acesso ao Direito e aos Tribunais), a Ordem dos Advogados sugeriu que a repartição do serviço a prestar pelos profissionais forenses no âmbito do Acesso ao Direito e aos Tribunais entre Advogados e Solicitadores seja efectuada, respeitando a diferenciação legal imposta pelas competências de cada uma das profissões, por escolha expressa do beneficiário. Assim, seria o beneficiário que, numa matéria da competência de ambas as profissões forenses em causa, teria o ónus de optar livremente por um Advogado ou um Solicitador, sendo da sua única e inteira responsabilidade esta escolha.

Esta solução ficou a constar na presente Proposta de Lei enquanto critério de equilíbrio (caso a efectiva entrada dos Solicitadores se verificasse) até porque permite adoptar, neste único aspecto, um pouco da liberdade de opção existente no mercado fora do âmbito do Acesso ao Direito, repercutindo-se agora dentro do sistema.

Permita-se-nos, ainda e quanto a este aspecto, dizer, que a letra da lei sairia mais clara — atenta a teleologia que se sabe subjacente à norma — se tivesse a seguinte redacção:

Artigo 17.º

Nomeação de solicitador

1 — Por sua iniciativa, o beneficiário (...), pode optar, entre Advogado ou solicitador, pela designação de solicitador (...)

(...)

3 — E atribuído Advogado sempre que o beneficiário não opte pela designação de solicitador ou não seja possível (...)

11. A consulta jurídica prévia — art. 18.º

Este é também um dos pontos fulcrais da nova Lei projectada e no qual se depositam as maiores expectativas quanto ao seu resultado prático.

De facto, uma das maiores fragilidades do sistema proporcionado pela Lei anterior era a possibilidade de acumulação num reduzido número de beneficiários, particularmente litigantes, de um grande número de pedidos de nomeação de Patrono, deferidos, os quais posteriormente eram palco de sistemáticos pedidos de escusa por parte dos Patronos nomeados, gerando-se processos intermináveis em virtude de consequentes e sucessivas nomeações de Patronos, provocadas muitas vezes pela não abordagem específica e única da questão: a da viabilidade da pretensão.

Ora, à semelhança do regime legal pretérito, abandonado quando da reforma efectuada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, sem que tenha sido devidamente testado, propõe-se agora iniciar o pedido de nomeação de Patrono com uma consulta jurídica prévia que se destina apenas à apreciação da viabilidade da pretensão do beneficiário; com dois resultados possíveis:

- 1) ou efectivamente o profissional forense nomeado para a consulta jurídica considera que a pretensão do beneficiário tem viabilidade e o procedimento prossegue para nomeação de Patrono para instauração da acção, o qual, realça-se, não pode coincidir com o profissional que proferiu a consulta jurídica;
- 2) Ou se conclui pela inexistência de mérito na pretensão e, aí, à semelhança do regime que até agora tem vigorado, essa inviabilidade é comunicada ao beneficiário, não se efectuando a nomea-

ção de Patrono pretendida. Neste caso, o beneficiário poderá reclamar quanto à referida não nomeação de Patrono para uma Comissão de Apoio Judiciário, a constituir junto dos Conselhos Regionais, a qual será composta por Advogados com experiência comprovada e que reapreciarão a referida reclamação.

Com esta alteração de paradigma, o ponto basilar do procedimento de nomeação de Patrono passa a ser o fundamento da pretensão do beneficiário, só se iniciando a nomeação de Patrono após uma apreciação preliminar favorável dessa pretensão.

Também o procedimento para a reclamação se pretende simples, rápido, sem quebra de sigilo, capaz de reapreciar a questão que for colocada pelo próprio beneficiário.

12. Apreciação Liminar — alínea b) do n.º 1 do art. 18.º — a correlação entre a simplicidade do caso e a denegação do apoio — constitucionalidade duvidosa

O art. 18.º define os parâmetros a apreciar quando seja requerida a modalidade de nomeação e pagamento de honorários de Patrono, fazendo depender o mérito da pretensão, entre outros, da “*Manifesta simplicidade do caso e inexistência de obrigatoriedade legal de constituição de mandatário*”.

Ora, tal entendimento cria, a nosso ver, uma restrição no âmbito inaceitável.

O sistema deve garantir o acesso ao direito e aos tribunais, com o patrocínio de profissionais habilitados, independentemente dos aspectos referidos na alínea b). O cidadão/beneficiário tem direito a ser acompanhado por Advogado independentemente da simplicidade do caso (âmbito objectivo) ou da obrigatoriedade de constituição de mandatário (âmbito adjectivo).

A presente redacção em análise constitui uma violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Nunca é demais lembrar que o direito a uma tutela jurisdicional efectiva é um direito fundamental dos cidadãos, contemplado na nossa Constituição da República Portuguesa.

Preceitua o art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 2, que, “*todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por Advogado perante qualquer autoridade*”.

Resulta do exposto que a referida norma fundamental impõe, por si só, mesmo quando tal não resulte processualmente obrigatório, a possibilidade de um qualquer cidadão ser assistido por um Advogado. E tal direito verifica-se em qualquer tipo/espécie processual, de qualquer natureza, perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, mesmo não sendo obrigatória a constituição de mandatário.

Reforçando ainda o sentido propugnado, lembra-se o disposto no art. 12.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Sistema Judiciário, que prescreve que, *“o patrocínio forense por Advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça e é admissível em qualquer processo, não podendo ser impedido perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada”*.

Pelo que, parece-nos constitucionalmente duvidoso fazer depender o Acesso ao Direito de uma conclusão casuística de simplicidade do caso.

De qualquer forma, o manancial de experiência da vida e sabedoria acumulada que têm necessariamente os Advogados e a sua Ordem, porque directamente participantes no dialéctico confronto entre a validade jurídica e a realidade que a desafia, permite-lhes asseverar que, as mais das vezes, aquilo que parece *a priori* simples, nem sempre o é, sendo cada caso um caso, susceptível de múltiplas visões e perspectivas e tanto mais complexo quando mais amiúde estudado e, sobretudo, quando entra em funcionamento e se lhe adiciona o necessário contraditório.

Também por esta razão se nos afigura tal alínea redutora e quiçá castradora do exercício dos direitos fundamentais por parte dos beneficiários.

13. Dos escalões e da retribuição aos Patronos ou Defensores Oficiosos — o art. 19.º

Pretendendo-se a alteração do paradigma no que concerne à retribuição dos profissionais forenses — como tem vindo a ser propugnado e batallhado pela Ordem dos Advogados —, deixando esta de ser tida como compensação, mas como retribuição/remuneração adequada pelos serviços prestados (cf. art. 3.º, n.ºs 4, 5 e 6), só por manifesto lapso se compreende que subsista a palavra “compensação” na alínea *b*) do n.º 1 do art. 19.º da Lei proposta.

Em conformidade, deve tal palavra ser substituída por remuneração.

Artigo 19.º*Modalidades*

1 — O apoio judiciário compreende as seguintes modalidades:

(...).

b) Nomeação e pagamento da remuneração de Patrono ou defensor oficioso.

No que concerne aos n.ºs 2 a 6 e 8 deste art. 19.º, remetemos para as considerações anteriormente expendidas nos nossos pontos 7 e 8, a propósito dos reembolsos por parte do beneficiário.

Quanto ao n.º 7, permita-se-nos frisar que, independentemente, da opção pela aplicabilidade e efectivação de uma política de reembolsos por parte dos beneficiários, é de louvar que se consagre expressamente que a remuneração e despesas dos profissionais forenses que participam no Sistema do Acesso ao Direito e aos tribunais são sempre adiantados pela entidade responsável na área da justiça pela arrecadação de receita no âmbito da protecção jurídica.

Já não se aceitará, no entanto, qualquer redacção e/ou interpretação de redacção que signifique algum eventual reembolso de quantias adiantadas por parte dos profissionais forenses que participem no sistema, nomeadamente dos Advogados.

A forma como se encontra redigida a parte final do n.º 7 («sem prejuízo de reembolso»), é dúbia e susceptível de gerar múltiplas interpretações, que certamente não estão sequer na mira do legislador e que, seguramente, não são o resultado da teleologia que se pretendeu dar à norma aquando das reflexões e negociações no âmbito do grupo de trabalho.

De facto, jamais se aceitaria que um profissional forense recebesse adiantado e conforme se venha a (re)tabelar, correndo o risco de ter de devolver ou reembolsar o Estado caso, por hipótese, fosse devido um reembolso ou percentagem de reembolso por parte do beneficiário.

Por outro lado, também não se pode aceitar qualquer redacção que signifique ou que possa gerar a interpretação de que o profissional forense tenha de devolver ou possa vir a ter de reembolsar o Estado das quantias de honorários e despesas que recebeu adiantados e não entraram no cofre do Estado porque o beneficiário omitiu o pagamento ao Estado de percentagem que lhe é devida (em função do escalão que integre) ou não cumpra integralmente obrigações devidas ao Estado ou o reembolse de eventuais quantias que se entendam também devidas.

Tal constituiria, desde logo, uma violação inaceitável ao princípio da justa retribuição pelos serviços efectuados pelos profissionais forenses prestadores do serviço.

Assim, e para que sejam afastados os equívocos que a redacção da norma geral, propõe-se, antes, a seguinte redacção para o n.º 7 do art. 19.º:

7 — A remuneração e despesas dos profissionais forenses que nos termos do presente regime participam no sistema de acesso ao direito e aos tribunais são sempre adiantados pela entidade responsável na área da justiça pela arrecadação de receita no âmbito da protecção jurídica, **independentemente do não cumprimento integral pelo beneficiário de obrigações ou de reembolsos devidos à entidade que suportou os custos com o benefício do apoio judiciário.**

14. Da sistemática e do art. 20.º

Dir-se-á melhor adiante que nem sempre a sistemática do diploma nos parece coerente.

E é, precisamente, a partir deste art. 20.º que nos surgem algumas dificuldades da Proposta da Lei no que à coerência sistemática atine.

Sendo, desde logo, modalidades do apoio judiciário a nomeação de Patrono ou Defensor e a atribuição de Agente de Execução; sendo o art. 20.º epigrafiado «Nomeação de Patrono, de defensor e de agente de execução»; existindo na lei um capítulo autonomizado para o Defensor e outro autonomizado para o agente de execução, não se alcançam os motivos de não vir a nomeação de Patrono autonomamente tratada, em capítulo próprio da Lei, tal qual acontece quanto àqueles, e muito menos se entende — em termos legísticos e de sistemática legal — a inclusão da normas relativas à nomeação de Patrono na parte dedicada ao procedimento junto da Segurança Social, que, como é sabido, é prévio.

Assim, e propugando a Ordem dos Advogados uma sistemática como a referida no nosso ponto 33 deste parecer e que se dá aqui por inteiramente reproduzida, cremos que o número 3 do art. 20.º deveria, antes, ter a seguinte redacção:

Artigo 20.º

Nomeação de Patrono, de defensor e de agente de execução

(...).

2 — As nomeações de Patrono, Defensor e a atribuição de agente de execução são reguladas em capítulos próprios.

15. Alargamento do âmbito de aplicação — art. 21.º

O alargamento do Regime de Apoio Judiciário, para além dos já elencados na Lei n.º 34/2004, aos processos que corram nas conservatórias (sem dependência de posterior definição legal), nos notários e noutras entidades integradas na administração pública, bem como ainda aos processos da competência do Ministério Público, alarga efectivamente o âmbito de aplicação a praticamente todos os processos e procedimentos possíveis, pelo que é uma iniciativa claramente de saudar e apoiar.

De lamentar: a não inclusão no apoio judiciário de procedimentos e processos extrajudiciais nomeadamente os de cariz laboral, tais como processos disciplinares (e outros), o que, numa perspectiva de acesso ao direito e aos Tribunais nos parece deveras incongruente.

Ainda a tempo de serem integrados no âmbito de aplicação.

16. Questão do pedido de apoio judiciário afastar o regime da convenção de arbitragem — art. 21.º, n.º 4, e art. 22.º

A solução plasmada foi muito discutida.

Compaginando este artigo com o art. 1.º da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011, de 14 de dezembro):

1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.
2. É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.
3. A convenção de arbitragem pode ter por objeto um litígio atual, ainda que afeto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).
4. As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quais-

quer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias.

5. O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objeto litígios de direito privado,

trata-se de solução equilibrada, que alinha com a jurisprudência do STJ e respeita a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A este propósito, veja-se, em relação ao n.º 2 do preceito, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 311/2008, processo n.º 753/07, de 30 de Maio de 2008, que decidiu:

Julgar inconstitucional, por violação do art. 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma do art. 494.º, alínea j), do Código de Processo Civil, quando interpretada no sentido de a exceção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação;

Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de indefesa. a situação confluente nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efetiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexigibilidade da sujeição a esses efeitos.

A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entaves de capacidade económica; ou, como único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efetiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem (...).

Os fatores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa acima enunciada Na verdade, não está

em causa, na estipulação de uma convenção de arbitragem, um especto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária diretamente presa ao seu étimo fundante, mas um seu modo de exercício muito específico, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária (...);

O interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tem a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio;

Veja-se também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 99A1015, de 18 de janeiro de 2000:

I. — Da convenção arbitral nasce um direito potestativo para as partes e se para a resolução de um litígio objeto dela uma parte recorrer ao tribunal comum deve a outra arguir, sem isso importar qualquer restrição do direito de acesso aos tribunais, a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, a qual não é de conhecimento oficioso.

II. — O apoio judiciário não se aplica à jurisdição arbitral.

III. — A jurisdição plena é exercida pelos juízes estaduais.

IV. — A arbitragem voluntária é contratual na sua origem, privada na sua natureza, e, porque o Estado quebrou o monopólio do exercício da função jurisdicional por reconhecer a sua utilidade pública, jurisdicional na sua função e pública no seu resultado.

V. — Se, posteriormente à celebração da convenção arbitral, a parte se viu, sem culpa sua, na impossibilidade de custear as despesas da arbitragem a que se comprometeu submeter o caso, pode recorrer, sem lhe ser oponível a exceção dilatória, aos tribunais estaduais.

VI. — A norma constante da última parte da alínea *j*) do n.º 1 do art. 494.º do CPC, na atual redação, antiga alínea *h*) não é inconstitucional: ela não viola o n.º 1 do art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, nem qualquer outra norma ou princípio constitucional.

17. O procedimento electrónico para requerer a protecção jurídica — art. 26.º

As vantagens da aplicação das novas tecnologias impunham-se neste domínio, pelo que a previsão desta norma era a evolução natural do sistema.

Com este novo requerimento electrónico permite-se a consulta *on line*, automática e imediata à Autoridade Tributária e Aduaneira para aferição da situação de insuficiência económica obtendo-se, assim, uma decisão preliminar quase imediata, sendo óbvios os ganhos de tempo e objectividade na apreciação, ainda que não se descure a possibilidade de reclamação quanto ao resultado obtido. Este método fará minorar o tempo necessário à decisão do benefício, o qual, actualmente, tem ultrapassado inúmeras vezes o prazo limite de um mês fixado para a decisão.

Outro dos maiores benefícios do novo procedimento electrónico é o de que a interoperabilidade entre sistemas (da Segurança Social com o dos Tribunais, bem como ainda com o de muitas entidades elencadas no art. 21.º), vai permitir de forma automática, a transmissão da identificação do requerente, da data do pedido, a modalidade de apoio judiciário requerida, o estado do processo e o sentido da decisão, desonerando os beneficiários ou os seus Patronos desta mesma comunicação, obtendo-se uma maior segurança nomeadamente quanto à interrupção dos prazos em curso, — cf., exemplificativamente, o disposto nos n.º 4 do art. 29.º e n.ºs 3 e 5 do art. 31.º.

Esta opção pela desmaterialização do procedimento e pela utilização de plataformas informáticas, cada vez mais de acesso e utilização generalizada, não descure, ainda assim, a possibilidade da utilização de ajuda presencial no preenchimento e envio, a qual será disponibilizada aos utentes em locais com uma disseminação geográfica abrangente.

18. A contagem do prazo — art. 32.º, n.º 1

O diploma tem prazos procedimentais e prazos processuais, o que, como sabemos, impacta na contagem. Advoga-se a classificação da natureza deste prazo, tanto mais que a impugnação judicial pode ser intentada directamente pelo interessado. Não obstante o preceituado nos arts. 42.º e 43.º da Proposta de Lei, seria, a nosso ver, recomendável considerar este prazo como procedimental, destarte contado nos termos do art. 87.º do CPA.

19. O facto de a impugnação judicial não estar sujeita a pagamento prévio de taxa de justiça — art. 32.º, n.º 3

Esta alteração legislativa vem na senda de inúmera jurisprudência proferida neste mesmo sentido, a qual desembocou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 538/2014, publicado no Diário da República n.º 182/2014, Série I, de 2014-09-22, sumariado da seguinte forma: “*Declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma contida na leitura conjugada dos arts. 12.º, n.º 1, alínea a), e 6.º, n.º 1, 1.ª parte, do Regulamento das Custas Processuais, na interpretação de que a apreciação da impugnação judicial da decisão administrativa que negou a concessão de apoio judiciário está condicionada ao pagamento prévio da taxa de justiça prevista no referido art. 12.º, n.º 1, alínea a).*”

Alteração legislativa que é de louvar atenta a justeza da solução que encerra.

20. Os n.ºs 1 e 2 do art. 35.º

Creemos existir um manifesto lapso no n.º 1 deste artigo: quando se refere «alínea a) do n.º 1 do art. 17.º», quis-se, com toda a certeza, referir-se «alínea a) do n.º 1 do art. 18.º».

O referido número também ganharia em clareza, em nossa modesta opinião, se em vez de «apreciação sobre o mérito da pretensão» se dissesse «apreciação liminar sobre o mérito da pretensão», por serem essas a epígrafe e o procedimento contemplados no artigo para que se quis remeter.

Assim, propõe-se:

Artigo 35.º

Nomeação de Patrono

1 — A nomeação de Patrono oficioso pela Ordem dos Advogados ou pela Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, destinada à propositura de um processo ou procedimento, depende de apreciação **liminar** sobre o mérito da pretensão, feito em sede de consulta jurídica prévia, ou nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 18.º.

Por outro lado, resulta pouco clara e eventualmente geradora de equívoco a redacção dada ao n.º 2 do referido artigo.

Sabendo-se de antemão que o que se pretendeu foi a não repetição, no mesmo profissional forense, da realização da consulta prévia de aprecia-

ção liminar sobre o mérito da pretensão e da nomeação de Patrono para a propositura dessa causa ou procedimento em que o beneficiário pretenda ser parte, parece-nos que podem surgir dificuldades não pretendidas de interpretação desta norma.

É que, de acordo com a redacção proposta, pode gerar-se a dúvida quanto a saber se um profissional forense inscrito para as apreciações liminares (consultas jurídicas prévias) está impedido de participar no sistema enquanto Patrono (ie. se não poderá inscrever-se cumulativamente nessas modalidades); ou a dúvida relativamente a um eventual impedimento de poder exercer um patrocínio numa causa que, em sede de consulta prévia, tenha sido apreciada por consultor prévio diverso, mas com o qual exerça actividade em regime de associação; ou se, afinal, o objectivo é que, no mesmo processo de apoio judiciário, não se congreguem no mesmo profissional as funções de consultor prévio e Patrono subsequentemente nomeado por força da apreciação prévia liminar sobre a viabilidade da pretensão.

A fim de se evitarem tais equívocos (ou até outros), consideramos que seria preferível adoptar-se a seguinte redacção:

2 — Ao Patrono officioso nomeado aplicam-se as regras estatutárias relativas ao conflito de interesses, caso, no mesmo processo de apoio judiciário, tenha exercido atividade de consultor preliminar sobre o mérito da pretensão, nos termos do art. 18.º.

21. Contradições entre o disposto no n.º 4 do art. 35.º e o regime previsto no n.º 3 do art. 18.º

No que respeita ao n.º 4 do art. 35.º, surgem-nos pertinentes duas notas: a primeira, tem que ver com a concreta palavra “decisão” do Patrono officioso nomeado. A segunda, quanto ao mecanismo de reclamação previsto.

Relativamente à primeira, importa ter presente o significado intrínseco ao termo “decisão” e suas consequências jurídicas. É que não consta do *múnus* próprio das funções (*qua tale*) dos profissionais forenses em causa, Advogados e Solicitadores, nem das normas deontológicas ou das que regem os actos próprios, a prolação de decisões propriamente ditas com eficácia externa e susceptíveis de produzirem os efeitos das decisões administrativas e/ou judiciais.

Pelo que a palavra «decisão» deverá ser substituída por «vicissitude», por ser a que mais se adequa ao tipo de actuação desenvolvida pelos Advo-

gados no âmbito do sistema informático sinOA quando está e causa uma inviabilidade da pretensão, conforme disposto nas alíneas *b*) e *c*) do art. 1.º do Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho (Regulamento de Organização e do Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados), publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 120, suplemento, de 24 de junho 2008, alterado pela Deliberação n.º 1733/2010, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 188, de 27 de setembro de 2010, e alterado pela Deliberação n.º 1551/2015, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série — n.º 152, de 6 de agosto de 2015.

No que concerne à segunda nota, sendo o mecanismo de reclamação único em ambos os casos, a sua formulação consensualizada corresponde à descrita no n.º 3 do art. 18.º e não à do n.º 4 do art. 35.º, devendo esta última ser substituída por idêntica à do n.º 3 do art. 18.º.

É também isto, aliás, que ressalta inequívoco do n.º 5 do art. 39.º.

22. Quanto ao disposto no n.º 5 do art. 35.º

Não se afigura correcta esta solução; de facto, a mesma faz incidir um ónus económico e sancionatório injustificável em quem exerce o seu direito de reclamar contra uma primeira apreciação jurídica negativa da pretensão, criando um constrangimento a essa mesma possibilidade de reclamação. Note-se que, neste caso concreto, não se poderá dizer sequer que existe uma má utilização (ou uma utilização abusiva) do procedimento e do sistema por parte do beneficiário, pelo que não há motivo para fazer incidir sobre o beneficiário esse custeamento sancionatório.

Em todo o caso, parece-nos também anacrónico que alguém a quem não foi retirado o apoio judiciário na modalidade concedida, suporte um custo incompatível com o benefício que lhe foi concedido, ainda no decurso do próprio procedimento.

Pelo que entendemos que será de retirar da Lei a solução propugnada no n.º 5 do art. 35.

23. Art. 36.º — Procedimentos de Nomeação de Patrono

O art. 36.º, que regula a nomeação de Patrono, deverá prever expressamente que a nomeação de Solicitador deverá, obrigatoriamente, ser precedida de um pedido expresso por parte do Beneficiário, independentemente de esse pedido já ter sido efectuado quando da consulta prévia; de facto, deverá ser dada a possibilidade de escolha ao beneficiário quando este transita da consulta prévia para a nomeação de Patrono.

A este propósito, reafirmam-se e remetemos também para esta sede as considerações que fizemos no N/ ponto 10, relativo ao art. 17.º.

Por outra banda, o n.º 1 deste artigo constitui a reprodução de um artigo da Portaria n.º 10/2018, que se pretende revogar, além de que é uma repetição do que já consta no art. 20.º desta Proposta de Lei, não se reconhecendo a necessidade da sua regulação em portaria como ali se diz, pelo que se torna desnecessária a sua previsão, bastando dizer-se que a *«nomeação de Patrono, sendo concedida, é efectuada nos termos do art. 20.º»*.

Muito ganharia, em clareza e rigor, o artigo se o actual n.º 1, passasse a n.º 2, incluindo-se um novo n.º 1 com a seguinte redacção: *«É nomeado Patrono quando seja concedido o apoio judiciário na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do art. 19.º»*.

Face ao exposto, deveria, por conseguinte, o início do artigo em causa ter a seguinte redacção:

Artigo 36.º

Procedimentos de nomeação de Patrono

1 — É nomeado Patrono quando seja concedido o apoio judiciário na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do art. 19.º.

2 — A nomeação de Patrono, sendo concedida, é efectuada nos termos do art. 20.º.

3 — Por sua iniciativa, o beneficiário do apoio judiciário, pode optar, entre Advogado ou solicitador, pela designação de solicitador.

4 — E atribuído Advogado sempre que o beneficiário não opte pela designação de solicitador ou não seja possível determinar se o assunto é da competência de solicitador.

5 — A nomeação de Patrono é notificada pela respetiva Ordem ao requerente e ao Patrono nomeado e, quando o processo ou procedimento no qual o requerente beneficia da protecção jurídica já se encontre pendente, é igualmente comunicada à entidade responsável pela tramitação desse processo ou procedimento.

No que diz respeito ao n.º 3 da redacção do artigo constante da Proposta de Lei em apreciação, pois dela pode redundar que o beneficiário deve colaborar com o Patrono, mas este também deve colaborar com o beneficiário.

Tal constituiria menorização e menoscabo pelo Patrono, que sem necessidade de qualquer injunção normativa, colabora com o seu Constituinte, beneficiário ou não de proteção jurídica, atento o núcleo essencial do mandato e a confiança que a ele preside.

De resto, como disposto no art. 31.º-2 da Lei 34/2004 (2 — A notificação da decisão de nomeação do Patrono é feita com menção expressa, quanto ao requerente, do nome e escritório do Patrono bem como do dever de lhe dar colaboração, sob pena de o apoio judiciário lhe ser retirado), sempre se entendeu que o beneficiário deveria ser legalmente intimado a colaborar com o Patrono, porquanto os défices verificados nessa colaboração ocorrem habitualmente na relação beneficiário-Patrono e não na relação Patrono-beneficiário.

Admitir-se-ia, como possível, apenas a menção de que o Patrono devera cumprir as normas deontológicas que regem a profissão, todavia também nos surge desnecessária face ao que consta nos Estatutos Profissionais respectivos, bem como no art. 57.º da presente Proposta de Lei.

Conforme conclusão 24 do ENA (Encontro Nacional do Acesso ao Direito, organizado pela Ordem dos Advogados e pelo IAD Instituto de Acesso ao Direito), por falta de colaboração do beneficiário, deve entender-se qualquer comportamento voluntário, ativo ou passivo, que obstaculize ou dificulte o exercício das funções para que o Advogado foi nomeado.

Sugere-se, pois, a seguinte redacção, com renumeração do n.º 3 para n.º 6:

6 — A notificação da decisão de nomeação do Patrono é feita com menção expressa, quanto ao requerente, do nome e morada do escritório do Patrono, respetivo telefone e endereço de correio eletrónico, bem como do dever de lhe dar colaboração, sob pena de o apoio judiciário lhe ser retirado, e, quanto ao Patrono, do nome, morada, contactos telefónicos e endereço do correio eletrónico do beneficiário.

E a inclusão de um número 7, de molde a densificar-se o conteúdo do conceito genérico “falta de colaboração:

7 — Constitui falta de colaboração do beneficiário, qualquer comportamento voluntário, ativo ou passivo, que obstaculize ou dificulte o exercício das funções para que o Advogado foi nomeado.

24. Art. 40.º — Substituição em Diligência Processual — Substabelecimentos no âmbito do SADT

O n.º 1 do presente artigo não nos oferece qualquer reparo uma vez que o substabelecimento no âmbito do SADT deve ser sempre com reserva e para diligência determinada, evitando-se, assim, o desvirtuamento da distribuição o mais igualitária possível dos processos entre os profissionais forenses inscritos e privilegiando o seu tratamento por profissionais com efectiva disponibilidade e interesse em participar no sistema, o que resultará numa maior qualidade do serviço prestado.

O n.º 2 do mesmo artigo também não nos merece reparo, uma vez que vem ao encontro das diligências já efectuadas pela OA no sentido de impedir os substabelecimentos em escala, exactamente com a fundamentação referida na análise do número 1. Apenas se sugere a inclusão na redacção da norma da expressão “escalas de prevenção, sejam ela presenciais ou não presenciais”, por forma a não existir qualquer equívoco quanto a sua interpretação.

Analisando o n.º 3 do presente artigo, inclinamo-nos para a eliminação da última parte do artigo, quando se refere: “só sendo possível o substabelecimento mediante acordo prévio que defina o montante da remuneração a abonar ao substituto”.

Com efeito, fazer depender o substabelecimento de um acordo prévio irá seguramente levantar diversas questões, nomeadamente, quem e como irá aferir da existência ou não desse acordo, bem como quem dirimirá eventuais litígios entre os profissionais forenses. Ao contrário das questões relacionadas com a remuneração e partilha de honorários no caso das substituições de Advogado, a questão da remuneração no âmbito dos substabelecimentos nunca levantou preocupações junto dos órgãos da OA, não se vendo utilidade na criação de uma imposição legal que apenas serviria para dificultar o processamento dos substabelecimentos no âmbito do SADT.

Assim, e no que concerne a este número três, somos a sugerir a manutenção da redacção que constava na Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho: “A remuneração do substituto é da responsabilidade do Patrono nomeado”.

Concretizando o exposto, reputamos mais avisada a seguinte redacção para o artigo:

Artigo 40.º

Substituição em diligência processual

1 — (...).

2 — A possibilidade de substabelecer referida no número anterior não se aplica nas diligências efetuadas no âmbito de escalas de prevenção, sejam elas presenciais ou não presenciais.

3 — A remuneração do substituto é da responsabilidade do Patrono nomeado.

25. Encargos — art. 41.º

Embora com as preocupações de índole sistemática do diploma que adiante se enunciarão, era aqui e agora que se devia prever a actualização anual dos honorários dos serviços jurídicos prestados pelos profissionais forenses no âmbito do apoio judiciário, como preceituado na Lei n.º 40/2018, de 8 de agosto.

Ao indexar a remuneração dos profissionais forenses à unidade de conta processual, como esta tem tendência a não ser atualizada, os honorários dos profissionais forenses não seriam atualizados, podendo até ser desincrementados se algum dia o valor da UC viesse a baixar.

Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, a UC era calculada segundo as regras contidas nos arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 212/89, de 30 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro, e era atualizada trienalmente, com base na retribuição mínima mensal mais elevada, garantida, no momento da condenação, aos trabalhadores por conta de outrem. Estas disposições foram revogadas pela alínea f) do n.º 2 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, diploma que assumiu diferentes regras de fixação e atualização da UC, clarificadas com as alterações emergentes do Decreto-Lei n.º 181/2008, de 28 de agosto.

Assim, a nova UC passou a ter o valor correspondente a Y% do valor do IAS vigente em dezembro do ano anterior (2008), arredondado à unidade de euro, sendo atualizada anualmente com base na taxa de atualização do Indexante dos Apoios Sociais (IAS), nos termos do art. 22.º do Decreto-Lei 34/2008, de 26 de fevereiro.

A Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro, instituiu o IAS, em substituição da retribuição mínima mensal, atualizável anualmente.

A Portaria n.º 9/2008, de 3 de janeiro, fixou o valor do IAS em € 407,41, para o ano de 2008. Assim, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, ou seja, a partir de 20 de abril de 2009 e até ao final do ano, a UC passou a ter o valor de € 102,00 (407,41: 4 = 101,85 arredondamento para a unidade de euro € 102,00), valor que se aplicava a todos os processos, incluindo os pendentes a 20 de abril.

A UC é supostamente atualizada, anual e automaticamente, com base na taxa de atualização do IAS. A sua primeira atualização poderia ter ocorrido em janeiro de 2010. No entanto, tendo em conta que as sucessivas Leis do Orçamento, Lei 3-B/2010, de 28 de abril, Lei 55-A/2010, de 31 de dezembro, Lei 64-B/2011, de 30 de dezembro, Lei 66-B/2012, de 31 de dezembro, referentes aos Orçamentos de Estado relativos aos anos de

2010, 2011, 2012 e 2013, respetivamente, suspenderam a atualização do valor do indexante de apoios sociais, a UC mantém-se no valor calculado inicialmente, isto é, nos € 102,00.

O art. 182.º da Lei do OE para 2019 (Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro) manteve a suspensão da atualização automática da unidade de conta processual (UC) prevista no n.º 2 do art. 5.º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, continuando em vigor o valor das custas vigente em 2018.

De assinalar também o patente lapso do n.º 2: não é «unidades de custas», mas sim «unidades de conta processuais».

Assim, deveria adequar-se o número 2 em conformidade com o exposto e enxertar-se neste artigo o que hoje consta do art. 36.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 34/2004, na redacção dada pela Lei n.º 40/2018, de 8 de agosto, sugerindo-se a seguinte redacção:

Artigo 41.º

Encargos

(...)

2 — A retribuição dos profissionais forenses é fixada em unidades de conta processuais.

(...)

4 — A retribuição dos profissionais forenses é atualizada anualmente por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, tendo em conta a evolução da inflação e a necessidade de garantir o efetivo, justo e adequado pagamento de honorários e despesas aos profissionais forenses intervenientes no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

5 — A portaria referida no número anterior é publicada até 31 de dezembro de cada ano para vigorar no ano seguinte.

6 — (Anterior número 4).

26. A Atribuição de Agente de Execução — art. 44.º

A atribuição de Agente de Execução pretende-se efectuada nos exactos termos dos demais processos civis (ou outros), em regime equiparável com a tramitação comum em que está prevista a sua competência, acabando-se com a disparidade de regimes: entre o funcionário judicial e o agente de execução.

Esta dicotomia de regimes não tinha actualmente razão de ser; mais a mais quando os serviços externos dos tribunais há muito deixaram de estar dotados de meios suficientes ao capaz exercício das funções que decorriam do processo executivo para os funcionários judiciais.

Coisa diferente é concordar-se com o sistema actualmente implementado, dentro das várias soluções possíveis.

Em todo o caso dever-se-á prever expressamente que o exercício das funções de Agente de Execução é incompatível com o exercício de quaisquer outras funções por parte do profissional forense em causa no âmbito do acesso ao direito.

27. Listas de Agentes de Execução — art. 46.º

Deve eliminar-se no n.º 3 (São condições para inscrição e manutenção do agente de execução no sistema de acesso ao direito e aos tribunais) a expressão “*de apoio judiciário*”.

Por outro lado, atentando a este número 3, verifica-se que se regulam as condições de inscrição e manutenção do agente de execução no sistema de acesso ao direito e aos tribunais. Entende-se que as condições de inscrição e manutenção dos profissionais forenses que intervêm no sistema reveste carácter regulamentar, não devendo, consequentemente, ter assento na Proposta de Lei.

Não obstante, se assim se não entender, seriam de fixar na lei as condições de inscrição e manutenção de todos os profissionais forenses, a todos aplicando se as condições previstas na alínea *i*) e a obrigatoriedade de formação, em termos a regular pelas respetivas Ordens.

28. Art. 51.º

Concorda-se com a autonomização em capítulo próprio — embora com as preocupações de índole sistemática do diploma que adiante se enunciaram —, atenta a sua especificidade, das disposições relativas ao processo penal.

Sugere-se apenas uma pequena alteração na redacção dos n.ºs 3 e 4 desse artigo, porquanto deles pode ressaltar a interpretação de que será a secretaria, autonomamente e sem intervenção da Ordem profissional, a nomear o Defensor.

Considerando o que dispõe o art. 20.º, seria preferível a seguinte redacção:

Artigo 51.º*Nomeação de defensor*

(...).

3 — Caso não constitua Advogado, a secretaria nomeia-lhe defensor, nos termos do art. 20.º.

4 — A nomeação de defensor ao arguido tem carácter provisório e depende da concessão de apoio judiciário.

5 — (...).

29. Constituição de mandatário — art. 54.º

Com total acordo relativamente a este dispositivo, com excepção da técnica de inserção sistemática.

Na verdade, faria sentido a existência de norma similar também para o patrocínio oficioso, que não tão só no domínio processual penal.

Daí que, ou se deva prever norma similar para o Patrono, ora se devesse — sendo até preferível —, esta concreta norma integrar antes, por exemplo, o Capítulo das disposições finais, com a seguinte redacção:

Artigo 54.º*Constituição de mandatário*

1 — Cessam as funções do Patrono ou do Defensor nomeado sempre que o patrocinado ou o arguido constitua mandatário.

2 — O Patrono ou o Defensor nomeado não pode, no mesmo processo, aceitar mandato do mesmo patrocinado ou arguido.

**30. Do último capítulo: Disposições finais e transitórias.
Em concreto da Regulamentação da participação dos
profissionais forenses no acesso ao direito — art. 56.º**

A redacção proposta para o artigo é, em grande medida, idêntica à redacção do art. 45.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto.

Se a redacção contemplada na Lei ainda em vigor mereceria, em nossa opinião, alguns reajustes e readaptações de índole sistemática, mais agora entendemos que se justificaria reorganizar/reagrupar e/ou dispor a maioria das normas aí vertidas de forma mais coerente e até mais consen-

tânea com a circunstância de se pretenderem revogar as Portarias n.º 10/2008 e n.º 11/2008, ambas de 3 de janeiro.

Daí que veríamos como boa medida, de coerência e rigor na técnica legística, a divisão do art. 56.º em três novos artigos: um dedicado à admissão, selecção e nomeação dos profissionais forenses; outro respeitante às notificações e comunicações entre os, para os e pelos profissionais forenses; e por último outro dedicado exclusivamente à retribuição dos profissionais forenses, donde poderia constar a matéria vertida no art. 41.º, conforme se referiu no nosso ponto 25 e se referirá no ponto 33, a propósito da questão sistemática do diploma.

Assim, veríamos com muito bons olhos se, no último capítulo, se consagrasse a seguinte sistemática/redacção:

CAPÍTULO VI

Disposições finais e transitórias

Artigo 56.º

A admissão e participação dos profissionais forenses ao sistema de acesso ao direito

1 — Os participantes no sistema de acesso ao direito integram as profissões forenses de Advogado, solicitador e agente de execução.

[anterior alínea *b*) do n.º 1]

2 — À admissão dos profissionais forenses ao sistema de acesso ao direito é regulamentada pelas respectivas Ordens profissionais.

[readaptação necessária do n.º 3, até porque existem partes desse número que já vêm contempladas nesta Proposta de Lei e cuja regulamentação por portaria se mostra desnecessária. Além disso, *vide* o que consta já do n.º 5 do art. 3.º desta Proposta de Lei].

3 — A selecção dos profissionais forenses deve assegurar a qualidade dos serviços prestados aos beneficiários de protecção jurídica no âmbito do sistema de acesso ao direito.

[anterior alínea *a*) do n.º 1].

4 — Se o mesmo facto der causa a diversos processos, o sistema deve assegurar, preferencialmente, a nomeação do mesmo Patrono ou defensor officioso ao beneficiário.

[anterior alínea *c*) do n.º 1, mas com alteração da palavra mandatário, porque desadequada no âmbito do acesso ao direito, para Patrono].

Artigo 57.º

Das notificações e das comunicações

1 — Todas as notificações e comunicações entre os profissionais forenses, a Ordem dos Advogados, a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, os serviços da segurança social, as entidades responsáveis pela tramitação do processo ou procedimento no qual o requerente beneficia da proteção jurídica e os requerentes devem realizar-se, sempre que possível, por via eletrónica;

[anterior alínea *d*] do n.º 1 do art. 56.º].

2 — Os profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito devem utilizar todos os meios eletrónicos disponíveis no contacto com as entidades responsáveis pela tramitação do processo ou procedimento no qual o requerente beneficia da proteção jurídica, designadamente no que respeita ao envio de peças processuais e requerimentos autónomos;

[anterior alínea *e*] do n.º 1 do art. 56.º].

Artigo 58.º*Da remuneração dos profissionais forenses*

1 — A remuneração dos profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito e aos tribunais faz-se de acordo com o princípio consagrado no n.º 4 do art. 3.º e de acordo critérios estatuidos nos n.ºs 5 a 7 do mesmo art. 3.º e no art. 41.º.

2 — A remuneração e despesas dos profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito e aos tribunais são sempre adiantados pela entidade responsável na área da justiça pela arrecadação de receita no âmbito da proteção jurídica, conforme disposto no n.º 7 do art. 19.º.

3 — O pagamento da respectiva remuneração deve ser processado até ao termo do mês seguinte aquele em que é devido.

[anterior alínea *h*] do n.º 1 do art. 56.º, sendo que, em qualquer caso, terá de substituir-se a palavra «compensação» por «remuneração», conforme nossas recomendações anteriores].

4 — Os profissionais forenses participantes no sistema de acesso ao direito que saiam do sistema, independentemente do motivo, antes do trânsito em julgado de um processo, do termo definitivo de uma diligência ou da conclusão de um procedimento para que estejam nomeados devem restituir, no prazo máximo de 30 dias, todas as quantias entregues por conta de cada processo, diligência em curso ou procedimento.

[anterior alínea *f*] do n.º 1 do art. 56.º].

5 — O disposto no número anterior aplica-se aos casos de escusa e de dispensa de patrocínio, relativamente aos processos em que cesse o patrocínio e a defesa ofi-

ciosa, sem prejuízo de eventual posterior repartição de honorários entre o profissional substituído e o profissional substituto, nos termos da regulamentação respectiva.

[anterior alínea g) do n.º 1 do art. 56.º, que urge complementar, atentas as grandes e dificuldades práticas que se colocam quanto à repartição de honorários entre os profissionais forenses, desde logo mas não só, a nível fiscal].

6 — As despesas relativas à formação dos profissionais forenses inscritos no sistema de acesso ao direito e o funcionamento da comissão prevista no n.º 3 do art. 18.º são comparticipadas por meio de receitas de montante a fixar por Portaria do membro do governo responsável pela área da justiça.

[anterior n.º 3 do art. 56.º].

7 — Os estornos dos pedidos de remuneração dos profissionais forenses que intervenham no sistema de acesso ao direito e aos tribunais em sede de Primeira Instância, admitem recurso para o Tribunal de Segunda instância, independentemente do valor da sucumbência.

8 — Os estornos dos pedidos de remuneração dos profissionais forenses que intervenham no sistema de acesso ao direito e aos tribunais nos processos que corram nas Conservatórias, nos Notários e noutras entidades integradas na administração pública, admitem recurso para o Tribunal de Primeira Instância territorialmente competente e, da decisão deste é igualmente admissível recurso para o Tribunal de Segunda Instância, independentemente do valor da sucumbência.

[cf. nosso ponto 36-C, *infra*].

As redacções ora propostas mantêm quanto já se contempla (de forma menos organizada, em nosso modesto parecer) no art. 56.º, excluindo tão só o que se diz objecto de regulamentação posterior e que se mostra desnecessário, em face das previsões já contidas na presente Proposta de Lei, bem como aquilo que já integra normas específicas da mesma e que sempre constituiria uma repetição (pensa-se, em concreto, naquilo que respeita à nomeação ou naquilo já contemplado, desde logo, nos arts. 3.º, 19.º, n.º 7, e 41.º da proposta de diploma em análise.

31. Comparticipação no financiamento da formação e funcionamento da comissão — art. 56.º, n.º 3

Ainda no que respeita ao art. 56.º, n.º 3 — e que propomos enquanto art. 58.º, n.º 6 —, as obrigações que decorrem para a Ordem dos Advogados da presente Proposta de Lei, nomeadamente quanto à formação dos seus membros que integrem o SADT ou quanto à criação das estruturas compostas por Advogados para a análise das reclamações quanto à não nomeação de Patrono, merecem na presente Proposta a obrigação de financiamento por parte do Estado, bem sabendo este que, sem essa concreta, adequada e suficiente ajuda financeira, será impossível realizar as tarefas aí estabelecidas.

32. A preocupação em fazer um Observatório do SADT — art. 58.º

A Ordem dos Advogados nada tem a recear relativamente à qualidade do trabalho desempenhado pelos seus associados no âmbito do Acesso ao Direito e aos Tribunais.

Pelo que a criação do Observatório para controlo de qualidade e supervisão contínua do sistema, previsto no art. 58.º, poderá, até, ajudar a reconhecer essa mesma situação. Razão pela qual, nada há a opor à sua criação, com especial relevo e importância numa fase inicial da aplicação na nova Lei.

33. Questão da sistemática do diploma

Entendemos que a coerência sistemática desta Proposta de Lei poderá não ser a mais correcta, ficando a ganhar caso fossem tomados em consideração os seguintes aspectos:

Considerando que o art. 20.º tem a sua epígrafe ordenada Patrono — Defensor — Agente de Execução, deveria tal ordem ser seguida e autonomizada em capítulos a partir da Secção III do Capítulo III.

De facto, a Proposta de Lei autonomiza um capítulo para o Agente de Execução (cf. art. 20.º, n.º 3, e Cap. IV), que vai interposto entre as normas

do Patrono (35.º a 43.º) e as normas do Defensor (51.º a 55.º), em contraponto com a coerência indicada no art. 20.º.

Por outro lado, autonomiza um capítulo com as normas para o processo penal (Defensor), mas não autonomiza qualquer capítulo para as normas respeitantes ao Patrono, sendo que estas últimas normas vêm enxertadas na Secção do Procedimento (Secção IV, do Cap. III), são entrecortadas pelas normas dos Agentes de Execução e as específicas do Processo Penal e voltam depois a surgir no final da Proposta de Lei (arts. 56.º e 57.º).

Considerando que são distintos o Procedimento na Segurança Social e os Procedimentos de nomeação de Patrono, Defensor e de atribuição do AE, parece-nos que deveriam os mesmos ser enquadrados legislativamente também com autonomia.

Depois, o Título do CAP. VI não faz jus ao seu conteúdo, já que inexistem ali quaisquer disposições transitórias (as mesmas constam do início da Proposta de Lei e não do seu anexo), pelo que deveria ser alterado para «Disposições Finais», somente.

Assim, parece-nos que a Proposta de Lei poderia ganhar em coerência legística com a seguinte sistemática:

Cap. I — Concepção e Objectivos

Cap. II — Informação Jurídica

Cap. III — Protecção Jurídica

Secção I — Disposições Gerais

Secção II — Consulta Jurídica

Secção III — Apoio Judiciário

Secção IV — Procedimento

Cap. IV — Nomeação de Patrono

Cap. V — Nomeação de Defensor e Disposições Especiais sobre Processo Penal

Cap. VI — Atribuição de Agente de Execução

Cap. VII — Disposições Finais

Por outro lado, parece-nos que a Proposta de Lei atingirá maior coerência legístico-sistemática se os arts. 41.º (encargos), 42.º (regime subsidiário) e 43.º (contagem de prazos) vierem inseridos nas disposições finais, pois é nessa sede que se preveem outros encargos (os da Segurança Social) e é sobretudo ali que se inserem a grande maioria das disposições relacionadas com retribuições, como sabido, pagas também a final.

Face ao exposto, logo após o actual art. 34.º deveria iniciar-se um novo capítulo — CAPÍTULO IV — NOMEAÇÃO DE PATRONO; as normas dos actuais arts. 41.º a 43.º fariam mais sentido se inseridas no último capítulo — CAPÍTULO VII — DISPOSIÇÕES FINAIS; as normas dos arts. 44.º a 50.º deveriam integrar um CAPÍTULO VI — ATRIBUIÇÃO DE AGENTE DE EXECUÇÃO, com renumeração dos artigos referenciados no art. 50.º, em conformidade com as alterações ora sugeridas. As normas dos actuais arts. 51.º a 55.º deveriam integrar o CAPÍTULO V — NOMEAÇÃO DE DEFENSOR E DISPOSIÇÕES ESPECIAIS SOBRE O PROCESSO PENAL; e lograr-se-ia uma maior coerência sistemática se as normas dos arts. 41.º a 43.º passassem para final, entre os actuais arts. 58.º e 59.º. Tudo com renumeração, em conformidade, de eventuais normas remissivas dos artigos ali integrados.

34. Alguns lapsos detectados ao longo da Proposta de Lei

Para além dos que já se referiram supra, detectaram-se alguns lapsos ao longo do diploma, a saber:

- Art. 35.º — lapso na remissão para o artigo — deveria mencionar-se a alínea *a*) do n.º 1 do art. 18.º.
- Lapso na redacção: n.º 2 art. 35.º — “com o consultor” e não “como consultor”, sem prejuízo das nossas observações contidas no N/ponto 20.
- Lapso: N.º 1 do art. 38.º — deverá remeter para o n.º 2 do art. 36.º, e não para o art. 31.º.
- Lapso: qual é o Capítulo III? — n.º 1 do art. 55.º?
- Lapso: “compensação” em vez de remuneração na alínea *h*) do art. 56.º, sem prejuízo das nossas observações a esse propósito contidas no N/ponto 30.

35. Entrada em vigor

Deverá prever-se um período suficientemente longo para que seja possível montar todas as estruturas necessárias ao funcionamento da Comissão de Apoio Judiciário e à formação contínua.

36. Aspectos não contemplados na Proposta de Lei

A — Entre as modalidades de Apoio Judiciário, a Proposta de Lei não garante:

- a) A nomeação e o pagamento do intérprete de língua gestual ou de língua estrangeira em momento pré-contencioso (verdadeiro espaço de não direito).
- b) A tradução de documentos.

Sugere-se seja dada uma nova redação à actual alínea *a*) do n.º 1 do art. 19.º, de forma a que, onde se diz: «O Apoio Judiciário compreende as seguintes modalidades: *a*) Dispensa de taxas processuais emolumentos e demais encargos com o processo ou procedimento, incluindo a atribuição de agente de execução» **passa a dizer-se** «(...) *a*) *Dispensa de taxas processuais, emolumentos e demais encargos com o processo ou procedimento, incluindo a atribuição de agente de execução; os serviços prestados por intérprete, de língua gestual ou língua estrangeira, no período pré-contencioso e a tradução de documentos*».

Note-se que, na redacção por nós proposta, adoptamos expressões já constantes do Decreto-Lei n.º 71/2005, de 17 de março (ver, por exemplo, arts. 3.º e 4.º).

De facto, não há Estado de Direito sem garantia do acesso ao direito e aos tribunais. Esta garantia é um direito fundamental assegurado pelo art. 20.º da CRP, em si mesmo concretizador de dimensões basilares do Estado de Direito democrático. Porque se trata, exactamente, de dimensões garantísticas de direitos, liberdades e garantias fundamentais, a concretização do acesso ao Direito e aos Tribunais não pode ficar-se por pomposas proclamações e afirmações principiológicas, exigindo-se uma densificação capaz de remover todo e qualquer obstáculo no efectivo acesso.

O sistema pretérito e, outrossim, o sistema proposto, não garantem a participação de um intérprete, em momento pré-contencioso, que assegure a comunicação entre o cidadão estrangeiro que não domine a língua portuguesa e o Advogado que lhe é nomeado no quadro do Apoio Judiciário e entre um cidadão surdo-mudo e o Advogado assim nomeado. Não nos referimos, obviamente, a situações em que já existe processo judicial, onde, à partida, estará garantida a nomeação de um intérprete. Enfocamos o momento pré-judicial, onde é incontornável a necessidade de comunicação entre o Advogado nomeado e o seu patrocinado (por exemplo, para recolha de elementos para propositura de uma acção).

A situação nem sequer é marginal, sendo significativas as situações de pretensões por descodificar, ora por surdez-mudez — em que ademais a comunicação nem pode assegurar-se por escrito, por iliteracia do consulente —, ora por ausência de domínio de uma língua comum, que permita a conversação entre o Patrono e o cidadão que, recorde-se, viu deferido o benefício de Apoio Judiciário, em razão da sua insuficiência económica, não dispondo, conseqüentemente, de meios financeiros para a contratação de um intérprete de língua gestual ou de língua estrangeira. Um Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais, concretizador do direito constitucionalmente garantido no art. 20.º da CRP, tem que velar pela erradicação deste ignominioso espaço de não direito.

De notar que, nos termos do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 71/2005, de 17 de março, no caso de pedido de Apoio Judiciário apresentado por residente noutro Estado-Membro da União Europeia para ação em que os tribunais portugueses sejam competentes, o Apoio Judiciário, abrange ainda os seguintes encargos específicos decorrentes do carácter transfronteiriço do litígio:

- a) Serviços prestados por intérprete;
- b) Tradução dos documentos exigidos pelo tribunal ou pela autoridade competente e apresentados pelo beneficiário do apoio judiciário que sejam necessários à resolução do litígio.

Gera-se, assim, uma desigualdade entre cidadãos residentes em Portugal e cidadãos residentes noutros Estados-Membros, uma vez que estes beneficiam de protecção jurídica alargada, assegurando-se-lhes, em atenção ao carácter transnacional do litígio, intérprete e traduções.

E nem se diga que é difícil lidar com a remuneração de intérpretes e tradutores, pois que o art. 17.º do Regulamento das Custas Processuais fornece já critérios e valores adequados de remuneração.

Cf. art. 17.º, RCP, e a TABELA IV anexa (a que se referem os números 2, 4, 5 e 6 do art. 17.º do Regulamento).

Categoria	Remuneração por serviço/deslocação	Remuneração por fracção página/palavra
Peritos e peritagens	1 UC a 10 UC (serviço)	1/10 UC (página)
Traduções	—	1/3777 UC (palavra)
Intérpretes	1 UC a 2 UC (serviço)	—
Testemunhas	1/500 UC (quilómetro)	—
Consultores técnicos	1 UC a 10 UC (serviço)	1/15 UC (página)
Liquidatários, administradores e entidades encarregadas da venda extrajudicial	1/255 UC (quilómetro) + até 5 % do valor da causa ou dos bens vendidos ou administrados, se este for inferior	—

B — A presente Proposta de Lei também não garante o apoio judiciário em procedimentos extrajudiciais, mormente de natureza administrativa, fiscal ou laboral.

Consabido que o sistema de acesso ao direito e aos tribunais se destina a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos, mal se percebe como o sistema não assegure a nomeação de Patrono quando esteja em causa a Justiça antes dos Tribunais.

Estamos, de novo, ante um espaço de não direito, quando se veda o apoio judiciário, na modalidade de nomeação e pagamento de Patrono para procedimentos gravosos, de natureza administrativa, fiscal ou laboral, mormente, aqui, em processos disciplinares que visem o despedimento. Em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o cidadão encontra-se, neste domínio, totalmente desprotegido, pois que a protecção jurídica só é concedida para questões judiciais concretas ou susceptíveis de concretização.

Não obstante estes procedimentos poderem implicar lesão ou ameaça de direitos, a proposta afasta-os da protecção jurídica, olvidando que a efectivação de direitos não se esgota nos Tribunais, recenseando-se um conjunto alargado de instâncias que, antes de qualquer litígio judicial, prolatam decisão sobre o caso.

A resolução extrajudicial do litígio, tão desejada para mitigar pendências, reclamaria uma outra abordagem, que tamponasse mais um opróbrio no acesso ao direito!

C — Em matéria de remuneração dos profissionais forenses que intervenham no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais deve haver sempre recurso para o Tribunal de 2.^a instância, independentemente do valor da sucumbência.

Nos processos e procedimentos da competência do Ministério Público e nos que corram nas conservatórias, nos Notários e noutras entidades integradas na administração pública, deve haver recurso para o Tribunal de 1.^a instância territorialmente competente e, da decisão deste, deve admitir-se recurso para o Tribunal de 2.^a instância, independentemente do valor.

Em casos tramitados com recurso ao Processo Civil (e nos demais ramos de direito processual em que o processo civil é subsidiariamente aplicável), muito embora esteja assegurada a legitimidade para recorrer do despacho que indefere uma reclamação, formulada nos termos do

art. 157.º-5 CPC (art. 631.º-2 CPC), reagindo contra a não admissão de honorários, conclui-se, atento o disposto no art. 629.º-1 CPC:

1. Que não é admissível recurso ordinário do despacho que indefira a reclamação em que se discuta o estorno de honorários, quando a causa tenha valor até à alçada do Tribunal de 1.ª instância (€ 5.000). O mesmo não acontece se o caso for tramitado com recurso ao processo penal, por força do art. 44.º-2 da Lei 62/2013, de 26 de agosto (LOSJ);
2. Que não é admissível tal recurso, quando, não obstante a causa tenha valor superior a € 5.000, o valor da sucumbência seja desfavorável ao Advogado recorrente em valor inferior a metade da alçada do Tribunal de 1.ª instância (o mesmo é dizer em valor igual ou inferior a € 2.500,00);
3. Que, fruto da desatualização da Tabela anexa à Portaria n.º 1386/2004, de 10 de novembro, os honorários em discussão são exíguos;
4. Que a decisão impugnada raramente, senão nunca, é desfavorável à/ao requerente em valor superior a metade da alçada do Tribunal da primeira instância, com o que raramente, senão nunca, haverá possibilidade de recorrer. Está-se, pois, perante uma verdadeira irrecorribilidade do despacho que decide a reclamação.

Ora, sendo de elementar justiça reconhecer a possibilidade de recurso independentemente do valor, até em concretização do art. 2.º da CRP (princípio fundamental do Estado de Direito, a que são inerentes as ideias de juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais, concretizando-se em vários subprincípios, cabendo destacar o subprincípio da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos, segundo o qual o cidadão tem o direito de poder confiar que às decisões públicas relativas aos seus direitos serão aplicadas as normas legais vigentes e os respetivos efeitos, existindo norma legal que garante uma adequada remuneração aos profissionais forenses que participem no sistema de acesso ao direito e aos tribunais), bem como dos arts. 20.º, 59.º n.º 1, e 208.º da CRP, estamos em crer que a admissibilidade de recurso, independentemente do valor, deve ter consagração legislativa na Nova Lei do Acesso ao Direito.

Deve também garantir-se um duplo grau de reação contra estornos de honorários dos Patronos/Defensores quando esteja em causa remuneração por processos e procedimentos da competência do Ministério Público,

e nos que corram nas Conservatórias, nos Notários e noutras entidades integradas na administração pública, pelos mesmos motivos e conforme se aduziu *supra*.

37. A Tabela de Honorários prevista na Portaria n.º 1386/2004, de 10 de Novembro, S.I., Parte B, DR n.º 264 — Revogada pela Portaria n.º 10/2008 de 3 de Janeiro e ripristinada com alterações pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro

Os profissionais forenses que desempenham actualmente o seu trabalho no âmbito do acesso ao direito e aos tribunais têm vindo a ser apenas e meramente “compensados” com base em valores estabelecidos há mais de 14 anos.

É fácil compreender que foi muito longe o esforço destes mesmos profissionais em suportar a execução de uma tarefa cada vez mais exigente, sem que esse esforço acrescido fosse adequadamente remunerado e com valores actualizados.

Com a Lei n.º 40/2018, de 8 de Agosto, já se preceituou a necessidade de actualização anual dos honorários dos serviços jurídicos prestados pelos profissionais forenses no âmbito do sistema.

Tal Lei, porém, desacompanhada dos considerandos que expendemos no nosso ponto 23 *supra*, bem como de uma efectiva e premente actualização da Tabela prevista na Portaria n.º 1386/2004, de 10 de Novembro, S.I., Parte B, DR n.º 264 (revogada pela Portaria n.º 10/2008 de 3 de Janeiro e ripristinada com alterações pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de Fevereiro), mostra-se insuficiente para garantir que se cumpra o desiderato principiológico previsto (e muito bem previsto!) no n.º 4 do art. 3.º da Proposta de Lei em apreço: que o Estado garante uma adequada remuneração aos profissionais forenses que participem no Sistema do Acesso ao Direito e aos Tribunais.

Razão pela qual, e ainda que a Ordem dos Advogados esteja receptiva a uma simplificação da tabela, nomeadamente quanto à forma atômica como actualmente está estipulada, simplificando-a, automatizando-a, tornando-a mais eficiente, intuitiva e rápida de aplicar, já não aceita, nem está receptiva a aceitar, que a remuneração que a mesma preveja para o trabalho desempenhado, não seja suficiente e adequadamente

actualizada tendo em conta o trabalho realizado e o seu grau de complexidade, só assim se logrando cumprir o princípio da justa retribuição, a que (e também muito bem!) faz referência o n.º 6 do sobredito art. 3.º da Proposta.

É agora o momento!

Lisboa, 29 de Janeiro de 2019

GUILHERME FIGUEIREDO
Bastonário

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre a Petição n.º 530/XIII/3.a, que visa estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com pais separados

A Petição apresentada pela Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, parte de uma ideia, que expressa na sua exposição de motivos:

«[...] a residência alternada continua a não ter legitimidade na legislação portuguesa. Em grande parte, porque é encarada na doutrina jurídica e nas práticas judiciais como um regime de exceção ou prejudicial para a criança, por influência de concepções estereotipadas sobre esta nova forma de família, o divórcio e a separação, a paternidade, a maternidade e as dinâmicas de funcionamento das famílias portuguesas, bem como pela referenciação de opiniões pessoais a resultados de investigação que não se consulta ou cujas conclusões foram refutadas após revisão científica».

E continua o seu raciocínio, afirmando:

«[...] Destacamos três níveis de realidade em que opera a desadequação do atual regime de residência e contacto em relação à maioria de crianças, mães e pais que experienciam o divórcio ou a separação:

- a) Não acolhe as realidades contemporâneas da parentalidade vivida em casal, nas quais se consolidam novas práticas e atitudes sobre a igual importância dos contributos da mãe e do pai nos afetos, nos cuidados, na educação e na obtenção de recursos para filhos e filhas [...]. Por isso, cria obstáculos às maternidades e paternidades contemporâneas cooperativas e permutáveis entre si [...]. Mas também à promoção destas pelas vigentes políticas públicas de promoção da igualdade de género na família e no trabalho e dos direitos da maternidade e da paternidade [...].

- b) Alimenta desigualdades no envolvimento parental de mulheres e homens [...]. Como tais desigualdades estão ancoradas na referenciação do interesse superior da criança ao uso do género para determinar diferenças nas aptidões, nas responsabilidades e nos papéis parentais de mulheres e homens, estes desequilíbrios alimentam os conflitos parentais [...], e
- c) Por fim, insere a criança em quadros de desigualdade afetiva, relacional e social [...], impedindo que esta beneficie da manutenção equitativa do envolvimento parental amplo e responsável de mãe(s) e de pai(s) após dissolução conjugal [...]. Atualmente, no âmbito das Ciências Sociais, é possível recomendar, de forma fundamentada, que as políticas públicas implementem a presunção jurídica de residência alternada, deixando os seus opositores/as o ónus de a refutarem».

No fundo, subjacente ao pensamento dos autores da petição está a ideia que a lei atualmente em vigor não protege adequadamente o superior interesse da criança, uma vez que não garante uma verdadeira igualdade entre pais e mães no exercício da parentalidade.

Na opinião dos autores da petição, o regime atual desprotege as crianças, na medida em que coloca entraves a que os menores convivam, de igual forma, com ambos os progenitores, nos casos de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

Consequentemente, entendem que deverá ser alterado o art. 1906.º do Código Civil, no sentido de se passar a consagrar uma presunção jurídica de guarda partilhada.

Ora, na N. opinião, e pelos motivos que se passam a expor, não deverá a proposta de alteração legislativa apresentada ser procedente.

Em primeiro lugar, importa ter presente que a lei atualmente em vigor permite que cada família seja livre de determinar qual o modelo de guarda que melhor se lhes aplica.

Ou seja, ao não estabelecer qualquer tipo de presunção, o regime jurídico atual permite aos pais que pretendam adotar um modelo de guarda partilhada, que o adotem, e aos progenitores que entendem não ser esse o modelo mais adequado à sua família, que o recusem.

Importa salientar que no âmbito da regulação das responsabilidades parentais é essencial que a avaliação seja casuísta, uma vez que não existem duas crianças, nem duas famílias iguais.

Tal avaliação casuísta não se coaduna com a estipulação de uma presunção.

De facto, se o art. 1906.º passar a contemplar uma presunção de guarda partilhada, isso irá obrigar os progenitores que com ela não concordam a impugnar a presunção.

Quer isto dizer que, enquanto ao abrigo do regime atual o progenitor que pretende ver fixada uma guarda partilhada terá — em caso de desacordo — de explicar ao Tribunal as razões pelas quais entende ser esse o melhor modelo para o seu filho e para a sua família (isto é, a exposição do Requerente é feita pela positiva, evidenciando-se os aspetos positivos de uma parentalidade partilhada), no caso de ser consagrada a presunção, o Requerente que não pretende ver aplicada a guarda partilhada terá de explicar as razões pelas quais tal regime seria nefasto para a criança (ou seja, a exposição do Requerente teria de ser feita pela negativa, evidenciando os aspetos negativos de uma parentalidade partilhada).

Ora, tendo em consideração que no âmbito dos processos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (que se fundam, na sua maioria, no desacordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais) o grau de conflitualidade entre os progenitores já é elevado, obrigar um deles a explicar o porquê de, na sua opinião, não ser benéfico para o menor ver fixada uma residência partilhada irá, na grande maioria dos casos, contribuir para um aumento do grau de conflito entre as partes, conflito esse que terá no seu centro a criança.

Sendo que tanto as diretrizes comunitárias, como os estudos da Psicologia têm vindo a apontar para a importância de não se colocar a criança no centro do conflito parental, alterar a lei num sentido que certamente irá potenciar esse conflito parece não só desnecessária, como desadequada ao superior interesse dos menores.

De facto, importa salientar que há unanimidade entre os investigadores em torno da ideia de que o conflito parental afeta negativamente o bem-estar das crianças, sendo certo que a guarda conjunta tem efeitos prejudiciais para as crianças nas famílias com elevada conflitualidade, sendo falsa a ideia de que a mesma contribui para um aumento da cooperação entre os progenitores.

Por outro lado, diversos estudos tanto da área da Psicologia, como do Direito, têm vindo a apontar para a importância de só se aplicar a guarda partilha, quando verificados os seguintes requisitos cumulativos, a saber:

- i)* Ambos os progenitores desejarem a guarda conjunta/partilhada;
- ii)* Proximidade geográfica das residências;
- iii)* Capacidade dos progenitores se relacionarem suficientemente bem para desenvolverem uma relação semelhante à negocial;
- iv)* Ambos os progenitores defenderem e aplicarem modelos educativos centrados na criança;

- v) Existir um compromisso de ambos os progenitores para fazerem com que a parentalidade partilhada funcione;
- vi) Estabilidade financeira;
- vii) Confiança de cada um dos progenitores na competência do outro progenitor;
- viii) Não existir oposição da criança na aplicação da guarda conjunta/partilhada (pressuposto que deve ser atendido tendo em consideração, obviamente, a idade da criança);
- ix) Ausência de suspeita ou indícios de violência doméstica e de abuso sexual de crianças intrafamiliar.

Fora destes parâmetros rígidos, a residência alternada é desaconselhada, por contribuir para um aumento da conflitualidade e para a instabilidade psicológica das crianças.

Por outro lado, na análise desta questão é imprescindível ter presente as conclusões do último relatório GREVIO (Grupo de Peritos/as independentes), especialmente as seguintes:

- i) A atitude de culpar a vítima assenta em séculos de estereótipos judiciais durante os quais os tribunais minimizaram a violência e reduziram sentenças segundo a perceção preconceituosa de que a vítima tinha provocado a violência;
- ii) O GREVIO lembra que há diversos estudos ilustrativos de como os relatos de violência das vítimas, em particular a violência sexual entre parceiros íntimos, são encarados com descrédito por autoridades e tribunais, descrédito esse alimentado por visões estereotipadas sobre o comportamento que uma “vítima real” deve exibir durante as investigações e o julgamento.
- iii) A atenção do GREVIO foi atraída particularmente para as narrativas frequentes que são apresentadas aos tribunais, acusando as vítimas de mentir sobre violência doméstica e/ou abuso sexual de crianças.
- iv) O GREVIO insta as autoridades portuguesas a tomarem as medidas necessárias, incluindo alterações legislativas, para garantir que os Tribunais de Família considerem devidamente todas as questões relacionadas com a violência contra as mulheres ao determinar os direitos de guarda e de visita bem como devem avaliar se tal violência justifica os direitos de guarda e de visita.

- v) O GREVIO insta as autoridades portuguesas a tomarem medidas, incluindo alterações legislativas, para garantir a disponibilidade e a aplicação eficaz das ordens restrição e/ou de proteção.

As preocupações suscitadas por este relatório não se coadunam, na N. opinião, com a consagração de uma presunção jurídica de guarda partilhada, pois tal presunção irá desproteger de forma muito acentuada e gravosa as vítimas de violência doméstica, podendo inclusivamente contribuir para o aumento da violência intrafamiliar.

De facto, se pensarmos que a consagração legislativa da presunção de guarda alternada irá, no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades, colocar sobre a vítima o ónus de demonstrar que tanto ela como a criança são vítimas de agressões, facilmente concluímos que tal presunção não é favorável ao superior interesse dos menores.

Importa ter presente que enquanto no processo penal vigora o primado do *in dubio, pro reo* (a dúvida tem de ser favorável ao arguido), nos processos tutelares vigora o primado do *in dubio, pro criança* (na dúvida, proteja-se a criança).

Ora, a fixação de uma presunção de guarda alternada terá o efeito precisamente contrário, ou seja, colocará na criança o ónus de provar que tem de ser protegida, não sendo aplicada uma guarda partilhada.

Pelos motivos acima explanados, a presente Ordem considera não só desnecessário, como contrário aos direitos das crianças uma alteração legislativa nos termos propostos pelos autores da Petição, sendo certo que o modelo atualmente em vigor já permite que, quando isso mesmo for ao encontro dos interesses da criança e daquela família em concreto, seja aplicada a guarda conjunta.

Lisboa, 15.03.2019

GUILHERME FIGUEIREDO
Bastonário

PROJECTO DE “REGULAMENTO DE
BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS
E FINANCIAMENTO AO TERRORISMO”

Consulta pública

Aviso n.º 6781/2019

A entrada em vigor da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, transpondo as Diretivas n.ºs 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, determinou que a Ordem dos Advogados, pessoa coletiva de natureza pública e nela prevista como uma das entidades setoriais obrigadas a garantir o seu cumprimento, procedesse, como agora se faz à semelhança de outras, à regulamentação das suas previsões.

É propósito do presente Projeto de Regulamento pôr termo à casuística que se vem verificando e que gera zonas de incerteza e, por isso de insegurança, para os Advogados, cujos interesses legítimos cabe à Ordem defender, padronizando, por outro lado, o modo de satisfação dos deveres a que se encontram legalmente adstritos, de modo a defendê-los no que se refere à necessária segurança jurídica ante tais deveres.

Ponderou-se na normaçaõ agora aprovada a especificidade da advocacia, enquanto profissõo liberal, e especificamente o equilíbrio entre os deveres, que também resultam de lei, de sujeiçaõ ao segredo profissional, de lealdade com os cidadãos que nela procuram a tutela dos seus interesses, e a conformaçãõ com normas imperativas orientadas à prevençaõ do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

Neste particular, atendeu-se ao consignado nos considerandos (9) e (39) da Diretiva (UE) n.º 2015/849, onde consta: «A consultoria jurídica deverá continuar a estar sujeita à obrigaçaõ de segredo profissional, salvo se o membro de profissõo jurídica independente participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se pres-

tar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o membro de profissão jurídica independente estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos»; «Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um sistema de notificação em primeira instância a um organismo de autorregulação constitui uma salvaguarda importante de proteção dos direitos fundamentais no que diz respeito às obrigações de comunicação aplicáveis aos Advogados. Os Estados-Membros deverão providenciar os meios e a forma de garantir a proteção do segredo profissional, da confidencialidade e da privacidade».

Relevou-se, pois, na conformação jurídica dos deveres aqui clarificados no que ao seu modo de execução respeita, outro normativo, decorrente de lei com igual valor e prévia àquela outra que estatuí os deveres que ora se regulamentam, o art. 92.º do Estatuto de Ordem dos Advogados, no qual se garante, a benefício dos Advogados e dos cidadãos, o regime do segredo profissional, imperativo público que só pode funcionar como delimitador.

Comparado com o teor literal da lei, o presente Projeto de Regulamento significa avanço ao relevar as concretas condições de exercício da advocacia portuguesa e ao proceder a uma concordância prática destas com as exigências onerosas que a materialização daquela lei ao limite supõe e relativamente à qual, há consciência, nem todos os Advogados têm meios adequados a garantir a sua implementação.

Para o efeito, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados aprovou o projeto de *Regulamento de Branqueamento de Capitais e financiamento do terrorismo*, que, em cumprimento do n.º 2, do art. 17.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro e nos termos conjugados da alínea c), do n.º 3, do art. 100.º e do n.º 1 do art. 101.º do Código do Procedimento Administrativo, ora vem submeter a consulta pública.

Dada a natureza da matéria, e se bem que a mesma não integre a competência privativa da Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, definida que está no art. 33.º, n.º 2, d), entendeu o Conselho Geral que se justificaria submeter o presente projeto de Regulamento, após submissão a consulta pública, à deliberação da Assembleia Geral, garantindo assim a participação da classe no que se refere a este relevante instrumento de autorregulação.

Assim, torna-se público o referido projeto de “*Regulamento de Branqueamento de Capitais e financiamento do terrorismo*”, o qual, se encontra igualmente patente no portal da Ordem dos Advogados, em <<https://portal.oa.pt>>.

No âmbito do processo de consulta pública, as sugestões devem ser comunicadas, no prazo de 30 dias a contar da presente publicação, por cor-

reio eletrónico para o endereço consulta.publica@cg.ao.pt, enviadas eletronicamente através do portal da Ordem dos Advogados, remetidas sob correio registado ou entregues pessoalmente na sede da Ordem dos Advogados.

2 de abril de 2019

GUILHERME FIGUEIREDO
Presidente do Conselho Geral

ANEXO

Projeto de Regulamento de Branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo

Artigo 1.º

Âmbito

O presente Regulamento determina o modo de execução pela Ordem dos Advogados e cumprimento pelos Advogados de disposições legais aplicáveis sobre a prevenção e o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, nomeadamente no que se refere ao relacionamento da advocacia com as autoridades setoriais previstas na lei com competência na matéria.

Artigo 2.º

Entidades e competência

1 — A Ordem dos Advogados é a entidade adstrita ao dever de garantir o cumprimento e a fiscalização das determinações legais em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

2 — Os deveres previstos na lei sobre branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo que incidam sobre a Ordem dos Advogados são cumpridos através do Bastonário, sem prejuízo da competência legal de outros órgãos da Ordem dos Advogados, conforme o respetivo Estatuto e da possibilidade de delegação por parte daquele no Gabinete de Apoio previsto no presente Regulamento.

3 — Para o cumprimento dos referidos deveres, o Bastonário é assistido por um Gabinete de Apoio, cuja competência é definida pelas normas do presente Regulamento e demais regulamentação complementar aprovada pelo Conselho Geral.

Artigo 3.º

Atos previstos

1 — Os Advogados, em regime de sociedade de Advogados ou em prática individual, estão obrigados às disposições da lei e às normas de atuação previstas no presente Regulamento, sempre que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou em outras circunstâncias, nos seguintes atos:

- a) Operações de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou participações sociais;
- b) Operações de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes;
- c) Operações de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;
- d) Operações de criação, constituição, exploração ou gestão de empresas, sociedades, outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que envolvam:
 - i) A realização das contribuições e entradas de qualquer tipo para o efeito necessárias;
 - ii) A constituição de sociedades, de outras pessoas coletivas ou de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
 - iii) O fornecimento — a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica — de sedes sociais, de endereços comerciais, administrativos ou postais ou de outros serviços relacionados;
 - iv) O desempenho de funções de administrador, secretário, sócio ou associado de uma sociedade ou de outra pessoa coletiva, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
 - v) O desempenho de funções de administrador fiduciário (*trustee*) de um fundo fiduciário explícito (*express trust*) ou de função similar num centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica de natureza análoga, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
 - vi) A intervenção como acionista fiduciário por conta de outra pessoa (*nominee shareholder*) que não seja uma sociedade cotada

num mercado regulamentado sujeita a requisitos de divulgação de informações em conformidade com o direito da União Europeia ou sujeita a normas internacionais equivalentes, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;

- vii) A prestação de outros serviços conexos de representação, gestão e administração a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
- e) Operações de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais;
- f) Outras operações financeiras ou imobiliárias, em representação ou em assistência do cliente.

Artigo 4.º

Atos excluídos

1 — Estão excluídos do presente Regulamento, por não integrarem o âmbito de previsão da lei, os seguintes atos dos Advogados não previstos no artigo anterior e nomeadamente:

- a) Atos de consulta jurídica ou de emissão de pareceres;
- b) Atos de patrocínio forense e de representação judiciária, independentemente da jurisdição onde se pratiquem ou devam ser praticados os atos processuais;
- c) Informação obtida do cliente ou de terceiro visando a práticas dos atos referidos nas alíneas antecedentes, antes, durante ou após o processo.

2 — Os atos excluídos não exigem o cumprimento dos deveres de comunicação e de cooperação, legalmente previstos, em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

Artigo 5.º

Sociedades de Advogados

1 — Nas sociedades de Advogados o cumprimento das obrigações a que se refere o presente Regulamento impende sobre cada Advogado relativamente ao qual se verifiquem as situações nele previstas, sem prejuízo das normas de organização interna da sociedade.

2 — As sociedades de Advogados devem designar, com comunicação ao Bastonário e registo pela Ordem dos Advogados, Advogado com as funções de interlocutor, adstrito à coordenação e fiscalização interna do cumprimento dos deveres previstos na lei e no presente Regulamento em matéria de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

3 — O previsto no número anterior não prejudica a nomeação de *compliance officer*.

4 — O Advogado referido no número anterior deve declarar internamente qualquer conflito de interesses que se verifique no que à respetiva intervenção respeita, cabendo à sociedade de Advogados proceder à resolução do mesmo e à sua imediata substituição, com comunicação ao Bastonário.

Artigo 6.º

Deveres dos Advogados

1 — Nos termos da lei, e conforme o presente Regulamento, os Advogados estão adstritos aos seguintes deveres:

- a) Identificação;
- b) Exame;
- c) Comunicação de operações suspeitas;
- d) Abstenção;
- e) Colaboração;
- f) Conservação e arquivo.

Artigo 7.º

Dever de identificação

1 — O dever de identificação efetiva-se através da obtenção pelo Advogado de informações relativas ao seu cliente ou possível cliente, consoante formulários aprovados pelo Conselho Geral dos quais conste:

a) No caso de pessoas singulares (i) todos os elementos constantes do documento de identificação que contenha fotografia, incluindo data de validade ou emissão (ii) nacionalidade ou nacionalidades no caso de pluri-nacionalidade (iii) profissão e entidade patronal (iv) endereço ou domicílio (v) naturalidade (vi) número de identificação fiscal ou equivalente (vii) assinatura (viii) identificação do beneficiário efetivo do negócio ou da transação ocasional quando as circunstâncias do caso evidenciarem que a pessoa singular não atue por conta própria;

b) No caso de pessoas coletivas ou centros de interesse coletivo sem personalidade jurídica (i) denominação social (ii) objeto social (iii) sede da sociedade ou da sucursal ou do estabelecimento estável ou outra morada dos principais locais de exercício da atividade (iv) número de identificação de pessoa coletiva ou equivalente (v) identidade dos titulares de participação no capital e nos direitos de voto de valor igual ou superior a cinco por cento (vi) identificação do beneficiário efetivo (vii) identidade dos titulares dos órgãos de administração ou equivalentes, bem como de

quaisquer quadros superiores relevantes com poderes de gestão (*viii*) país da constituição (*ix*) código CAE ou equivalente;

c) No caso de relação de negócio ou transação ocasional (*i*) finalidade e natureza do negócio ou transação ocasional (*ii*) origem dos fundos neles envolvidos;

2 — Consideram-se beneficiários efetivos as pessoas e entidades referidas no art. 30.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

3 — A comprovação da identidade do beneficiário efetivo é efetuada nos termos dos arts. 29.º e 31.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

4 — Como adjuvante da verificação da situação de beneficiário efetivo, o Advogado deve consultar o Registo Central de Beneficiários Efetivos e comunicar, através do Bastonário, a este serviço situações que verifiquem terem tal natureza e estejam nele omissas.

5 — No caso de o contacto com o Advogado ser estabelecido através de representante do cliente ou gestor de negócios do mesmo, é igualmente obtida a identificação daquele.

6 — Os elementos referidos são obtidos antes da aceitação formal do encargo profissional, da prestação de qualquer serviço profissional e independentemente de recebimento pelo Advogado de qualquer pagamento ou outorga de mandato.

7 — A comprovação dos elementos necessários à identificação do cliente é efetuada por confronto com documentos oficiais de registo civil, comercial e fiscal, que façam prova dos factos, dos quais é arquivada cópia em anexo ao formulário.

8 — É permitida a digitalização do formulário e a digitalização da cópia dos documentos referidos no número anterior.

9 — Quando realizados por terceiro que não o Advogado, o confronto com originais bem como a digitalização são efetuadas sob a supervisão e responsabilidade do Advogado.

10 — As cópias do formulário, devidamente preenchido e assinado pelo Advogado e pelo cliente, e dos elementos de comprovação dos mesmos são arquivados, pelo Advogado, em arquivo seguro e confidencial.

Artigo 8.º

Dever de exame

1 — O Advogado que tenha suspeita de que certa operação é apta a servir situação de branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo, deve reforçar os meios de análise da situação, relevando nomeadamente e obtendo esclarecimentos complementares sobre:

- a) A natureza, a finalidade, a frequência, a complexidade, a invulgaridade e a atipicidade da conduta, da atividade ou das operações;
- b) A aparente inexistência de um objetivo económico ou de um fim lícito associado à conduta, à atividade ou às operações;
- c) Os montantes, a origem e o destino dos fundos movimentados;
- d) O local de origem e de destino das operações;
- e) Os meios de pagamento utilizados;
- f) A natureza, a atividade, o padrão operativo, a situação económico-financeira e o perfil dos intervenientes;
- g) O tipo de transação, produto, estrutura societária ou centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica que possa favorecer especialmente o anonimato.

2 — Para o cumprimento do dever reforçado de análise, o Advogado deve utilizar os meios de pesquisa escritos ou eletrónicos, incluindo os motores de pesquisa de que disponha, e, tendo a isso acesso, às bases de dados de informações sobre o perfil de operações suspeitas.

Artigo 9.º

Dever de comunicação de operações suspeitas

1 — O dever de comunicação de operações suspeitas ocorre quando, no quadro das operações descritas no art. 4.º, n.º 2, alíneas a) a f), da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e considerando a verificação, em concreto, dos fatores de risco previstos no anexo II ou no anexo III do mesmo diploma, o Advogado saiba ou tenha suspeita devidamente documentada de que certos fundos ou outros bens, independentemente do montante ou valor envolvido, provêm de atividades criminosas ou estão relacionados com o financiamento do terrorismo.

2 — O dever previsto no número anterior existe mesmo que se trate de operação tentada.

3 — A comunicação deve ser efetuada ao Bastonário da Ordem dos Advogados, logo que o Advogado tenha conhecimento ou formule um juízo sobre a suspeita devidamente documentada referido no presente artigo.

4 — A comunicação, a materializar-se segundo formulário aprovado pelo Conselho Geral, deverá conter os seguintes elementos de informação, bem como cópia dos documentos anexos que os evidenciem:

- a) Identificação das pessoas singulares e coletivas direta ou indiretamente envolvidas e que sejam do conhecimento da entidade obrigada, bem como a informação conhecida sobre a atividade das mesmas;

- b) Procedimentos de averiguação e análise promovidos pela entidade obrigada no caso concreto;
- c) Elementos caracterizadores e descritivos das operações;
- d) Fatores de suspeita concretamente identificados pela entidade obrigada.

5 — A comunicação pode ser efetuada por via eletrónica, com documentos em suporte digital, desde que seja autenticada pelo Advogado a conformidade com o original.

6 — Nos casos em que, ponderando globalmente a situação, o Advogado concluir pela inexistência de razão suficiente para efetuar a comunicação prevista no presente artigo, deve conservar cópia dos documentos que tenham servido de suporte a tal decisão bem como documento escrito, datado e assinado, em que a fundamente.

7 — Ao efetuar de modo integral a comunicação ao Bastonário prevista no presente artigo o Advogado exonera-se de qualquer responsabilidade disciplinar pela não sequência do comunicado.

Artigo 10.º

Dever de abstenção

1 — Concomitantemente com o dever de comunicação ao Bastonário, os Advogados estão adstritos a dever de abstenção de agir profissionalmente relativamente a qualquer operação ou conjunto de operações, presentes ou previstas, que saibam ou que fundamentadamente suspeitem poder estar associadas a fundos ou outros bens provenientes ou relacionados com a prática de atividades criminosas ou com o financiamento do terrorismo.

2 — O dever de abstenção verifica-se igualmente tendo ocorrido notificação por parte do DCIAP a determinar, nos termos da lei, a suspensão da operação caso em que o Advogado comunica o facto, em ofício confidencial, ao Bastonário.

3 — No caso de Advogado cuja atividade seja exercida no quadro de uma relação hierárquica ou no âmbito de uma sociedade de Advogados, tal situação não exonera o Advogado do dever de abstenção, não podendo o Advogado, que atue conforme o mesmo, sofrer qualquer consequência prejudicial.

Artigo 11.º

Dever de cooperação

1 — Nas situações previstas nos arts. 43.º e 47.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, o dever de cooperação dos Advogados para

com o DCIAP e a UIF da Polícia Judiciária, relativamente a solicitações específicas de informação e documentação que expressamente se fundamentem em atuação no quadro de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, deve ser efetuada através do Bastonário.

2 — Fora das situações previstas naqueles preceitos legais, e sem prejuízo do dever de segredo profissional que recair sobre o Advogado, o dever de cooperação dos Advogados para com o DCIAP e a UIF da Polícia Judiciária, relativamente a solicitações específicas de informação e documentação que expressamente se fundamentem em atuação no quadro de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, deve ser observado pelo próprio Advogado junto da respetiva entidade requerente, com informação ao Bastonário.

Artigo 12.º

Confidencialidade e dever de conservação

1 — Todas as comunicações e correspondência respeitantes ao cumprimento da lei em matéria de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, bem como a documentação respetiva, têm natureza confidencial, estando adstritos ao dever respetivo todos os que tomarem contacto com a mesma, incluindo outros Advogados, sócios de sociedades de Advogados, colaboradores e trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo social ou laboral.

2 — O disposto no número anterior não prejudica o estatuído no art. 54.º, n.ºs 1, 5 e 6, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

3 — Os Advogados organizarão arquivo separado e confidencial dos elementos de informação recolhidos para o efeito do cumprimento da lei e do presente Regulamento e bem assim das comunicações a que houver lugar sobre a matéria, e da correspondência respetiva.

4 — Para o efeito do cumprimento do dever e da garantia de confidencialidade a Ordem dos Advogados organiza, sob a direta dependência do Bastonário, um arquivo, determinando-se, por identificação nominal, as pessoas com acesso ao mesmo e aos elementos de informação e documentais relevantes.

5 — O arquivo a que se refere o presente artigo será conservado pelo prazo de sete anos, podendo ser transferido para suporte digital, desde que se verifique a certificação respetiva.

6 — O prazo de conservação de sete anos conta-se a partir do momento em que se torne obrigatório o cumprimento do dever em causa por parte do Advogado.

7 — Findo o decurso do prazo previsto no número anterior, cabe ao Advogado proceder anualmente à destruição do respetivo arquivo.

Artigo 13.º

Outros deveres

1 — Os Advogados devem manter contas bancárias para a movimentação financeira inerente à execução dos serviços que lhes estão confiados, autónomas daquelas em uso para a gestão do escritório.

2 — Os Advogados devem abster-se de indicar os respetivos escritórios como sede ou domicílio de sucursal de sociedades comerciais de clientes quer sejam pessoas físicas ou ainda seus representantes.

Artigo 14.º

Gabinete de Apoio

1 — É instituído, na dependência direta do Bastonário, um Gabinete de Apoio para o efeito de o coadjuvar no cumprimento dos deveres previstos na lei e no presente Regulamento em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

2 — O Conselho Geral aprovará, se necessário, Regulamento para o funcionamento do Gabinete de Apoio, fixando os termos da prestação de serviço pelos seus membros.

3 — O Gabinete é presidido por Advogado de reconhecida probidade, mérito, experiência e consagrada competência na matéria, podendo incluir, caso as necessidades de serviço, o justifiquem, outros Advogados, de reconhecida probidade, mérito e competência, nomeados pelo Conselho Geral segundo maioria de dois terços.

4 — O mandato do Gabinete de Apoio é de quatro anos, renovável uma só vez.

5 — Os membros do Gabinete de Apoio estão sujeitos ao dever de confidencialidade.

6 — Os membros do Gabinete de Apoio, incluindo o respetivo Presidente, devem declarar qualquer conflito de interesses que se suscite face a matérias que lhes sejam submetidas para apreciação e situações em que tenham ou hajam tido intervenção profissional ou se repercutam na sua esfera pessoal.

7 — Os conflitos de interesse são resolvidos pelo Bastonário, sem admissão de recurso.

8 — São atribuições do Gabinete:

a) Receber do Gabinete do Bastonário as comunicações efetuadas pelos Advogados ao abrigo do presente Regulamento;

b) Proceder à análise das referidas comunicações e emitir no prazo máximo de cinco dias ou, em caso de urgência, no prazo máximo de quarenta e oito horas, parecer, não vinculativo, a submeter ao Bastonário, sobre a articulação entre o dever de comunicação e os deveres legais que impendem sobre os Advogados, nomeadamente o de segredo profissional e defesa dos interesses dos seus constituintes, propondo os termos em que deve ser efetuada a comunicação, sendo devida, ou fundamentando a inexistência de dever legal de comunicação;

c) Emitir parecer no prazo máximo de cinco dias ou, em caso de urgência, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a submeter ao Bastonário, sobre o cumprimento do dever legal de comunicação que recaia sobre a Ordem dos Advogados;

d) Emitir, em matéria da sua competência, parecer sobre questões genéricas que lhes sejam submetidas pelo Bastonário;

e) Manter estatística atualizada das situações relevantes ao abrigo da lei e do presente Regulamento, segundo a data da comunicação o tipo de ilícito em causa, sem individualização de nomes ou de identificação dos casos concretos a que respeitem;

f) Promover, em articulação com o Conselho Geral e com os Conselhos Regionais, ações de formação profissional, no âmbito do estágio e incluindo a contínua sobre a matéria da prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

9 — O Presidente do Gabinete de Apoio pode corresponder-se diretamente com os Advogados no que se tornar necessário para o desempenho das suas funções.

10 — O Bastonário pode delegar no Presidente do Gabinete de Apoio a competência para a articulação direta com o DCIAP e a UIF da Polícia Judiciária em matéria de comunicação e prestação de informações relevantes.

11 — O Gabinete de Apoio é servido administrativamente por funcionário que o Bastonário designe, o qual fica adstrito ao dever de confidencialidade.

Artigo 15.º

Tramitação

1 — Recebido o parecer do Gabinete sobre comunicação que lhe haja sido submetida para apreciação, o Bastonário, no caso de não se lhe tornarem necessários esclarecimentos adicionais, exara despacho no prazo

máximo de cinco dias, homologando-o em caso de concordância, ou rejeitando-o; em caso de urgência, o prazo máximo para a homologação do parecer do Gabinete passa a ser de quarenta e oito horas.

2 — No caso de homologação do parecer, o Bastonário determinará que seja efetuada a comunicação, imediatamente e sem filtragem, ao DCIAP e à UIF, a qual terá lugar por ofício com a sua assinatura, de acordo com modelo anexo ao presente Regulamento.

3 — No caso de atos excluídos dos deveres legais que justifiquem rejeição, o Bastonário fundamentará a razão da recusa e decidirá sobre os termos da comunicação a efetuar.

4 — A decisão do Bastonário, de que não cabe recurso, é comunicada ao Gabinete de Apoio.

5 — O Advogado que tenha formulado a comunicação prevista no presente Regulamento será notificado, por ofício firmado pelo Presidente do Gabinete de Apoio, do despacho que tiver recaído sobre a sua comunicação e data de transmissão da comunicação.

Artigo 16.º

Entrada em vigor e publicação

1 — O presente Regulamento é publicado no portal da Ordem dos Advogados e no *Diário da República*.

2 — O presente Regulamento entra em vigor em quinze dias úteis após a sua publicação.

3 — Os Advogados e as sociedades de Advogados dispõem de um prazo de cento e oitenta dias, contados da entrada em vigor do presente Regulamento, para conformarem os seus registos em função do determinado na lei e no presente Regulamento em matéria de cumprimento do dever de identificação do cliente.

4 — A adaptação das contas bancárias e da localização de sedes sociais ao previsto no art. 13.º do presente Regulamento deve ser efetuada no prazo de noventa dias contados da data de entrada em vigor do mesmo.