

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

Doutrina

ANA MARIA GUERRA MARTINS

Direitos Humanos e desigualdades na Europa em tempos de pandemia. Um olhar de Estrasburgo

CATARINA MONTEIRO PIRES

Colação: âmbito e determinação do valor de bens colacionáveis transacionáveis e com valor inconstante, sujeito a regras do mercado

DIOGO COSTA GONÇALVES

Breves notas sobre o governo das sociedades familiares

HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS e DIOGO LEITE DE CAMPOS

Dignidade da pessoa e impostos

JOÃO ZENHA MARTINS

Contrato de trabalho desportivo e (in)admissibilidade de cláusulas anti rivais

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

As Criptomoedas

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Termo inicial da sanção pecuniária compulsória judicial. Meio processual para a verificação do incumprimento, quando só se peça a execução da sanção

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA

A adequação formal: o fim de um princípio

LUÍS CORTES MARTINS

Incidente de recusa de árbitro: uso e abuso

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência

MARIA DE LURDES PEREIRA e FRANCISCO MENDES CORREIA

O dano indemnizável na responsabilidade pelo prospeto

MARIANA FONTES DA COSTA

Covid-19 e alteração superveniente das circunstâncias

MICAELA MONTEIRO LOPES

A tributação das aquisições mortis causa no ordenamento jurídico português

PACÔME ZIEGLER

Dos juro vincendos sobre a obrigação de indemnização

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre o Projeto de Decreto-Lei n.º 960/XXII/2021 para criação do Mecanismo Nacional de Anticorrupção (MENAC) e Regime Geral da Prevenção da Corrupção (RGPC).

Vida Interna

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de janeiro de 2021— Recurso jurisdicional de ação administrativa especial de impugnação de ato administrativo, instaurada contra a Ordem dos Advogados.
- Regulamento do Regime do Referendo, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 26 de março de 2021.

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 81
2 0 2 1



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados e Director
Luís Menezes Leitão

Sub-Directora
Catarina Monteiro Pires

Conselho Consultivo
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Germano Marques da Silva /
/ José Osvaldo Gomes / Miguel Teixeira de Sousa / Paulo de Pitta e Cunha /
/ Rui Chancerelle de Machete

Conselho de Redacção
Alexandre Mota Pinto / António Andrade de Matos / Diogo Duarte Campos /
/ Fernando Ferreira Pinto / Francisco Mendes Correia / Guilherme Machado
Dray / Manuel Carneiro da Frada / Maria de Lurdes Pereira / Miguel Assis
Raimundo / Patrícia Akester / Pedro Duro / Rita Canas da Silva / Rogério
Fernandes Ferreira / Sofia Ribeiro Mendes / 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
revista@cg.ao.pt

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
Magicprinter, L.^{da}

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares

Assinatura da ROA disponível em
<www.ao.pt>

CATARINA MONTEIRO PIRES
Editorial p. 7

Doutrina

ANA MARIA GUERRA MARTINS

Direitos Humanos e desigualdades na Europa no contexto da pandemia. Um olhar de Estrasburgo p. 9

O presente estudo debruça-se sobre o papel da CEDH e do TEDH no combate às desigualdades que têm vindo a aumentar na Europa com a pandemia COVID 19.

CATARINA MONTEIRO PIRES

Colaço: âmbito e determinação do valor de bens colacionáveis transacionáveis e com valor inconstante, sujeito a regras do mercado p. 25

A. Introdução. B. Âmbito objetivo e subjetivo da colaço. C. Conferência dos bens colacionáveis. D. Critérios para a determinação do valor do bem colacionável em caso de oscilaço de valor.

DIOGO COSTA GONÇALVES

Breves notas sobre o governo das sociedades familiares p. 41

As sociedades familiares — enquanto personificação do património de uma família, sujeito às regras do tipo societário em presença — colocam vários problemas à *praxis* jurídica. Neste estudo, oferecem-se algumas reflexões preliminares acerca de um tema central do Direito societário português.

HÉLIO SÍLVIO OURÉM CAMPOS e DIOGO LEITE DE CAMPOS

Dignidade da pessoa e impostos p. 57

A pessoa digna é central no Estado de Direito democrático em sentido material, em que Direito é igual a Justiça, igual a direitos da pessoa. Esta centralidade também se faz sentir em matéria de impostos, ainda hoje dominados pela autoridade do legislador e não gerados pelos direitos da pessoa. Impostos sempre a caminho de se transformarem em Direito/Justiça mas faltando-lhes os últimos passos.

JOÃO ZENHA MARTINS

Contrato de trabalho desportivo e (in)admissibilidade de cláusulas anti rivais p. 85

O texto trata da admissibilidade de cláusulas destinadas a evitar que um atleta venha a celebrar um contrato de trabalho desportivo com uma ou mais entidades.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

As Criptomoedas p. 119

§1 Aspetos Gerais; §2 Fontes; §3 Características; §4 Modalidades; §5 Regime Jurídico.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Termo inicial da sanção pecuniária compulsória judicial. Meio processual para a verificação do incumprimento, quando só se peça a execução da sanção p. 189

A data do trânsito em julgado da sentença condenatória marca o início da sanção pecuniária compulsória judicial. Discorre-se ainda sobre o regime aplicável se esse momento fosse o da exequibilidade e sobre o meio processual para verificar o incumprimento.

LUÍS CORREIA DE MENDONÇA

A adequação formal: o fim de um princípio p. 213

A norma contida no artigo 547.º do Código de Processo Civil não é nenhum princípio, nem um conceito indeterminado; é uma **cláusula geral**, cujo sentido e principais limites (princípios do contraditório e igualdade) se procura individualizar.

LUÍS CORTES MARTINS

Incidente de recusa de árbitro: uso e abuso p. 241

O incidente de Recusa de Árbitro. Regime Jurídico: — em especial os seus fundamentos à luz da LAV, e consequências na tramitação do processo arbitral. Questões conexas: — eventual dever de indemnização e honorários.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência p. 263

A suspensão do dever de apresentação à insolvência, no âmbito da intervenção legislativa em reacção à crise pandémica, não afasta necessariamente a possibilidade de qualificação da insolvência como culposa em todos os casos de manutenção da actividade empresarial. Neste texto, analisa-se o impacto desta medida na ponderação dos deveres dos administradores quando a empresa ainda apresente perspectivas de viabilidade e quando ela já não se afigure possível.

MARIA DE LURDES PEREIRA e FRANCISCO MENDES CORREIA

O dano indemnizável na responsabilidade pelo prospeto p. 289

Pergunta-se se a responsabilidade pelo prospeto requer que o investidor o tenha lido e como se calcula a indemnização aí devida: é o que nos propomos resolver neste estudo.

MARIANA FONTES DA COSTA

Covid-19 e alteração superveniente das circunstâncias p. 357

O artigo analisa o pressuposto, requisitos e consequências da aplicação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias à luz do contexto específico da pandemia de Covid-19.

MICAELA MONTEIRO LOPES

A tributação das aquisições *mortis causa* no ordenamento jurídico português p. 375

A tributação das aquisições *mortis causa* encontra-se atualmente regulamentada no Código do Imposto do Selo, mas as alterações legislativas sofridas ao longo das décadas não são imunes a um juízo crítico.

PACÔME ZIEGLER

Dos juros vincendos sobre a obrigação de indemnização p. 395

O artigo aborda a figura dos juros indemnizatórios, distinguindo-os dos juros de mora e livrando-os dos ditames dos artigos 805.º e 806.º do Código Civil.

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre o Projeto de Decreto-Lei n.º 960/XXII/2021 para criação do Mecanismo Nacional de Anticorrupção (MENAC) e Regime Geral da Prevenção da Corrupção (RGPC) p. 421

Vida Interna

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de janeiro de 2021 — Recurso jurisdicional de ação administrativa especial de impugnação de ato administrativo, instaurada contra a Ordem dos Advogados p. 425
- Regulamento do Regime do Referendo, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 26 de março de 2021 p. 461

EDITORIAL

Cabe-me a honra de subscrever o editorial do presente volume da Revista da Ordem dos Advogados, o primeiro volume após o início das minhas funções de subdiretora da Revista, na sequência do amável convite do Senhor Bastonário, Prof. Doutor Luís Menezes Leitão.

O manifesto interesse dos textos que se seguem exigem-me que poupe ao leitor o seu tempo, certa de que a sua atenção logo se dirigirá para o conteúdo da Revista. Consigno, apenas, três breves palavras.

A *primeira palavra* é de agradecimento à subdireção que me precedeu, assumida pelo Dr. Rui Cardona Ferreira, pelo trabalho realizado quanto a edições anteriores e ainda por ter coordenado e organizado grande parte do trabalho que conduziu ao atual volume.

A *segunda* para referir que registo, com grande satisfação, a vitalidade da Revista da Ordem dos Advogados, reunindo neste volume estudos jurídicos diversificados que percorrem as áreas do Direito Constitucional, do Direito Fiscal, do Direito do Trabalho, do Direito Comercial, do Direito da Insolvência, do Direito Sucessório, do Direito Civil, do Direito da Arbitragem, entre outros.

A *terceira*, e última palavra, para dirigir uma saudação a todas as Colegas Advogadas e a todos os Colegas Advogados que encontram nesta Revista fonte de conhecimento, de inovação e de debate, fazendo votos de que este volume lhes possa ser útil na aprendizagem contínua que a nossa profissão nos exige, votos que também endereço a todos os juristas lusófonos.

Lisboa, 8 de julho de 2021

CATARINA MONTEIRO PIRES

DIREITOS HUMANOS E DESIGUALDADES NA EUROPA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

UM OLHAR DE ESTRASBURGO⁽¹⁾

Pela Prof. Doutora Ana Maria Guerra Martins()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Restrições aos Direitos Humanos durante a crise pandémica. 3. A necessidade imperiosa de afirmação da igualdade e da não discriminação em contexto pandémico. 3.1. As medidas restritivas e o seu impacto na igualdade e na não discriminação. 3.2. A afirmação multinível da igualdade e a não discriminação. 3.3. A igualdade e a não discriminação na CEDH. 3.3.1. Bases jurídicas: o art. 14.º da CEDH. 3.3.2. *Idem*: O art. 1.º do Protocolo n.º 12. 3.3.3. Conteúdo e formas de discriminação. 3.3.4. Critérios de discriminação. 3.3.5. As categorias suspeitas de discriminação. 4. O papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias em tempos de pandemia.

1. Introdução

Os tempos de crise constituem um terreno fértil para a restrição dos direitos humanos, para o aumento das desigualdades e para o desrespeito da democracia e da *rule of law*.

(1) As opiniões expressas neste estudo vinculam, única e exclusivamente, a sua Autora, não implicando qualquer tomada de posição das instituições a que pertence.

(*) Juíza do TEDH. Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A presente pandemia não constitui exceção. Aliás, muito provavelmente, representa, desde a II Guerra Mundial, a maior ameaça ao núcleo duro da base axiológica comum europeia, da qual fazem parte a democracia, a liberdade, a igualdade, a *rule of law* e a proteção dos direitos humanos. Por um lado, porque pôs — e continua a pôr — gravemente em risco vidas humanas e a saúde das pessoas; por outro lado, porque colocou — e continua a colocar — os mais vulneráveis — refugiados, requerentes de asilo, migrantes, Roma, mulheres, crianças, deficientes e idosos — numa situação de ainda maior vulnerabilidade, o que contribui para aumentar as desigualdades e a discriminação de certas pessoas e de certos grupos.

Considerando que, em anteriores estudos, já tivemos oportunidade de nos debruçar sobre o impacto da COVID-19 no domínio dos direitos humanos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁽²⁾ bem como sobre o papel que, em tempos de crise, os tribunais, tanto ao nível nacional como internacional, devem desempenhar para assegurar o seu respeito⁽³⁾, no presente estudo propomo-nos tratar a questão de saber se, e em que medida, a CEDH se afigura um instrumento jurídico adequado e eficaz no combate às desigualdades que têm vindo a aumentar com a pandemia assim como se, e em que medida, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) dispõe das ferramentas adequadas para impor o respeito da igualdade e da não discriminação.

A resposta a estas questões impõe, em primeiro lugar, traçar o diagnóstico da situação, ou seja, averiguar em que medida os direitos humanos foram restringidos devido à crise pandémica. Seguidamente, há que avaliar se as eventuais restrições incidem do mesmo modo sobre todas as pessoas e todos os grupos e, em caso de resposta negativa, de que modo a CEDH pode contribuir para a afirmação da igualdade e da não discriminação. Por fim, estudaremos qual o papel que o TEDH deve desempenhar no controlo das medidas eventualmente violadoras da igualdade e do direito à não discriminação.

(2) ANA MARIA GUERRA MARTINS, “O Impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos — A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, *e publica*, <www.e publica.pt>, Vol. 7, n.º 1, abril 2020, p. 156, ss.

(3) ANA MARIA GUERRA MARTINS, “Multilevel Judicial Control of the European Common Values in Pandemic Times”, *Révue européenne de droit public / European Public Law Review*, 2021.

2. Restrições aos Direitos Humanos durante a crise pandêmica

É relativamente consensual que a presente crise pandêmica representa um enorme desafio para os direitos humanos, para a democracia e para a *rule of law*. Antes de mais, porque pressiona os Estados-Membros do Conselho da Europa a observarem escrupulosamente as obrigações positivas que decorrem dos direitos consagrados na CEDH, designadamente do direito à vida e do direito à saúde. Mas também porque pode constituir uma tentação para governos menos democráticos de, pela via das medidas de emergência, derivarem para o autoritarismo, pelo que durante as crises — quaisquer que elas sejam — tornam-se mais prementes o respeito, a proteção e a implementação dos direitos humanos bem como o respeito da democracia e da *rule of law* assim como se revela ainda mais necessário um poder judicial forte e independente.

É certo que o diálogo e a pressão políticos podem ajudar, mas o poder judiciário é a chave do respeito das liberdades individuais e da igualdade tanto em tempos de paz como ainda mais em tempos de crise⁽⁴⁾.

Com o objetivo de combater o vírus e de prevenir as suas consequências, os governos e outras entidades públicas de todo o mundo têm vindo a adotar medidas que constituem restrições, ou até mesmo suspensão, entre outros, do direito de livre circulação das pessoas, do direito de reunião e de associação, do direito ao respeito pela vida privada, incluindo o direito à protecção de dados, e familiar, da liberdade de expressão, do direito ao trabalho, da liberdade de religião, do direito de aprender e ensinar, do direito à cultura e do direito de livre iniciativa empresarial.

Ora, todos estes direitos têm fundamento não só nas constituições dos Estados como também em tratados internacionais de direitos humanos, como sejam os Pactos das Nações Unidas, a CEDH e a Carta Social Europeia, e ainda no Direito da União Europeia, em especial na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Note-se, contudo, que a maior parte dos direitos humanos não são absolutos, pelo que podem ser restringidos ou até derogados, desde que preenchidos determinados requisitos. Com efeito, quase todos os instrumentos de direitos humanos contêm disposições que permitem reagir a situações de crise pela via da restrição⁽⁵⁾ ou até da derrogação⁽⁶⁾ de certos

(4) Neste sentido, INETA ZIEMELE (2020) “Liberal Values, Covid-19 and the Judiciary”, *European Convention on Human Rights Law Review*, 2020, 1, pp. 159-164”, p. 162.

(5) V. arts. 5.º, n.º 1, al. e); 8.º a 11.º CEDH.

(6) V. art. 15.º CEDH.

direitos, não constituindo a CEDH exceção a esta regra⁽⁷⁾. Porém, as medidas restritivas e derogatórias têm de respeitar os limites também eles consagrados tanto no direito interno, em especial, no direito constitucional, bem como no direito internacional, seja ele universal ou regional.

É certo que, pelo menos, na Europa, as medidas têm sido justificadas, do ponto de vista jurídico, com base em estados de exceção declarados a nível interno, os quais, independentemente da sua designação, conferem às entidades públicas poderes que, fora desse enquadramento jurídico, nunca seriam conformes ao Direito. Ao nível internacional alguns Estados-Membros do Conselho da Europa accionaram, por exemplo, o mecanismo do art. 15.º da CEDH; outros preferiram não o fazer.

Entretanto, têm vindo a surgir vários conflitos não só entre os cidadãos e os Estados, os municípios e outras entidades públicas, mas também entre os privados, por exemplo, entre empresas e trabalhadores, entre consumidores e fornecedores de bens e serviços que os tribunais, nacionais e internacionais, estão a ser chamados a dirimir. Como veremos adiante, o TEDH também já começou a receber as primeiras queixas, neste domínio, e pode antecipar-se que muitas mais estarão a caminho.

3. A necessidade imperiosa de afirmação da igualdade e da não discriminação em contexto pandémico

3.1. As medidas restritivas e o seu impacto na igualdade e na não discriminação

Não há dúvida que a pandemia tem vindo a causar globalmente o colapso dos sistemas de saúde, pondo em causa o direito à vida e o direito à saúde tanto dos doentes covid como dos que padecem de outras patologias. Mas os efeitos da pandemia fazem-se igualmente sentir no aumento da pobreza, das desigualdades entre seres humanos e do desemprego assim como na deterioração da qualidade de vida dos mais vulneráveis, os quais têm vindo a sofrer maiores discriminações.

(7) Sobre o regime jurídico das restrições e das derrogações previsto na CEDH, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As restrições dos direitos da Convenção em tempo de múltiplas crises (art. 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), in Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus Protocolos*, Vol. 3, Lisboa, UCP, 2019, p. 2590, ss., bem como toda a bibliografia aí citada.

Antes de mais, importa notar que as medidas restritivas adotadas pelos vários governos — ainda que à partida pareçam neutras — numa análise mais fina, facilmente se verifica que não têm o mesmo impacto sobre todas as pessoas.

Vejam os casos, por exemplo, do fecho das escolas com a consequente promoção do ensino à distância. Tendo em conta que o acesso à tecnologia e aos materiais necessários, assim como o apoio à aprendizagem enquanto as escolas estão fechadas, é muito desigual, isso leva a que o direito à educação seja afetado, ainda que, à partida, as escolas estejam fechadas para todos. O próprio acesso à internet de quem vive o ensino à distância não é igual para todos.

A obrigação de permanecer em casa também não representa o mesmo para uma família de 5 ou 6 pessoas que vive num apartamento de 50 m² ou para uma pessoa que vive sózinha numa moradia de 500 m². O confinamento levou, por exemplo, ao aumento da violência doméstica durante a pandemia e, consequentemente, da violência de género.

Em matéria de emprego, a imposição do teletrabalho, em alguns setores de atividade, não tem as mesmas implicações para quem vive sozinho ou para os que mora numa casa pequena e tem crianças a seu cargo. O direito ao emprego foi também diferentemente afetado, consoante a trabalhadora ou o trabalhador se enquadre num setor em que o teletrabalho é possível ou num outro em que isso não é possível, como é o caso da restauração, dos espetáculos, do turismo, da aviação, etc.

Além disso, a pandemia teve, e continuará a ter, um impacto muito maior em certos grupos mais vulneráveis, como é o caso dos idosos, dos deficientes, dos presos, dos requerentes de asilo, dos migrantes em geral e dos Roma. Note-se que a pandemia tem vindo a gerar ondas crescentes de racismo e xenofobia que se estenderam até aos profissionais de saúde.

Ainda que as medidas restritivas e a suspensão de certos direitos possam não ser diretamente discriminatórias, a verdade é que podem ser suscetíveis de ter um impacto muito maior e mais negativo em certas pessoas e em certos grupos do que noutros, pelo que é necessário levar muito a sério os efeitos discriminatórios das medidas e as desigualdades geradas pela pandemia.

3.2. A afirmação multinível da igualdade e a não discriminação

Ora, a igualdade e a não discriminação fazem parte do núcleo duro dos valores comuns europeus, sendo afirmadas tanto ao nível dos direitos internos, especialmente dos constitucionais, como ao nível do direito inter-

nacional dos direitos humanos quer universal quer regional. Note-se, contudo, que não é fácil chegar a definições claras de igualdade e de não discriminação.

Além disso, as referências à igualdade perante a lei, muito vulgares no direito constitucional dos Estados, são mais raras nos textos de direito internacional dos direitos humanos. Encontram-se, por exemplo, no art. 7.º da DUDH, que determina que “*todos são iguais perante a lei*” e no art. 26.º do PIDCP, o qual dispõe que “*todos são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação a igual proteção da lei*”. Ao nível regional europeu, a CEDH não lhe faz referência, sendo que o protocolo n.º 12 à CEDH afirma, no preâmbulo, que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a uma igual proteção pela lei.

O direito internacional dos direitos humanos ocupa-se, primordialmente, da proibição da discriminação, como o provam, por exemplo, os arts. 2.º PIDCP e 14.º da CEDH. Existem até tratados internacionais que definem o conceito de discriminação relevante para efeitos de aplicação da convenção, como é o caso da Convenção das Nações Unidas para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, da Convenção das Nações Unidas para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, da Convenção n.º 111 da OIT relativa à discriminação no trabalho e no emprego e da Convenção da UNESCO contra a discriminação na educação.

Tendo em conta que o objeto deste estudo se restringe à CEDH, passemos à análise mais detalhada da igualdade e não discriminação em sede desta Convenção.

3.3. A igualdade e a não discriminação na CEDH

3.3.1. Bases jurídicas: o art. 14.º da CEDH

Ao contrário do que sucede com os preceitos da DUDH e do PIDCP — que se aplicam autonomamente —, a CEDH estabelece, no art. 14.º, que «*o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*».

Uma interpretação literal deste preceito conduziria a considerar que o direito a não ser discriminado não tem uma existência autónoma na

CEDH⁽⁸⁾, uma vez que só é garantido no contexto da violação dos direitos ou liberdades reconhecidos na própria Convenção.

Porém, o TEDH não tem interpretado o art. 14.º de forma tão restrita. Apesar de o TEDH sublinhar, frequentemente, o carácter acessório do art. 14.º, ao afirmar que se destina a completar as outras disposições da Convenção e dos seus protocolos⁽⁹⁾ — ou seja, a Convenção não proíbe a discriminação enquanto tal, mas apenas quando está em causa o gozo dos direitos e liberdades nela reconhecidos — o mesmo Tribunal conclui igualmente pela aplicabilidade do art. 14.º num âmbito muito mais vasto de domínios do que aquele que está expressamente consagrado na CEDH. Assim, o emprego⁽¹⁰⁾; a pertença a um sindicato⁽¹¹⁾; a segurança social⁽¹²⁾; a educação⁽¹³⁾; o direito ao respeito do domicílio⁽¹⁴⁾; o acesso à justiça⁽¹⁵⁾; os direitos sucessórios⁽¹⁶⁾; o direito de visita em relação às crianças⁽¹⁷⁾; os direitos de paternidade⁽¹⁸⁾; a liberdade de expressão, de reunião e de associação⁽¹⁹⁾; o direito a um inquérito efetivo⁽²⁰⁾; a elegibilidade de um detido para a liberdade condicional⁽²¹⁾; a elegibilidade de alguém para uma redução de impostos⁽²²⁾ são alguns exemplos de domínios em que o TEDH tem aceite a aplicabilidade do art. 14.º.

(8) *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica» c. Bélgica* (mérito) 1968, § da parte «En droit»; queixa n.º 42184/05, *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], 2010, § 63; queixa n.º 43546/02, *E.B. c. França* [GC], 2008, § 47; *Marckx c. Bélgica*, 13/06/1979, § 32; *Inze c. Austria*, 28/10/1987, § 36.

(9) Queixa n.º 20452/14, *Molla Sali c. Grécia* [GC], 2018, § 123; *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], *cit.*, § 63; *E.B. c. França* [GC], *cit.*, § 47; *Marckx c. Bélgica*, *cit.*, § 32.

(10) Queixa n.º 55480/00 e 59330/00, *Sidabras et Džiautas c. Lituânia*, 2004; queixa n.º 26713/05, *Bigaeva c. Grécia*, 2009.

(11) Queixa n.º 67336/01, *Danilenkov e outros c. Rússia*, 2009.

(12) Queixa n.º 55707/00, *Andrejeva c. Letónia* [GC], 2009; *Gaygusuz c. Austria*, 16/09/1996; queixa n.º 40892/98, *Koua Poirrez c. França*, 2003; queixa n.º 37452/02, *Stummer c. Austria* [GC], 2011.

(13) Queixa n.º 57325/00, *D.H. e outros c. República Checa* [GC], 2007; queixa n.º 15776/03, *Oršuš e outros c. Croácia* [GC], 2010; queixa n.º 5335/05, *Pononyari c. Bulgária*, 2011.

(14) *Buckley c. Reino Unido*, 25/09/1996; queixa n.º 40016/98, *Karner c. Austria*, 2003.

(15) Queixa n.º 37193/07, *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, 2010; Queixa n.º 41138/98 e 64320/01, *Moldovan e outros c. Roménia (no 2)*, 2005; queixa n.º 45413/07, *Anakomba Yula c. Bélgica*, 2009.

(16) Queixa n.º 16574/08, *Fabris c. França* [GC], 2013.

(17) Queixa n.º 31871/96, *Sommerfeld c. Alemanha* [GC], 2003.

(18) *Rasmussen c. Dinamarca*, 28/11/1984.

(19) Queixa n.º 1543/06, *Bączkowski e outros c. Polónia*, 2007.

(20) Queixa n.º 43577/98 e 43579/98, *Natchova e outros c. Bulgária* [GC], 2005; queixa n.º 33401/02, *Opuz c. Turquia*, 2009; queixa n.º 47159/08, *B.S. c. Espanha*, 2012.

(21) Queixas n.º 60367/08 e 961/11, *Khamtokhu et Aksenchik c. Rússia* [GC], 2017.

(22) Queixa n.º 23682/13, *Guberina c. Croácia*, 2016.

Além disso, o Tribunal considera que a proibição das discriminações se aplica não só aos direitos expressamente consagrados na CEDH como também aos que estejam implícitos, ou seja, aos que se retiram daqueles que os Estados expressamente decidiram proteger⁽²³⁾.

O Tribunal aceita ainda o efeito horizontal do art. 14.º, isto é, o princípio da não discriminação pode aplicar-se a situações puramente privadas. Por outras palavras, qualquer interpretação judicial de um ato jurídico, seja ele uma cláusula de um testamento, de um contrato privado, de um documento público ou de uma norma legal ou até de uma prática administrativa se for desrazoável, arbitrária ou em flagrante contradição com a proibição da discriminação é contrária à CEDH.

3.3.2. *Idem*: o art. 1.º do Protocolo n.º 12

O art. 1.º do Protocolo n.º 12 da CEDH estabelece no n.º 1 o seguinte:

“O gozo de qualquer direito previsto por lei será assegurado sem discriminação designadamente em razão do sexo, da raça, da cor, da língua, da religião, da opinião política ou outra, da origem nacional ou social, da pertença a uma minoria nacional, da fortuna, do nascimento ou de qualquer outra situação”.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que

“Ninguém pode ser discriminado por uma autoridade pública, seja por que motivo for, incluindo os motivos referidos no n.º 1”.

O âmbito de aplicação deste preceito é, pois, mais amplo que o do art. 14.º CEDH, uma vez que se estende a qualquer direito previsto na lei. Ou seja, o art. 1.º do Protocolo n.º 12 prevê uma proibição geral de discriminação⁽²⁴⁾, acabando por consagrar um “direito autónomo” a não ser discriminado.

O problema é que o Protocolo n.º 12, ao contrário do art. 14.º da CEDH, só vincula vinte dos quarenta e sete Estados-Membros do Conselho da Europa, pelo que o TEDH ainda não teve muitas ocasiões para se pronunciar sobre ele.

⁽²³⁾ Queixa n.º 78117/13, *Fábián c. Hungria* [GC], 2017, § 112; queixa n.º 38590/10, *Biao c. Dinamarca* [GC], 2016, § 88; queixa n.º 62649/10, *Izzettin Doğan e outros c. Turquia* [GC], 2016, § 158; *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], *cit.*, § 63; *E.B. c. França* [GC], *cit.*, § 48; queixa n.º 19010/07, *X e outros c. Áustria* [GC], 2013, § 135; queixa n.º 53124/09, *Genovese c. Malta*, 2011, § 32; queixa n.º 34952/07, *Beeckman e outros c. Bélgica* (déc.), 2018, § 19.

⁽²⁴⁾ Queixa n.º 7798/08, *Savez crkava « Riječ života » e outros c. Croácia*, 2010, § 103; queixa n.º 27996/06 e 3836/06, *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], 2009, § 53.

3.3.3. Conteúdo e formas de discriminação

Como já se mencionou, a CEDH não define igualdade nem discriminação e também não se verifica um consenso generalizado sobre o que entender por tal.

O TEDH tem vindo a densificá-los, aliás, em consonância com a evolução da Direito da Igualdade e da Não Discriminação, e com o que os tribunais de outras ordens jurídicas têm vindo a fazer.

Para o Tribunal a discriminação direta ocorre quando uma pessoa é tratada de forma menos favorável do que outra que se encontra nas mesmas condições e circunstâncias, apenas porque possui características particulares, como sejam, a raça, o sexo, a religião, a orientação sexual ou outras⁽²⁵⁾. Ora, as pessoas que se encontram em situação análoga devem ser tratadas da mesma maneira.

O Tribunal inclui igualmente a discriminação indireta no âmbito de aplicação do art. 14.º CEDH, a qual ocorre quando uma medida ou política tiver um impacto desproporcionado num determinado grupo. Quer dizer: uma medida aparentemente neutra atinge *de facto* um número muito maior de indivíduos de um determinado grupo⁽²⁶⁾, sendo que essa medida só poderá ser mantida se tiver uma justificação objetiva e razoável. Através de critérios aparentemente neutros para diferenciar acaba-se por prejudicar o grupo que se visa proteger com as normas anti-discriminação em comparação com outro grupo⁽²⁷⁾, sem que haja justificação objetiva para essa desvantagem. Não é necessária a intenção discriminatória⁽²⁸⁾.

Existe igualmente discriminação indireta se se adotarem medidas, por natureza, ou intrinsecamente, suscetíveis de desfavorecer os que pertencem à categoria protegida contra a discriminação.

O TEDH considerou ainda que o assédio e as instruções à discriminação podem ser considerados como formas particulares de discriminação⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], *cit.*, § 89; *Carson e outros c. Reino-Unido* [GC], *cit.*, § 61; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], *cit.*, § 175; queixa n.º 13378/05, *Burden c. Reino Unido* [GC], 2008, § 60; Queixa n.º 42615/06, *Varnas c. Lituânia*, 2013, § 106; queixa n.º 58641/00, *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), 2005.

⁽²⁶⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], *cit.*, § 103; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], *cit.*, § 184; queixa n.º 32526/05, *Sampanis e outros c. Grécia*, 2008, § 67.

⁽²⁷⁾ Queixa n.º 24746/94, *Hugh Jordan c. Reino Unido*, 2001, § 154; *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), *cit.*

⁽²⁸⁾ *Biao c. Dinamarca* [GC], *cit.*, § 103; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], *cit.*, § 184.

⁽²⁹⁾ *Bączkowski e outros c. Polónia*, *cit.*

O assédio é qualquer comportamento indesejado que viola a dignidade da pessoa sobre a qual incide e cujo objetivo ou efeito é criar um ambiente hostil, humilhante ou desestabilizador para a pessoa assediada.

As instruções à discriminação atuam normalmente a montante da discriminação, propriamente dita, ou seja, quem discrimina recebeu diretrizes de um terceiro nesse sentido.

O Tribunal também já teve oportunidade de considerar que a discriminação por associação — a qual se verifica quando as características protegidas são de outra pessoa que, de uma forma ou de outra, está ligada ao requerente⁽³⁰⁾ — também se inclui no âmbito de aplicação do art. 14.º da CEDH.

Além disso, o TEDH também já se pronunciou sobre a discriminação positiva, admitindo que, sem violar o art. 14.º CEDH, os Estados podem adoptar ações positivas que impliquem o tratamento diferente de situações aparentemente idênticas, se elas tiverem como resultado compensar desigualdades antigas e persistentes, afastar obstáculos discriminatórios atuais e ainda promover a diversidade ou a representação proporcional em áreas em que todos os grupos devem estar representados⁽³¹⁾. Neste caso, a ação positiva é, antes de mais, uma forma de discriminação justificada por razões objetivas e razoáveis. Através dela, o legislador procura compensar a desvantagem, o *handicap* inicial de que são vítimas certas categorias de pessoas⁽³²⁾.

O objetivo das medidas de ação positiva tanto pode ser restabelecer a igualdade de oportunidades que o respeito restrito do princípio da igualdade de tratamento não só não asseguraria como tornaria ilusório, como obter uma igualdade de resultados. As pessoas sobre as quais incidem as medidas de ação positiva encontram-se, à partida, numa situação diferente, pelo que, para chegarem a uma situação igual, necessitam de um tratamento diferente e mais favorável.

Por ultimo, note-se que o TEDH também reconhece a discriminação múltipla, ou seja, quando a discriminação se funda em mais do que um motivo, separada ou interdependente.

⁽³⁰⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit; *Guberina c. Croácia*, cit., § 78; queixa n.º 25536/14, *Škorjanec c. Croácia*, 2017, § 55; queixa n.º 44399/05, *Weller c. Hungria*, 2009, § 37.

⁽³¹⁾ Queixa n.º 24724/94, *Taddeucci e McCall c. Itália*, 2016, § 81; Queixa n.º 26828/06, *Kurić e outros c. Eslovénia* [GC], 2012, § 388; *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], cit., § 44; queixa n.º 49151/07, *Muñoz Díaz c. Espanha*, 2009, § 48; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; queixa n.º 65731/01 e 65900/01, *Stec e outros c. Reino Unido* [GC], 2006, § 51; queixa n.º 34369/97, *Thlimmenos c. Grécia* [GC], 2000, § 44; *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica» c. Bélgica*, cit., § 10 da parte Direito).

⁽³²⁾ A título de exemplo, refira-se o sistema de quotas (rígido ou flexível) a favor das mulheres em matéria de emprego.

3.3.4. Critérios de discriminação

Uma conceção de igualdade que se fundamente única e exclusivamente na generalidade e na universalidade da lei afigura-se insuficiente, uma vez que, além de não corrigir as desigualdades entre os indivíduos, gera, ela própria, injustiças gritantes. Na verdade, em concreto, os indivíduos não são socialmente iguais. Daí que o Direito tenha evoluído no sentido de reconhecer as diferenças dos indivíduos e dos grupos, bem como a necessidade de as levar em conta em tema de igualdade. O discurso jurídico da igualdade deixa assim de considerar o indivíduo em abstrato para passar a considerá-lo em concreto.

Daqui decorre que as diferenças de tratamento, assim como a não aplicação de um tratamento diferente a pessoas que se encontram em situações sensivelmente diferentes, não são necessariamente discriminatórias. Só o serão se as diferenças de tratamento não tiverem uma “justificação objetiva e razoável”⁽³³⁾.

Assim sendo, a averiguação da existência de uma situação discriminatória passa pelo crivo de vários testes. O primeiro deles consiste em saber se se verificou uma diferença de tratamento entre pessoas que se encontram em situações análogas ou comparáveis⁽³⁴⁾ ou se não foi tratado diferentemente quem se encontra em situação sensivelmente diferente⁽³⁵⁾. Se se chegar à conclusão que se verificou uma das duas situações anteriores, então o segundo teste passa por indagar se a diferença de tratamento — ou a ausência dele — é objetivamente justificada e se se pode considerar que prosseguia um fim legítimo⁽³⁶⁾. Por último, importa ainda ver se a

⁽³³⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 135; *Fabris c. França* [GC], cit., § 56; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; *Hoogendijk c. Países Baixos* (déc.), 2005.

⁽³⁴⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 133; *Fábián c. Hungria* [GC], cit., § 113; *Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], cit., § 64; *X e outros c. Áustria* [GC], cit., § 98; queixa n.º 30078/06, *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], § 125; *Marckx c. Bélgica*, cit., § 32; *Burden c. Reino Unido* [GC], cit., § 60; *D.H. e outros c. República Checa* [GC], cit., § 175; queixa n.º 17209/02, *Zarb Adami c. Malta*, 2006, § 71; queixa n.º 21906/04, *Kafkaris c. Chipre* [GC], 2008, § 160.

⁽³⁵⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], cit., § 135; *Fábián c. Hungria* [GC], cit., § 113; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, 28/05/1985, § 72; *Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica»*, cit., § 10 da parte Direito.

⁽³⁶⁾ O TEDH já teve oportunidade de considerar como fins legítimos a aplicação efetiva de uma política destinada a realizar a unidade linguística (*Caso «relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica»*); a preocupação de assegurar a estabilidade das regulações sucessórias já alcançadas (*Fabris c. França* [GC], cit.); o restabelecimento da paz (*Sejdić e Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], cit., § 45); a segurança nacional (*Konstantin Markin c. Rússia* [GC], cit., § 137); a preocupação de assegurar o fornecimento de um serviço público em consonância com a igualdade de oportunidades (queixa n.º 48420/10 e outras, *Eweida e outros c. Reino Unido*, 2013, § 105); a continuação

medida passa o teste da proporcionalidade, ou seja, se os meios empregues foram razoáveis tendo em conta os fins que prosseguiam⁽³⁷⁾.

3.3.5. As categorias suspeitas de discriminação

Como já referimos, a CEDH não proíbe todas as discriminações, mas apenas as que se fundamentam numa categoria suspeita⁽³⁸⁾.

O art. 14.º CEDH contém uma lista de categorias suspeitas, na qual se incluem o sexo⁽³⁹⁾, a cor⁽⁴⁰⁾, a língua⁽⁴¹⁾, a religião⁽⁴²⁾, as opiniões políti-

da estabilidade económica e da reestruturação da dívida num período de grave crise política, económica e social (queixa n.º 63066/14 e outras, *Mamatas e outros c. Grécia*, 2016, § 103); a preocupação de facilitar a recuperação dos delinquentes juvenis (*Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], *cit.*, § 80); a proteção das mulheres contra a violência de género e contra o abuso e assédio no ambiente prisional (*Khamtokhu e Aksenchik c. Rússia* [GC], *cit.*, § 82).

⁽³⁷⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], *cit.*, § 135; *Fabris c. França* [GC], *cit.*, § 56; queixa n.º 34406/197, *Mazurek c. França*, 2000, §§ 46 et 48; queixa n.º 29515/95, *Larkos c. Chipre* [GC], 1999, § 29.

⁽³⁸⁾ A distinção entre classificações ou categorias razoáveis e classificações ou categorias suspeitas surgiu nos EUA, na sequência da aplicação, pelo Supremo Tribunal, da cláusula da igual proteção (*equal protection clause*) prevista na XIV emenda à Constituição e daí irradiou para o resto do Mundo. Em 1949, JOSEPH TUSSMAN E JACOBUS TENBROEK, tendo em conta o aumento da utilização da referida cláusula por parte do Supremo Tribunal, num artigo publicado, na *California Law Review* (“The Equal Protection of Laws”, *CLR*, 1949, p. 342), analisaram a *equal protection clause*, numa perspetiva crítica da jurisprudência do STEUA e de futuro desenvolvimento das suas potencialidades. Segundo estes Autores, não obstante a legislação classificar as pessoas a partir de certos critérios, na ótica da igualdade, há classificações que são razoáveis; enquanto outras são suspeitas de serem proibidas. Assim, a doutrina da *classificação razoável* procura resolver a aparente contradição entre o princípio da igualdade e o poder do legislador de classificar os indivíduos, de acordo com a sua situação. Não se verifica, porém, qualquer contradição entre a igualdade e a classificação ou categorização dos indivíduos, em função das suas diferenças. Antes pelo contrário, a igualdade pressupõe essa categorização. A *classificação suspeita* é aquela que usa critérios diferenciadores do tratamento, como é o caso do sexo, da raça, da crença ou outro que a dignidade humana impede que seja tido como classificação razoável.

⁽³⁹⁾ O TEDH considera que a igualdade de género é um objetivo importante dos Estados-Membros do Conselho da Europa (*Konstantin Markin c. Rússia* [GC], *cit.*, § 127), pelo que a diferença de tratamento neste caso deve ser submetida a um escrutínio rigoroso e só em situações excecionais pode ser admitida (*Abdulaziz, Cabales e Balkandalí c. Reino Unido*, *cit.*, § 78; *Burghartz c. Suíça*, 22/02/1994, § 27; *Schuler-Zgraggen c. Suíça*, 24/06/1993, § 67; *Konstantin Markin c. Rússia* [GC], *cit.*, § 127; queixas n.ºs 32949/17 e 34614/17, queixa n.º 32949/17 e 34614/17, *J.D. et A. c. Reino Unido*, 2019, § 89.

⁽⁴⁰⁾ Uma diferença de tratamento baseada na origem étnica e na raça deve igualmente ser sujeita a um escrutínio muito rigoroso (*Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], *it.*, § 43; queixa n.º 55762/00 e 55974/00, *Timichev c. Rússia*, 2005, § 56), pois numa sociedade democrática baseada no pluralismo e no respeito das diferentes culturas presume-se que o diferente tratamento exclusivamente baseado na raça ou na origem étnica não pode ser objetivamente justificado (*D.H. e outros c. República Checa* [GC], *cit.*, § 196; *Sejdić et Finci c. Bósnia-Herzegovina* [GC], *cit.*, § 44.

⁽⁴¹⁾ Queixa n.º 61638/00, *Igors Dmitrijevs c. Letónia*, 2006, § 85.

⁽⁴²⁾ O Tribunal já teve várias ocasiões para apreciar se a diferença de tratamento fundada na religião estava suficientemente justificada. Entre outros, pronunciou-se pela violação do art. 14.º

cas⁽⁴³⁾ ou outras, a origem nacional⁽⁴⁴⁾ ou social, a pertença a uma minoria nacional⁽⁴⁵⁾, a riqueza⁽⁴⁶⁾ e o nascimento⁽⁴⁷⁾.

Como se disse, esta lista não é exaustiva, na medida em que o próprio art. 14.º admite “qualquer outra situação”. O TEDH tem feito uma interpretação bastante extensiva desta expressão⁽⁴⁸⁾, não a limitando às categorias que apresentam um carácter pessoal no sentido de que são inatas ou inerentes à pessoa, o que lhe permitiu considerar a idade⁽⁴⁹⁾, a identidade de género⁽⁵⁰⁾,

CEDH, por falta de justificação objetiva e razoável, nos casos; queixa n.º 71156/01, *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani e outros c. Geórgia*, 2007; queixa n.º 44614/02, *Milanić c. Sérvia*, 2010, em que se verificou que o facto de as pessoas pertecerem a uma determinada confissão religiosa era o motivo de terem sido vítimas de violência. No caso *Savez crkava « Riječ života » et autres c. Croácia*, *cit.*, a impossibilidade que certas igrejas tinham de assegurar o ensino religioso nas escolas e de celebrar casamentos religiosos oficialmente reconhecidos foi considerado contrário ao direito a não ser discriminado. No casos *Hoffmann c. Austria*, de 23/06/1993 e queixa n.º 29617/07, *Vojnity c. Hungria*, 2013 esteve em causa a recusa da autoridade parental a um dos pais devido à sua religião. No *Eweida e outros c. Reino Unido*, *cit.*, o TEDH admitiu que a proibição imposta pelo empregador privado aos seus trabalhadores de usarem símbolos religiosos era contrária ao direito a não ser discriminado.

⁽⁴³⁾ Os casos de discriminação fundada nas opiniões políticas não são frequentes. Ver queixa n.º 40094/05, *Virabyan c. Arménia*, 2012, queixa n.º 9103/04, *Parti travailliste géorgien c. Geórgia*, 2008; queixa n.º 38187/97, *Adali c. Turquia* (2005).

⁽⁴⁴⁾ Para o Tribunal só razões muito fortes podem justificar a discriminação fundada na nacionalidade. Ver, entre outros, *Gaygusuz c. Austria*, *cit.*, § 42; *Koua Poirrez c. França*, *cit.*, § 46; *Andrejeva c. Letónia* [GC], *cit.*, § 87).

⁽⁴⁵⁾ *Molla Sali c. Grécia* [GC], *cit.*; queixa n.º 67667/09, *Bayev e outros c. Rússia*, 2017; *Paraskeva Todorova c. Bulgária*, *cit.*

⁽⁴⁶⁾ V. Queixa n.º 25088/94 e outras, *Chassagnou e outros c. França* [GC], 1999; queixa n.º 57412/08, *Chabauty c. França* [GC], 2012.

⁽⁴⁷⁾ *Fabris c. França* [GC], *cit.*, § 59; queixa n.º 59752/13 e 66277/13, *Wolter et Sarfert c. Alemanha*, 2017, § 58; *Inze c. Austria*, *cit.*, § 41; queixa n.º 30943/96, *Sahin c. Alemanha* [GC], 2003; *Sommerfeld c. Alemanha* [GC], *cit.*

⁽⁴⁸⁾ Ver *Carson e outros c. Reino Unido* [GC], *cit.*, § 70; queixa n.º 2700/01, *Kiyutin c. Rússia*, 2011, § 56; Queixa n.º 7205/07, *Clift c. Reino Unido*, 2010, § 56.

⁽⁴⁹⁾ Queixa n.º 25762/07, *Schwizgebel c. Suíça*, 2010, § 85; queixa n.º 17484/15, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 2017, § 45; queixa n.º 44818/11, *British Gurkha Welfare Society e outros c. Reino Unido*, 2016, § 88.

⁽⁵⁰⁾ Queixa n.º 73235/12, *Identoba et autres c. Geórgia*, 2015, § 96; queixa n.º 70434/12, *Sousa Goucha c. Portugal*, 2016, § 27. O TEDH já teve ocasião de se pronunciar sobre diversas questões relacionadas com a identidade de género, das quais se destacam o direito a submeter-se a uma operação de conversão sexual (queixa n.º 27527/03, *L. c. Lituânia*, 2007); o direito ao reconhecimento legal do género escolhido (queixa n.º 28957/95, *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], 2002; queixa n.º 25680/94, *I. c. Reino Unido* [GC], 2002; *L. c. Lituânia*, *cit.*; queixa n.º 37359/09, *Hämäläinen c. Finlândia* [GC], 2014); o direito ao casamento (*Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC], *cit.*; *I. c. Reino Unido* [GC], *cit.*); a igualdade nos processos judiciais contra as seguradoras de saúde privadas com vista ao reembolso dos tratamentos de conversão sexual (queixa n.º 35968/97, *Van Kück c. Alemanha*, 2003); o direito ao reconhecimento da identidade de género sem modificação do estado civil (*Hämäläinen c. Finlândia* [GC], *cit.*); a cobertura de despesas médicas ligadas a uma operação de conversão sexual (queixa n.º 29002/06, *Schlumpf c. Suíça*, 2009).

a orientação sexual⁽⁵¹⁾, a deficiência⁽⁵²⁾, a situação matrimonial⁽⁵³⁾ e parental⁽⁵⁴⁾ e a situação em relação aos estrangeiros⁽⁵⁵⁾ como categoria suspeita.

4. O Papel do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias em tempos de pandemia

Por força dos princípios da subsidiariedade e da exaustão dos meios internos, previsto na CEDH (art. 35.º, n.º 1), o controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias nacionais compete, em primeira linha, aos tribunais nacionais, pelo que o TEDH só deverá atuar numa segunda fase. No entanto, como tribunal especializado em direitos humanos, ao qual os indivíduos têm acesso direto, o TEDH encontra-se, sem dúvida, particular-

⁽⁵¹⁾ O primeiro caso em que o TEDH concluiu pela violação do art. 14.º CEDH com base na discriminação fundada na orientação sexual teve origem numa queixa contra Portugal — queixa n.º 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 1999, § 28. A partir daí o TEDH desenvolveu e consolidou a sua jurisprudência, tendo considerado que o diferente tratamento baseado na orientação sexual não tinha justificação objetiva e razoável, entre outros, quando estava em causa a diferença de idade fixada pelo direito penal para o consentimento de relações homossexuais e heterossexuais (queixa n.º 39392/98 e 39829/98, *L. et v. c. Austria*, 2003; queixa n.º 45330/99, *S.L. c. Austria*, 2003; queixa n.º 53760/00, *B.B. c. Reino Unido*, 2004; queixa n.º 31874/07, *Santos Couto c. Portugal*, 2010); a autorização para adotar uma criança (*X e outros c. Austria* [GC], *cit.*; *E.B. c. France* [GC], *cit.*; queixa n.º 25951/07, *Gas e Dubois c. França*, 2012); o direito do parceiro sobrevivente à transmissão do contrato de arrendamento em nome do defunto (*Karner c. Austria*, *cit.*; queixa n.º 13102/02, *Kozak c. Polónia*, 2010); a proteção social (queixa n.º 18984/02, *P.B. et J.S. c. Austria*, 2010; queixa n.º 56501/00, *Mata Estevez c. Espanha* (déc.), 2001); as condições de detenção (queixa n.º 24626/09, *Xc. Turquia*, 2012); a legislação sobre pensões alimentícias (queixa n.º 37060/06, *J.M. c. Reino Unido*, 2010); as uniões civis (queixa n.º 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e outros c. Grécia* [GC], 2013); o casamento (queixa n.º 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, 2010; queixa n.º 40183/07, *Chapin e Charpentier c. França*, 2016); o reagrupamento familiar (queixa n.º 68453/13, *Pajić c. Croácia*, 2016; *Taddeucci et McCall c. Itália*, *cit.*); a liberdade de pensamento, consciência e religião (*Eweida e outros c. Reino Unido*, *cit.*); a liberdade de reunião e de associação (*Bączkowski e outros c. Polónia*, *cit.*; queixa n.º 14988/09 e 50 outras, *Alekseyev e outros c. Rússia*, 2018; queixa n.º 9106/06, *Genderdoc-M c. Moldávia*, 2012; queixa n.º 12200/08 e outras, *Zhdanov e outros c. Rússia*, 2019); a proteção contra a violência homofóbica e a efetividade dos inquéritos levados a cabo quando se trata de agressões homofóbicas (*Identoba et autres c. Géorgie*, *cit.*; queixa n.º 12060/12, *M.C. et A.C. c. Roménia*, 2016).

⁽⁵²⁾ Queixa n.º 13444/04, *Glor c. Suíça*, *cit.*, § 80; queixa n.º 43134/05, *G.N. e outros c. Itália*, 2009, § 126; queixa n.º 2700/10, *Kiyutin c. Rússia*, 2011, § 57.

⁽⁵³⁾ Ver, por exemplo, *Weller c. Hungria*, *cit.*

⁽⁵⁴⁾ Ver, por exemplo, queixa n.º 3976/05, *Şerife Yiğit c. Turquia* [GC], 2010.

⁽⁵⁵⁾ Queixa n.º 22341/09, *Hode et Abdi c. Reino Unido*, 2012, § 47; queixa n.º 56328/07, *Bah c. Reino Unido*, 2011, § 46.

mente habilitado para apreciar o controlo das desigualdades e das medidas discriminatórias na Europa, o que significa que a última palavra relativamente a esta questão vai caber ao TEDH.

O TEDH tem desempenhado um papel muito relevante na afirmação do princípio da igualdade e do direito à não discriminação na Europa, desde logo, porque, sem negar o carácter acessório do art. 14.º CEDH, o considerou aplicável a situações em que não havia violação de qualquer outra disposição da Convenção e a domínios que, à partida, nem sequer estariam abrangidos pela Convenção, como é o caso dos direitos de segurança social. Por outro lado, o TEDH interpretou o próprio conceito de discriminação extensivamente, nele incluindo tanto a discriminação direta como indireta, o assédio e as instruções à discriminação, as medidas positivas e a discriminação múltipla. O TEDH mostrou igualmente uma enorme abertura em relação ao alargamento das categorias consideradas suspeitas, o que levou à proibição de discriminação com fundamento em motivos que não se encontravam, à partida, enumerados nos arts. 14.º CEDH e 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 12.

Acresce que a igualdade e a não discriminação não serão, decerto, os únicos temas relacionados com a pandemia que vão ocupar o TEDH nos próximos tempos.

Como acima mencionámos, as medidas restritivas adotadas pelos Estados-Membros do Conselho da Europa no contexto da pandemia — ou fora dele — ficam igualmente sujeitas ao controlo judicial do TEDH. O mesmo se diga das medidas adotadas com base na cláusula de derrogação do art. 15.º da CEDH.

Se é certo que, em situações limite, como é o caso da pandemia, o TEDH, por vezes, aceita uma conceção ampla de margem de apreciação dos Estados, adotando uma atitude de auto-contenção e de deferência em relação aos Estados-Membros, na medida em que se trata de situações normalmente muito delicadas, em que o TEDH não possui toda a informação necessária, nem está no terreno para poder avaliar a situação com rigor, também não deixa de ser verdade que o TEDH não abdica do papel que lhe cabe no controlo das medidas nacionais que extravasem claramente dos limites aceites pela CEDH.

O TEDH já começou a receber queixas relacionadas com a pandemia, as quais invocam a violação de alguns preceitos da CEDH por parte de algumas medidas adotadas pelos Estados restritivas, por exemplo, do direito de livre circulação ou do direito à proteção de dados. Enquanto algumas dessas queixas foram comunicadas, outras seguiram outros trâmites, tendo, em alguns casos, sido rejeitadas. A verdade é que, até ao

momento em que escrevemos, os casos já decididos pelo TEDH⁽⁵⁶⁾ não abordaram a questão da igualdade e da não discriminação, pelo que vamos ter de aguardar mais algum tempo até que se possa fazer um balanço do papel do TEDH no controlo das desigualdades e da não discriminação.

Uma coisa é certa: tendo em conta o que acabamos de expor, estamos firmemente convencidos que a CEDH dispõe dos instrumentos necessários para fazer face às desigualdades e à discriminação e a jurisprudência do TEDH já criou as bases sobre as quais pode ancorar o seu desenvolvimento.

⁽⁵⁶⁾ No caso *Feilazoo c. Malta* (queixa n.º 6865/19, de 11/3/2021), o requerente invocou, entre outros aspetos, a violação do art. 3.º da CEDH, devido às inadequadas condições de detenção, designadamente, os longos períodos de isolamento assim como os riscos que essas deficientes condições de detenção comportavam para a sua saúde, por força da crise pandémica da COVID 19. O Tribunal deu razão ao requerente, tendo considerado que o Estado efetivamente violou o art. 3.º da CEDH.

COLAÇÃO: ÂMBITO E DETERMINAÇÃO DO VALOR DE BENS COLACIONÁVEIS TRANSACIONÁVEIS E COM VALOR INCONSTANTE, SUJEITO A REGRAS DO MERCADO

Pela Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires()*

SUMÁRIO:

A. Introdução. **B.** Âmbito objetivo e subjetivo da colação. **C.** Conferência dos bens colacionáveis. **D.** Critérios para a determinação do valor do bem colacionável em caso de oscilação de valor.

A. Introdução

I. O fenómeno sucessório compreende um conjunto de atos que têm em vista a superação da crise provocada pela morte do falecido. Com efeito, com o falecimento, tem origem uma sequência, mais ou menos complexa, de atos que visa a criação de uma nova ligação quanto a relações jurídicas e bens, até então da esfera *de cuius*, com outro sujeito que lhe sucede, segundo regras determinadas. É, desde logo, a própria lei que começa por determinar que “aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade” (art. 2032.º, n.º 1 do Código Civil).

II. Uma das operações compreendidas no fenómeno sucessório é a colação. Esta corresponde a uma restituição, ainda que ideal ou fictícia, de

(*) Doutora em Direito e Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

bens ou de valores para efeitos de igualação de herdeiros⁽¹⁾. A compreensão do regime relativo à determinação do valor dos bens colacionáveis exige que examinemos, em primeiro lugar, as finalidades e o âmbito da própria colação.

Começemos por salientar que, sendo a legítima a “porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários” (art. 2156.º) — adiantando-se como fundamento desta quota a maior justiça de uma tal ordem sucessória⁽²⁾ — e contando-se os descendentes entre os herdeiros legitimários (cf. art. 2157.º), determina a lei, no art. 2162.º, n.º 1, que “para o cálculo da legítima, deve atender-se ao valor dos bens existente no património do autor da sucessão, à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança”.

Compreende-se, assim, que, nos termos do art. 2104.º, n.º 1, do Código Civil, se imponha que “os descendentes que pretendam entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados por este”.

III. Sendo a colação um instituto complexo, com origens históricas profundas que aqui não cabe examinar⁽³⁾, e com uma consagração no nosso Código Civil que requer atenção cuidada do jurista, é comum aceitar-se que a mesma visa, em último termo, permitir o cálculo correto da legítima e, deste modo, proteger os herdeiros legitimários⁽⁴⁾. Nas palavras de PAMPLONA CORTE-REAL⁽⁵⁾:

“A colação corresponde, normalmente, a uma operação intelectual de restituição fictícia dos bens doados, para efeitos de cálculo e igualação da partilha”.

No fundo, a colação visa permitir uma igualação dos descendentes, quando tenham sido doados bens em vida a um deles⁽⁶⁾. É não só este o

(1) Em sentido próximo, JORGE LEITE, *Algumas notas sobre a colação*, Unitas, Coimbra, 1972, p. 11.

(2) M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 300.

(3) Sobre a colação nas Ordenações do Reino até ao Código de Seabra, pode ver-se J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, BFDUC, volume comemorativo, Coimbra, 2003, (p. 323, ss.), p. 345, ss.

(4) Problematicando a razão de ser da colação, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, Centro de Estudos Fiscais do Ministério das Finanças, Lisboa, 1989, p. 988, ss.

(5) C. PAMPLONA CORTE-REAL, *As liberalidades em vida e o fenómeno sucessório: breves notas em matéria de imputação e de colação*, Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1984, (p. 393, ss), p. 403.

(6) JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2020, 4.ª ed., p. 286.

intuito da lei, como se presume que a igualação corresponde à vontade do *de cuius*, na falta de sinais em contrário⁽⁷⁾.

Sintetizando as posições REMÉDIO MARQUES observa, na mesma linha, o seguinte⁽⁸⁾:

“É geralmente entendido que a finalidade precípua deste instituto é a de promover, de acordo com a vontade presumida do *de cuius*, a igualação, total ou parcial, da partilha entre os descendentes (e o cônjuge, acaso se entenda que este, a partir da reforma de 1977, também deve beneficiar da igualação da partilha), evitando que algum ou alguns deles sejam beneficiados em relação aos outros, já que a doação deve ser tratada como uma mera antecipação da quota ou quinhão hereditário do donatário. O que se compreende na medida em que, de harmonia com a doutrina corrente, a lei terá presumido que, qual ficção jurídica, a doação é uma antecipação da quota hereditária do donatário”.

IV. Também é verdade que a opção do Código Civil português foi a de subordinar a colação à vontade individual do doador (autor da sucessão). Tanto assim é que o doador pode dispensar a colação no ato de doação ou posteriormente. Como expressamente preceitua o art. 2113.º:

“Art. 2113.º (Dispensa de colação)

1. A colação pode ser dispensada pelo doador no ato da doação ou posteriormente. (...)”.

A dispensa de colação deverá corresponder a uma declaração de vontade, expressa ou tácita (cf. art. 217.º), do autor da sucessão da qual resulte uma intenção de beneficiar o donatário com a liberalidade, afastando uma igualação, ainda que tendencial, entre herdeiros. Havendo dispensa de colação, a doação é imputada na quota disponível da herança (art. 2114.º).

Atendendo aos poderes conferidos ao autor da sucessão, CAPELO DE SOUSA salienta, com razão, que a colação tem subjacente⁽⁹⁾:

“interesses e intuítos sociais que apontam para a igualização entre os descendentes, simplesmente eles encontram-se subordinados o poder de disposição patrimonial do *de cuius*”.

Nesta mesma linha, várias decisões de tribunais superiores portugueses salientam que o uso de expressões como “por conta da legítima” tem o significado de subordinar a doação em causa à colação⁽¹⁰⁾. Assim, por

(7) *Idem*, p. 286.

(8) J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 326.

(9) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 334.

(10) Discute-se, depois, qual o significado quanto ao tipo de colação (relativa ou absoluta).

exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 05/11/2004 determinou que⁽¹¹⁾:

“Tendo o *de cuius* declarado, aquando da doação, que a mesma era feita, por conta da legítima, quis significar que a doação não envolveu qualquer liberalidade, sendo o donatário obrigado a conferir tudo aquilo com que foi contemplado, procedendo-se, em seguida, à partilha da herança, com vista a atingir a completa igualação dos co-herdeiros envolvidos”.

Um aspeto importante será sempre esclarecer, à luz das regras de interpretação aplicáveis e considerando as declarações emitidas, o sentido da estipulação do *de cuius*. Por outro lado, se o sentido da estipulação apontar para uma igualação, haverá que clarificar se cabe nos poderes de disposição do autor da sucessão determinar uma igualação absoluta de todos os descendentes de forma unilateral, depois de realizada a doação, questão que reveste alguma controvérsia entre a doutrina nacional⁽¹²⁾.

V. Procurando também conciliar estas duas vertentes — a existência de uma finalidade do instituto que aponta para interesses coletivos e a possibilidade de disposição em contrário, fruto da vontade do *de cuius* —, explica PAMPLONA CORTE-REAL, na sua dissertação de doutoramento, o seguinte⁽¹³⁾:

“Dir-se-á, pois e tão só, que o legislador pretendeu, por princípio, igualar particionalmente os descendentes, legitimários prioritários, mas que o quis com a exata consciência de que tal propósito não seria exigível ou exequível injuntivamente, assegurada que estava uma “igualação mínima”, por via da sucessão legitimária, e legítimo que seria sempre ao autor da sucessão “desigualar” (o que quiser...) à custa da respetiva quota disponível”.

Sob o pano de fundo destas considerações introdutórias que nos permitem enquadrar o “estado da arte” acerca da finalidade da colação, analisemos agora o âmbito deste instituto, procurando determinar quais as doações sujeitas a colação e quais os donatários sujeitos a colação.

(11) Ac. do TRG de 05.11.2004, relator Helder Roque, disponível em <www.dgsi.pt>.

(12) Vide por exemplo RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 203, ss., nota 514, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições*, p. 416 e PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2108.º, em *Código Civil Anotado*, p. 145.

(13) CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legitimária*, p. 991.

B. Âmbito objetivo e subjetivo da colação

I. Do *ponto de vista objetivo*, o instituto da colação abrange quaisquer bens doados em vida⁽¹⁴⁾. A lei não opera distinções quanto à natureza dos bens doados, apenas determinando que, no caso de perecimento da coisa doada em vida do autor da sucessão, e por facto não imputável ao donatário, não haverá colação (art. 2112.º). Naturalmente que isto não quer dizer que o bem colacionável *tenha* de ser o bem doado tal qual existia à data da liberalidade. Esta conclusão resulta de uma constatação inevitável: o tempo passa e, muitas vezes, medeia uma distância cronológica entre a data da liberalidade e a data da abertura da sucessão, podendo registar-se mesmo vicissitudes quanto ao bem doado.

II. De acordo com o disposto no art. 2104.º, n.º 2, do Código Civil, são ainda consideradas as despesas realizadas gratuitamente pelo autor da sucessão em proveito dos descendentes, salvo as mencionadas no art. 2110.º, n.º 2.

III. Do *ponto de vista subjetivo*, estão sujeitos à colação descendentes que eram presuntivos herdeiros legitimários do doador à data da doação (cf. art. 2105.º) e, se o donatário concorrer à sucessão, recairá sobre ele uma obrigação de conferência dos bens recebidos através da doação que lhe foi feita pelo autor da sucessão. A redação do art. 2106.º clarifica este mesmo aspeto estipulando o seguinte:

“A obrigação de conferir recai sobre o donatário, se vier a suceder ao doador, ou sobre os seus representantes, ainda que estes não hajam tirado benefício da liberalidade”.

IV. Ainda do ponto de vista subjetivo, ao donatário presuntivo herdeiro legitimário do doador deve ainda acrescer a qualidade de aceitante. Vejamos. A exigência de colação reveste carácter imperativo⁽¹⁵⁾, mas o direito a exigir a colação propriamente dito, e o correlativo dever de conferir, não existe antes da abertura da sucessão. Aliás, só com a aceitação da herança pelo donatário presuntivo herdeiro legitimário do doador à data da doação é que as posições jurídicas relativas à colação se concretizam⁽¹⁶⁾.

(14) Sobre o objeto da colação, pode ver-se PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 293, ss., RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 284, ss.

(15) *Vide per totum* RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 160.

(16) Em sentido análogo, J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 342.

Fala-se, por isso, num primeiro momento, de sujeição (abstrata) à colação e, num segundo momento, de posições jurídicas concretas perante bens colacionáveis. É neste segundo momento que se verifica a conferência dos bens.

C. Conferência dos bens colacionáveis

I. A conferência dos bens pode realizar-se em espécie ou em valor. No primeiro caso, há restituição dos bens doados. No segundo caso, não há restituição dos bens, mas atribuição — e imputação — de um valor⁽¹⁷⁾. É o que resulta do art. 2108.º, n.º 1 do Código Civil, que determina o seguinte:

“Art. 2108.º

Como se efetua a conferência

1. A colação faz-se pela imputação do valor da doação ou da importância das despesas na quota hereditária, ou pela restituição dos próprios bens doados, se houver acordo de todos os herdeiros.
2. Se não houver na herança bens suficientes para igualar todos os herdeiros, nem por isso são reduzidas as doações, salvo se houver inoficiosidade”.

II. O “modelo regra” adotado pela lei é precisamente o da colação por imputação, não havendo, neste caso, qualquer regresso dos bens doados, nem deslocamentos patrimoniais reais, mas uma operação de carácter contabilístico, compatível com a manutenção do bem doado na esfera em que estiver. Esta visão é apoiada pelas explicações de vários Autores.

Com efeito, como explica a doutrina nacional⁽¹⁸⁾:

“(…) no caso da colação por imputação, está em causa uma operação contabilística, mantendo-se o bem doado na esfera jurídica do donatário, de acordo com a vontade do autor da sucessão, que queria destinar o bem àquele descendente. A colação por imputação implica a conferência do bem doado, ou seja, o desconto do valor do bem recebido em vida no quinhão hereditário que o donatário tiver a receber por morte,

⁽¹⁷⁾ Ainda que, em certos casos, ambas as operações coincidam, é importante diferenciar entre colação e imputação. A imputação consiste, como ensinava PEREIRA COELHO, na “atribuição de qualquer liberalidade do *de cuius* a uma das duas quotas, a quota disponível ou a indisponível — em que se divide a herança de quem tem herdeiros legítimos” — F.M. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p. 286. *Vide também* LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 323.

⁽¹⁸⁾ PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2108.º, em *Código Civil Anotado*, p. 143.

sendo assim assegurado que o que foi recebido em vida é ponderado no momento da partilha”⁽¹⁹⁾.

III. A conferência consiste, assim, na determinação do valor do bem, permitindo, deste modo, calcular o valor global da herança. O regime legal previsto no Código Civil (arts. 2108.º, ss.) reveste caráter supletivo e aplica-se aos casos em que o doador nada diz ou estabelece a sujeição do donatário à colação. Naturalmente que, nos casos de impossibilidade de restituição em espécie, esta é *sempre* realizada em valor, não havendo escolha possível.

IV. A restituição em valor à massa é, tão só e apenas, do valor das doações que estão sujeitas à colação, de caráter contabilístico, e não real. Há quem aluda por isso a *restituição fictícia*, embora o termo possa induzir em alguma confusão⁽²⁰⁾.

V. verificados os requisitos legais, a eventual redução das doações sujeitas a colação corresponde a um ónus real, conforme inculca a própria qualificação legal (art. 2118.º). Mesmo em caso de alienação do bem doado, entende-se que há transmissão de um ónus real de garantia.

A conferência dos bens acima caracterizada é depois modelada por critérios temporais e materiais, os quais examinaremos em seguida.

D. Critérios para a determinação do valor do bem colacionável em caso de oscilação de valor

I. Abstraindo das questões de saber quais os bens da herança, e se nesta haverá bens suficientes para preencher a legítima dos herdeiros legítimos e para igualar todos os herdeiros⁽²¹⁾, a questão que se coloca, aqui chegados, é a de saber qual o critério temporal aplicável à determinação do

⁽¹⁹⁾ J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 340, explica, em termos análogos que: “a colação pode, ainda, efetuar—se em valor, o que quer dizer que o donatário conserva o bem, mas receberá menos hereditariamente do relictum. Isto propicia, quanto muito, no plano da partilha uma igualdade em termos numéricos (igualação quantitativa)”.

⁽²⁰⁾ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, p. 291.

⁽²¹⁾ A relevância da colação absoluta quanto a este ponto acusa flutuações. Assim, *vide* CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação de liberalidades na sucessão legítima*, p. 1010, em particular nota 219.

valor dos bens doados. Ora, este é um aspeto em que a opção da lei portuguesa parece clara. Com efeito, o critério geral da lei é determinado pela norma do art. 2109.º, n.º 1:

“O valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão”.

A razão de ser da norma é simples: o critério adotado permite, por um lado, repor a situação patrimonial no estado em que estaria se não tivesse havido liberalidades em vida⁽²²⁾ e, por outro lado, garantir um propósito de real e efetiva igualação entre herdeiros legitimários.

II. A doutrina salienta, também, que o momento atendível para determinação do valor dos bens é o da abertura da sucessão⁽²³⁾ e a jurisprudência corrobora, de igual modo, esta orientação⁽²⁴⁾.

III. Com efeito, além de a letra da lei ser clara, reconhecem-se ainda raízes profundas desta opção legal, as quais permitem reforçar a inequívocidade da escolha do legislador português. *Vejam os.*

Recuando na tradição do direito sucessório português, encontramos várias pistas relevantes. Com efeito, na redação primitiva do Código de Seabra, a regra geral do art. 2107.º, n.º 1, fixava o seguinte:

“A colação far-se-ha não em substancia, mas pelo valor que as cousas dotadas ou doadas tinham ao tempo do dote ou da doação, ainda que então não fossem estimadas, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que a colação se faça em substancia.

§único: o augmento ou a deterioração, que as cousas doadas ou dotadas tiverem, posteriormente ao dote ou à doação será por conta do donatário, e até a perda total da cousa, excepto se a deterioração ou perda resultar de causa fortuita, de força maior ou do natural uso da cousa doada ou dotada”.

Na versão do referido Código de Seabra em vigor à data da sua revogação, a regra era diferentemente a seguinte:

“A colação far-se-á pelo valor que as coisas doadas tiverem à data da abertura da herança, podendo fazer-se em substância quando houver acordo de todos os interessados”.

⁽²²⁾ No mesmo sentido JORGE LEITE, *Algumas notas sobre a colação*, p. 53.

⁽²³⁾ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões*, p. 323, CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões, Quid Juris*, p. 424, dando mesmo nota que, entre as duas opções de política legislativa possíveis (data da doação ou data da abertura da sucessão), o legislador preferiu a primeira, PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, p. 147.

⁽²⁴⁾ Por exemplo Acórdão do TRL de 18.12.2007.

Esta alteração do Código de Seabra resultou do Decreto n.º 19 126 de 16 de dezembro de 1930 e terá sido inspirada numa ideia de unidade na determinação do valor da herança, isto é, visou “estabelecer um critério único e uma única base para a avaliação dos bens dessa herança”⁽²⁵⁾.

Depois, no Anteprojeto do Código Civil de 1966 (Código atual), no que respeita ao direito das sucessões⁽²⁶⁾, a proposta constante do art. 87.º quanto ao valor dos bens doados era a seguinte:

“O valor dos bens doados, para feito de colação, será o que eles tiverem à data da abertura da herança”.

No Código Civil atualmente em vigor a regra é a que acima reproduzimos: “o valor dos bens doados é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão”.

Nem todos os sistemas sucessórios consagram regras iguais à do Direito português. Com efeito, o Direito alemão, já há muito em vigor aquando dos trabalhos preparatórios do Código português, segue uma regra distinta (no § 2315/ 2 BGB), pela qual o legislador luso não se deixou persuadir.

IV. O percurso evolutivo acabado de expor e, com ele, o argumento histórico de interpretação da lei que dele se extrai, revela que o critério passou a ser, ainda na vigência do Código anterior, o da abertura da sucessão. Revela ainda que durante os trabalhos preparatórios e as várias revisões ministeriais este critério foi reiterado. Na anotação de PIRES DE LIMA e de ANTUNES VARELA ao Código Civil, a referência é clara⁽²⁷⁾:

“A regra que o art. 2109.º aceita [diferente da que estabelecera o art. 2107.º e seu parágrafo único do Código de 1867, na sua primitiva redação (...)] é a de que a colação se faz com base no valor que os bens doados tiverem à data da abertura da sucessão”.

Também REMÉDIO MARQUES, observando a posição da lei atual, conclui no mesmo sentido⁽²⁸⁾:

“A questão da relevância do momento temporal para efeitos de colação de bens ou valores doados em vida pelo *de cuius* foi, bem ou mal, resolvida pelo legislador do CC de 1966”.

(25) J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 379, nota 117.

(26) Publicado em *Direito das Sucessões. Trabalhos Preparatórios do Código Civil*, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1972.

(27) PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, Vol VI, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 183.

(28) J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 379.

V. Pode suceder que os bens doados não se encontrem no patrimônio do donatário à data da abertura da sucessão. Essa circunstância pode resultar de causas distintas, como por exemplo a alienação dos ditos bens pelo donatário em momento anterior à abertura da sucessão. Contudo, mesmo nestes casos, o critério legal continua a ser, do ponto de vista temporal, o do momento da abertura da sucessão. *Vejam os*.

O Código de Seabra contemplava já regras especiais quanto ao cálculo do valor de coisas doadas. Em particular, o art. 1207.º, parágrafo terceiro, determinava o seguinte:

“Nas colações do valor de semoventes, de objetos fungíveis, ou sujeitos a deteriorações pelo uso, atender-se-á ao estado em que se encontravam ao tempo em que entraram na posse do donatário; e na colação de papéis de crédito, que não se encontrem em poder do donatário, atender-se-á ao valor que tinham quando alienados, se for superior ao da data da abertura da herança”.

Esta regra do Código de Seabra foi, porém, expressamente afastada no Anteprojeto do Código Civil, da autoria do Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES. De acordo com esta proposta, fixavam-se regras especiais para alienação de bens imobiliários (art. 90.º) e para a colação de bens deterioráveis ou consumíveis ou bens mobiliários alienados (art. 91.º). Quanto a estes últimos, o Anteprojeto de GALVÃO TELLES determinava o seguinte:

“Se a colação versar sobre bens deterioráveis, ou sobre bens consumíveis que o donatário consumiu, ou sobre quaisquer bens mobiliários que alienou, atender-se-á, ainda então, ao valor que os bens possuem ou possuiriam ao tempo da abertura da herança”.

A primeira revisão ministerial do projeto de Direito das Sucessões veio, depois, alterar a sistematização, mas não a solução material. Passou a constar de um só preceito, o art. 2160.º, a regra geral e a regra aplicável a bens alienados:

“1. O valor dos bens doados é aquele que eles tiverem à data da abertura da sucessão.
2. Se tiverem sido doados bens consumíveis que o donatário consumiu, ou bens que alienou, atende-se ao valor que teriam na data da abertura da sucessão se não fossem consumidos ou alienados.
(...)”.

A segunda revisão ministerial veio alterar a localização da regra em causa, que passou a constar do art. 2109.º, e, mantendo o critério anterior, veio contemplar também as situações de oneração, passando a constar do n.º 2 do dito art. 2109.º o seguinte:

“(…)

2. Se tiverem sido doados bens consumíveis que o donatário consumiu, ou bens que alienou ou onerou, ou que pereceram por sua culpa, atende-se ao valor que esses bens teriam na data da abertura da sucessão se não fossem consumidos, alienados ou onerados, ou não tivessem perecido. (…)”.

No atual Código Civil português, o art. 2109.º, n.º 2, determina o seguinte:

“Se tiverem sido doados bens que o donatário consumiu, alienou ou onerou, ou que pereceram por sua culpa, atende-se ao valor que esses bens teriam na data da abertura da sucessão, se não fossem consumidos, alienados ou onerados, ou não tivessem perecido”.

Quer isto dizer que, na hipótese de consumo, alienação ou oneração, ou ainda perecimento culposo⁽²⁹⁾, o valor é reintegrado considerando um valor patrimonial reportado **à data da abertura da sucessão**.

VI. Note-se, de igual modo, que o critério do n.º 2 do art. 2109.º reitera o critério do n.º 1 do art. 2109.º quanto à respetiva colocação temporal. Com efeito, como notam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁽³⁰⁾:

“No n.º 2 prevê a lei os casos relativamente frequentes em que o donatário tenha consumido, alienado ou onerado os bens que lhe foram doados, bem como o caso em que estes bens tenham perecido por culpa dele. Em todos esses casos, a lei, fiel ao mesmo critério que enuncia no n.º 1. Manda considerar relevante o valor que os bens doados teriam **à data da abertura da sucessão**, se não tivessem, entretanto, sido consumidos, alienados ou onerados, ou não tivessem perecido” (o negrito é nosso).

Assim opina também OLIVEIRA ASCENSÃO⁽³¹⁾:

“Deve perguntar-se então qual o momento que é tomado em conta para a determinação de valor dos bens. Esse momento é o da abertura da sucessão (art. 2109.º/1). Se os bens não existem já, tem de se proceder por cálculo atendendo-se ao valor que os bens teriam **nessa data** (art. 2109.º/2)” (o negrito é nosso).

⁽²⁹⁾ Os casos de perecimento do bem por causa imputável ao donatário compreendem situações em que o destino do bem dependeu de um ato, omissivo ou comissivo, do donatário ou é, de algum modo, reconduzível à sua esfera.

⁽³⁰⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, Vol VI, p. 183.

⁽³¹⁾ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, 4.ª ed, p. 551.

VII. Ao Código Civil português subjaz ainda uma opção de não diferenciar consoante os bens alienados pelo donatário tenham sofrido uma valorização ou uma desvalorização após a data da liberalidade ou após a data da alienação. A lei fixa indistintamente a relevância do critério temporal da data da abertura da sucessão. REMÉDIO MARQUES sintetiza, pois, com razão, o enquadramento do risco de variação de valor dos bens perante o critério do Código Civil⁽³²⁾:

“o legislador distribui da seguinte maneira o risco da variação de valor dos bens doados em vida até à abertura da sucessão o risco de variação de valor decorre da esfera de atividade e de organização”⁽³³⁾.

VIII. Quando existam vicissitudes posteriores à doação e anteriores à abertura da sucessão, o legislador teve a preocupação de consagrar o n.º 2 do art. 2109.º para evitar que essas vicissitudes pudessem ser utilizadas para subtrair o bem à colação ou introduzir critérios divergentes do que se pretendeu fixar.

Assim, no n.º 2 do art. 1209.º, o que se quis evitar é que o donatário herdeiro pudesse, por exemplo, dizer que destruiu o bem e que, por isso, nada tem a restituir, ou que alienou o bem e que, por isso, não estando o mesmo na sua esfera, nada há que restituir em valor. A lei clarificou que estas vicissitudes não isentam o bem da sua sujeição à colação e que a determinação do valor do mesmo continua a ser possível, abstraindo de tais vicissitudes.

Quando existam vicissitudes posteriores à doação e anteriores à abertura da sucessão, o legislador teve a preocupação de consagrar o n.º 2 do art. 2109.º para evitar que essas vicissitudes pudessem ser utilizadas para subtrair o bem à colação ou introduzir critérios divergentes do que se pretendeu fixar.

Assim, no n.º 2 do art. 1209.º, o que se quis evitar é que o donatário herdeiro pudesse, por exemplo, dizer que destruiu o bem e que, por isso, nada tem a restituir, ou que alienou o bem e que, por isso, não estando o mesmo na sua esfera, nada há que restituir em valor. A lei clarificou que

⁽³²⁾ J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 379. Alguns Autores identificam o problema, mas aceitam que a letra da lei, e a opção do legislador, deve prevalecer. Assim, por exemplo,

⁽³³⁾ PAMPLONA CORTE-REAL, *As liberalidades em vida*, pp. 405-406. PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, p. 147, CRISTINA PIMENTA COELHO, anotação ao art. 2109.º em *Código Civil anotado*, coord. Ana Prata, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 1017, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, pp.325-326, nota 1104, JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil. Sucessões*, p. 551.

estas vicissitudes não isentam o bem da sua sujeição à colação e que a determinação do valor do mesmo continua a ser possível, abstraindo de tais vicissitudes.

Podemos distinguir duas hipóteses. *Se o bem doado tiver deixado de existir*, porque foi consumido ou pereceu em absoluto, haverá que recorrer a um critério hipotético, mas ainda assim atual, isto é, por referência à data da abertura da sucessão. Quer isto dizer que, nestes casos, se visa (apenas) alcançar o valor que o bem teria na data da abertura da sucessão, se a vicissitude não tivesse ocorrido.

Se o bem doado existir (não tiver sido consumido, nem tiver perecido), mas tiver sofrido vicissitudes externas, o bem em causa pode continuar a ser avaliado à data da abertura da sucessão, pelo seu valor. Neste caso, o que a regra do n.º 2 do art. 2109.º ordena é que o valor do bem seja considerado, e calculado, abstraindo da vicissitude operada. Por exemplo, se se tratar de ações empenhadas, abstraindo da constituição do penhor.

IX. O Código Civil português não diferencia consoante os bens alienados pelo donatário tenham sofrido uma valorização ou uma desvalorização após a data da liberalidade ou após a data da alienação. Quer dizer, se os bens sofreram uma valorização, ou mesmo uma valorização significativa, o critério disponível parece continuar a ser o do art. 2109.º. Mesmo os Autores que se revelam críticos da solução legal não deixam de a aceitar, no plano do direito constituído.

Revisitemos as principais posições sustentadas pela doutrina nacional. Segundo PAULA BARBOSA⁽³⁴⁾:

“(…) a solução aqui consagrada, não ressaltando os casos em que o doador já alienou o bem, padece de falta de equilíbrio na ponderação dos interesses em confronto, protegendo os interesses dos co-herdeiros não donatários com sacrifício desproporcionado dos interesses do donatário. Assim, represente um sacrifício excessivo para o donatário conferir o bem pelo seu valor (superior) à data da abertura da sucessão (por exemplo, 500), quando o valor da alienação foi claramente inferior (200) e já não tem a possibilidade de restituição do bem à herança”.

Contudo, a Autora acaba por concluir⁽³⁵⁾:

“ao determinar como momento relevante para apuramento do valor do bem doado o momento da abertura da sucessão, parece irrelevante a sua possível valorização ou

(34) PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, p. 147.

(35) PAULA BARBOSA, anotação ao art. 2109.º, em *Código Civil Anotado*, p. 147.

desvalorização até o momento da partilha. Mas deve ou não ser dita em conta tal flutuação de valor? Para a lei substantiva, só importa o momento da abertura da sucessão (...).”

De igual modo, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL sublinha o seguinte⁽³⁶⁾:

“E não se pode deixar de assinalar uma palavra de crítica à solução contida neste preceito, que pode gerar situações iníquas, nomeadamente porque o valor realizado pelo donatário através da alienação, oneração, ou consumo próprio, realização eventualmente distanciada temporalmente da data da abertura da sucessão, deve ser o que o bem tenha afinal nesta data”.

CRISTINA PIMENTA COELHO, por seu turno em anotação ao Código Civil, também comenta a onerosidade que pode resultar do art. 2109.º, mas não propõe qualquer correção da norma, reconhecendo a solução contemplada na lei como a vigente no Direito português. Escreve-nos a Autora⁽³⁷⁾:

“Estabelece-se que o valor dos bens é o que eles tiverem à data da abertura da sucessão, o que pode ser bastante oneroso para o sucessível, principalmente nos casos em que este já alienou o o bem, porque pode tê-lo feito por um valor irrisório, e entretanto o bem ter-se valorizado de tal maneira que ele seja obrigado a trazer à colação o bem por um valor que não corresponde de facto ao benefício auferido com a doação”.

CAPELO DE SOUSA, debruçando-se sobre a questão, considera que nos casos em que a valorização foi significativa, mas normal ou previsível, o donatário deve contar com ela. Nas situações em que mesma foi extraordinária, mas ocorreu independentemente da pessoa do proprietário (isto é, ocorreria em qualquer caso), a solução deve ser a mesma, seguindo-se a solução legal⁽³⁸⁾.

OLIVEIRA ASCENSÃO, por seu turno, identifica algumas possíveis insuficiências do critério legal, mas não alude à valorização do bem colacionável. Segundo o Autor⁽³⁹⁾:

“O sistema legal não permite superar, não só as hipóteses de desvalorização galopante, como os problemas suscitados pela possibilidade de mediar um largo lapso de tempo desde :l abertura da sucessão até à partilha”.

(36) PAMPLONA CORTE-REAL, *As liberalidades em vida*, pp. 405-406.

(37) CRISTINA PIMENTA COELHO, anotação ao art. 2109.º em *Código Civil anotado*, coord. Ana Prata, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 1017.

(38) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, pp. 325-326, nota 1104.

(39) JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, p. 551.

REMÉDIO MARQUES sintetiza, pois, com razão, o enquadramento do risco de variação de valor dos bens perante o critério do Código Civil⁽⁴⁰⁾:

“A nós parece-nos que o legislador distribui da seguinte maneira o risco da variação de valor dos bens doados em vida até à abertura da sucessão o risco de variação de valor decorre da esfera de atividade e de organização do donatário; após a abertura da sucessão esse risco é repartido por todos os interessados”.

Todas estas posições apontam, portanto, no sentido de que a solução da lei, do ponto de vista do direito constituído, é a da reiteração do critério temporal da data da abertura da sucessão.

A única voz isolada, que parece propender no sentido da correção da lei é a sufragada por JORGE LEITE. O Professor de Coimbra começava por notar a violência que a solução legal poderia causar em caso de valorização extraordinária do bem entre a data da alienação e a data da abertura da sucessão e concluía depois o seguinte⁽⁴¹⁾:

“(…) adianta-se que se julga deve a solução razoável preocupar-se em saber qual o valor com que se enriqueceu o património do donatário ou, caso tenha vendido por baixo preço, tenha alienado ou deixado perecer com culpa sua, qual o valor com que teria enriquecido”.

Pela nossa parte, parece-nos que ausência de diferenciação no texto da lei, sobretudo tratando-se de uma alteração legislativa perante o Código anterior, constitui uma circunstância a que o intérprete, na aplicação do direito, não pode ser indiferente, sob pena de flagrante violação do disposto no art. 9.º, n.º 2, do Código Civil. A solução do direito constituído, atentos os elementos histórico e literal, é no sentido da fixação da data da abertura da sucessão como o critério relevante. A teleologia também é clara: determinar a valoração da herança a um critério unitário, em vez de recorrer a uma diversidade de critérios, e procurar proceder a uma operação aritmética que reflita ou reconstitua a situação patrimonial à data da abertura da sucessão.

Quer isto dizer que as oscilações de valor e mutações dos bens colacionáveis — particularmente prementes no caso de se tratar de participações sociais — não afastam a regra da avaliação à data da abertura da sucessão. Atentos os elementos histórico e literal, é no sentido da fixação da data da abertura da sucessão como o critério relevante. Soma-se o elemento teleológico, sendo a finalidade da opção legal clara: por um lado,

⁽⁴⁰⁾ J. P. REMÉDIO MARQUES, *A colação dos frutos de bens doados*, p. 379.

⁽⁴¹⁾ JORGE LEITE, *Algumas notas sobre a colação*, p. 55.

sujeitar a valoração da herança a um critério unitário, em vez de recorrer a uma diversidade de critérios e, por outro lado, procurar proceder a uma operação aritmética que reflita ou reconstitua a situação patrimonial à data da abertura da sucessão, por ser esta a que se entendeu melhor servir os propósitos da colação quanto à igualação entre herdeiros.

BREVES NOTAS SOBRE O GOVERNO DAS SOCIEDADES FAMILIARES

Pelo Prof. Doutor Diogo Costa Gonçalves

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. O conceito de sociedade familiar (*Familiengesellschaft*). 3. Sociedades familiares, tipicidade societária e variações tipológicas. 4. O *governance* das sociedades familiares: a sobreposição entre a propriedade e gestão. 5. A *praxis* de governo societário e as relações *uberrimae fidei*.

1. O problema

I — As sociedades familiares (*Familiengesellschaften*) — mediante as quais se procede à autonomização de certo património da família, para o sujeitar às regras de administração e fruição do tipo societário em causa — são uma realidade sócio-económica incontornável e especialmente relevante no tecido empresarial português.

A sua existência coloca múltiplos desafios aos cultores do Direito societário.

Desde logo, as sociedades familiares são palco de um frequente desalinhamento entre o *tipo real* e *tipo ideal*, entre a sociedade efetivamente atuante no comércio e a aquele modelo sócio-económico de que partiu o legislador e que preside ao regime do CSC. Esta desarmonia é especialmente sentida nas sociedades anónimas, que têm por arquétipo uma sociedade de capitais (muitas vezes, a sociedade cotada) que nada tem que ver a (tradicional) sociedade familiar.

Na sociedade familiar, o acionista não é um investidor, mas um herdeiro; a atividade societária é a empresa familiar; o interesse da sociedade

confunde-se com o interesse da família; a distinção entre propriedade e gestão é imposta pelo tipo mas negada pela *praxis*; a parassociedade mais não é que a própria relação familiar; o *corporate governance* está determinado em função do equilíbrio entre as diversas estirpes sucessórias (sobretudo nas sociedades familiares de segunda geração), etc.

Os problemas práticos, como facilmente se intui, multiplicam-se.

II — Na Alemanha, o estudo do tipo de sociedade que ora nos ocupa tem levado a uma progressiva autonomização de um “Direito das Sociedades Familiares” (*Recht der Familiengesellschaften*)(¹), iniciado há já mais de 20 anos. Em Espanha, o *governance* das sociedades familiares levou ao reconhecimento de instrumentos negociais próprios, como o denominado protocolo familiar.

Entre nós, porém, a atenção dedicada às sociedades familiares tem sido escassa, não existindo ainda uma sistematização completa da sua disciplina.

À minguagem de melhores desenvolvimentos dogmáticos, os problemas típicos das sociedades familiares têm vindo a ser resolvidos casuisticamente, mediante o recurso a elementos normativos de elevada plasticidade, em particular, os deveres de lealdade e a mitigação dos efeitos da personificação.

No presente estudo, procuramos alinhar algumas considerações esparsas sobre esta realidade complexa e desafiante.

2. O conceito de sociedade familiar (*Familiengesellschaft*)

I — As empresas familiares são uma realidade empírica de que se ocupam as ciências económicas e sociais(²). Traduzem-se, porém, num fenómeno jurídico onde a específica articulação dos elementos *empresa*, *propriedade* e *família*(³) dá corpo à chamada sociedade familiar (*Familiengesellschaft*).

(¹) Veja-se, por exemplo, as seguintes obras coletivas: *Familiengesellschaften* (PETER HOMMELHOFF), 2000 e *Recht der Familiengesellschaften* (HANS-UELI VOGT/HOLGER FLEISCHER/SUSANNE KALSS), 2017.

(²) Correspondem, na verdade, a cerca de 70% do tecido empresarial português, de acordo com informação disponível em <<https://empresasfamiliares.pt/>>. Para uma lista de algumas empresas familiares vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, 2017, 35.

(³) Neste sentido FILIPE BARREIROS/JOSÉ COSTA PINTO, «As empresas familiares — perspetivas da

A noção de sociedade familiar é *normativa*. Não se trata apenas de evidenciar, com essa designação, a relevância das ligações familiares na estrutura do tecido empresarial, mas sim de identificar uma específica constelação de problemas e de ponderações axiológicas do Direito societário.

É, portanto, um *conceito normativo*, neste sentido: permite identificar grupos de casos e sistematizar modelos de decisão⁽⁴⁾.

II — O critério agregador do conceito é a noção de *domínio*.

Neste sentido, pode acompanhar-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA quando sustenta que estamos perante uma sociedade familiar sempre que «*uma ou mais famílias, interligadas, detêm uma maioria absoluta ou relativa do capital da empresa (bloco de controlo) e, por essa via, determinam a nomeação dos principais órgãos de gestão, incluindo o CEO, que é, recorrentemente, um membro da família*»⁽⁵⁾.

Uma *Familiengesellschaft* corresponde, portanto, a uma particular forma de domínio societário, cuja natureza acarreta um conjunto de problemas específicos e alheios a outras formas de domínio acionista.

III — Assim compreendidas, as *Familiengesellschaften* revelam-se modos jurídicos de organização do património da família. Os ativos familiares são alocados a uma estrutura personificada a fim de manter — através do regime societário — o património da família em *mão comum*.

Os acionistas não são, portanto, investidores numa atividade económica; são parentes e herdeiros que partilham — através da titularidade de quotas e ações — um ativo que é de todos e das gerações vindouras: a empresa familiar.

IV — Compreende-se, portanto, que as relações intra-societárias estejam marcadas por uma especial intensidade dos *deveres fiduciários*. A lealdade devida entre os parentes e herdeiros — agora acionistas e administradores — não é simplesmente aquela que decorre do princípio da alienidade⁽⁶⁾ ou da cooperação necessária nos contratos de organização⁽⁷⁾, por exemplo.

sua evolução de 2013 a 2023», *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, 2013, 203-226, 205 e 206, seguindo uma sistematização proposta por RENATO TAGUIRI e JOHN DAVIS em «Bivalent Attributes of the Family Firm», *Family Business Review*, IX, 2, 199, ss.

(4) Sobre os modelos de decisão, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, 2015, 985, ss.

(5) ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, cit., 36.

(6) Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., 921, ss.

(7) Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, I, 4.^a ed., 2019, 734, ss.

Ela é, na verdade, mais intensa: aproxima-se daquela lealdade que se exige nas formas primárias de comunhão patrimonial e absorve valorações ético-familiares.

Não poderia ser de outro modo. Se a estrutura societária serve para organizar as relações familiares de natureza patrimonial, então, a especial relação de confiança entre os membros da família não pode deixar de repercutir-se no exercício das posições jurídicas societárias.

V — Se os sócios das sociedades familiares são os parentes e herdeiros do património da família, fácil é também compreender que os institutos societários, quando aplicados a este tipo de sociedades, adquiram uma especial *dimensão sucessória*.

Pense-se, por exemplo, nas limitações contratuais à transmissão de ações (art. 328.º). O seu escopo e alcance normativo das limitações impostas à livre transmissibilidade dos valores mobiliários em causa depende, em absoluto, de sua função para-sucessória, isto é: do facto de em causa estar a limitação à transmissão (indireta) do património familiar⁽⁸⁾.

Pense-se, ainda, nos acordos parassociais: reger a relação dos sócios enquanto sócios (art. 17.º/1), mais não é, nestas sociedades, do que reger a relação de parentes e herdeiros enquanto tais.

Os acordos de tal natureza são tão relevantes que em experiências jurídicas como a espanhola foi criada a figura dos *protocolos familiares de las sociedades mercantiles*, sujeitos a publicidade e registo, nos termos do Real Decreto n.º 171/2007, de 09-fev.

Esta dimensão sucessória a que aludimos surge como um exemplo típico de *modelação funcional* das normas: o regime aplicável é o societário, mas, através dele, procura-se dar solução a problemas próprios de outro ramo do Direito. A eficácia normativa desejada pelas partes tem por escopo outro que não aquele que preside à teleologia própria dos institutos aplicados.

VII — A natureza familiar da sociedade repercute-se ainda na concretização do *interesse social* que a administração deve prosseguir [art. 64.º/1 b) CSC].

Independentemente do que se entenda ser o interesse da sociedade, é inegável que a sua prossecução não é alheia aos interesses dos sócios (enquanto sócios). Como dissemos noutra lugar, «*os administradores*

(8) Veja-se, para melhor enquadramento, DANIEL MORAIS, *Revolução sucessória — Os institutos alternativos ao testamento no séc. XXI*, 2018.

devem lealdade aos sócios, servindo os seus interesses, objetivados na concreta estrutura jurídica de alienidade facultada pela personificação coletiva»⁽⁹⁾.

O interesse social mais não é, na verdade, que o interesse dos sócios *qua tale*, objetivado na estrutura jurídica da sociedade.

Ora, a participação social, neste tipo de sociedades, corresponde à forma indireta de titularidade do património familiar. O interesse dos sócios *enquanto tais* coincide, portanto, com a proteção e equilíbrio das suas posições sucessórias (formalmente tituladas pelo seu *status socii*).

A concretização do interesse social numa sociedade familiar deve conservar, portanto, as posições sucessórias dos membros da família, atendendo ao *interesse da família*.

3. Sociedades familiares, tipicidade societária e variações tipológicas

I — À natureza comercial de uma sociedade é essencial a adoção de um dos *tipos* previstos no CSC. A noção de *tipo* é, todavia, polissémica e conhece utilizações muito diversas no discurso jurídico.

O tipo corresponde, antes de mais, a um específico modo de pensamento (*Denkform*) — o *pensamento tipológico* — que se opõe ao *pensamento conceptual*, com inegáveis consequências aplicativas⁽¹⁰⁾.

II — Quer o tipo, quer o conceito são realidades intelectuais compósitas, integradas por diversos elementos.

Quando o intérprete-aplicador reconduz certa realidade a um tipo normativo, está a afirmar que os elementos que o integram se encontram, nessa realidade, em suficiente *número e intensidade* que justificam a classificação.

Não é necessário, portanto, que se encontrem presentes *todos* os elementos constitutivos do tipo. Do mesmo modo, admite-se a presença de elementos tipológicos com graus de intensidade diversos.

A qualificação tipológica é, por isso, *gradativa*⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., 882.

⁽¹⁰⁾ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Participação social nas Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., 2006, 37, ss.

⁽¹¹⁾ ROLF WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, 126-127.

III — O mesmo não sucede na presença de um conceito normativo.

Para que o intérprete-aplicador dê por preenchido determinado conceito, exige-se a presença de *todos* os seus elementos constitutivos. Ao contrário da tipológica, a predicação conceptual não é gradativa: limita-se a um juízo binário de inclusão/exclusão (do conceito), passível de uma justificação estritamente lógico-dedutiva⁽¹²⁾.

Por referência a um conceito, determinada realidade *é*, ou *não é*; por referência a um tipo, a mesma realidade pode *ser mais* ou *menos*, porque o tipo — dentro da sua delimitação identitária — goza de grande elasticidade normativa.

IV — Ora, um tipo societário *é*, antes de mais, um *modelo de regulação tipológico* e, por isso, não conceptual. Corresponde, portanto, a um conjunto de notas caracterizadoras, não taxativas (presente no caso concreto com graus de intensidade diversos), de um certo regime jurídico.

Neste sentido, é certa a noção de COUTINHO DE ABREU: «*os tipos societários são modelos ou formas diferenciadas de regulação de relações (entre sócios, entre sócio(s) e sociedade, entre uns e outra com terceiros) não determinados conceitual-abstractamente, mas antes por um conjunto aberto de notas características (imprescindíveis umas, outras não)*»⁽¹³⁾.

V — É pressuposto de um modelo tipológico de regulação a possibilidade de algumas das notas que integram o tipo estarem ausentes da realidade concreta em análise — ou presentes com uma intensidade muito diminuta —, sem que tal afaste a recondução da realidade ao tipo em causa (qualificação).

No Direito societário, tal nota traduz-se na distinção entre *tipo ideal* e *tipo real*: o primeiro correspondendo ao modelo regulativo abstratamente considerado (ao arquétipo ideal, previsto na lei); o segundo, à concreta modelação normativa daquele *tipo*, para aquela concreta sociedade, e como essa modelação é vivida pelos vários protagonistas.

O *tipo real* resulta, portanto, do exercício da autonomia privada, nos limites injuntivos do *tipo ideal*, fixado na lei.

VI — Ora, nem sempre o tipo real coincide com o tipo ideal. A concreta realidade sócio-económica das sociedades que adotam determinado

(12) KARL-HEINZ STRACHE, *Das Denken in Standards*, 1968, 35 e ROLF WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, cit., 131.

(13) JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 6.^a ed., 2020, 64.

tipo societário está muitas vezes distante do arquétipo ideal de que o legislador partiu na definição do regime em causa.

Quando assim acontece, o intérprete-aplicador é confrontado com um problema de *variação tipológica*: o regime normativo que está a aplicar — por força do princípio da tipicidade societária — é materialmente desajustado da realidade económica e empresarial em presença.

Todo o processo aplicativo do Direito surge, nestes casos, marcado por uma *desarmonia normativa* que o intérprete é chamado a superar.

VII — No panorama nacional, este desalinhamento entre tipo real e tipo ideal surge, não raro, nas sociedades anónimas.

Com efeito, o regime das SA tem por horizonte ideal a típica sociedade de capitais⁽¹⁴⁾, quando não a sociedade com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado. Contudo, é este o regime que somos chamados a aplicar mesmo quando a realidade sócio-económica é absolutamente distante do arquétipo legal.

Esta dissociação entre o tipo real e o tipo ideal tem inegáveis consequências aplicativas, uma vez que obriga o intérprete-aplicador a procurar — nos limites consentidos pelo princípio da tipicidade das sociedades comerciais — soluções *a latere* do tipo ideal.

VIII — Alguns exemplos são bem conhecidos.

Pense-se nas hipóteses de analogia *intra-tipológica*. É sabido que uma das consequências do princípio da tipicidade é a limitação da analogia. Desde logo, se a sociedade em causa não é subsumível a nenhum dos tipos, tal não configura qualquer lacuna: simplesmente, não estamos diante de uma sociedade comercial⁽¹⁵⁾.

Contudo, casos há em que se devem aplicar normas de um tipo societário a outro tipo. Os suprimentos, por exemplo, apenas se encontram previstos para as sociedades por quotas (SPQ), nos arts. 243.º a 245.º. Contudo, o regime é pacificamente aplicado, por analogia, às sociedades anónimas⁽¹⁶⁾, sobretudo em sociedades *personalizadas*, em que a estrutura

⁽¹⁴⁾ Vide JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., 76, ss.

⁽¹⁵⁾ Coisa distinta é saber *se e em que medida* o regime societário pode ser considerado regime comum das pessoas coletivas jurídico-privadas (associações, fundações, sociedades civis puras, etc.). Com desenvolvimento, cf. o nosso, *Pessoa coletivas e sociedades comerciais*, cit., 940, ss.

⁽¹⁶⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, II (*Das Sociedades em Especial*), 2014, 584. RUI PINTO DUARTE, “Suprimentos, Prestações Acessórias e prestações suplementares: nota e questões”, *Problemas de Direito das Sociedades*, 2008, 266, ss.

acionista e o envolvimento dos sócios na atividade social se aproximam mais do tipo ideal da SPQ do que de uma sociedade de capitais.

O mesmo pode ser dito do instituto da exclusão do sócio⁽¹⁷⁾, estranho às sociedades de capitais e, por isso, omissa no regime das SA.

Tem-se vindo a sustentar, com efeito, que nas sociedades anónimas de pequena dimensão ou familiares, a identidade dos sócios é de tal modo relevante que determina uma «*miscigenização do tipo societário em causa*», tendo como consequência «*a personalização daquela que surgiria como paradigma da sociedade capitalística*»⁽¹⁸⁾.

Daqui resulta a possibilidade de aplicar, às SA, soluções normativas especialmente desenhadas para as ditas sociedades de pessoas — *maxime* da exclusão do acionista —, desde que o tipo real em presença se aproxime mais destas últimas do que do modelo ideal capitalístico⁽¹⁹⁾.

IX — Os desafios da variação tipológica não se limitam, naturalmente, à aplicação analógica de normas de um tipo societário a outro. A montante da analogia, está todo um labor hermenêutico a que não é indiferente a realidade a que a norma se aplica.

A dissonância entre o tipo real e o tipo ideal põe a nu a existência de uma diversidade muito grande de casos a que a norma potencialmente se irá aplicar, convocando assim reduções e extensões teleológicas, identificação de lacunas ocultas e, sobretudo, uma constante reconstrução do *sistema interno* societário, a fim de garantir coerência valorativa e aplicativa.

Importa sobretudo reter que o princípio da tipicidade societária não pode ser entendido num sentido puramente formal, que recuse a justiça material do caso concreto. A *variação tipológica* releva, portanto, no apuramento da resposta que o Direito dá ao *casus*.

⁽¹⁷⁾ JULIANO FERREIRA, *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, 2009, 47-55 e 120, ss., onde o Autor chama a atenção para a natureza *peçoal* quanto à incidência e *extintiva* quanto aos efeitos. O Autor defende, a pp. 51-52 que «*a sociedade anónima pequena ou fechada caracterizar-se-ia por um intuitus personae*», conceito que, como se sabe, está subjacente à ideia de exclusão. Com efeito, o Autor admite expressamente que na sociedade anónima pequena, fechada ou familiar se pode revelar um *intuitus personae*.

⁽¹⁸⁾ JULIANO FERREIRA, *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, *cit.*, 123-124.

⁽¹⁹⁾ Também ENGRÁCIA ANTUNES tem chamado a atenção para a impossibilidade de reconduzir acriticamente todas as sociedades anónimas à figura das sociedades de capitais: «*De resto, não se podem sequer considerar excluídas cristalizações práticas desviantes mesmo ao nível dos protótipos legais desta tipologia [sociedades de pessoas e sociedades de capitais]: é o caso das sociedades anónimas familiares (...)*» in JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 6.^a ed., 2016, 151.

4. O *governance* das sociedades familiares: a sobreposição entre a propriedade e gestão

I — Os ditos *problemas de agência*⁽²⁰⁾ (ou *custos de agência*) são um tema incontornável no moderno Direito das sociedades. Em causa está a dissociação fáctica e jurídica — com níveis de intensidade muito diversos — entre a *propriedade* e a *gestão* das sociedades: entre quem conduz os seus destinos e aqueles que, em última instância, suportam o risco da atividade económica.

À tipicidade societária presidem igualmente modelos diversos de dissociação entre a propriedade e a gestão. A cada *tipo ideal* subjaz, portanto, um determinado arquétipo de dissociação.

II — Nas sociedades em nome coletivo (SNC), o legislador assume a coincidência entre a propriedade e a gestão da sociedade: todos os sócios são gerentes e a gestão só pode ser confiada a não sócios mediante deliberação unânime (art. 191.º CSC). Existe, portanto, uma *sobreposição orgânica* entre AG e o órgão de administração.

À medida que o tipo societário evolui das puras sociedades de pessoas para as sociedades de capitais⁽²¹⁾, a dissociação entre a propriedade e a gestão vai-se agigantando.

Nas SPQ, ela surge ainda mitigada. A atribuição da gerência a pessoa estranha à sociedade não carece do consentimento dos sócios e, salvo previsão contratual em contrário, os sócios não são gerentes. Mais: o art. 252.º/3 estabelece que a gerência atribuída a todos os sócios em contrato de sociedade não se estende àqueles que venham a adquirir uma quota em momento posterior.

No caso das SA o arquétipo de que parte o legislador é o da total dissociação entre a propriedade e a gestão que se deseja, aliás, profissionalizada.

III — Ora, um dos problemas típicos das sociedades familiares — intimamente associado, aliás, à questão da variação tipológica — diz respeito à

⁽²⁰⁾ Vide, por todos, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, 2015, 32, ss. A traço grosso poderíamos dizer que a teoria dos problemas e custos de agência dizem respeito ao seguinte: o bem-estar económico de uma das partes (principal) depende da atuação da outra parte (agente), sendo que se constata que a primeira poderá não ter a motivação bastante para atuar no interesse da segunda, atentos os custos inerentes à celebração do contrato. Para mais havendo uma assimetria de informação, o principal não conseguirá aferir, tipicamente, se o agente cumpriu ou não o contrato.

⁽²¹⁾ Vide JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 6.ª ed., 2020, 64, ss.

sobreposição entre a propriedade e a gestão, verificada no seio de um tipo societário cuja paradigma regulativo assume a absoluta dissociação.

Tome-se por exemplo um pequeno grupo familiar composto por duas sociedades anónimas. A sociedade-mãe é detida, em partes iguais por dois sujeitos, da mesma família, sendo um deles administrador(-único) dessa *holding* que possui apenas um ativo: 100% do capital social da sociedade-filha. A sociedade filha é, materialmente, o único ativo relevante porquanto presta serviços geradores de valor e tem sido capaz de gerar rendimento para os vários membros da família. Esta sociedade tem como administradores os mesmos acionistas da sociedade *holding*. Onde, regista-se uma sobreposição (ainda que formalmente indireta) entre a propriedade acionista e a gestão da sociedade, em particular, na sociedade-filha que reproduz, no seu órgão de administração, a estrutura acionista da SGPS.

Verifica-se, ainda, uma histórico relevante de consensualização de decisões, designadamente aquelas que revistam de importância ou impacto materialmente significativo.

IV — Tendo presente o exemplo ilustrado, importa sublinhar que o concreto modo de sobreposição entre propriedade e gestão corresponde, na verdade, a um *risco de agência* típico das sociedades familiares.

Com efeito, o modo e a intensidade com que se desenha a dissociação entre a propriedade e gestão dão origem aos chamados *riscos de agência*⁽²²⁾. A cada tipo societário, como vimos, preside um certo arquétipo de dissociação. Isto significa que o regime do tipo está também ele pensado para dirimir os riscos de agência do modelo de dissociação entre propriedade e gestão que lhe subjaz.

Quando a dissociação é absoluta, os principais riscos de agência residem na assimetria informacional e na dificuldade de garantir o alinhamento do interesse da gestão com o interesse dos acionistas. A política de remuneração dos administradores — de que se ocupa em particular a Diretriz dos acionistas recentemente transposta pela Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto — é disso exemplo⁽²³⁾.

Quando a dissociação entre a propriedade e a gestão não existe, os problemas que se colocam são de outra natureza, muitas vezes potenciados pelo facto de o tipo societário em presença não ter sido gizado para os resolver.

⁽²²⁾ Para uma análise musculada, com abundantes referências, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização*, cit., 32, ss.

⁽²³⁾ Veja-se, neste particular, o regime constante no art. 3.º da Lei n.º 50/2020 de 25-ago., através do qual se aditam vários artigos ao CVM. É patente que o novíssimo regime do CVM se aproxima daquilo que já se lia nos arts. 115.º-C, ss., do RGICSF. Com referências, veja-se o nosso “A remuneração dos administradores das instituições de crédito — o comité de remunerações”, *RDS VII* (2015) 3/4, 509-533.

V — Como vimos no exemplo *supra* ilustrado, os administradores da sociedade mãe e filha são os acionistas da sociedade mãe, sendo que a administração da sociedade mãe está apenas confiada a um dos irmãos acionistas.

Existe, na verdade, uma *coincidência material* entre a propriedade e a gestão. Contudo, o modo como essa coincidência foi gizado a partir das normas do tipo societário em presença — reproduzindo no conselho de administração da sociedade dominada a estrutura acionista da dominante e deixando a sociedade mãe entregue à administração única de um só dos irmãos — determina um *desequilíbrio de poder* a favor, justamente, de um dos herdeiros do património familiar.

VI — Este *desequilíbrio* comporta simultaneamente uma *possibilidade* e um *risco*: o da instrumentalização da posição de administrador para obter um efetivo controlo societário, não facultada pela sua posição acionista.

Ou seja: o facto de o acionista da sociedade-filha ser também administrador-único da *holding* permite-lhe obter um controlo da sociedade-filha que jamais obteria se atuasse, apenas, como acionista. Assim, neste caso hipotético verifica-se que o desenho da administração da sociedade *holding* permite corromper as vantagens da sobreposição entre a propriedade e a gestão (onde, tipicamente, os custos de agência são menores)⁽²⁴⁾.

VII — Mas o *desequilíbrio de poder* em causa é também um fator acrescido de *confiança*. Numa estrutura de governo como a descrita, a administração da sociedade dominante é um cargo essencialmente *fiduciário*: espera-se que o poder de administração apenas seja utilizado para dar voz, na assembleia geral da sociedade dominada, à vontade dos acionistas da sociedade dominante, onde estão presentes todos os membros da família.

Nessa medida, pode afirmar-se que o administrador de sociedade *holding* torna-se como que um nuncio da vontade dos titulares de participações sociais da sociedade-filha, já que os destinos desta última são conduzidos por ambos os acionistas.

(24) FILIPE BARREIROS/JOSÉ COSTA PINTO, «As empresas familiares — perspetivas da sua evolução de 2013 a 2023», *cit.*, 211.

VIII — O risco assinalado corresponde ao perigo de um *desvio funcional*.

No caso ilustrado, o desvio concretiza-se no exercício da posição jurídica de administrador para obter uma vantagem que não seria possível enquanto acionista.

Nas sociedades familiares, este problema de agência é típico do denominado «*siblings partnership stage*», momento em que a propriedade e gestão já não estão nas mãos do fundador, mas sim dos seus filhos. Nesta fase, «*as questões de governo tornam-se mais complexas, sendo necessário manter a harmonia entre irmãos, formalizar processos negociais, estabelecer canais de comunicação eficientes entre os membros da família e assegurar os planos de sucessão para os lugares-chave na empresa*»⁽²⁵⁾.

E acrescente-se: garantir que o exercício dos poderes de administração — necessariamente repartidos pela extirpe sucessória — não conduzam à apropriação indevida da empresa familiar por uns herdeiros em detrimento de outros.

5. A praxis de governo societário e as relações *uberrimae fidei*

I — Nestas breves reflexões, detenhamo-nos por fim na concretização do padrão normativo de conduta exigível *ex bona fide* aos acionistas/ administradores da realidade societária que nos ocupa (elemento também presente no caso *supra* ilustrado).

As exigências ético-normativas da boa fé pautam o comportamento devido pelos administradores no exercício das suas funções e também o exercício, pelos acionistas, das posições jurídicas que integram o seu *status socii*.

Pode, portanto, falar-se na lealdade devida pelos administradores à sociedade e aos acionistas e na lealdade devida pelos acionistas entre si e à própria sociedade.

II — As concretas exigências ético-jurídicas decorrentes de um comportamento leal e probo não são sempre as mesmas. A existência de uma relação de confiança especialmente intensa (*gesteigertes Vertrauensver-*

(25) ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, cit., 41.

håltnis) determina uma densificação normativa dos deveres em causa, a que a aplicação do Direito não é indiferente.

O padrão normativo de conduta exigível às partes *ex bona fide* não é, portanto, alheio à concreta relação de confiança existente entre os diversos atores sociais. Quando é especialmente intensa, dizemos que estamos perante uma hipótese de *uberrimae fidei*.

III — A recondução da lealdade devida à figura da *uberrimae fidei* tem sobretudo uma dimensão heurística⁽²⁶⁾. Mais do que uma classificação conceptual, está em causa a determinação de solução justa no caso concreto, que a qualificação possibilita.

Contudo, não é possível traçar aprioristicamente os contornos de uma relação *uberrimae fidei*, como também não é possível proceder à ordenação de diferentes espécies e graus de intensidade com que ela se manifesta⁽²⁷⁾.

A qualificação *uberrimae fidei* opera uma *especial modelação do conteúdo* da relação em causa. De tal modelação resulta, como sublinha CARNEIRO DA FRADA⁽²⁸⁾, que o padrão de conduta exigível às partes é mais exigente do que aquele que pauta as normais relações jurídicas.

IV — Temos, portanto, que num cenário *uberrimae fidei*, os deveres de lealdade são especialmente gravosos. Das partes exige-se não só a conduta expectável de regular comércio jurídico, mas algo mais que pode ultrapassar a medida estrita da *regula* jurídica.

Por outras palavras: ante uma relação *uberrimae fidei*, o padrão ético normativo de conduta densifica-se. Torna-se expectável das partes uma conduta que supere a atuação honesta e lista que se exige na normalidade do comércio⁽²⁹⁾: «em muitos casos a mera invocação do cumprimento,

⁽²⁶⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE/DIOGO COSTA GONÇALVES, “O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito”, *RDS* III (2011) 3, 657-712, 691, ss.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, 544 e ss. Estamos, portanto, diante de um campo onde a *sistemática móvel* mais pode frutificar.

⁽²⁸⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 549.

⁽²⁹⁾ Supremo Tribunal de Justiça (Ac. 18-11-2008, Revista n.º 2429/08 — 2.ª Secção; Santos Bernardino (Relator), conforme se pode ler *infra*: <<http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>>. «Essa especial relação complexa, de confiança mútua e dominada pelo intuitus personae, impõe à instituição financeira padrões profissionais e éticos elevados, traduzidos em deveres de protecção dos legítimos interesses do cliente, em consonância com os ditames da boa fé: deveres de diligência e cuidado, deveres de alerta, aviso, advertência e prevenção para certos riscos e sua repartição, deveres de informação, deveres de discrição, sigilo ou segredo profissional, cuja inobservância ou violação poderá pôr em causa a uberrima fides do cliente e o intuitus personae da relação e originar a responsabilidade da instituição financeira imprudente ou não diligente».

apertis verbis, *das disposições normativas não chega para afastar a violação de deveres de lealdade que, no caso concreto, podem obrigar praeter legem mas secundum jus*»⁽³⁰⁾.

V — Ora, as sociedades familiares são marcadas pela especial intensidade da relação de confiança existente entre os seus membros: são o paradigma de uma relação societária *uberrimae fidei*.

É exigível às partes — administradores e acionistas —, não só a lealdade que se lhes impõe enquanto tais, mas ainda o respeito devido pelo escopo familiar e sucessório da sociedade em presença.

Como dissemos, as relações intra-societárias surgem marcadas por uma especial intensidade dos *deveres fiduciários*: a lealdade devida pelos acionistas e administradores, na sociedade familiar, é uma lealdade perpassada pela própria dimensão ética da família e das relações que os seus membros estabelecem.

Reitere-se: se a estrutura societária serve para organizar as relações familiares de natureza patrimonial, então, a especial relação de confiança entre os membros da família não pode deixar de repercutir-se no exercício das posições jurídicas societárias.

VI — Do ponto de vista prático, sucede amiúde que a coincidência pessoal entre a propriedade e a gestão é acompanhada por uma *praxis* de consensualizar as decisões respeitantes ao negócio familiar que, no fim do dia, a todos interessa e pertence. Nessa medida, o quadro dogmático facultado pela *uberrimae fidei* surge, assim, especialmente reforçado⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE/DIOGO COSTA GONÇALVES, “O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito”, *cit.*, 692. No mesmo sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, *cit.*, 2004, 544: «o reconhecimento de que existem contratos que envolvem uma confiança mais intensa do que aquela que se deposita ordinariamente no plano geral e indiferenciado do tráfico contratual (...) pode justificar um tratamento diferenciado por parte da ordem jurídica».

⁽³¹⁾ Uma das projeções mais relevantes do que acabamos de assinalar pode ser encontrada em sede de competência *ex bona fide* da assembleia geral. Nem todas as competências que *in abstracto* se reconhecem à administração podem ser exercidas *in concreto*, por uma determinada administração. A migração de competências do conselho de administração para a assembleia geral começou a ser particularmente discutida nos sistemas jurídicos continentais há já quase 40 anos, a propósito da famosa decisão *Holz Müller* (*BGH*, 25-fev.-1982, *ZR* 174/80) onde se entendeu que a administração não podia decidir sobre um assunto que afetava a estrutura da própria sociedade, ao envolver a transmissão de um ativo tão relevante e a reestruturação da sua titularidade. Tais matérias — ainda que formalmente de gestão — deveriam ser remetidas aos sócios. Entre nós, a doutrina *Holz Müller* foi reconduzida aos deveres fiduciários da administração, entendendo-se que os administradores violam os deveres de lealdade — art. 64.º/1 b) — se, perante uma matéria de gestão estruturante da sociedade, a não remetem

VII — A recondução de certa relação à dogmática da *uberrimae fidei* tem inegáveis repercussões. Começemos por ponderar as que se encontram diretamente relacionadas com a conduta exigível aos acionistas *qua tale*.

No moderno Direito societário, não se duvida da existência de deveres de lealdade entre os sócios, *na qualidade de sócios*⁽³²⁾, independentemente de a posição acionista ser direta ou indireta, ou seja, se detida diretamente pelo próprio ou intermediada por outro sujeito.

A primeira atuação que a boa-fé impõe aos acionistas — exista ou não uma relação *uberrimae fidei* —, é a abstenção de condutas emulativas dos interesses dos demais acionistas, lesando as suas posições de vantagem ou obtendo uma expropriação prática da sua participação social.

VIII — A conformação da conduta também pode ser obtida através do manuseamento dos deveres de lealdade relativamente aos quais os administradores se encontram adstritos.

A administração das sociedades é uma atividade estruturalmente fiduciária. Como explicámos noutro lugar, a administração representa sempre uma *imissio in alienum e ad alienum*⁽³³⁾, razão pela qual os

aos sócios. Introduziu-se, assim, a figura da competência *ex bona fide* da assembleia geral, construída sobre um exercício vinculado da possibilidade prevista no art. 373.º/3. Em causa está, como recorda MENEZES CORDEIRO, um «*alargamento da competência da assembleia geral, por exigência do sistema*», alargamento esse que — por depender da concretização dos ditames da boa-fé objetiva — redundava numa hipótese de «*competência ex bona fide*» (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, 2007, 139.). A liberdade de atuação prevista no art. 373.º/3 torna-se, nestes casos, de *exercício vinculado* porquanto os deveres de lealdade impõem, justamente, essa convocação. O reconhecimento de uma competência *ex bona fide* da assembleia geral exige que se identifiquem quais as decisões que não podem deixar de ser da *propriedade* (e não da gestão). Muito embora a solução seja evidentemente casuística, há algumas ponderações que ajudam a essa concretização. Em primeiro lugar, importa atender à estrutura acionista e ao tipo de acionista em causa. Assim, e por exemplo, uma pequena realidade familiar intensifica os deveres de lealdade e favorece essa migração de competências para o fórum da família que é, por vezes, a assembleia geral. Em segundo lugar, a *praxis* de governo. Se a administração — formal ou informalmente — fez da remissão para os acionistas a sua prática, existe a legítima expectativa de que a AG não seja ignorada, sobretudo em matérias que conservam com as pretéritas uma relevância análoga. A valoração subjacente é semelhante à que preside à figura do *venire contra factum proprium*: seria uma contradição de condutas lesiva da confiança legitimamente fundada negar aos acionistas aquela participação na vida da sociedade que a *praxis* da gestão confirmou. Por fim, é necessário atender à deliberação isoladamente considerada e ao seu impacto na vida societária. Quanto mais nuclear for a decisão na atividade societária, na sua solvabilidade ou no seu posicionamento no mercado, por exemplo, com maior intensidade se sentirá o dever de devolver o palco aos acionistas.

(32) Por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos das sociedades*, I (*Parte Geral*), 4.ª ed., 2020, 414 e ss. e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação social nas sociedades comerciais*, cit., 312, ss.

(33) Assim, constitui uma imprecisão técnico-jurídica falar em administração de bens próprios, porquanto a administração exige, sempre, uma estrutura de alienidade. Com efeito, mesmo nos

deveres dos administradores são sempre deveres de gestão *uberrimae fidei*⁽³⁴⁾.

Recorde-se o que acertadamente sublinha CARNEIRO DA FRADA: «*se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios*»⁽³⁵⁾.

IX — Mais: casos há em que se verifica uma dupla qualidade de sócio-gestor ou sócio-administrador o que, como é bom de ver, se traduz também num fator de intensificação dos deveres de lealdade:

«*O sócio gestor — recorda PEDRO PAIS VASCONCELOS — está vinculado ao dever de lealdade enquanto sócio e, bem assim, aos deveres de diligência (de cuidado) e de lealdade como gestor. Estes deveres não se somam, mas cada um agrava o outro. Se os deveres de diligência e de lealdade do gestor se intensificam pela sua qualidade de sócio, também o dever de lealdade dos sócios se torna mais exigente pela cumulação com o exercício de funções de gestão (...). Ao ser apreciada a sua actuação em sede de dever de lealdade, o grau de exigência pode e deve ser mais severo*»⁽³⁶⁾.

Em suma: o desempenho de funções inerentes aos cargos de administração em contexto familiar intensifica — de forma especialmente substantiva — os deveres de lealdade, impondo assim a adoção de condutas especialmente probas, retas e listas.

casos em que há apenas um sócio e um administrador, não deixa de se estar perante uma estrutura de alienidade mercê da personificação das sociedades que apartam a pessoa do sócio / administrador da pessoa da sociedade. As situações jurídicas são *da* sociedade e não *do* sócio. Não se diga por isso que, no caso, a gestão de bens alheios é uma ficção, uma vez que o administrador é titular de 50%. Na verdade, independentemente da composição do capital, a sociedade familiar corresponde a um prolongamento da família, havendo, nessa medida, uma funcionalização da sociedade em função do interesse da família. Num certo sentido, pode-se afirmar que a família modela o interesse social, ajustando aos intentos que, hoje, a família tem. Aliás, num contexto familiar, os bens são “ainda mais alheios”, porque a nota da personalização é mais intensa. *Vide* o nosso *Pessoa coletiva e sociedade comerciais, cit.*, 826-828.

⁽³⁴⁾ Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedade comerciais, cit.*, 868, ss.

⁽³⁵⁾ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Forjar O Direito*, 2015, 317, ss.

⁽³⁶⁾ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais, cit.*, 366.

DIGNIDADE DA PESSOA E IMPOSTOS

Pelos Prof. Doutores Hélio Sílvio Ourém Campos()
e Diogo Leite de Campos(**)*

Como sempre, ao Tudo e Único.

SUMÁRIO:

I. A pessoa digna. 1. Introdução. A dignidade da pessoa. 2. Cont. A pessoa (digna). 3. Projeto do estudo. **II. A pessoa jurisdicção.** 4. A pessoa. Cont. A centralidade da pessoa: os seus direitos e a sua criação do Direito. 5. A pessoa. Precisão. Pessoa em si mesma e em relação. 6. Políticas financeiras e valores/justiça. 7. Cont. O respeito pela pessoa e os seus direitos. A nova sociedade e o novo Estado. 8. O desenvolvimento económico e social como exigência, mas problema, às políticas públicas. Limitações às políticas públicas. 9. O positivismo na aplicação das leis. Preferência pela certeza e segurança na aplicação, com menor cuidado na criação. O princípio da legalidade. 9.1. Generalidades. 9.2. A interpretação/aplicação das normas. Limites. 9.3. A hermenêutica. 9.4. Sentido atual do princípio da legalidade. 9.5. Genealogia do princípio da legalidade. 10. Algumas insuficiências do princípio da legalidade. 10.1. O legislador “real”. 11. A ilusão autoritária do positivismo não inclusivo. 12. Positivismo jusnaturalista e constitucionalista e positivismo legalista. **Conclusão(***)**.

(*) Professor Titular da Universidade Católica de Pernambuco. Coordenador do Grupo de Pesquisa/CNPq: Política e Tributação: aspetos materiais e processuais. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz Federal.

(**) Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. Professor catedrático da Universidade Autónoma de Lisboa. Doutor em Direito (Coimbra e Paris 2). Doutor em políticas económicas e sociais (Paris 9).

(***) Este texto destina-se ao livro em homenagem ao Professor Doutor António Carlos Santos.

I. A pessoa digna

1. Introdução. A dignidade da pessoa

Os impostos nasceram fora da invenção romana (pelo menos estoica) do Direito⁽¹⁾. E ao longo da Idade Média estiveram sempre afastados da longa e cuidadosa elaboração do Direito (privado) por moralistas, teólogos e juristas. Elaboração que assentava na dignidade da pessoa capaz de assumir obrigações, de as cumprir e de desenvolver as suas relações na ética e no respeito do outro, em termos de justiça⁽²⁾. Partindo-se da igualdade das almas e da dignidade da pessoa.

O Direito privado e especialmente o Direito dos contratos têm aqui as suas raízes.

Os impostos, como instrumento do poder, ficaram à disposição dos poderosos, mesmo quando autorizados nas Cortes.

O imposto como domínio e instrumento do poder afastou-se ainda mais de qualquer justificação ética ou de bem comum, na Idade Moderna, pela conceção do monarca como de “ciência certa e poder absoluto”. Cessando em Portugal a intervenção das Cortes na autorização dos impostos — e cessando mesmo a convocação das Cortes.

O reconhecimento pelas comunidades reformadas do poder absoluto dos soberanos como única fonte de Direito⁽³⁾, reforçou a autonomia destes na criação de impostos.

As revoluções liberais do fim do século XVIII e do século XIX limitaram-se a transferir o poder de criar impostos do rei absoluto para o parlamento.

Sem preocupação evidente da sua justiça material decorrente do exercício dos direitos da pessoa reconhecidos nas constituições e em outros diplomas.

Mais: criada uma lei tributária, o positivismo não inclusivo por respeito à vontade do legislador exigia que se lesse a norma e se aplicasse textualmente sob pena de sanções. Lembremos que, neste quadro, só a partir dos anos oitenta do século passado, em Portugal, se formou um consenso sobre a demarcação entre a função de julgar e a de administrar, aquela a cargo de juízes togados. Esta competindo à administração tributária. E verificando-se o alargamento da função judicial a todos os litígios.

(1) Cf. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Fiscalidade e Antropologia*, ROA, Lisboa, 1985.

(2) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A felicidade somos Nós*, Fundação Lusíada, Lisboa, 2019, p. 86, ss., e Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 106, ss.

(3) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, ed. da Fundação Lusíada, p. 182, ss., e ed. da Lumen Juris, p. 239, ss.

A Lei Geral Tributária, de fim do século XX, veio assentar com mais clareza a função judicial e o seu objeto⁽⁴⁾.

De qualquer modo, e sem esquecer os avanços realizados em matéria da compreensão e aplicação dos valores do Estado de Direito democrático e social, o parâmetro dos tributos tem sido sempre o das necessidades financeiras auto-declaradas pelo governo.

Com insuficiente análise e debate da satisfação dos direitos das pessoas, tanto de primeira geração como de segunda geração (habitação, saúde, educação, trabalho e suas condições, segurança, etc.). Não havendo a ponderação adequada da capacidade de o sistema tributário promover o desenvolvimento económico e social (direito de terceira geração).

A preocupação dominante tem sido a da segurança e certeza a nível da aplicação dos impostos. Pretende-se que a eventual ausência ou deficiência de justiça material, seja compensada a nível da aplicação por um discurso positivista rigoroso que proteja as expectativas dos contribuintes ao lerem as normas. Visando-se uma subsunção automática (e incontestável) do caso no texto da norma.

O que, diga-se desde já, é uma ilusão.

Mais: e a pessoa, sobre cuja dignidade assentam o Estado e o Direito (também a sociedade), como reconhece o art. 1.º da Constituição da República Portuguesa? O tema dos impostos é o da cobertura das despesas públicas; pouco ou nada a atenção à pessoa, à sua dignidade e aos seus direitos considerados com empatia e com simpatia. Dignidade e direitos em que devem assentar os impostos.

Vamos tentar integrar o mundo dos impostos na dignidade da pessoa e dos seus direitos. Tal como é imposto pela centralidade da pessoa em todos os setores da vida.

2. Cont. A pessoa (digna)

O art. 1.º da CRP reconhece que o Estado (e o Direito) assenta na dignidade da pessoa.

(4) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária*, Anotada e Comentada, referindo a lei 41/98 de 4 de agosto e com. ao art. 1.º da Lei Geral Tributária. É devida aqui uma homenagem muito sentida ao Professor Doutor António Luciano Sousa Franco, impulsionador da Lei Geral Tributária enquanto Ministro das Finanças e que sempre deu, como professor e político, grande apoio ao Estado de Direito democrático.

Sublinhe-se que o legislador está só a dar o reconhecimento devido à pessoa, aquele que pertence a esta. Não está a introduzir a pessoa digna na CRP. Ela sempre lá estaria, mesmo na falta de reconhecimento expreso.

A pessoa é anterior e superior ao Estado.

É a dignidade da pessoa que constrói a sociedade, o Estado e o Direito.

Assim, e como reforçaremos mais tarde, a pessoa é jurisgénica, criando o Direito através dos seus direitos.

Vamos portanto aperceber-nos, antes do Direito e do Estado, do que é a pessoa.

A dignidade tem sido associada à liberdade, qualidade na qual a pessoa excede todas as outras criaturas terrestres e as domina⁽⁵⁾.

Indo mais longe, a dignidade consubstancia-se em valores, sobretudo nos valores da liberdade, do amor, da razão e do reconhecimento do outro como outro eu⁽⁶⁾.

Prosseguindo estes valores à sua maneira, única e diversa de todas as outras.

A pessoa não é parte de uma totalidade, mas a própria totalidade que não admite divisão. É o ser único da sua espécie — reconhecendo todas as outras como seres únicos da espécie.

A dignidade

A dignidade da pessoa consubstancia-se em valores, sobretudo no amor, liberdade e razão que cada pessoa prossegue à sua maneira única e diversa⁽⁷⁾.

A pessoa é digna. Esta dignidade é de respeitar. Respeito, não enquanto mera indiferença, mas enquanto empatia e cuidado.

A dignidade é preenchida com valores e estes geram e contêm os direitos da personalidade, direitos que são gerados mas não criados pela pessoa ou pela sociedade, pois são naturais e integram a sua dignidade.

Os direitos da pessoa, numa primeira fase/geração, “só” têm de ser respeitados, no sentido de que não podem ser violados. Mas já se depara com um conteúdo positivo: têm de ser ativamente preservados pelo Estado, combatendo o crime, por exemplo.

(5) Cf. BERNARD DE CLAIRVAUX, *On loving God*, Cap. II.

(6) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS e FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, *Pessoa, Direitos e Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2021, p. 18.

(7) Sobre esta matéria, *vd.* também PAULO OTERO, *Direito da Vida*, Coimbra, 2004, em geral, e especialmente par. 2 sobre a evolução do Direito Português.

Logo a seguir, reenviam ao seu preenchimento ativo: o direito à vida compreende não só a proteção contra a agressão, venha ela de onde vier, como os cuidados de saúde.

O respeito tem de ser um reconhecimento seguido de um cuidado.

A pessoa (digna) está antes da sociedade e do Estado que têm de se limitar a reconhecê-la, como ato devido. A ela e aos seus direitos.

A dignidade é o que há de humano no ser humano. É aqui que se situam os direitos da pessoa⁽⁸⁾.

O Estado-dos-direitos completa o Estado-de-Direito e reenvia ao Estado-Social.

A vida é o ser do vivente⁽⁹⁾. As pessoas são seres vivos, não integradas numa espécie ou num género (coletivo), mas numa comunidade em que cada indivíduo ocupa um lugar (único) definido por ele⁽¹⁰⁾ e respeitado pelos outros.

A pessoa tem algo de diferente das outras realidades: comporta-se consigo mesma de acordo com a sua própria realidade. A sua forma de realidade é ser pessoa, sede única e diversa de amor liberdade e razão, e a sua realidade é absoluta⁽¹¹⁾. O ser humano afirma-se a si mesmo como realidade absoluta⁽¹²⁾.

Os romanos, tal como os gregos, conceberam uma comunidade de pessoas na qual cada um deve os seus direitos, o seu estatuto, a outrem, e não como uma sociedade em que cada um é autónomo, “sui iuris”, por nascimento⁽¹³⁾. Haveria, para esses povos, uma desigualdade natural e originária.

Nesta perspetiva, a razão é para Platão a verdade, pois é o órgão do universal que determina o que é bom para o homem. Só que este pode não conseguir conhecer. Daí que a razão não reine em muitos homens, com as consequentes desigualdades. A autonomia do ser humano não é o domínio da razão⁽¹⁴⁾, sendo ela mesma o fundamento do agir do ser humano⁽¹⁵⁾.

Essa pretensa desigualdade, assente em muito diferentes capacidades de raciocinar, leva ao domínio dos filósofos no Estado. O Estado, domi-

⁽⁸⁾ DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 19.

⁽⁹⁾ ARISTÓTELES, *De Anima*, II, 4.

⁽¹⁰⁾ SIC, R. SPAEMANN, *Les personnes — Essai sur la différence entre «quelque» chose et «quelqu'un»*, trad. Fr., Paris, 2009, p. 11.

⁽¹¹⁾ X. ZUBIRI, *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*, Alianza Editorial, p. 9.

⁽¹²⁾ *Aut. ob. cits.*, p. 9.

⁽¹³⁾ *Vd. infra* a propósito da dignidade da pessoa.

⁽¹⁴⁾ SIC, SPAEMANN, p. 31.

⁽¹⁵⁾ SIC *Aut. ob. cits.*, p. 33.

nado pelos filósofos, os cidadãos com maior capacidade de razão, é, para Platão, a recusa da dominação do homem pelo homem⁽¹⁶⁾, uma proteção do ser humano menos razoável.

Parece-nos, porém, que as pessoas são indivíduos, não enquanto casos de um elemento universal, mas por serem, como indivíduos, o próprio universal de um modo individual. Elevando-se ao universal, não são simples partes de uma totalidade que as ultrapassa, mas são a própria totalidade⁽¹⁷⁾.

O ser humano é o absoluto feito espécie⁽¹⁸⁾. Neste sentido, qualquer nascimento é o da primeira pessoa no mundo⁽¹⁹⁾.

A realidade humana é a afirmação do eu como entidade absoluta. A diversidade individual é característica da realidade humana. Não só sou distinto dos outros, como sou diverso. Todo o ser humano tem uma diversidade individual⁽²⁰⁾.

A resposta cristã à concepção do homem racional não é afirmar que há homens que não podem, mas antes homens que não querem, estes preferindo as trevas à Luz (J. 3, 19)⁽²¹⁾.

O Deus anunciado por Cristo não é o Deus da razão, mas o Deus do Amor, que É Amor. Deus é Deus do ser humano e não só da inteligência. O homem foi concebido na totalidade (S. Tomás de Aquino).

A nova sabedoria é a do amor.

A antropologia cristã veio elaborar noções como as de liberdade, de alma, e de responsabilidade muito embrionárias no «pensamento antigo» em que o ser humano estava subordinado à natureza e à cidade. A própria ideia de liberdade reduzia-se à liberdade da cidade e não abrangia a liberdade de cada um. Só a de todos.

O encontro e reconhecimento da pessoa é um encontro de iguais. Deixa de haver homens inferiores que não podem. Todos (iguais) podem; mas alguns não querem. Intervém aqui o sentimento, em vez do exclusivo pensamento racional antigo⁽²²⁾.

Sem a teologia cristã, a pessoa, não sendo como não é um fenómeno natural, teria continuado ausente de um mundo povoado por seres humanos criados e determinados pela natureza, desiguais e sem amor.

⁽¹⁶⁾ Sic *Aut. ob. loc. cit.*

⁽¹⁷⁾ Sic, SPAEMANN, pp. 34-5.

⁽¹⁸⁾ ZUBIRI, *ob. cit.*, p. 69.

⁽¹⁹⁾ BUBER, MARTIN, *Die Schrift und ihre Verdeutschung*, 1936, p. 146.

⁽²⁰⁾ ZUBIRI, *cit.*, p. 20.

⁽²¹⁾ *Vd. tb. CAMPOS, DIOGO LEITE DE, A felicidade somos nós, cit.*, p. 41, ss., de ambas as edições.

⁽²²⁾ Sic, SPAEMANN, *ob. cit.*, p. 35.

A “pessoa” está ligada ao percurso “ocidental”⁽²³⁾ impulsionado pela Igreja Católica.

O ser humano deixa de ser visto como um animal político, integrado na cidade como realidade natural, com a personalidade referida ao estatuto social, para passar a ser criatura de Deus, criatura única, livre, à qual se dirige Deus. A relação deixou de ser de poder e submissão com os outros, para passar a ser o face a face da liberdade com Deus e o outro⁽²⁴⁾.

3. Projeto do estudo

Começámos por descrever mais a pessoa digna e em relação com os outros.

Esta pessoa, central à sociedade, ao Estado e ao Direito é titular de direitos originários. São estes Direitos que devem mover e fundamentar o Direito, nomeadamente o Direito dos impostos.

A pessoa é jurisgénica.

Contudo, há aqui uma deficiência de referência dos impostos aos direitos da pessoa. Para de algum modo compensar esta fraqueza, o legislador assentou que as normas de impostos deviam ser lidas e aplicadas através de um discurso positivista não inclusivo. Como garantia das expectativas do contribuinte — e também seguramente das do Governo às receitas.

Quanto ao “grande” direito da comunidade ao progresso económico e social, diversas dificuldades, para além das indicadas têm limitado seriamente a sua aplicação em matéria tributária.

(23) FOUCAULT, MICHEL, *Les mots et les choses*, Paris, 1966.

(24) DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 32, ss.

II. A pessoa jurisdgênica

4. A pessoa. Cont. A centralidade da pessoa: os seus direitos e a sua criação do Direito

A centralidade da pessoa que resulta dos seus valores, cuidado/amor, justiça, liberdade e igualdade e a estes conduz, substância da Paz social e da democracia, só adquire realidade quando a vida social, também governada pelo Direito, tem como referência essa mesma pessoa, a sua dignidade e os seus direitos; a pessoa como sede de valores; a pessoa em relação de empatia e de simpatia com o outro⁽²⁵⁾.

A realidade do discurso jurídico é a pessoa, o que afasta o egoísmo, pois a pessoa é para os outros.

A pessoa é a primeira e última referência do Direito: este começa pela pessoa e termina com ela⁽²⁶⁾.

O Estado e a sociedade têm valores próprios: mas estes têm de respeitar a dignidade da pessoa e decorrerem da pessoa em si mesma em relação com os outros, das múltiplas relações da pessoa e da moralidade social resultante. Relações tantas vezes contrariadas por modelos sociais egoístas de poder e utilidade.

Nas suas grandes linhas, o Direito persegue a satisfação dos direitos da pessoa, no quadro das políticas públicas possíveis e promovidas pelas pessoas, com as pessoas, para as pessoas.

5. A pessoa. Preciões. Pessoa em si mesma e em relação

Tomemos um momento para reafirmar a centralidade da pessoa em relação.

A pessoa reconhece-se pela pertença biológica à espécie humana. O ser humano, todo o ser humano é pessoa, tem esta dignidade⁽²⁷⁾.

As primeiras realidades de base são os corpos. O corpo físico é uma realidade de base por não derivar seja do que for⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Sobre o que se segue, ver DIOGO LEITE DE CAMPOS e NANCY ANDRIGHI, *ob. cit.*, p. 41, ss., que acompanhamos de perto.

⁽²⁶⁾ *Auts. ob. cit.*, p.

⁽²⁷⁾ *Vd.*, em geral, BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *A metadonomologia entre a semelhança e a diferença*, Coimbra, 1994.

⁽²⁸⁾ *Vd.* STRAWSON, *Les individus, Essai de Métaphysique descriptive*, trad. fr., Ed. du Seuil, Paris, pp. 42-4.

A animalidade humana não se esgota em si própria, mas é um meio de realização da pessoa⁽²⁹⁾. A personalidade é um modo de existência, a realização específica e individual da existência⁽³⁰⁾.

Pessoa não designa uma classe, mas o elemento de uma classe, não enquanto tal, mas enquanto é indivíduo, sendo pessoa um nome próprio⁽³¹⁾.

O nome da pessoa, o nome próprio — o nome próprio é um importante direito da personalidade — designa um só indivíduo diverso de todos os outros da mesma espécie. Dirigindo-se a precisar a sua identidade e a sua individualidade.

Pessoa é um “nomen dignitatis”⁽³²⁾, designando uma qualidade que só pertence a um⁽³³⁾. A pessoa é digna. O reconhecimento da pessoa envolve o reconhecimento de uma dignidade, de direitos próprios e de deveres específicos para com esse indivíduo⁽³⁴⁾.

O ser humano é único, é em si mesmo. É uma sede de valores única no universo. É muito mais do qualquer outra espécie o amor, a razão, a liberdade.

O amor é inato na pessoa, elemento principal da sua vida, na forma de solicitação a comportamentos.

É constitutivo e essencial ao ser humano o eu-tu. A pessoa é relação, cuidado⁽³⁵⁾. É com os outros, pelos outros e para os outros. A pessoa é amor.

É através desta dignidade que a pessoa gera a sociedade e o Direito. É jurisgénica.

6. Políticas financeiras e valores/justiça

As políticas financeiras estaduais têm de ser fundadas em valores — do Estado, da sociedade e da pessoa — para se “justificarem” (para serem “justas”) para poderem ser impostas, para serem Direito (financeiro, do

(29) SPAEMANN, R., *Les personnes-Essai sur la différence entre “quelque chose” et “quelqu’un”*, trad. francesa, Paris, 2009, p. 344.

(30) SPAEMANN, p. 48.

(31) *Aut. ob. cits.*, p. 48.

(32) *Aut. ob. cits.*, p. 48.

(33) SAINT VICTOR, RICHARD DE, *De Trinitate*, 4,6.

(34) SIC, SPAEMANN, p. 30.

(35) ZUBIRI, XAVIER, *Tres dimensiones del ser humano: individual, social histórica*, p. 24.

trabalho, da segurança social, etc.). Pois só é lei vinculativa a que é justa e a que é injusta é só força, portanto ilegítima, despertando o direito de resistência de cada um e de todos.

Mas... que justiça? Como se encontra a justificação das normas?

A pessoa humana é uma sede de valores; a sociedade e o Estado têm valores. O Estado existe, não é um mero nome ou uma simples máquina administrativa.

O bem comum tem um conteúdo material de justiça. E esta justiça é integrada pelos direitos de personalidade sempre em descoberta e aprofundamento. Direitos de primeira, de segunda e de terceira gerações. Direitos de conteúdo ético e protetor da pessoa e da coletividade perante as outras pessoas e o Estado, mas também deste perante aqueles. Compete (também) ao Estado respeitar aqueles direitos e prosseguí-los.

Estes direitos estendem-se a comportamentos positivos, a prestações do Estado. Assim, o direito à vida — a não se ser privado da vida — aspira a que o Estado e a sociedade forneçam os bens necessários para que a vida não feneça, como alimentação, habitação, etc. O direito a casar-se e a constituir família exige que seja assegurado a cada um nomeadamente o espaço (casa de morada de família) e o tempo, livre de trabalho, para o casal e os filhos. E seguem-se os outros direitos.

Os direitos de personalidade têm um duplo sentido de proteção da pessoa: abstenção dos outros e do Estado de intromissão na esfera protegida; fornecimento pelo Estado dos bens necessários para assegurar a sua efetividade. O Estado e os outros, por um lado, têm de se desinteressar da esfera jurídica da pessoa; mas também devem contribuir para o preenchimento dessa esfera através de bens diversos. E o Estado caminha sem interrupção de Estado-de-Direito para Estado-de-Direito-social.

Os direitos ainda parecem reduzir-se à pessoa humana, ao indivíduo. Porém, numa terceira fase aparecem os grupos sociais e a própria sociedade em geral como titulares de direitos: os direitos dos idosos, das crianças, das minorias e o direito geral ao desenvolvimento económico e social, entre outros.

Tudo direitos no sentido técnico-jurídico do termo, envolvendo uma pretensão e um débito. Sendo a sanção das normas a sua inconstitucionalidade.

O Estado contemporâneo tem caminhado para um Estado-dos-direitos, no qual a relação Estado/cidadão se articula com base numa rede de pretensões e de deveres de prestação. O Estado exige tributos aos cidadãos; os cidadãos exigem a aplicação das respetivas receitas na satisfação dos seus direitos.

Todavia os recursos não são ilimitados: nem os das famílias e empresas para pagarem tributos; nem os do Estado para satisfazerem as necessidades. Há sempre muito a fazer com o suporte do desenvolvimento económico e social.

Estes direitos de conteúdo económico (direitos à habitação, à saúde, à educação, etc.) devem ser prosseguidos primeiro pelo seu titular, na medida da sua vontade e das suas possibilidades. Só complementados ou facilitados pelo Estado — ou assumidos completamente no interesse geral. Assim, uma tributação que impeça os cidadãos de prosseguirem os seus direitos seria ilegítima. Com seria ilegítimo impor ao cidadão certas maneiras ou certas vias de satisfação desses direitos, em prejuízo do seu direito a construir e a prosseguir o seu projeto de vida.

Há que situar aqui, repetimo-lo, o direito ao desenvolvimento económico e social. A cobrança de tributos não pode esquecer este direito, prejudicando-o gravemente. Seria o caso, por ex., de uma política de consequências recessivas a longo prazo.

As normas constitucionais, dotadas do carácter indeterminado de quaisquer normas, permitem uma boa margem de apreciação e de governo, controlada pelo Tribunal Constitucional.

No extremo oposto da prossecução dos direitos da pessoa encontra-se uma política sem ética, radicalmente diversa e com consequências antagónicas.

Para atentarmos só nas suas raízes mais próximas, lembremos que para Montesquieu o indivíduo era súbdito da vontade geral (de si mesmo...). Pelo que a liberdade passava a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite ou impõe⁽³⁶⁾.

Para controlar a apropriação desta base pelo totalitarismo, exigiu-se, mas deu-se como assente, a coincidência do Direito (vontade geral) com a justiça (inerente a essa vontade). A vontade geral não poderia deixar de ser justa.

O soberano “de ciência certa e poder absoluto” do despotismo esclarecido, corre o risco de só mudar de nome, sendo substituído por outro soberano escondido por detrás da vontade geral.

Experimentando-se e reconhecendo-se a incerteza desta “justiça” “criaram-se” os direitos da pessoa como condicionantes e limites da vontade geral, como conteúdo do próprio Direito ao auto-limitar-se. Reti-

⁽³⁶⁾ *Sur l'esprit des lois*, xi, cap. 3.

rando-se ao Direito a característica de mero instrumento de poder. Salvaguardando-se o indivíduo ao afirmar-se a total e incondicionada dignidade do ser humano, para além da conjuntura histórica, do país ou da época. Exigindo-se de qualquer materialismo, de qualquer economicismo, de qualquer ordem de produção que seja justa ao respeitar e promover os direitos da pessoa. Na ausência do que seria ilegítima e, em última análise, ineficaz.

7. Cont. O respeito pela pessoa e os seus direitos. A nova sociedade e o novo Estado

A pessoa digna abre o espaço a uma política com ética, respeitando os direitos das pessoas, de modo ético-jurídico. Pode ser eficaz sem deixar de ser ética, sendo ética para ser eficaz e legítima.

A pretensa oposição entre justiça e eficácia é descabida. Só é eficaz o que for justo. O resto é violência ilegítima.

O Direito tem um fundamento axiológico que é a sua “justificação” — que o faz justo e assim converte a imposição em Direito. Esta justificação está na pessoa humana enquanto sede de valores e, portanto, de direitos. Mas também na dimensão dos valores sociais. Todos estes a promoverem os valores da pessoa e do Estado previstos na Constituição formal ou perceptíveis na constituição material. A primeira tarefa do jurista é a procura da conformidade (do “compliance”) da observação destas regras e valores⁽³⁷⁾. Tarefa que, em última análise, tem de ser exercida pelos tribunais.

O Direito tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e a declarar os seus direitos. Embora estes existam “juridicamente” mesmo sem consagração jurídico-formal. Mas tem sempre de se afirmar simultaneamente a dimensão social da pessoa, a existência de um sistema de valores através dos quais a conduta de cada indivíduo (e de todos) é regulada de acordo com os valores sociais. O ser humano vive *com os outros* (e gostaríamos de pensar que vive *para os outros*)⁽³⁸⁾.

O Estado de hoje (“*pós-moderno*”) é menos o Estado dos “*poderes*”, das sanções, das ordens a que se obedece sem discutir.

⁽³⁷⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A génese dos direitos da pessoa*, in “Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas”, Almedina, Coimbra, 2004, p. 54.

⁽³⁸⁾ *Aut. ob. cit.*, p. 55.

Assume uma função “*promocional*” através das “*sanções positivas*”, dos incentivos, das recompensas que não visam (diretamente) punir os atos socialmente indesejáveis, mas promover os socialmente desejáveis⁽³⁹⁾.

Segue-se a prossecução de tal finalidade através de normas de organização que visam promover a associação concertada entre indivíduos e organizações prosseguindo fins comuns.

Finalmente, atua cada vez menos por imposições, ordens ou castigos. E mais por associação dos indivíduos e das organizações à roda de referências comuns de carácter ético-social, geradas ou aceites pela comunidade.

A família, as sociedades, as associações, as organizações políticas estão “*reguladas*” por normas de organização — não por normas de conduta — que permitem e promovem valores ético-jurídicos e sociais.

Há que afastar a conceção do Direito como (só) estabelecendo conexões entre obrigação/coação/sanções.

Não é de menosprezar a importância que o “*mero*” imperativo ético ou social e as recompensas de toda a ordem a ele associadas têm no cumprimento das normas.

A escassez natural de meios tem de respeitar os valores constitucionais, hierarquizando-os embora; deve ser comparticipada pelos cidadãos — condições da sua legitimidade e eficácia. E não ser só financeira, mas ver a sociedade e os seus valores de modo interativo e interdependente. Serão respeitados os valores constitucionais, sabendo-se que as normas contêm uma certa margem de indeterminação. E sujeitando-se ao escrutínio político e dos tribunais.

As normas imperativas — nomeadamente as que impõem, ou impõem, obrigações — têm-se transformado em relações de associação, na dependência da vontade dos cidadãos, dotadas de sanções reduzidas e “*externas*” a elas⁽⁴⁰⁾.

Vendo-se em conjunto o sentido do Estado; a natureza imperativa dos direitos da pessoa; e a impossibilidade de reduzir qualquer política financeira a uma política “*meramente*” financeira.

Qualquer política financeira tem de se integrar numa “*política geral*” em que se insere a proteção e a promoção dos direitos da pessoa como ingredientes nucleares de qualquer política pública.

Tal política, como qualquer política pública, deve ser entendida e comparticipada pelos cidadãos como objetivos e procedimentos entendi-

⁽³⁹⁾ *Vd.* BOBBIO, NORBERTO, *Da estrutura à função*, (trad. em port.) Manole, p. 2.

⁽⁴⁰⁾ *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Pessoa, tempo e agregado social na relação jurídica*, Revista da Ordem dos Advogados, 72, 1, Lisboa, 2012, p. 23, ss.

dos e partilhados por todos. Os cidadãos não são “sujeitos” ao Estado; é antes este que é um Estado-dos-cidadãos, atuado por estes cidadãos.

Começa assim a delinear-se a legitimidade (e a constitucionalidade) da política, mesmo restritiva.

Os direitos da pessoa são limites jurídicos à atividade do Estado e, simultaneamente, valores a promover. Nesta perspetiva, uma política legítima terá de se limitar a estabelecer uma hierarquia e aproveitar o carácter indeterminado das normas que fixam esses direitos como margem de actuação do legislador ordinário. Tudo sujeito ao controlo dos tribunais e à consciência de que só a justiça é eficaz e legítima.

8. O desenvolvimento económico e social como exigência, mas problema, às políticas públicas. Limitações às políticas públicas

A conceção das políticas públicas está sujeita a profundas dificuldades, como a História e sobretudo diversos regimes políticos do século XX demonstraram.

Qual a razão da organização “*caleidoscópica*” das grandes cidades? pergunta John Holland⁽⁴¹⁾. Existe nestas cidades uma “*coerência*” que se “*sobrepõe a um fluxo perpétuo de pessoas e estruturas*”⁽⁴²⁾, apesar da ausência de planeamento central — ou talvez por causa desta ausência...

Só pode estranhar esta coerência — e Holland não a estranha, antes a explica — quem continuar a pensar que a sociedade é explicável por regras matemáticas assentes no “*pressuposto da linearidade*”⁽⁴³⁾.

O todo não é resultante da soma dos valores das partes; e a divisão do todo dá valores diferentes.

Pensou-se até há pouco — e continua a praticar-se este pensamento — que as coisas, os objetos, são independentes uns dos outros, sendo a realidade separável. Hoje caminha-se antes no sentido de não-separabilidade dos objetos.

Detenhamo-nos um pouco nesta não-separabilidade.

Parecia possível separar pelo pensamento a realidade (exterior ao observador) em vários elementos distintos e localizados. É certo que estes

⁽⁴¹⁾ *A ordem oculta*, trad. port., 1997, Gradiva, pp. 23 e 24.

⁽⁴²⁾ *Aut. ob. loc. cits.*

⁽⁴³⁾ *Aut. ob. cits.*, p. 38.

elementos podiam interagir, mas só dentro de limites que “*thes eram assinalados*”. Havia, pelo menos, uma “*relativa*” independência mútua das coisas na realidade do mundo exterior⁽⁴⁴⁾.

A conceção da inseparabilidade, essencial à mecânica quântica, abrange toda a matéria, mesmo a da vida quotidiana. E parece-me transponível para a sociedade humana. Alterando radicalmente a nossa perspetiva dos comportamentos coletivos, nomeadamente dos compostos por um grande número de constituintes idênticos.

Tanto na matéria exterior, como nos grupos sociais, um grande número de elementos da mesma espécie mostra comportamentos novos. Lembremos aqui o princípio da exclusão de Pauli segundo o qual dois fúmiões idênticos não se podem encontrar no mesmo estado físico. Assim, um estado coletivo deveria ser constituído a partir de estados individuais diferentes.

Voltemos à separabilidade.

Na mecânica clássica um sistema de diversas partículas pode separar-se em tantos subsistemas quantas as partículas.

Na mecânica quântica, para muitos autores, o sistema global será em princípio o único provido de propriedades físicas próprias, não pertinentes necessariamente a cada uma das partículas.

Repito que daqui se podem tirar influências importantes para os conjuntos sociais.

Passemos a um outro dos postulados da física tradicional: o determinismo.

Assentava-se em que era possível prever com segurança a evolução de um sistema físico a partir das suas condições iniciais.

Pelo contrário, a mecânica quântica não é determinista, dando só probabilidades dos diferentes resultados possíveis “*a priori*”.

A física e as ciências sociais dos séculos XIX e XX assentaram demasiadamente no determinismo, sobretudo as ciências sociais por influência de um mecanicismo nem sempre bem entendido.

São as flutuações incontroláveis das variáveis suplementares (ou escondidas) que explicam a não-previsibilidade dos resultados.

Ultrapassando-se a matemática de Newton e de Leibniz que assentava num mundo caracterizado pelo determinismo, pela repetição e pela previsibilidade.

Afirmou-se que conhecimento exato, do tipo matemático e linear, das leis do movimento e do estado do universo num dado momento permitiria

(44) *Vd. D'ESPAGNAT, B., “Nonseparability and the tentative descriptions of reality, Physics Reports”, 1984.*

prever a história completa do Universo. É o ponto de vista de Laplace ainda no século XVIII.

Isto não é correto. O Universo é um sistema quântico, em termos de, mesmo se o seu estado inicial e as leis fundamentais da matéria fossem dadas, só se poderem determinar probabilidades.

Aliás, mesmo que se ignorassem os problemas da indeterminação quântica, uma alteração muito pequena na situação de partida levaria a uma grande diferença na chegada. A situação inicial seria sempre conhecida só parcialmente.

A realidade, a natureza, não são lineares e dificilmente previsíveis, quanto mais não seja pelo interagir de modos complexos, de factores ocultos. Os sistemas económicos e sociais desafiam a análise matemática e a simulação.

Os sistemas sendo não lineares, pequenas alterações nas entradas podem levar a consequências desmesuradas: o bater de asas de uma borboleta em Coimbra leva três séculos depois, a um céu azul nas Caraíbas.

Os sistemas muito complexos, à superfície, podem ser gerados por processos simples.

Integra-se aqui a teoria do “*caos*” que assenta em sistemas dinâmicos não lineares. Da interação das componentes individuais emerge uma propriedade global que não era previsível a partir do que se sabia das partes componentes. E esta propriedade global repercute-se para influenciar o comportamento dos componentes.

As propriedades globais resultam do comportamento agregado dos indivíduos, voltando esse agregado a ser afetado em “*ricochetes*”.

Fiquemos, sem ir mais longe, com a ideia de agregado, de comportamento agregado. É este sistema complexo que produz ordem⁽⁴⁵⁾.

Parece que a auto organização é uma propriedade dos sistemas genéticos complexos.

Os seres humanos, inseridos numa socialidade muito complexa têm a sociabilidade como expressão cultural, não inserida no seu código genético, mas essencial para a sua própria sobrevivência e progresso. A vida do ser humano individual é transformada qualitativamente pela situação de membro de uma entidade maior⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Para um sumário desta matéria, *vd.* PAGELS, HEINZ R., *Os Sonhos da razão*, Gradiva, Lisboa; McShea Arun V. Holden, ed., Manchester, Manchester University Press, 1986; LEWIN, ROGER, *Complexidade, A vida no limiar do caos*, Caminho, Lisboa.

⁽⁴⁶⁾ Pode ser associada a esta temática, a da “*inteligência colectiva*” que sustenta (através de múltiplas vozes) que a proximidade das pessoas através das novas tecnologias da informação, tende a

Nesta matéria, e no que se refere à “*querela dos universais*”, afirma-se um realismo moderado: a sociedade e o Estado também existem, mas só depois da pessoa humana.

As comunidades humanas — tal como as dos seres vivos — evoluem na direção do limiar do caos. Mas é neste limiar que surgem novas propriedades que impedem o caos. Emerge uma dinâmica auto-organizativa, um “*dedo invisível*” (eu falaria do “*dedo de Deus*”) que vai promovendo a estabilidade de baixo para cima, até atingir a globalidade da Terra. Ao contrário da teoria de Darwin, a vida não é produto de uma “*série de eventos, mas o resultado de uma dinâmica comum estruturante*”.

Daqui podem tirar-se influências significativas para as sociedades humanas, mesmo para os seus aspetos “*exteriores*”.

Os cultores e práticos das ciências sociais, nomeadamente da Economia e da Gestão, do Direito, etc., enquadravam o seu pensamento ou a sua ação em pressupostos de previsibilidade e de linearidade, assentes numa “*linguagem*” linear. Em que se partia de um impulso inicial para um resultado final, previsível e controlável.

Este modelo mecanicista foi posto em causa pela consciência de que o mundo é não linear, complexo, marcado pela natureza e imprevisibilidade.

As organizações — empresas, Estado, por ex. — são sistemas adaptativos complexos, integrados por um sem número de agentes sempre a interagir e assim criando novos comportamentos para o todo de sistema. Nestes termos, os dirigentes políticos, sociais, societários, etc., não podem controlar/determinar as suas organizações, mas só influenciá-las numa certa direção.

Assim se ultrapassam “*definitivamente*” as teorias que viam na sociedade um organismo/máquina e na fábrica/empresa também uma máquina na qual os trabalhadores eram definidos como unidades passivas de produção⁽⁴⁷⁾.

Os “*gestores sociais*” não devem tentar prever e controlar com muita minúcia, pois assim maior será o desvio final em relação às precisões. E tanto maiores quanto a complexidade dos sistema e o tempo, decorrido.

criar valores e modelos de comportamento comuns. Entre muitos outros, *vd.* TOVEY, MARK (ed.), *Collective intelligence, creating a prosperous world at peace*, 2008, Earth intelligence Network, Oakoin; LÉVY, PIERRE, (trad. inglesa), *Collective intelligence, Mankind's emerging world in cyberspace*, s.d., Perseus Books, Cambridge, Mass; SHIRKEY, CLAY, *Here comes everybody: the power of organizing without organizations*, s.d., Penguin Books, N.Y.

(47) Como queria TAYLOR, FREDERICK WINSLOW, em “*The principles of scientific management*, 1911. *Vd.* a interessante análise crítica de FRIEDMAN, D.H., *Is management still a Science?*, Harvard Business Review, Nov./Dez., 1992, p. 27. Também MILTON DE OLIVEIRA, *Caos, emoção e cultura*, Ophicina de Arte e Prosa, Belo Horizonte, 2000.

Podem “*compreender-se muito bem*” as partes; mas depois há um estudo sobre o sistema, sobre as interações das partes, tão importantes como a análise.

9. O positivismo na aplicação das leis. Preferência pela certeza e segurança na aplicação, com menor cuidado na criação. O princípio da legalidade

9.1. Generalidades

O princípio da legalidade dos impostos e demais prestações legais (de caráter tributário) vem disposto no art. 103.º, 2, da CRP: a lei criará os impostos, determinando a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. Este princípio é aplicado pelos arts. 165.º e 198.º da Constituição da República portuguesa⁽⁴⁸⁾.

A alínea *i*) do n.º 1 do art. 165.º determina que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre a criação de impostos, o sistema fiscal (e regime das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas). Poderá, porém, autorizar o Governo a legislar sobre estas matérias, devendo as leis de autorização legislativa definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização que pode ser prorrogada (n.º 2). As autorizações legislativas não podem ser utilizadas mais de uma vez, sem prejuízo da sua execução parcelada (n.º 3).

As autorizações legislativas inseridas nas leis do Orçamento, por fazerem parte destas leis, são um conjunto programático independente dos Governos em vigor durante o ano em causa, seja qual for o Governo⁽⁴⁹⁾.

A alínea *b*) do n.º 1 do art. 198.º da Constituição da República atribui ao Governo competência para fazer decretos-lei em matéria de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta.

As normas que temos vindo a enunciar consagram a reserva absoluta da lei formal.

Distingue-se entre reserva da lei material e a reserva da lei formal.

Há reserva da lei material quando certos problemas normativos devem ser regrados por um diploma de carácter geral e abstrato, indepen-

(48) No que se segue seguimos DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 111, ss., e Editorial D’El Rey, Belo Horizonte, 2000, *ibid.*

(49) Cf. J. M. CARDOSO DA COSTA, *Sobre Autorizações Legislativas da Lei do Orçamento*, Coimbra, 1992.

dentemente da forma que revista — Lei, Decreto-Lei, decreto regulamentar ou, mesmo, Portaria ou Despacho genérico.

Estaremos perante reserva da lei formal quando o diploma regulador dos problemas normativos é uma lei da Assembleia da República.

Haverá reserva absoluta quando a lei deve conter a descrição completa dos pressupostos de facto (previsão), bem como a descrição exaustiva das suas consequências (estatuição).

Em matéria tributária a lei deverá descrever todos os pressupostos de facto do imposto, de maneira completa, bem como regular todos os elementos necessários ao cálculo da obrigação do imposto. Excluindo qualquer mediação voluntarística da Administração ou do contribuinte entre a norma, o caso concreto e o imposto.

A reserva relativa da lei estabelece só os princípios, ou bases gerais, ou quadros, da regulamentação jurídica, deixando a outras fontes de direito de grau inferior (geralmente a diplomas do Governo) a tarefa de os concretizar, aproximando-os do caso concreto.

O princípio da legalidade aparece, no Direito Constitucional por português, como reserva absoluta da lei formal.

Não só a matéria de impostos deve ser regulada (e só pode ser) por lei da Assembleia da República (ou por decreto-lei no caso da autorização legislativa), como a lei deve conter, provendo-os, todos os critérios de decisão do caso concreto. A decisão jurídica deve resultar (o mais possível...) da subsunção (“quase automática”) do caso na norma.

9.2. A interpretação/aplicação das normas. Limites

A interpretação/aplicação das normas é regida, no essencial, pela Lei Geral Tributária portuguesa.

O seu art. 13.º, 1, vem afirmar que as normas fiscais são normas jurídicas, sujeitas à hermenêutica geral. Afastando a interpretação/aplicação das normas com base no princípio da realidade económica que permitia subordinar as normas ao fim, vago e arbitrário, da cobrança máxima de receitas⁽⁵⁰⁾. Isto na esteira da luta contra a “fraude fiscal” elevada a valor orientador do ordenamento jurídico-fiscal. Ora é a justiça, exigida pela pessoa, enquadrada na certeza e segurança do Direito, como valores que a

(50) *Vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 90-91.

não consomem, antes a ajudam, justiça que constitui o valor fundamental do Estado-de-Direito⁽⁵¹⁾.

Ainda em matéria de interpretação/aplicação, a Lei Geral Tributária, no seu art. 11.º, 2, veio dispor que os conceitos dos outros ramos de Direito adotados pelo Direito Fiscal, mantêm o seu sentido e o seu âmbito de origem⁽⁵²⁾.

Assim, o Direito fiscal deixa de poder afeiçoar conceitos como compra e venda, sociedade, prédio, etc., a pretensos fins de cobrança de receitas.

9.3. A hermenêutica

O descrito princípio da legalidade/tipicidade visa um especial “rigor” na aplicação das normas, assente na ilusão da mera leitura e aplicação dos seus textos.

O poder que a Administração Tributária tem de liquidar impostos e extrair títulos executivos dos atos de liquidação, enquanto não for limitado pelo imperativo constitucional de não se pagarem impostos ilegais ou inconstitucionais, permite aceitar alguns cuidados na interpretação.

Sabe-se que a aplicação lógico subsuntiva da norma ao caso é uma ilusão. Bem denunciada pelas variações da jurisprudência decidindo de modos diversos casos idênticos à luz das mesmas normas. Sobretudo, mas não só, em matéria de cláusula anti-abuso, preços de transferência e fixação da matéria coletável por métodos indiciários.

De qualquer modo, atenta a circunstância, já se propôs uma interpretação mais ontológica da lei fiscal, “uma análise das expressões lógico textuais das normas e dos correspondentes significados”, em prejuízo da reconstituição sistemática e dogmática dos enunciados das normas jurídicas⁽⁵³⁾.

Embora tudo acabe por recair na análise dos atos legislativos enquanto ações valoráveis e criticáveis⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 91, referindo diversos autores.

⁽⁵²⁾ Sobre esta matéria, *vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, BENJAMIM SILVA RODRIGUES e JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária*, Anotada e Comentada, com. ao art. 11.º.

⁽⁵³⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 87.

⁽⁵⁴⁾ *Auts. ob. cits.*, p. 88.

9.4. Sentido atual do princípio da legalidade

No Estado-de-Direito contemporâneo, a exigência de tutela dos direitos da pessoa tem vindo a esgotar-se só na sua previsão na constituição e na sua regulamentação através de “leis” das Assembleias representativas.

Assim dispõe a constituição portuguesa de 1976; que, além de prever um certo número de direitos da pessoa, determina que só a lei (da Assembleia da República) é idónea para os regulamentar e restringir (art. 18.º).

Além disso, tem-se vindo a acentuar o controlo jurisdicional, não só sobre a constitucionalidade das leis que versem direitos da pessoa, como sobre a sua aplicação, a nível de mera legalidade.

A instituição de impostos (e outros tributos) constituindo, conforme referi, uma limitação à esfera da liberdade patrimonial — nomeadamente, aos direitos à propriedade, à destituição dos rendimentos do trabalho, etc. — e consequentemente, da liberdade pessoal, entra no quadro das matérias que têm de ser reguladas por lei.

Assim, a reserva da lei em matéria de impostos pretende-se uma garantia dos particulares, no sentido de que as assembleias representativas saberão harmonizar as exigências da coletividade com liberdades individuais.

Mesmo que se considere desvalorizado o princípio da legalidade, como reserva de lei forma, julgando satisfatório o grau de certeza proporcionado pelo decreto-lei do Governo, haverá que levar em conta os seguintes fatores — que já referimos.

Sendo os parlamentos os mais diretos porta-voz dos povos, o princípio da legalidade integra-se numa via adequada a conduzir à liberdade e à democracia que não se pode desprezar.

Nesta ordem de ideias, o mais longo e mais transparente processo legislativo dos parlamentos permite um melhor amadurecimento da lei e o mais seguro controlo pelo povo.

Numa época em que a “tecnoestrutura” se tem vindo a apossar do poder, bom será que a essência se mantenha nos “políticos” eleitos e dependentes do povo.

9.5. Genealogia do princípio da legalidade

A expressão “Estado-de-Direito” reveste um duplo significado. Em sentido material, revela a finalidade essencial do Estado, a realização da justiça e da segurança. Em sentido formal, traduz a ideia de que a realiza-

ção dos fins do Estado deve ser prosseguida unicamente através de formas jurídicas, sobretudo da lei em sentido formal.

Sucedem, porém, que no Estado-de-Direito liberal a realização da justiça se esgotava, aparentemente, no aspeto formal. A justiça é igualdade dos cidadãos perante a lei, a delimitação comutativa das suas esferas jurídicas. A justiça em sentido material depende do livre funcionamento da soberania dessas esferas jurídicas, do tecido social que elas livremente fabricarem. Será, portanto, uma justiça contingente, variável, situada no ponto de encontro das vontades dos particulares, que o Estado se limita a reconhecer sem tentar influenciar e muito menos moldar.

O Estado-de-Direito liberal é, portanto, largamente estranho à constituição de uma sociedade que se desenvolve fora dele. Estabelece as regras de jogo, mas não influencia o resultado. A realização da justiça esgota-se na disposição de que a lei é igual para todos. A justiça é um ponto geométrico, o do equilíbrio das forças individuais ou sociais, portanto contingente. Em direito privado, temos a liberdade contratual: em direito público, temos o liberalismo político, o Estado polícia.

Esta conceção do Estado e da sua função tem importância no campo das regras básicas da tributação. O conteúdo material do Estado-de-Direito esgota-se, também no campo fiscal, na simples estrutura formal. O princípio da igualdade exprime-se na simples proibição do arbítrio, ou seja, no mesmo tratamento pela ordem jurídica. Este princípio da igualdade significa que todos os cidadãos (princípio da generalidade) devem contribuir para os encargos na medida dos seus haveres (princípio da capacidade contributiva).

O princípio da igualdade tem, de início, um conteúdo predominantemente aritmético. Em impostos de taxas proporcionais, cada um se vê privado da mesma percentagem dos seus rendimentos. Por outro lado, como o estado se abstém de intervir na conformação da sociedade, o imposto tem a única função de cobrir as despesas.

Deste modo, o princípio da igualdade vem a reduzir-se ao princípio da legalidade. É à lei, que cabe definir os elementos essenciais dos impostos. Como os impostos representam uma intervenção do Estado nas, em princípio, invioláveis, esferas jurídicas dos cidadãos, devem ser consentidos por esses mesmos, atrevo dos seus representantes. Reserva-se, portanto, a criação dos impostos ao Parlamento, órgão principal da função legislativa, por representar mais do que qualquer outro, a vontade nacional. O princípio da legalidade tributária, como auto-tributação dos cidadãos, aparece com este sentido nas Constituições portuguesas, até hoje.

O princípio da igualdade tributária surge, portanto, como uma simples consequência do princípio da legalidade e a justiça material é absorvida no carácter formal da criação de impostos pela lei. Se os impostos forem criados e disciplinados pela lei, e forem os mesmos para todos, a justiça está assegurada. A função de atuação direta dos impostos na esfera social e económica é desconhecida ou relegada para segundo plano, podendo dizer-se que a finalidade dos impostos é a de cobrir as despesas públicas.

Com a evolução político-social do século passado e a pressão das classes mais desfavorecidas, o aspeto material do Estado-de-Direito passou a ter conteúdo, deixando de se esgotar no simples primado da lei. O Estado-de-Direito quer-se social (ou mesmo socialista); a lei passou a ser instrumento de uma justiça material integrada por grandes princípios de desenvolvimento económico, de igualdade de oportunidades, de igualdade social e económica, etc.

Esta alteração do conteúdo material do Estado-de-Direito refletiu-se no domínio fiscal.

O princípio da igualdade tributária ainda traduz — ou então não se tratará de um Estado-de-Direito — a igualdade perante a lei fiscal. Mas esta proibição do arbítrio já não impede que a diversa condição económica dos contribuintes esteja sujeita a tratamento também diverso, com o fim de promover a realização dos grandes fins político-económicos e sociais que a comunidade se assinala. Situações qualitativamente diferentes merecem tratamento também qualitativamente diverso, em vez de se tratar, como antigamente, de uma simples questão de quantidade.

De começo, as taxas dos impostos, moderadamente progressivas, pretendiam atingir uma igualdade de sacrifícios: pagar dez de imposto quanto se tem cinquenta representará talvez um sacrifício equivalente a pagar cinco quando se tem trinta de rendimento. E os impostos respeitam as grandes regras de jogo da economia capitalista, favorecendo a acumulação do capital e a transmissão dos bens por herança, respeitando o capital e tributando só o rendimento, etc. O Estado, nesta medida, intervinha para salvaguardar uma situação dada que se limitava a reconhecer, sem a modificar nas suas estruturas de base.

Os impostos continuam a ter fins predominantemente financeiros, de arrecadação de receitas; as finalidades sociais, económicas, etc., se bem que frequentes, continuavam de algum modo acessórias.

Todavia, a realização dos grandes objetivos económicos e sociais é inseparável do próprio conceito de imposto sobrelevando, mesmo, muitas vezes, o simples objetivo da obtenção de receitas.

10. Algumas insuficiências do princípio da legalidade

10.1. O legislador “real”

O princípio da auto-tributação, em que se funda politicamente o princípio da legalidade, exige que as leis fiscais sejam votadas pelos parlamentos; sendo estes representantes dos cidadãos e da vontade destes.

Assim, será a vontade dos cidadãos — da maioria destes — que os parlamentos exprimem ao votar os impostos.

A ciência política contemporânea adquiriu “definitivamente” o distanciamento entre a vontade popular e a vontade dos parlamentos e estes só muito incompletamente são o porta-voz dos eleitores que não dispõem de canais capazes de transmitir a sua vontade aos seus “representantes”.

Por outro lado, os parlamentos mais não fazem, a maior parte das vezes, do que aceder às propostas legislativas do Governo ou dos grupos parlamentares que veiculam propostas do Governo.

Faltarão porventura a alguns parlamentares (“técnicos de ideias gerais...”) a competência técnica e o tempo para ponderarem adequadamente e com autonomia as propostas que vão votar; escapando-lhes múltiplos aspetos que exigem aprofundada preparação jurídica, económica e financeira. Assim, os parlamentos são, frequentes vezes, meras instâncias de ratificação da vontade dos Governos...

E, se virmos bem, nem dos Governos. Com efeito, estes últimos estão absorvidos por uma imensa massa de informação que têm de “tratar” para depois criar as normas jurídicas e os projetos políticos de governo da “polis”. Assim, cada vez são mais incapazes de se aperceber das consequências do sentido das normas que editam — para além de vago sentido geral apercebido com base em informações que recebam da Administração.

Necessitam de um pensamento complexo para o qual dispõem de tempo.

A escassa fundamentação das normas é bem reveladora da falta de trabalhos preparatórios na, pelo menos, ausência da sua publicação quanto à grande maioria dos mais significativos diplomas legislativos.

A legislação — nomeadamente a legislação fiscal — é frequentemente produzida (ou, pelo menos, inspirada) por níveis intermédios da Administração fiscal que a fazem atravessar incólume instâncias políticas impreparadas ou demasiadamente confiantes. Sendo, cada vez mais frequência, instâncias “técnicas” e administrativas as “reais” “autoras” da legislação atribuída aos órgãos políticos. Em prejuízo de políticas

financeiras animadas pela prossecução dos direitos das pessoas, pelos fins fundamentais do Estado assentes no desenvolvimento económico e social.

11. A ilusão autoritária do positivismo não inclusivo

O positivismo é considerado representar o ideal de um direito imposto e rígido e conseqüentemente a negação da procura do “justo”⁽⁵⁵⁾. Trata-se, por outras palavras, de um direito não inclusivo de valores externos, auto-suficiente, aplicado em si mesmo e por si mesmo.

Note-se que ao apreciar o positivismo, não se está valorar o Direito positivo. A crítica do direito positivo não parte e não termina no seu eventual positivismo. Pode haver sistemas positivistas dotados de elevado grau de justiça.

Contudo, a tendência moderna, desde o século XVII, de aceitar como Direito, sem discussão, ou com a mera afirmação de um conjunto de leis imutáveis aplicáveis por um processo semelhante ao da matemática, parece afastar a procura do justo. Tanto mais que os juristas dos países do centro e do Norte da Europa se preocupavam sobretudo com a paz social, como um bem em si e que a paz social assentava numa correta distribuição dos bens⁽⁵⁶⁾.

E se o sistema jurídico assenta e decorre do direito natural? Continuará a ser positivista ou compreenderá a procura do justo com base em valores extra-jurídicos?

Há que assentar que o positivismo não tem, nem exige, verá mesmo com maus olhos, a procura de uma justificação para o conteúdo da lei, pelo menos a nível da sua aplicação. Este decorre da mesma vontade soberana, seja esta a do príncipe de ciência certa e poder absoluto, ou das assembleias “representativas” da vontade do povo. O positivismo pode descrever a forma como a lei foi elaborada, a sua história e a vontade do legislador, mas não justificar o seu conteúdo.

Depois, quanto à sua aplicação recai no silogismo lógico-formal, na subsunção do caso na norma. Tendo sempre dificuldade em aceitar que as normas são equívocas permitindo diversas interpretações. E que há que discutir a justiça da norma e da sua aplicação.

⁽⁵⁵⁾ RENÉ SÈVE, *Qu'est-ce que le positivisme?*, in «Droit, nature, histoire, Michel Villey, Philosophie du Droit», PU d' Aix-Marseille, 1985, p. 109.

⁽⁵⁶⁾ MICHEL VILLEY, sobre Grotius, in *Seize essais de Philosophie du Droit*, Paris, 1989, p. 107, ss.

Não se preocupando com a solução justa do caso — por muito que essa justiça parta e volte ao texto — mas com a solução “legal”: o direito do caso resulta da norma, enquanto que o positivismo inclusivo, ou o jus-naturalismo submetem a norma à justiça.

O Direito transborda do estudo das normas⁽⁵⁷⁾.

Enquanto para os positivistas há que eliminar do Direito o que deve ser, e restringir-nos a um fenómeno observável no espaço e no tempo. Justificando-se com a circunstância de que o positivismo é a salvaguarda da liberdade individual. É vinculando-se ao texto que o juiz protege a pessoa da incerteza e da insegurança. Sendo a certeza do Direito um valor fundamental.

As leis são vontades (Portucalis)⁽⁵⁸⁾.

Uma das zonas do Direito em que o positivismo autoritário e sectário tem tido mais sucesso, é o do Direito fiscal, campo preferido da dominação.

Os impostos têm que ser criados por lei do parlamento que define os seus elementos essenciais. O povo, através dos seus representantes eleitos, cria os impostos que pretende pagar (princípios da legalidade e da auto-tributação). O que é acordado ou consentido é justo, portanto neste contrato entre o povo e o estado consubstancia-se a justiça (noção muito distante) bem como a certeza e a segurança do direito. É lendo a lei fiscal — como fizeram e ainda fazem as administrações e alguns tribunais — fazendo dela uma aplicação literal, que se protege cada um, evitando interpretações variáveis. Justiça dos impostos? Não, pois o contrato é inviolavelmente justo.

Quando muito podia alterar-se nas próximas eleições a vontade de uma das partes, do povo, e alterar-se o “sistema”.

Tão rigoroso era o positivismo lógico que nem se admitiam, nem admitem, integrações das lacunas.

Numa fase seguinte, assentou-se que a justiça se tinha de procurar antes na aplicação das receitas dos impostos a fins sociais relevantes.

Durante um largo período nem se admitia que os tribunais julgassem os atos administrativos tributários por assentarem em leis claras e precisas, sendo portanto formalmente justas. Tinha de ser a administração a rever os seus erros.

Justiça de impostos em si-mesma? Tribunais constitucionais existem para os quais o único abuso, a única injustiça, é a violação da igualdade.

(57) M. VILLEY, *ob. ult. cit.*, p. 229.

(58) HENRI BATIFFOL, *A Filosofia do Direito*, E. N., trad. port. da 6.ª ed. de 1981, p. 15.

É esta orientação que se descortina no Tribunal Constitucional Francês, no chamado Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e de outros órgãos de menos relevo.

12. Positivismo jusnaturalista e constitucionalista e positivismo legalista

A seguir à “reforma” dos séculos XVI e XVII, houve um longo período de positivismo que se prolongou até hoje. Esse período compreende os próprios juristas reformados ditos “jusnaturalistas”, já que esse direito natural eram meras normas, embora julgadas mais gerais e emuláveis, criadas pela razão humana. Que se prolongavam dedutivamente nas normas de direito de segundo nível. Era uma espécie de Constituição.

E o período católico medieval também considerado jusnaturalista? Também era positivista?

Uma resposta negativa, impõe-se em matéria de contrato (e de direito civil em geral)⁽⁵⁹⁾.

O Direito natural era de criação divina, meta-jurídica, assente em valores teológicos e éticos. Valores que não determinavam, dedutiva e logicamente, as normas jurídicas. Era um “direito natural permissivo”⁽⁶⁰⁾.

Em matéria de Direito Civil, nomeadamente nos contratos, a reelaboração medieval foi realizada com base na pessoa, na sua dignidade, nas suas qualidades, na promoção da sua felicidade individual e coletiva. Tanto na criação do Direito como na sua aplicação, sempre inclusiva de valores.

Longe do positivismo.

Positivismo que existe também em certas correntes da tendência de ver nas Constituições a última sede da verdade e da justiça. Não se perguntando suficientemente quem elaborou a Constituição, com base em que valores ou interesses, e se a Constituição formal é incompleta e parcialmente inconstitucional.

Quem guarda os nossos guardas?

⁽⁵⁹⁾ *Vd. DIOGO LEITE DE CAMPOS, A felicidade somos Nós, cit., p. 71, ss., e 84, ss.*

⁽⁶⁰⁾ *Ob. loc. ult. citis.*

Conclusão

Nada substitui, antes tudo impõe, um Direito Fiscal regido pela dignidade da pessoa. Direito ao serviço dos seus direitos. Pessoa geradora de Direito, jurisgénica.

O Estado assente na dignidade da pessoa; o Estado-de-Direito (Estado dos Direitos) assente nessa mesma dignidade. O Direito como instrumento da prossecução dos direitos da pessoa.

Os direitos de primeira geração a exigirem os de segunda geração.

O direito ao desenvolvimento económico social como critério permanente.

Tudo será possível e evidente se a cultura de governo do Estado for assente na dignidade da pessoa.

CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO E (IN)ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULAS ANTI RIVAIS

Pelo Prof. Doutor João Zenha Martins⁽¹⁾

I. As cláusulas anti rivais apareceram ao abrigo do princípio da liberdade contratual. São um *deus ex machina*, omnipresente no desporto profissional, designadamente no universo do futebol. Com estas estipulações procura-se, no essencial, evitar que um atleta venha a celebrar um contrato de trabalho desportivo com uma ou mais entidades empregadoras identificadas e/ou identificáveis.

A análise destinada à definição da admissibilidade deste tipo de cláusulas coloca em evidência o entrechoque entre, por um lado, o princípio da liberdade de trabalho e, por outro, o princípio da autonomia privada⁽²⁾, encontrando-se, em fundo, uma tendência historicamente arreigada para, em função do apelo à particularidade das razões desportivas e às especificidades da competição, matizar a aplicação do enquadramento genericamente aplicável a quem exerce uma atividade profissional de natureza desportiva, cujo

⁽¹⁾ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

⁽²⁾ Ao referirmo-nos à autonomia privada fazemo-lo por identidade com a autonomia negocial (mesmeidade de conceitos), uma vez que a autonomia privada não é plenamente identificável com uma ideia de liberdade jurídica. Como fez notar JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, 49-51, ela é uma competência para a auto vinculação, *i. e.*, para a criação, por ato de vontade própria, da regra jurídica a que o sujeito fica submetido. Por isso, o seu operador necessário é o negócio jurídico, confluindo na ideia de que autonomia privada e autonomia negocial são a mesma coisa.

enquadramento primeiro se encontra no núcleo fundamentante da (designada) Constituição Laboral⁽³⁾.

Ora, se esta tendência levou, no extremo, a que, durante décadas, fosse denegada a qualificação laboral da atividade desportiva desenvolvida pelos praticantes⁽⁴⁾ — apenas com a passagem do desporto-recreação para o desporto-espetáculo⁽⁵⁾ foi superada a polaridade antinómica em que o jogo e o trabalho eram colocados⁽⁶⁾ (existindo um interesse do credor digno de tutela jurídica e uma atividade licitamente desenvolvida, sob a autoridade e direção de outrem⁽⁷⁾, havia naturalmente uma situação laboral) —, a necessidade de um diploma específico para o contrato de trabalho desportivo espelha a necessidade de encontrar critérios que quadrem com institutos especificamente enraizados, de que são exemplos expressivos (i) a estabilização do contrato, (ii) a inexistência de um direito à reintegração do praticante desportivo em caso de despedimento ilícito, (iii) a intermediação lucrativa por parte dos empresários desportivos (operação lucrativa historicamente reprimida pelo Direito do Traba-

⁽³⁾ Sobre este conceito, ver, entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, Separata “A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho” in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, Lisboa, 2000.

⁽⁴⁾ Diante dos auxiliares disponíveis, a delimitação do conceito de desportista profissional só começa a ganhar contornos definidos com a criação de ligações entre categoria profissional e determinadas áreas de competição (e respetivas modalidades), processo que, com intermitências várias, apenas logrou consolidação no último quartel do século XX. Foi uma evolução lenta e arrastada: o tratamento do desporto como ócio ou recreação, e não como um setor de produção, criou resistências à admissão de contratos de trabalho no mundo desportivo, prolongando-se, entre os ideólogos do desporto, a querela amador-profissional, bem ilustrada em ARNALDO CONSTANTINO FERNANDES, Responsabilidade civil e responsabilidade criminal em matéria de desporto”, ROA, ano 5, n.ºs 1 e 2, 1945, 211.

⁽⁵⁾ Com o inerente desvanecimento da figura do atleta-*homo ludens* e com a emergência do atleta-*homo faber* — cf. GIUSEPPE PRISCO, “Il vincolo tra atleti e società. Secondo convegno giuridico nazionale promosso dal Panathlon Club di Milano”, *Rivista di Diritto Sportivo* 1966, n.ºs 1-2, 94.

⁽⁶⁾ Primacialmente devido ao facto de o jogo, em razão da sua relação com o ócio, ser visto como a antítese do trabalho, como sustentava SILVIO LIMA, *Desportismo Profissional*, Coleção Desportos e Sociedade, n.º 57, MEC/DGD, Minerva, Lisboa, 1939, 16-31. Só que, independentemente da verificação da artificialidade de um tal quadro binário, a própria Lei n.º 2104, de 30.05.1960, ao oficializar a atividade desportiva nas modalidades de futebol, ciclismo e pugilismo, havia cortado cerce com a visão de que a atividade desportiva constituía um objeto desvalioso para efeitos de celebração de um contrato de trabalho. E, a partir do momento em que se reconhece que uma atividade desportiva pode constituir o *objectum* de uma relação laboral, tal reconhecimento tem de lograr aplicação a todas as relações que, com semelhantes contornos, fossem constituídas pelo desenvolvimento de uma atividade desportiva, com irrelevância do *tipo* de modalidade coenvolvida.

⁽⁷⁾ CARLO MASERA, “Il vincolo tra atleti e società. Secondo convegno giuridico nazionale promosso dal Panathlon Club di Milano”, *Rivista di Diritto Sportivo* 1966, ano XVII, n.ºs 1-2, 92. Com desenvolvimentos, permita-se a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, “A cronografia do contrato de trabalho desportivo”, *Estudos em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes — Vol. I* (coord. Bernardo Lobo Xavier, et al.), Ed. NovaCausa, Porto, 2017, pp. 624-651.

lho)⁽⁸⁾, (iv) a inaplicabilidade do princípio da igualdade retributiva ou (v) o eventual pagamento pós-contratual de uma compensação a título de promoção ou valorização dos praticantes⁽⁹⁾.

Assim, embora o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica pareça desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos os contratos de trabalho [a troca do trabalho, qual *prestação personalíssima*⁽¹⁰⁾, por uma retribuição é invariável nos diferentes tipos contratuais laborais⁽¹¹⁾ e a pessoalidade que inere à disposição da *energia laborativa* colocada na execução da prestação por parte de um atleta encontra-se, para todos os efeitos, compreendida no halo do Direito do Trabalho], a verdade é que, tornando-se necessário compreender a relação entre o conteúdo normativo e a realidade social para que este intende, há uma "consciência organizativa"⁽¹²⁾ *a se (ipsum esse subsistens...)* no universo laboral desportivo que logra tradução na *bateria negocial* que os sujeitos, ao longo de décadas, foram construindo.

Mas esse conjunto de instrumentos, sem que se desconheça que os praticantes desportivos não estão envolvidos pelas limitações à livre dis-

(8) Entre nós, ler ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, "O Pluralismo do Direito do Trabalho", *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António José Moreira), Almedina, Coimbra, 2001, 278, cabendo não perder de vista que a situação, enquanto tal, é diferente da que envolve as empresas de trabalho temporário, dado que aqui não se chega a estabelecer qualquer vínculo jurídico-laboral entre o empresário desportivo e o praticante.

(9) Sobre os traços essenciais da figura, introduzida pelo art. 22.º do Decreto-Lei n.º 305/95, de 18.11, e reconfigurada na sequência do Acórdão *Bosman* pelos arts. 18.º e 21.º da Lei n.º 28/98, de 26.06, ver, antes da Lei n.º 54/2017, de 14.07, JOÃO LEAL AMADO, «O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as "indenizações de transferência"», *QL*, Ano v, 1998, 226, ss.; *idem*, *Vinculação versus Liberdade. O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 462, ss., e *Contrato de Trabalho Desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho Anotada*, Almedina, Coimbra, 2017, 110, e JOÃO ZENHA MARTINS, "A realidade laboral desportiva e as indenizações por promoção ou valorização", *Estudos de Homenagem a Vítor Ribeiro — Prontuário de Direito do Trabalho especial*, CEJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 291-357.

(10) Assim: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 48.

(11) Nestes termos, sufragando-se, na sequência de ICHINO, uma noção de causa como função económico-social abstrata do contrato, v. FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, "LAVORO (Contratto di)", *Digesto Italiano IX*, Utet, Turim, 1963, 501 e CARLO CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II (Diritto del lavoro: Commentario diretto da F. Carinci), 2.ª ed., Utet, Turim, 2007, 333-4. Por isso, e para lá da pessoalidade que trespassa o vínculo, a relação de trabalho é uma relação de natureza creditícia e patrimonial, conflitual, sinalagmática e de natureza continuada.

(12) Na difundida expressão de TEUBNER, *Droit et réflexivité: l'auto-réflexion en droit et dans l'organisation* (traduit de l'allemand par Nathalie Boucquoy avec la collaboration de Gaby Maier), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 203.

posição das margens intra subjetivas de autorregulação de interesses que caracteriza o Código do Trabalho, só é possível dentro dos limites fixados na lei e, antes do mais, na Constituição da República Portuguesa.

Os problemas surgem a partir do momento em que, sem metalepse, a principiologia constitucional não tem um conteúdo unitário, encontrando-se aí, na impossibilidade de fixação de conteúdos homoganeamente aplicáveis aos diferentes tipos laborais, uma geometria variável que, apesar do *apertus* implicado para a contratação a termo, encontra na necessária temporalidade do contrato de trabalho desportivo uma das suas expressões mais significativas: ao contrário do que se verifica no regime laboral de frequência média (o *princípio da segurança do e no emprego* postula a garantia da estabilidade da posição do trabalhador na relação de trabalho, espartilhando a contratação a termo)⁽¹³⁾, o contrato de trabalho desportivo é, como se sabe, e por definição, um contrato sem duração indeterminada⁽¹⁴⁾, em conformação já crivada pela jurisprudência constitucional⁽¹⁵⁾.

Assumindo-se, por um lado, que o “reconhecimento da especialidade de uma relação laboral pode, no caso concreto, suscitar problemas”⁽¹⁶⁾, mas, reconhecendo-se, por outro, que a expressão contratos especiais pode ser fonte de confusões — uma vez que todos os contratos são especiais, não existindo, em rigor, um contrato geral *proprio sensu*⁽¹⁷⁾ —, o corpo

⁽¹³⁾ Por exemplo: Ac. TC n.º 581/95, de 31.10.1995 (ASSUNÇÃO ESTEVES), BMJ 1995, n.º 451, 497, em que se firma «(a) segurança no emprego implica, pois, a construção legislativa de um conjunto de meios orientados à sua realização. Desde logo, estão entre esses meios a excepcionalidade dos regimes da suspensão e da caducidade do contrato de trabalho e da sua celebração a termo. Mas a proibição dos despedimentos sem justa causa apresenta-se como elemento central da segurança no emprego, como a “garantia da garantia”».

⁽¹⁴⁾ Sobre as razões que concorrem para essa estabilização, ver, entre nós, por todos, JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade. O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 108, ss., e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a.135, n.º 3934 (Set.-Out. 2005), 5-26.

⁽¹⁵⁾ Assumindo a incolumidade constitucional da temporalidade genésica do contrato de trabalho desportivo, ver Ac. TC n.º 199/2009, de 28.04 (SOUSA RIBEIRO) e Ac. TC n.º 170/2019, de 14.03 (LINO RODRIGUES RIBEIRO), sem que, no cotejo com o designado contrato de trabalho comum, se deixe de concluir “nas regras de cálculo, o legislador está obrigado a assegurar ao praticante desportivo o mesmo grau de proteção que dispensa ao trabalhador comum ou, pelo menos, uma proteção que não configure um tratamento desigual em medida significativamente excedente”.

⁽¹⁶⁾ Assim: JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos — primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso — Vol. II*, UCP, Lisboa, 2009, 252.

⁽¹⁷⁾ PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux* (13.^a ed.), 2000, 21. Ainda: PHILIPPE RÉMY, «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», BFDVC, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 162-7 e MARCO BIAGI/MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.^a ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 166-7,

normativo autonomizado pela Lei n.º 54/2017, de 14.07 (doravante: RJCTPD), que abriga o núcleo regulativo do contrato de trabalho desportivo, não tem, nem pode ter, a ambição de esgotar todos os aspetos de regime e/ou albergar todas as previsões legais possíveis.

Eis porque, com vista à delimitação do quadro de análise que as cláusulas anti rivais convocam, se impõe chamar “todo o Direito a depor, com relevo para a Constituição (...) em conjugação com todos os dados normativos relevantes”⁽¹⁸⁾.

Contudo, esse chamamento não pode, nem deve, ignorar a centralidade do RJCTPD (designadamente o art. 19.º), sendo, por isso, necessário testar a compatibilidade das normas do Código do Trabalho com a natureza da relação especial de trabalho em causa.

Esta construção decorre do art. 9.º do Código do Trabalho⁽¹⁹⁾ — em remissão que “não é feita de modo automático e indiscriminado, mas dir-se-ia, de modo condicionado e inteligente”⁽²⁰⁾ —, e outro tanto do RJCTPD, que vem postular que *a aplicação das regras aplicáveis ao contrato de trabalho tem de ser compatível com a especificidade das relações emergentes do contrato de trabalho desportivo*⁽²¹⁾.

Assim, sabendo-se que muitas das soluções características de base média não são ampliáveis e que a tipicidade dos *processos especiais* implica que a solução se encontre no seu âmbito, o recurso ao *modelo de frequência ordinária*⁽²²⁾ atualmente acolhido no CT envolve um juízo prévio sobre a fundamentada insuficiência do quadro normativo especificamente desenhado para o contrato de trabalho desportivo.

Isto significa que, se as questões sobre direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho desportivo ou pactos acessórios não lograrem

acentuando que o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica do contrato de trabalho parece desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos.

⁽¹⁸⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução à edição portuguesa — Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (de Claus-Wilhelm Canaris), Lisboa, 1989, pp. XI-CXII. Naturalmente, também os próprios níveis instrumentais, como o processo, são convocados no momento decisório.

⁽¹⁹⁾ O qual prevê que “ao contrato de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que sejam compatíveis com a sua especificidade”.

⁽²⁰⁾ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho — anotada*, Almedina, Coimbra, 2017, 36.

⁽²¹⁾ A expressão que se encontra em itálico foi aditada, e bem, pelo RJCTPD, vindo ao encontro do que se referia em JOÃO ZENHA MARTINS, «O novo Código do Trabalho e os “contratos de trabalho com regime especial”: pistas para o *enquadramento* do contrato de trabalho desportivo», RMP 2003, n.º 95, 31-71.

⁽²²⁾ O sintagma é de NUNO CABRAL BASTO, “Contratos Especiais de Trabalho: reflexões em torno do sistema positivo vigente”, ESC 1969, n.º 31, 70.

ser resolvidas pelo RJCTPD, impõe-se aplicar o Código do Trabalho, conquanto se proceda à qualificação do contrato de trabalho desportivo na *esfera de sentido* daquele tipo contratual (*genérico*) e se demonstre a relação de compatibilidade que o RCTD hoje (justificadamente) exige⁽²³⁾.

Esta aplicação deve ser realizada caso a caso, assim se firme a necessária *afinidade valorativa*⁽²⁴⁾.

II. A dimensão social que cunha o constitucionalismo moderno recentra a liberdade de trabalho, entre nós contida no art. 47.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), como princípio fundamental.

Esta tem uma dimensão multifacetada que não se esgota na impossibilidade de alguém ser compelido ao trabalho — comumente tripartida na liberdade de constituição, de execução e de extinção a todo o tempo do vínculo laboral —, a qual, como é sabido, conhece limitações operativas importantes no âmbito do contrato de trabalho desportivo em razão da estabilização *ope legis* do prazo: por regra, o contrato não pode ter duração inferior a uma época desportiva nem superior a cinco épocas (art. 9.º), estando-se, diante da impossibilidade de desvinculação sem justa causa aplicável aos sujeitos, perante um prazo estabilizador e não limitativo⁽²⁵⁾, cuja inexecução, em atenção ao *nemo ad factum praecise cogi potest*, é insuscetível de cumprimento laboral coercivo, mas que, em razão das

(23) Não se quer, todavia, significar que a legislação genérica se encontre condenada a conhecer uma aplicação estritamente residual e que se afaste um conjunto de princípios que dimensionam a unicidade do Direito do trabalho. Sabe-se que os preceitos incorporam intrinsecamente conexões de sentido e relações de interdependência que impõem a realização de um *tour d'horizon* por todas as regulações a fim de captar o sentido do preceito que se trata de interpretar. Por isso, o afastamento da aplicação mecanicista do CT e da legislação que sobre ele se molda (aplicação formalista que descarta a materialidade do problema e desatende à realidade subjacente) não significa renunciar à procura de uma simplificação da complexidade do Direito que reconduza os critérios decisórios a “pontos de vista unitários”. Pelo contrário. O estudo comparado das realidades jurídicas que desempenham, embora em planos diferentes, funções similares obriga a uma concretização dos princípios estruturantes do ordenamento laboral e a uma conceptualização jurídico-dogmática que viabilize a revelação das conexões que apontam para a coerência do todo. E o contrato de trabalho desportivo é, em todo o caso, um contrato que incide sobre a disposição da energia laborativa de um homem a favor de outrem. Mas, no que especificamente ao processo de preenchimento de lacunas diz respeito, importa evitar o recurso ao diploma cuja lacuna de previsão em relação ao vínculo assumido pelos praticantes desportivos justificou a consagração do RCTD, garantindo-se, com isso, a força normática dos princípios que contribuem para a inconfundibilidade desse modelo com o modelo de frequência média.

(24) GIOVANNI IUDICA/PAOLO ZATTI, *Linguage e regole del Diritto Privato* (2.ª ed.), Cedam, Pádua, 2001, 28.

(25) Cf. RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, ROA 1950, 252-5, e, especificamente, JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, Coimbra Editora, 2002, 97, ss., e JOÃO ZENHA MARTINS, *Da mobilidade dos futebolistas profissionais. Contributo para o estudo do contrato de trabalho desportivo* (tese mestrado n.p.), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, 84, ss.

especificidades subjacentes à atividade desportiva com natureza competitiva, também não convive com o direito à reintegração⁽²⁶⁾.

Esta estabilização contratual, seja qual for o valor atribuível à regulamentação emitida⁽²⁷⁾, aparece conformada pelas ‘federações internacionais’, cujo exemplo mais saliente é encontrável no Regulamento do Estatuto e Transferência de Jogadores da FIFA, justificando-se, no essencial, com base na tutela das competições desportivas.

Mas a liberdade de trabalho também postula, por definição, que todos possam livremente ativar a sua força de trabalho (a capacidade para trabalhar, em sentido dinâmico, significa a possibilidade concreta, para qualquer cidadão, de realizar a própria capacidade profissional)⁽²⁸⁾, designadamente através da escolha do respetivo trabalho⁽²⁹⁾.

Esta liberdade concreta é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade (tutelado pelo art. 70.º do Código Civil e, desde 1997, objeto de acolhimento constitucional expresso⁽³⁰⁾, com o n.º 1 do art. 26.º)⁽³¹⁾, sendo possível reconduzi-la ao feixe de direitos de personalidade⁽³²⁾, enquanto

(26) O n.º 2 do art. 27.º do RCTD ora revogado previa a reintegração do trabalhador em caso de despedimento ilícito, desde que, naturalmente, a ilicitude do despedimento fosse judicialmente proferida antes do termo previsto para o contrato. Em clara desconsideração pela matriz pluralista do Direito do Trabalho, havia-se optado pelo acolhimento de uma figura que, embora destinada a afastar uma tutela estritamente ressarcitória em caso de despedimento (fundada no art. 53.º da CRP), desconsiderava as razões que estão na génese da solução que vigora no âmbito do contrato de serviço doméstico e que também conformavam a inexistência de um direito à reintegração em caso de despedimento sem justa causa prevista na convenção coletiva aplicável aos treinadores de equipas profissionais de futebol (BTE, 1.ª Série, n.º 27, de 22 de Julho de 1997, 1219, ss.).

(27) Sobre o ponto, e sem que se esqueça que o reconhecimento dessa normatividade a se encontra a sua base de legitimidade (i) na legislação ordinária, (ii) na atuação da denominada administração pública desportiva e (iii) no princípio da unicidade regulamentar (uniformização, à escala mundial, da disciplina sobre uma determinada modalidade), permita-se a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, “A natureza jurídica de algum Direito do desporto: reflexões sobre a diversidade de fontes e o sistema português”, *Themis* 2015, ano XVI, n.ºs 28/29, 71-121.

(28) PIERA FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, Giuffrè, Milão, 1976, 62-3.

(29) Assim, falando em princípio de “liberdade de actividade da força de trabalho”, v. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 279-280.

(30) Embora o Tribunal Constitucional já o houvesse extraído do princípio da dignidade da pessoa humana: Ac. TC n.º 6/84, de 18.01 (MAGALHÃES GODINHO), proc. n.º 42/83, DR II Série, de 02.05.1984, considerando, ademais, que o art. 26.º da DUDH, no seu n.º 2, estabelecia a plena expansão da personalidade humana e que o art. 22.º consagrava que todo o homem como membro da sociedade tem direito à realização dos direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(31) O preceito implica, nas palavras de CATARINA SAMPAIO VENTURA, “Os direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional”, BFDUC 1998, Vol. LXXIV, 501, um raio de proteção das “singularidades da pessoa humana, naquilo que a caracteriza como diferente ou igual às demais, conferindo-se a cada um o direito de optar pelo seu próprio projecto de vida”.

(32) Como cedo fizeram notar COSTANTINO MORTATI, “Il lavoro nella Costituzione”, *Il Diritto del*

“imediate extrinsecação da personalidade”⁽³³⁾ e como manifestação do espírito ou do intelecto⁽³⁴⁾.

Também por isso, verificando-se a composição da liberdade de trabalho como um princípio de ordem pública⁽³⁵⁾, a sua aplicação não depende da vontade dos sujeitos e, embora com limitações imanentes (também convencionais), há de lograr aplicação, mesmo que os sujeitos se manifestem em sentido diverso⁽³⁶⁾.

III. Convocando-se a liberdade de trabalho, é neste contexto que se coloca a admissibilidade das cláusulas anti rivais, em cenário que, sem prejuízo das especificidades do desporto⁽³⁷⁾, não deve outro tanto fazer perder de vista a proteção da livre concorrência, contida, designadamente, no art. 81.º [al.f)] e no art. 99.º [als. a) e c)], ambos da CRP.

Constituindo um exemplo vivo da prática rica e inventiva que os sujeitos laborais foram criando, as cláusulas anti rivais tanto podem vir inseridas num contrato de trabalho desportivo (A convencionada com T que este não poderá jogar *post contractum* ao serviço de B), quanto num acordo de revogação do contrato de trabalho (A convencionada com T, ao momento da cessação do contrato de trabalho, que este não poderá jogar *post contractum* ao serviço de B) ou mesmo em pacto celebrado entre clu-

Lavoro, Vol. XXVIII, Roma, 1954, 150 e MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milão, 1956, 57 e, entre nós, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), cit., 278.

⁽³³⁾ As palavras são de MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milão, 1956, 58.

⁽³⁴⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, “Professione e Lavoro (Libertà di)”, *Novissimo Digesto Italiano* XIV, Utet, Turim, 1967, 15.

⁽³⁵⁾ Sobre o conceito, entre nós, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no domínio dos contratos”, *Ars Iudicandi — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II — Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 260-2.

⁽³⁶⁾ Assim, GÉRARD LYON-CAEN, Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non réembauchage)”, *DS* 1963, n.º 2, 87.

⁽³⁷⁾ Destaca-se, neste plano, a redação trazida pelo Tratado de Lisboa ao art. 165.º do TFUE (ex-art. 149.º TCE), que configura como objetivo da ação da União “desenvolver a dimensão europeia do desporto, promovendo a equidade e a abertura nas competições desportivas e a cooperação entre os organismos responsáveis pelo desporto, bem como protegendo a integridade física e moral dos desportistas, nomeadamente dos mais jovens de entre eles”, em enquadramento que, desde cedo, foi sendo sinalizado pela Comissão Europeia, avultando, neste âmbito, o *Relatório de Helsínquia sobre o Desporto* (= *Relatório da Comissão ao Conselho Europeu* de 10.12.1999), onde se lia que “a aplicação das regras de concorrência do Tratado ao sector do desporto deve ter em conta as especificidades deste, nomeadamente a interdependência entre a actividade desportiva e as actividades económicas que dela decorrem, o princípio da igualdade de oportunidades, a incerteza dos resultados”. Com desenvolvimentos: RICHARD PARRISH, “Sources and origins of EU sports policy”, *Research Handbook of EU Sports Law and Policy*, edited by J. Anderson, R. Parrish, B. García, Cheltenham-Northampton 2018, 24-45.

bes (A e B convencionam que não contratam T, ou então que T, após a cessação do contrato de trabalho com B, não vai poder jogar por C).

Neste primeiro patamar de análise os elementos juridicamente relevantes são (i) o instrumento que cria uma barreira à contratação de T e (ii) a intervenção, ou a sua ausência, do trabalhador na limitação criada através de vontade livremente manifestada.

Já num segundo patamar de análise, que só terá lugar caso se logre franquear os obstáculos relativos à admissibilidade destas cláusulas, é necessário valorar o tipo inibitório presente (v. g. compensação monetária, “direito de recompra”, preferência ou opção), o conteúdo e o alcance da prestação (v. g. 5 ou 50), a incidência da cominação (v. g. A/A, B e C/todos os clubes de determinado campeonato ou país) e a eventual existência de diferenças quanto à causa de cessação do contrato de trabalho desportivo que funciona como referência pressuponente do fator juridicamente relevante destinado a impedir ou a dificultar a transferência do atleta (v. g. resolução com justa causa, despedimento com justa causa, denúncia convencional ou revogação do contrato de trabalho).

A relevância conformativa da causa de cessação do contrato de trabalho na invocabilidade de determinadas obrigações encontra projeção no RJCTPD — sirva de exemplo o afastamento da obrigação de pagamento da compensação a título de promoção ou valorização quando o contrato de trabalho desportivo é resolvido com justa causa pelo praticante ou quando este é despedido sem justa causa (n.º 7 do art. 19.º) —, o mesmo acontecendo no âmbito do CT, com o n.º 3 do art. 136.º a fazer depender a invocabilidade da limitação da atividade prevista na cláusula de não concorrência da elevação da compensação devida ao trabalhador até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato de trabalho, ou ainda com o art. 137.º, que na leitura dominante afasta a necessidade de pagamento de quaisquer despesas com a formação do trabalhador sempre que o contrato de trabalho cesse através de uma resolução com justa causa ou quando o trabalhador é despedido sem justa causa.

IV. Assumindo-se inviável, perante a diversidade causal e regimental das cláusulas anti rivais, a adoção de uma posição apriorística de aprovação ou rejeição liminares, impõe-se ponderar os argumentos subjacentes a cada um dos enquadramentos, numa combinação dialógica que entrecorra as diferentes perspetivas e que se mostre consentânea com os vetores materiais que no desenho concreto da cláusula sejam chamados.

Esta análise deve começar pelos termos em que o ordenamento laboral consente um pacto de não concorrência, procurando saber-se se as cláusulas

sulas anti rivais são qualificáveis como tal, e, em caso afirmativo, se hão de valer nos termos e com os efeitos desenhados no art. 136.º do CT.

A figura aparece, não raro, assimilada às cláusulas de não concorrência que o art. 136.º do CT, enunciando genericamente a sua proibição, parametriza, admitindo, embora com restrições, a sua estipulabilidade.

De forma breve, o CT admite que um trabalhador possa autolimitar a sua liberdade de trabalho. Esta renúncia, que deve outro tanto ser analisada enquanto “poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo”⁽³⁸⁾, tem como limite dois anos⁽³⁹⁾, contanto que o trabalhador emita a sua vontade de forma livre, consciente e esclarecida.

Exigindo-se a redução a escrito da autolimitação (formalidade *ad substantiam*), a proibição de atividade subsequente tem de se mostrar apta a causar um prejuízo ao empregador, convocando-se, neste domínio, a noção de prejuízo sério, noção que não deve/pode prescindir de uma relação de interdependência entre a limitação assumida pelo trabalhador e o interesse que a justifica⁽⁴⁰⁾: por um lado, não há interesse se não houver utilidade para o empregador ou uma suscetibilidade de provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica; por outro, a limitação só é validamente assumível pelo trabalhador se houver um interesse, reconhecido pelo sistema, que a justifique, e cuja apreciação é viva e dinâmica, já que o interesse acompanha a vida da renúncia, não se confiando ao momento inicial.

Assim, apenas releva, como tal, o exercício de uma atividade, que face à experiência profissional acumulada no âmbito do contrato de trabalho, seja idónea à privação ou à diminuição do gozo de bens, à sujeição a encargos (que não, naturalmente, a compensação que o empregador tem de prestar ao trabalhador) ou à frustração de aquisição ou acréscimo de valores.

⁽³⁸⁾ Utilizamos a definição de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I* (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 271.

⁽³⁹⁾ Excepcionalmente, o n.º 5 do art. 136.º, tratando-se de *trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência*, possibilita que, em razão do *tipo de trabalhador* e dos interesses especificamente conexos com o conteúdo da obrigação gerável, a obrigação de não concorrência seja prolongada até três anos.

⁽⁴⁰⁾ RENATO CORRADO, “Il lavoratore nell’organizzazione dell’impresa”, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Vol. II (dir. L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni), Cedam, Pádua, 1971, 267.

Mas o prejuízo sério que uma atividade pós contratual pode causar não é desligável do conceito de concorrência diferencial.

Na sua essência, o conceito traduz a especial vantagem de que um trabalhador é portador⁽⁴¹⁾. Se, neste quadro, importará atentar aos conhecimentos específicos adquiridos pelo trabalhador no decurso da permanência ao serviço do anterior empregador, não serão, contudo, quaisquer conhecimentos: terão de ser conhecimentos sobre a estratégia ou a situação económica da empresa, que impliquem informações sobre a clientela, sobre fornecedores ou mesmo sobre as técnicas organizativas utilizadas, já que a inverificabilidade de conhecimentos sobre estes elementos privará o pacto de não concorrência de qualquer “interesse útil”, noção que, no nosso sistema, se assimila à idoneidade para a provocação de um prejuízo aos interesses económicos do empregador.

Por último, o pacto de não concorrência é, por definição, um acordo oneroso que, face à posição ocupada pelos sujeitos e às implicações jusfundamentais que traz consigo, não se coaduna com a gratuidade.

A compensação prevista na *al/c* do n.º 2 do art. 136.º do CT, embora a lei não forneça critérios operativos quanto à sua quantificação, tem como função compensar *ex ante* o trabalhador pela não fruição plena do seu direito ao trabalho⁽⁴²⁾, assegurando o sinalagma⁽⁴³⁾. Trata-se, em afloramento, de salvaguardar a necessidade de compensar o trabalhador de uma lesão a um direito fundamental⁽⁴⁴⁾, necessidade que, em quadrantes diver-

(41) Essa vantagem substancia-se nos conhecimentos das características técnicas e comerciais da empresa e nos laços criados com a clientela daquela. Nas palavras de JÚLIO VEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 612 cuida-se de “concorrentes particularmente perigosos”, em razão (i) do estreito contacto com a clientela; (ii) do acesso a informações sigilosas e exclusivas e (iii) da aquisição de know-how próprio da empresa, lá onde se constrói semiologicamente a designada concorrência diferencial. Ler ainda ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho* (19.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2019, 359.

(42) A contrapartida atina com a titularidade de um *status* que, a manter-se, era suscetível de dar ao trabalhador o direito a um ganho, face à não compressão da liberdade de trabalho, sendo, pois, uma consequência direta dessa compressão, sem que, *summo rigore*, exista a frustração de um ganho.

(43) Construção que, *grosso modo*, é sustentada no ordenamento transalpino para sustentar a onerosidade de um *pactum de non recedendo* — assim: ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004, 96 —, mas cuja razão de ser é extensível a qualquer convenção que, nas margens do sistema, opere uma limitação da liberdade de trabalho.

(44) Ver LÉA BENBOUAZIZ, *L'économie générale du contrat de travail*, Université Paris II Pantheon-Assas, 2011, 89 e MATHILDE SCAGLIA, «La QPC et la “règle” jurisprudentielle, à propôs de la clause de non concurrence», RDT 2013, n.º 4, 269-272, com enquadramento genérico sobre o acórdão da *Cour de Cassation*, de 28.11.12, que atinou com a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) relativa à interpretação jurisprudencial sobre a desconsideração parcial (= não escrita) de uma disposição inscrita numa cláusula de não concorrência que previa uma diminuição da contrapartida financeira

tos e em ordenamentos diversos, não tem sustido, no âmbito do Direito da concorrência, a equiparação dos pactos de não concorrência aos acordos de negociação exclusiva, em que uma empresa se compromete a negociar exclusivamente com um fornecedor por um determinado período⁽⁴⁵⁾.

V. Com base no que vai dito, encontra-se falha de razão a qualificação de uma cláusula anti rivais subscrita pelo trabalhador como uma cláusula de não concorrência para os efeitos previstos no art. 136.º do CT.

Em primeiro lugar, a aplicação do art. 136.º do CT desconsidera a existência do art. 19.º do RJCTPD, cuja razão de ser inviabiliza o recurso subsidiário à secção do CT sobre os pactos de limitação à liberdade de trabalho.

O art. 19.º do RJCTPD estabelece que “(s)ão nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”, proibindo expressamente quaisquer cláusulas que limitem, direta ou reflexamente, a liberdade de trabalho do praticante.

Fá-lo, com redação idêntica ao que dispunha o art. 18.º do RCTD⁽⁴⁶⁾, uma vez que o “interesse sério da empresa”, que contribui para a sustentação deste tipo de acordos, é, por natureza, inverificável: o afastamento da suscetibilidade de desvio da clientela e/ou a colocação dos conhecimentos adquiridos pelo trabalhador ao serviço de um concorrente não logram, pela essência da atividade, fundamento neste domínio⁽⁴⁷⁾.

a cargo do empregador em caso de demissão do trabalhador e que, no juízo da *Cour de Cassation*, se revelou inatendível, face à absolutidade da função de compensar a lesão à liberdade de trabalho que caracteriza a contrapartida devida pelo empregador, posição que, contudo, não é unânime: ALEXANDRE CHARBONNEAU, “La contrepartie financière d’une clause de non-concurrence: indifférence du mode de rupture du contrat quant à son montant. *Sóc.* 25 février 2012, n.º 10-11.590”, *RDT* 2012, n.º 4, 217.

⁽⁴⁵⁾ A avaliação da natureza anticoncorrencial deste tipo de acordos tem-se processado a partir do equilíbrio de poder verificável ao longo de todo o processo negocial — destaca-se, semiologicamente, a importância do *quantum* compensatório — e da suscetibilidade de aproveitamento da situação de inferioridade que envolve um dos sujeitos, face à economia de riscos subjacente. Com desenvolvimentos: LOLA DAMSTRA/AMBROISE DESAMPS, “How do non-poaching agreements distort competition?” (06.2019), <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/how-do-non-poaching-agreements-distort-competition/#_fn10> (consulta em 19.04.2021).

⁽⁴⁶⁾ O n.º 1 do art. 18.º da Lei 28/98, de 26.06, estabelecia, para o efeito, que “são nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”. Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, *cit.*, 126.

⁽⁴⁷⁾ RAFFAELE GUIDOLIN, “Da Bosman a Ronaldo: I Trasferimenti in Pendenza di Contratto”, *RDS* 1998, n.ºs 1-2, 92. Entre nós: MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, *QL* 2014, n.º 42, 243.

Sem que se possa esquecer o conceito de *património profissional pessoal*⁽⁴⁸⁾ (lá onde não se pode associar qualquer possibilidade de prejuízo ao exercício de uma atividade que se funde na utilização de processos técnicos ou métodos criados pelo trabalhador ou que se ampare nas suas qualidades profissionais intrinsecamente consideradas)⁽⁴⁹⁾, a carreira de um desportista profissional é, além do mais, de curta duração, a atividade laboral subjacente efémera, e qualquer vedação concorrencial pós contratual que impeça o praticante de competir durante determinado período pós contratual comprometeria irremediavelmente o seu direito ao trabalho⁽⁵⁰⁾, esvaziando também o sentido de realização pessoal que vai implicado pelo conceito de trabalho⁽⁵¹⁾.

Por último, não se vislumbra a exigência de qualquer compensação a atribuir ao atleta na sequência da cessação do contrato de trabalho para que este não se vincule laboralmente a uma ou mais entidades, compensação que, no que se refere a um pacto de não concorrência, tem uma componente indemnizatória *ex lege*, visando a reparação do dano suposto pelo sacrifício à liberdade de trabalho. No âmbito desportivo nem poderia ser de outra forma: a integridade das competições poderia ficar comprometida se um atleta, competindo ao serviço de um clube, recebesse durante esse período uma compensação abonável por outro clube, provavelmente competidor direto.

VI. Em geral, uma obrigação assumida pelo trabalhador que limite a sua liberdade de trabalho só logra reconhecimento sistemático⁽⁵²⁾ se

(48) JOHN HULL, *Commercial secrecy: law and practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, 243 e HUGH COLLINS, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 157.

(49) Conforme fazem notar MARCO BIAGI/MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 602-3, esta distinção entre conhecimentos relativos à bagagem profissional do trabalhador e conhecimentos que atinam com o património empresarial é outro tanto fundamental para a delimitação do dever de reserva do trabalhador após a cessação do vínculo laboral. Entre nós, há mais de meio de século, já RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, ROA 1950, n.ºs 1-2, 1950, 359, embora reconhecendo dificuldades em destrinçar o segredo comercial e industrial da simples aquisição de conhecimentos profissionais por banda do trabalhador, não deixava de enfatizar que “os segredos comerciais e industriais de que teve conhecimento por virtude do trabalho (...) não devem ser divulgados, depois de finda a relação de trabalho”.

(50) Também aqui, trata-se, como fazia notar PIERA FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milão, 1976, 77, de “não consentir a criação de uma situação que constringe o trabalhador a mudar de atividade ou a renunciar à sua própria carreira profissional”, garantindo-se que o direito ao trabalho remanesce com um núcleo intangível, face à indissociação entre capacidade humana e liberdade.

(51) O reconhecimento do valor ético subjacente à prestação do esforço humano e a sua importância na realização autoconstituente de cada um não constitui referência estritamente discursiva, encontrando reflexo na al./b do n.º 1 do art. 59.º da CRP, relativa à realização pessoal do trabalhador.

(52) Falamos em reconhecimento sistemático, uma vez que as consequências jurídicas produ-

(i) for livremente decidida ou consentida (recorte de quadro dual: restrição estabelecida por lei em observância do art. 18.º da CRP ou um acordo individualmente subscrito, envolto por garantias materialmente idênticas às que envolvem uma restrição *ex lege*⁽⁵³⁾, (ii) for portadora de um interesse sério (aptidão para a tutela dos interesses da empresa), (iii) for limitada no tempo, estando precludida a assunção de obrigações perpétuas. A não perpetuidade da limitação, sendo obténivel através da fixação de um prazo máximo de duração ou da revogabilidade a todo o tempo da obrigação, encontra, no âmbito dos pactos legalmente típicos, satisfação nos dois vetores característicos, reforçando a tutela do trabalhador⁽⁵⁴⁾.

Este princípio, de que *não é possível estabelecer qualquer limitação à liberdade de trabalho sem o consentimento expresso, livre e esclarecido de um trabalhador*, encontra-se contido no art. 138.º do CT. Por outras palavras: as entidades empregadoras não podem proteger-se da concorrência através de acordo em que não intervenha o trabalhador visado, vulnerando, com isso, a sua liberdade de trabalho⁽⁵⁵⁾.

Se nesse conjunto de hipóteses se está diante de uma limitação heterononamente efetivável e o conceito de *autolimitação* implica nominológica e substantivamente o conceito de *autonomia*, o desvalor subjacente a uma limitação em que o trabalhador não intervenha encontra-se evidenciado no art. 138.º, naufragando, em razão da axiologia constitucional, a admissão de regulamentações que, sem adequação sistemática, limitem heterononamente o direito ao trabalho, de que é exemplo histórico a que o regulamento das manufaturas de Amiens (1666) albergava⁽⁵⁶⁾.

zidas pelo ato de vontade individual só o são se o ordenamento reconhecer “expressa ou implicitamente, tal capacidade”, como faz notar JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais” (1998), *cit.*, 274 (nota 16).

⁽⁵³⁾ Designadamente, racionalmente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em conta os objetivos prosseguidos e os interesses sacrificados.

⁽⁵⁴⁾ Embora a temporalidade dos pactos seja a caução da liberdade do trabalhador, o trabalhador é livre de, a todo momento, exercer a sua liberdade de trabalho, traço que, convocando o n.º 2 do art. 81.º do CC, torna a renúncia constitucionalmente admissível: A revogação do pacto, ou, na letra da lei, a “desobrigação”, é um corolário da caracterização da liberdade de trabalho como um direito de personalidade.

⁽⁵⁵⁾ Aspeto comum à generalidade dos ordenamentos: NORTON ROSE FULBRIGHT, “A comparison of Laws in Selected EU Jurisdictions Relating to Post-Contractual, Non-Competition Agreements Between Employers and Employees”, NORTON ROSE FULBRIGHT, <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/9807eea3/a-comparison-of-laws-in-selected-eu-jurisdictions-relating-to-post-contractual-non-competition-agreements-between-employers-and-employees>> (consulta em 08.03.2021).

⁽⁵⁶⁾ Em análise do regulamento, *v.*, entre nós, ANTÓNIO AVELÁS NUNES, *Uma volta ao mundo das ideias económicas*, Almedina, Coimbra, 2008, 85, respigando a previsão de que “nenhum mestre poderá tomar um operário que venha de outro mestre para trabalhar em sua casa sem saber se o primeiro mestre está contente com o operário”.

Sem prejuízo da referencialidade simbólica subjacente ao art. 138.º do CT e do alargamento da sua latitude por comparação com o n.º 4 do art. 36.º da LCT⁽⁵⁷⁾, trata-se, porém, e em rigor, de uma disposição legal que é tecnicamente imprecisa e potencialmente desnecessária, pois o direito ao trabalho implica não só uma liberdade de diligenciar a obtenção de trabalho mas também uma proibição de terceiros quanto à provocação de ofensas à liberdade de trabalho e ao exercício do trabalho⁽⁵⁸⁾.

A imprecisão técnica, que se inicia com a epígrafe (a designação “limitação da liberdade de trabalho” falha o objeto da regulação, isto é o *quid* suscetível de produzir essa limitação, vislumbrando-se maior acerto, ante o conteúdo do preceito, na utilização da epígrafe “proibição de acordos de limitação de trabalho”), é reiterada, em fundo, pelo desvalor atribuído à obrigação de pagamento de uma indemnização, já que esse desvalor não se cinge à obrigação de pagamento de uma indemnização, abrangendo outrossim qualquer prestação que se funde num acordo que proíba a admissão do trabalhador⁽⁵⁹⁾.

Além disso, se, com propriedade, só caberia tratar de uma eventual indemnização se houvesse uma obrigação incumprida — o que, face à nulidade que fulmina o acordo, jamais poderia existir —, vislumbra-se, com clareza, que o preceito, não obstante a formulação utilizada, não se confina aos acordos que incidam sobre trabalhadores que “prestem ou tenham prestado” trabalho aos outorgantes, contemplando igualmente o esconjuro de trabalhadores que a eles nunca tenham prestado serviço⁽⁶⁰⁾.

(57) O n.º 4 do art. 36.º da LCT apenas se referia a *limitações recíprocas*, tendo o Código abandonado esta restrição subjetiva. Identicamente, estabelecia o n.º 4 do art. 36.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27.05.1966, que “(s)ão proibidos e fazem incorrer na multa prevista na alínea *h*) do art. 123.º quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço”.

(58) RAIMUND WALTER, ANN, *Berufsfreiheit im Alter: verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Schranken tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen*, Duncker und Humblot, Berlim, 1989, 115 e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 278-9 (nota 665).

(59) Contemplam-se, também por isso, as decisões de uma associação de empresas ou uma prática concertada entre empregadores, sendo grande o *simile* com o art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8.05, onde se estabelece a proibição de “acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam”, e, para o que ora interessa, em “subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

(60) Sob esta perspetiva, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 536, assinala que a limitação da atividade profissional do trabalhador podia ser tentada através de acordo entre empregadores, pelo qual estes procurariam proteger-se mutuamente do fator de concorrência que resulta do aproveitamento de pessoal de uns dos outros, enquadramento que naturalmente vale para o aproveitamento de pessoal extrínseco.

Cuidando-se de situação que não integra a previsão do preceito, a sua abrangência é imposta pelos valores em presença, dado que, por um lado, o princípio da liberdade de atividade da força de trabalho determina a ilicitude das “ofensas às possibilidades de obtenção de trabalho de outrem”⁽⁶¹⁾ e, por outro, o desvalor subjacente à criação de um instrumento destinado a adulterar a concorrência mantém-se *de pleno* nos casos em que, com destinatários definidos, os empregadores se comprometem a criar uma barreira de acesso ao mercado de trabalho, mesmo que não tenha havido uma relação laboral prévia e independentemente de qualquer acordo formal.

Ultrapassada a absolutidade do princípio da liberdade de contratação laboral⁽⁶²⁾, é, aliás, essa a orientação genericamente seguida não só em domínios onde existem outros valores em jogo — *v. g.* as regras da *New South Wales Rugby Football*, que vedavam as transferências de jogadores entre os clubes participantes na competição, foram julgadas inválidas⁽⁶³⁾ —, como também em ordenamentos onde o princípio da liberdade de trabalho não assume a fundamentalidade que traveja o ordenamento português: no Reino Unido, no caso *Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co Ltd* [1957]⁽⁶⁴⁾, tendo-se cuidado de um acordo entre duas companhias, produtoras de carbono, que substanciava o compromisso de ambas em não contratarem qualquer trabalhador que houvesse laborado para qualquer das empresas nos cinco anos antecedentes, o tribunal considerou o acordo imposto pelas duas empresas aos respetivos trabalhadores eivado de nulidade. Mas o simples acordo entre empresas, efetivado à margem da vontade dos trabalhadores, não deixará igualmente de ser nulo⁽⁶⁵⁾: se após o caso *TSC Europe UK Ltd v Massey* [1999]⁽⁶⁶⁾ ficou claro que toda e qualquer restrição acordada entre empregadores quanto à contratação de trabalhadores que não cuide de atender à sua experiência e aos seus conhecimentos técnicos é nula por ofender injustificadamente as

(61) RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 280.

(62) Por exemplo, JEAN-PIERRE LE CROM, “La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples”, *DRA* 2006, n.º 15, 155 ou GIUSEPPE FERRARO, *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, Bolonha, 2011, 59, referindo que o interesse público relativo à procura e à oferta do mercado de trabalho deu historicamente vida a um sistema de intervenção na fase propedêutica de constituição do trabalho com o escopo de comprimir alguns aspetos da autonomia privada.

(63) Veja-se o caso *Buckley v Tutty* (1971) 125 CLR, 353 e 371-380, sinalizado em JAMES MACKENS/PAUL O'GRADY/CAROLYN SAPPIDEN/GEOFF WARBURTON, *The Law of Employment*, Lawbook Co., Sidney, 2002, 85.

(64) 3 ALL ER 158.

(65) NORMAN SELWYN, *Law of Employment* (5.ª ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008, 491-2.

(66) IRLR 22.

regras de concorrência, foi com o caso *Hanover Insurance Brokers Ltd v Schapiro* [1994]⁽⁶⁷⁾ que se registou um avanço significativo na argumentação mobilizada⁽⁶⁸⁾: esteve em análise uma cláusula que proibia um trabalhador de contratar quaisquer trabalhadores pertencentes ao seu (ora antigo) empregador nos 12 meses subsequentes à cessação da sua relação laboral; o tribunal, perante uma injunção requerida pelo ex-empregador, e uma vez que o ex-trabalhador tinha organizado a sua atividade em termos comerciais, denegou a pretensão da *Hanover Insurance Brokers Ltd*, firmando o princípio de que um trabalhador tem o direito de trabalhar para quem quiser e de contratar quem lhe aprouver: uma vez que os trabalhadores não são comparáveis ao *stock in trade* ou ao *goodwill*, não podem ademais ser objeto de quaisquer tipo de acordos celebrados por terceiros que comprimam os seus direitos⁽⁶⁹⁾.

Nesta sequência, é aqui que, para lá da imprecisão técnica assinalada, cabe sinalizar a potencial desnecessidade de um preceito como o art. 138.º do CT: o acordo entre empregadores, além de conflitar com os princípios de uma concorrência sã e de condicionar o mercado de trabalho mediante o afastamento *ab initio* de um ou mais trabalhadores do perímetro em que a contratação laboral opera, colide com a eficácia vinculativa do princípio da igualdade nas relações entre sujeitos que intervenham ou possam vir a intervir numa situação laboral.

Não parece para tanto probante a invocação de que a não contratação opera de acordo com um fundamento material válido, acomodando-se ao princípio da liberdade de comércio e indústria ou, *in extremis*, que não obriga, enquanto tal, o trabalhador⁽⁷⁰⁾: se o facto de o trabalhador não se

⁽⁶⁷⁾ IRLR 82.

⁽⁶⁸⁾ Cf. DEBORAH J. LOCKTON, *Employment Law* (4.ª ed.), Palgrave Law Masters, Londres, 2003, 355.

⁽⁶⁹⁾ Contudo, mais recentemente, abriu-se as portas à admissibilidade das *non-solicitation clauses*, colacionando-se, paradoxalmente, o caso *Hanover Insurance Brokers Ltd v Schapiro* [1994], IRLR 82: rejeitando-se liminarmente cláusulas que proibem a contratação de todos os trabalhadores de uma determinada organização produtiva — sem se atender à sua posição ou experiência —, este tipo de cláusulas é de admitir, conquanto estejamos perante trabalhadores altamente especializados e/ou que exerçam funções de marcada confiança e desde que estes apareçam concretamente identificados. Foi assim no caso *Alliance Paper Group plc v Prestwich* [1996] e, de forma muito similar, no caso *Ingham v ABC Contract Servives Ltd* [1994], onde também se fez menção ao investimento que a empresa havia feito na especialização/formação dos respetivos trabalhadores e à intensa competição que marca o respetivo sector de atividade, conforme dão nota JAMES HOLLAND/STUART BURNETT, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 19.

⁽⁷⁰⁾ Sobre este argumentário: MARIEKE CASTRONOVO, “Clause de clientèle et clause de non-concurrence”, RDT 2010, n.º 2, 507. Em França, como dá nota a Autora, estes acordos entre empresas, vulgarmente designados por “cláusulas de não solicitação de clientela”, foram já admitidos pela *Cour de Cassation*. Mau grado o seu polimorfismo — contempla-se tanto a cláusula em que as empresas-

encontrar obrigado por este tipo de cláusulas é analisável em sentido inverso como uma limitação que lhe é imposta à margem da sua vontade e o juízo de desvalor acerca do conteúdo de um ato ou de um negócio jurídico tem outrossim um âmbito próprio que está para lá dos sujeitos intervenientes, as restrições convencionais incidentes sobre a concorrência entre os agentes laborais são excepcionais.

São-no em razão (i) da rigidificação do mercado de trabalho, (ii) da introdução de ineficiências, (iii) do desestímulo ao empreendedorismo e à inovação, (iv) do desencorajamento à criação de incentivos remuneratórios destinados a garantir a permanência dos trabalhadores, (v) da criação de impedimentos à transferência de competências e conhecimentos, (vi) da utilização de instrumentos, que exponenciando o primado da liberdade contratual em detrimento da liberdade de concorrência⁽⁷¹⁾, colidem com o princípio de que a assunção ou a manutenção de posições no mercado se deve processar com base no mérito e na eficiência das prestações⁽⁷²⁾, sendo por isso passíveis, sempre que assumam a natureza de acordos horizontais de não contratação de trabalhadores, de desrespeitar a Lei da Concorrência [designadamente als. a) e c) do art. 9.º] e, se aplicável, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (designadamente o art. 101.º).

Aqui apenas se admite espaços para a auto regulação nos casos em que o ordenamento jurídico reconhece uma justificação válida, que se ancore em fundamentos de tal sorte importantes, cujo congraçamento com os princípios da liberdade de trabalho e da liberdade de concorrência seja fazível⁽⁷³⁾.

Ora, pelos fundamentos mobilizados, este tipo de operações jamais se conciliará com práticas que viabilizem a rotulagem de trabalhadores e que,

-clientes se comprometem a não contratar um trabalhador durante um determinado período como aquela em que o compromisso se dirige à não contratação de qualquer trabalhador que tenha trabalhado para qualquer empresa que presta serviços —, o argumento mobilizado é o de que estas cláusulas, por contraste com as cláusulas de não concorrência, obrigam um potencial empregador e não o trabalhador. Não se impedindo o trabalhador de trabalhar para uma empresa concorrente, mas tão somente de trabalhar para as empresas-clientes, admite-se a validade destas cláusulas sem limites nem justificação, utilizando-se, para tanto, um argumentário *per confrontationem* com as cláusulas de não concorrência, que, no mínimo, parece discutível.

(71) Cf. YVES PICOD, “Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle”, *La concurrence déloyale*, Dalloz, Paris, 2001, 11, sendo que, no ordenamento francês, merece realce a decisão do Conselho Constitucional n.º 81-132, de 16.01.1982, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 1997, 441, que atribuiu à liberdade de concorrência um valor superior ao da liberdade contratual.

(72) Eis porque JEAN PÉLISSIER, “La liberté du travail”, *DS*, 1990, n.º 1, 19, não teve pejo em considerar a validade das cláusulas de não concorrência “juridicamente inaceitável, socialmente injusta, economicamente absurda”.

(73) Nestes termos: GIANNANTONIO GUGLIELETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Cedam, Pádua, 1961, 62.

independentemente de qualquer vinculação anterior, amparem situações que não encontram respaldo em qualquer interesse coletivo⁽⁷⁴⁾, utilizando, para tanto, um critério que, estando para lá da capacidade ou da disponibilidade para trabalhar, é suscetível de censura jurídica⁽⁷⁵⁾.

Tendo-se como certo que o “princípio da igualdade não pode ser visto em sentido retilíneo, encarando-o com antolhos”⁽⁷⁶⁾, trata-se, *in casu*, de uma restrição concorrencial (uni)direcionada, que afasta do mercado de trabalho quem não é parte no acordo, e cujo fundamento sócio-normativo mobilizado não se acomoda ao art. 18.º da CRP, apresentando-se falho de qualquer interesse coletivo e, portanto, desprovido da relação de adequação social que poderia concorrer para a sua atendibilidade⁽⁷⁷⁾.

Assim, se este tipo de acordos ofende não só o princípio da liberdade de trabalho — que postula a existência de condições que o tornem factível e implica a proibição de “qualquer obstáculo externo ao exercício de uma atividade laboral (liberdade dirigida contra os entes públicos e contra as entidades particulares)”⁽⁷⁸⁾ —, como também os vetores do sistema que se

(74) Cf. JEAN PÉLISSIER/ALAIN SUPIOT/ANTOINE JEAMMAUD, *Droit du Travail* (20.ª ed.), Dalloz, Paris, 2000, 284-7. Nesta linha, se o art. 385.º, n.º 1 do CT, na senda do art. 57.º da LCCT, dispõe que “(q)uando cesse o contrato de trabalho, o empregador é obrigado a entregar ao trabalhador um certificado de trabalho, indicando as datas de admissão e de saída, bem como o cargo ou cargos que desempenhou”, já o n.º 2 do preceito, em razão da *não rotulagem*, estabelece que “(o) certificado não pode conter quaisquer outras referências, salvo pedido do trabalhador nesse sentido”.

(75) Se sem igualdade não há liberdade (incluindo naturalmente a liberdade de trabalho) — *si aequa non est, ne libertas quidem dici potes* (Cícero) —, como faz notar M.ª DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, 2005, 51, “(e)stando em causa (...) um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado diretamente pela *ratio* do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico. A *ratio* do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério”.

(76) PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Igualdade de tratamento no direito laboral: a aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal”, DJ 1997, Tomo II, 89 (83-94).

(77) Ainda PHILIPPE WAQUET, *L’entreprise et les libérés du salarié — Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003, 191, aludindo, nesse contexto, a restrições *prima facie* atendíveis: positivas — idade, diploma, ou obtenção de um título específico; negativas — ausência de condenação penal, de doença ou incapacidade física.

(78) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º* (4.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 763-4. Conforme vimos, de forma exegeticamente dual, e sem prejuízo da unidade operativa do princípio da igualdade e da significância que irradia do art. 13.º da CRP, enquanto *ante* encontramos a igualdade de oportunidades relativa ao acesso ao emprego, carreira e formação profissional que flui dos arts. 47.º, 50.º e 58.º da CRP, topando-se *ex post* com uma modelação expressiva da igualdade quanto aos direitos dos trabalhadores no n.º 1 do art. 59.º da CRP, que aprofunda o art. 13.º da CRP e que contém, do mesmo modo, um catálogo não taxativo de fatores de discriminação, substanciando um conjunto de “categorias suspeitas” (a expressão é de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007, 15) e suscitando uma indagação decomponível em dois planos: (i) um juízo comparativo, dirigido à

destinam a garantir um mercado de trabalho concorrencial, a discriminação, que há de ser analisada por referência à *ordem constitucional de valores e à situação fática em presença*⁽⁷⁹⁾, não deixa aliás também folga para a admissão de acordos que se fundem em razões que briguem com a garantia constitucional do direito ao trabalho.

Este direito, não pressupondo o direito à obtenção de um concreto posto de trabalho, implica o direito dos cidadãos ao afastamento de obstáculos ou condicionamentos desnecessários ao exercício de uma atividade laboral (dimensão negativa) e o direito ao desenvolvimento de uma atividade que corresponda às suas preferências e à sua própria capacidade profissional (dimensão positiva), demandando a eliminação de todo e qualquer obstáculo à sua fruição.

Ora, se, de um ponto de vista substantivo, e em razão dos princípios constitucionais envolvidos, não haveria espaço para, ante a inexistência do art. 138.º, sufragar solução diversa da que proíbe o afastamento de trabalhadores do mercado de trabalho, a (eventual) utilidade subjacente à disposição estaria no sancionamento da prática que é expressamente interdita.

Mas, por contraste com o art. 431-1 do Código Penal Francês⁽⁸⁰⁾ — que, protegendo criminalmente o princípio da liberdade de trabalho, abrange estas práticas⁽⁸¹⁾ —, a aplicação do preceito mostra-se claramente fruste, já que a gravidade das condutas reconduzíveis à sua previsão não logra cobertura específica em sede contra ordenacional, ao contrário do que se verificava com o n.º 4 do art. 36.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27.05.1966⁽⁸²⁾, em formulação próxima da contida no Anteprojeto Pessoa Jorge⁽⁸³⁾. Sendo o acordo nulo, nada impede que a limitação se aplique *de facto*, não se assegurando qualquer direito ao trabalhador que se veja

determinação dos factos ou situações que são (des)iguais e (ii) um juízo valorativo, preordenado por razões de justiça, que há estabelecer, em função do conjunto de fatores mobilizados, um tratamento uniforme ou diferenciado, consoante as circunstâncias. Ainda: MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade* (2005), *cit.*, 16.

(79) Entre vários: Ac. TC n.º 209/94, de 02.03.1994 (VITOR NUNES DE ALMEIDA), *proc. n.º 414/91*.

(80) Na redação atribuída pela *Ordonnance* n.º 2000-916, de 19.09.2000.

(81) PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié* (2003), *cit.*, 189.

(82) A redação era a seguinte: “(s)ão proibidos e fazem incorrer na multa prevista na alínea *h*) do art. 123.º quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço”.

(83) Estabelecia o n.º 3 do art. 30.º do Anteprojeto que “(s)ão proibidos e envolvem responsabilidade por violação das leis do trabalho, quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a elas tenham prestado serviço”. Cf. FERNANDO PESSOA JORGE, “Contrato de Trabalho — Anteprojeto de Diploma Legal”, *ESC* 1965, n.º 13, 264.

discriminado em razão do acordo entre empregadores que entretanto seja julgado inválido (i. e., o acordo é inválido, mas o trabalhador não é contratado, tudo se passando, ao cabo e ao resto, como se o acordo produzisse efetivamente os efeitos que o ordenamento esconjura).

Afastando-se, em razão da liberdade de iniciativa económica, uma obrigação de contratar por parte dos empregadores que forjem o acordo, está-se em crer que, *de iure condendo*, e para lá do sancionamento contra ordenacional equacionável, não deve ser afastada a ponderação de uma indemnização a atribuir ao trabalhador visado, uma vez que a nulidade que atinge o acordo, trazendo consigo a insusceptibilidade de produção de qualquer efeito, dificilmente deixa margem para que o trabalhador possa ser ressarcido.

Mas será possível que tal aconteça no âmbito laboral desportivo, ainda que não se trate de uma proibição, mas tão somente de uma previsão convencional que dificulta o pleno exercício da liberdade de trabalho? Vejamos: Tratando-se de arredar a possibilidade de estabelecer como beneficiário direto da auto limitação assumida pelo trabalhador alguém que não seja sujeito da relação laboral (=homologia de sujeitos), é igualmente possível reassumar, como princípio geral, a proibição de limitações à liberdade de trabalho estabelecidas por outros sujeitos que não o trabalhador.

Aqui, de forma porventura mais saliente, existem preocupações vinculadas quanto à necessidade de uma concorrência livre e leal entre todos os agentes do fenómeno desportivo.

Por um lado, a liberdade de trabalho, em função da efemeridade da carreira de um atleta e da existência de prazos estabilizadores, já se encontra parcialmente rarefeita, importando, sob este prisma, evitar o surgimento de instrumentos atípicos que agravam as limitações endogenamente associadas ao sistema laboral desportivo.

Por outro, um clube que procura controlar a sua concorrência através de ónus, encargos ou previsões que limitam a liberdade de trabalho dos seus anteriores praticantes não tem qualquer incentivo à “melhoria” ou à construção de um plantel competitivo, circunstância que, indo de par com o propósito de diminuir as possibilidades de sucesso desportivo dos seus competidores, não traduz, bem pelo contrário, qualquer vantagem para o espetáculo desportivo.

A criação de assimetrias competitivas, como revela a *empiria*, afasta plateias e destrói o fascínio do espetáculo. Sem o equilíbrio de condições desportivas qualquer sistema desportivo falece. Sendo a “incerteza do resultado” uma característica axial de qualquer competição desportiva

(ainda o *par conditio/uncertainty of outcome*)⁽⁸⁴⁾, é o equilíbrio de condições que justifica (i) a categorização dos campeonatos (ainda o sistema de promoção-despromoção), e (ii) a existência crescente de medidas destinadas à prevenção e combate de produtos ou métodos dopantes, procurando-se que seja no “recinto de jogo”, e de forma inicialmente paritária, que o êxito desportivo seja alcançado⁽⁸⁵⁾: a chave de leitura do espetáculo desportivo está incerteza do resultado e na disputa pela vitória.

Por isso, da mesma forma que os clubes não podem obrigar-se a não concorrer entre si — tríade: equilíbrio de forças/competição/espetáculo desportivo⁽⁸⁶⁾ —, também não podem, por via de acordos virtualmente aptos a afetar a incerteza associada às competições e que facilitam outros comportamentos conluídos⁽⁸⁷⁾, estreitar as condições subjacentes à celebração de um contrato de trabalho desportivo se o praticante assim o desejar⁽⁸⁸⁾.

Cuidando-se de evitar que se falseie, restrinja ou impeça o livre jogo concorrencial que marca o mercado (laboral) desportivo⁽⁸⁹⁾ — o mercado é, enquanto tal, um sistema de interação social caracterizado por um *enquadramento institucional* específico, isto é, por um *conjunto de regras* que define certas restrições sobre o comportamento dos praticantes no mercado, de modo a garantir-se pluralidade de opções e a liberdade das pessoas chamadas a optar⁽⁹⁰⁾ —, a tal não obsta o facto de a transferência

⁽⁸⁴⁾ STEFANO BASTIANON, “Sport, Antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell’Unione Europea”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2012, 503, ss.

⁽⁸⁵⁾ Neste contexto analítico, tendo em vista a tutela (i) da autenticidade (*par conditio*) das competições e (ii) da “integridade e autonomia do desporto”, importa não perder de vista que, com referência ao futebol, a posse de percentagens do passe de jogadores por terceiros e a influência de terceiros na política de transferências dos clubes são práticas proibidas pelos regulamentos da FIFA desde 2015.

⁽⁸⁶⁾ WALTER TOKARSKI/DIRK STEINBACH, *Spuren — Sportpolitik und Sportstrukturen in der Europäischen Union*, Edition Sport & Freizeit (Band 6), Meyer & Meyer Verlag, Aachen, 2001, 97-104.

⁽⁸⁷⁾ *A cartelização*, materializada na existência de regras de comportamento tendentes a limitar ou suprimir a mútua concorrência, é, *por princípio, inadmissível, ao menos quando não esteja destinada a corrigir desajustamentos entre operadores.*

⁽⁸⁸⁾ VÍCTOR HUGO VENTURA, *O regime do contrato de trabalho desportivo*, AAFDL, Lisboa, 2020, 312.

⁽⁸⁹⁾ Mercado desportivo que, nesta aceção, significa o complexo da oferta e da procura respeitantes ao jogador considerado; é no mercado que se verifica o encontro ou ajustamento entre a oferta e a procura, através da formação dos *preços* de transferência, sem que, nesta referência discursiva, se desconsidere a quiddidade da força de trabalho.

⁽⁹⁰⁾ Para lá da perspectiva estritamente juslaboral, importa ter presente que, por um lado, e de acordo com art. 2.º da Lei da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8.05, ficam abrangidas “todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”, e que, por outro, nos termos do art. 3.º do RJC “empresa, para efeitos da presente lei, [é] qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou

do praticante independe do cumprimento da cláusula ou de qualquer pagamento que esta preveja.

Na verdade, tomando como exemplo o futebol, a satisfação da prestação prevista na cláusula anti rivais, tantas vezes designada como “prémio de transferência acrescido”, não é condição de validade ou tão pouco condição de eficácia da inscrição com transferência nacional (inscrição de um jogador que se encontrava inscrito por outro clube filiado na FPF) ou da inscrição com transferência internacional (inscrição de um jogador amador ou profissional que se encontrava inscrito por um clube de uma federação congénere), esta processável através do *Transfer Matching System* (TMS), que é o sistema *online* de transferências internacionais de jogadores profissionais⁽⁹¹⁾.

Mas a irrelevância da cláusula nesse plano, embora a omissão da referência à sua existência já tenha merecido censura⁽⁹²⁾, não apaga os efeitos que esta produz no que diz respeito à liberdade de trabalho: a exigência de determinada prestação ao clube *ad quem* tem o significado de, segundo as regras de experiência comum, limitar as opções profissionais do praticante desportivo e de lesar a liberdade de trabalho, cujo sentido primeiro “postula a liberdade de escolher o clube/empregador”⁽⁹³⁾.

Se a distinção entre liberdade de trabalho e liberdade de vinculação não implica separação ontológica entre as duas esferas (*distinguer pour unir*), o praticante, querendo assinar contrato de trabalho com um clube coberto pela cláusula anti rivais, sabe de antemão que esse clube terá de pagar um acréscimo pecuniário ao clube *a quo*, condicionando a sua opção.

serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”. A qualificação do desporto como uma atividade económica não oferece dúvidas desde o sobreanalisado Acórdão Bosman (proc. C-415/93, CJ 1995-12, I, 5040, ss.), o mesmo sucedendo com os praticantes desportivos que, para o Direito da União Europeia, são trabalhadores como outros quaisquer, assim como os clubes, que, para os devidos efeitos, são empresas, em confirmação seguidamente feita nos Acórdãos *Delliège*, de 11.04.2000, e *Lehtonen*, de 13.04.2000, proc. C 176/96.

⁽⁹¹⁾ Processo associado à emissão do Certificado Internacional de Transferência (C.I.T.), que, consubstanciando o documento emitido por uma federação nacional, permite a um jogador ser inscrito noutra federação por um clube nela associado e participar nas competições por ela organizadas.

⁽⁹²⁾ De acordo com o art. 1.º do Anexo 3 ao *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP), em interpretação seguida pelo *FIFA Disciplinary Committee* e reiterada pelo *FIFA Appeal Committee* (24.06.2020), a transparência que deve marcar as transferências internacionais implicará a necessidade de referência à existência de cláusulas anti rivais e o detalhe das prestações subjacentes. Ver *FIFA — Manual on “TPI” and “TPO” in football agreements*, Zurique, 2020.

⁽⁹³⁾ Assim: JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho — anotada, cit.*, 85, acrescentando que esta “postula, *inclusive*, a liberdade de escolher um clube que ofereça piores condições remuneratórias; e, por maioria de razão, pressupõe também a liberdade de, em igualdade de condições, optar por aquele que entenda”.

Em perspetiva dual: (i) a prestação a solver perante o clube *inicial* repercutir-se-á nas condições contratuais oferecidas ao praticante (designadamente retração salarial)⁽⁹⁴⁾, embora não seja possível, diante da multiplicidade das variáveis (infixáveis) que é necessário tratar para explicar a determinação e a variação de cada uma delas, o conhecimento, com rigor aritmético, do valor descontado no *quantum* salarial oferecido ao praticante (*discount rate*); caso não se verifique essa degradação das condições contratuais oferecidas ao praticante por força da cláusula anti rivais (qual “contrato em desfavor de terceiro”), (ii) o clube que assume as vestes de empregador, perante duas propostas de transferência idênticas, optará pelo cenário que o isenta do pagamento de qualquer prestação prevista na cláusula anti rivais, face ao tríptico negocial subjacente: a transferência do praticante não opera com a simples revogação do contrato de trabalho desportivo, seguindo-se ainda, no contexto típico das transferências *decursus contractus*, um acordo entre o clube com quem o contrato é revogado e o clube onde o praticante, caso este expresse a sua anuência, vai jogar⁽⁹⁵⁾.

VII. Em leitura que vem conhecendo saliência a partir da forma como o *Court Of Arbitration For Sport* (CAS) tem aplicado o art. 18bis do *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP), é corrente o entendimento de que o *preço de transferência* de um atleta é essencialmente conformado pela *falta de homogeneidade do produto económico* em causa (= atividade desportiva)⁽⁹⁶⁾. À singularidade do praticante associa-se a falta de unicidade do produto, verificando-se, atenta a ausência de um paradigma de concorrência perfeita, a existência de um *oligopólio*

⁽⁹⁴⁾ Efeito tipicamente produzível por este tipo de acordos: ELISE GOULD/WILL KIMBALL, “Right to Work” *States Still Have Lower Wages*, Economic Policy Institute (22.042015), <<https://www.epi.org/publication/right-to-work-states-have-lower-wages>> (consulta em 22.02.2021).

⁽⁹⁵⁾ De resto, no seio deste tríptico negocial, e não obstante a aparente irrelevância da cronologia, o acordo entre clubes pode anteceder a revogação do contrato operada entre o clube *a quo* e o praticante, caso em que a existência de vício que afete aquele acordo pode afetar outrossim toda a cadeia negocialmente estabelecida. Mau grado os contratos serem distintos entre si, segundo a intenção dos contraentes, existe um nexo funcional que conforma a respetiva disciplina — nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações* (7.^a ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 71, “(...) os contratos são também distintos mas já não autónomos. As partes querem-nos como um conjunto económico, que envolve um nexo funcional”.

⁽⁹⁶⁾ Sobre este ponto, FRANCO ROMANI/UMBERTO MOSETTI, “Il diritto nel Pallone: spunti per un’analisi economica della sentenza Bosman”, RDS, ano 48, n.º 3, 1996, 436-457. F. CARMICHAEL/D. THOMAS, “Bargaining in the Transfer Market: Theory and Evidence”, *Applied Economics*, 993, n.º 25, 1467-1476. Não existindo a *homogénéité du travail* de que fala ERIC LECLERCQ *Les théories du marché du travail*, Éditions du Seil, Paris, 2002, 26, falha, em consequência, um dos pressupostos da *unicidade do mercado de trabalho*.

(= número restrito compradores)⁽⁹⁷⁾, o qual deriva, em parte, da diferente dimensão dos clubes, largamente conformada pela sua dimensão de base (poderio desportivo/pergaminhos/massa de adeptos).

Aqui, a procura é desenvolvida segundo lógicas muito diferentes, sendo a dimensão e a instabilidade do mercado que explicam, em certa medida, a prioridade que os agentes podem atribuir aos custos, valores que, aliás, não são absolutamente controláveis, já que a competição entre os clubes apoia-se sobre a procura social do mesmo tipo de utilidades: melhores praticantes = potencial sucesso desportivo.

Ora, a competição existe quando a oferta global é superior à procura total, uma vez que a procura se torna um bem raro, sendo, por isso, mais disputada⁽⁹⁸⁾. Há cambiantes ligadas à carreira, à idade e até mesmo à nacionalidade dos praticantes que moldam a procura ativa e que, mais pronunciadamente, conformam o poder negocial dos atletas, encontrando-se aí o fator que, na prática, constitui a chave para qualquer decisão sobre o seu futuro profissional.

Estas variáveis, quando cruzadas com o facto de nem todos os clubes terem o mesmo *poder de influência sobre o mercado* (sob o ângulo da procura), implicam a existência de *price makers*, sendo recorrente a perspectiva de que “*labor issues in sports may seem distant from the rest of the economy, since they often seem to pit millionaire players against billionaire players*”⁽⁹⁹⁾, devendo reconhecer-se, em fundo, que essa será uma das dimensões associadas à natural peculiaridade económica do desporto⁽¹⁰⁰⁾.

Aceitando-se este postulado, considera-se, em extrapolação jurídica, que as cláusulas apenas afetam a liberdade de trabalho se influírem negati-

(97) Isto, sem que se excluam outras análises associadas à teoria económica dos mercados — como seja a possibilidade alternativa de monopsonio (pela permanência no mercado de um clube desportivo), ou de concorrência monopsonística (tipo de mercado similar ao da concorrência perfeita, salvo no aspeto da falta de fluidez, ou na diferenciação dos produtos, já que um bem pode ter vários mercados: pense-se no mercado dos refrigerantes, em que existem mercados próprios para cada uma das marcas conhecidas; a referida diferenciação de produtos tem como efeito a criação de *custos de venda*, que constituem verdadeiras barreiras à entrada de novos produtores, permitindo, pois, a existência de um poder de mercado). Na verdade, pode não ser rara a existência de concorrência monopsonística, dado que o desportista profissional pode ter à sua disposição vários mercados (v. g. várias ligas profissionais de futebol).

(98) Sobre o assunto, cf. G. DE VIVO, “Labour markets”, *The New Palgrave — A Dictionary of Economics*, Vol. 3, John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman (eds.), 86-8 e FERNANDO VIANELLO, “Labor theory of value”, *The New Palgrave— A Dictionary of Economics*, Vol. 3, *cit.*, 107-113

(99) Cf. LAWRENCE M. KAHN, “The Sport Business as Labor Market Laboratory”, *JEP*, Vol. 14, n.º 3, Summer 2000, 91.

(100) Essencial: “Transferts, contracts and personhood — an anthropological perspective”, *Sweet and Maxwell’s International Sport Law Review* I/2003, 3-8. A Autora retoma o título do *paper* de WALTER NEALE publicado na *Sport, Culture, and Society* (ed. Lo and Kenyon, Macmillan, 1969).

vamente na decisão de contratar do clube *prima facie* abrangido pelo seu âmbito (= *ability to influence*); não sendo o caso, a liberdade de trabalho permanece intocada, falhando qualquer interesse de ordem pública mobilizável para determinar a sua nulidade.

Tratando-se de uma simplificação redutiva facultada pela dogmatização do conceito de influência a partir do art. 18*bis* do FIFA RSTP (proibição de percentagens do passe de jogadores por terceiros e da influência de terceiros na política de transferências dos clubes), nesta via de análise tendente à admissão de um determinado tipo de cláusulas anti rivais tão pouco será de exigir um interesse sério ou legítimo, uma vez que a cláusula apenas vincula os clubes, estando, por isso, ausente qualquer ato renunciativo por banda do trabalhador; o mesmo é dizer: não há nenhuma compressão direta de qualquer direito de que o atleta/trabalhador seja titular.

Por conseguinte, as cláusulas anti rivais serão válidas se o anterior empregador extrair uma utilidade com a limitação aplicável ao futuro empregador ou se prevenir a provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica e competitiva através do exercício, por parte do praticante, de um direito que o sistema lhe atribui.

Com vista à sustentação da sua inatacabilidade, procura-se, com este enquadramento, acomodar as cláusulas anti rivais ao *interesse do credor digno de proteção legal* que, entre nós, se encontra acolhido no n.º 2 do art. 398.º do Código Civil: se apenas se podem constituir validamente obrigações quando a prestação corresponder a um interesse do credor sério, razoável e com relevância jurídica — o que implica necessariamente uma operação destinada à inserção do tipo de conduta assumível nas exigências de relacionamento social reguladas pelo Direito⁽¹⁰¹⁾, tarefa que, especificamente em Direito do trabalho, pressupõe uma análise da relação de interdependência entre a limitação que incide sobre o trabalhador e o interesse que a justifica⁽¹⁰²⁾ —, no caso, tratar-se-ia apenas de aferir se a liberdade económica individual do devedor se encontra salvaguardada⁽¹⁰³⁾, procurando-se garantir que a criação da limitação à liberdade de trabalho, em função do valor pecuniário envolvido, não ultrapassa a justa medida da proteção reclamada pelos interesses económicos e desportivos do (ex) empregador beneficiário da cláusula.

⁽¹⁰¹⁾ Classicamente: JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*. Vol. I (8.ª ed.), Almedina, Coimbra, 1994, 108-9.

⁽¹⁰²⁾ RENATO CORRADO, “Il lavoratore nell’organizzazione dell’impresa”, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Vol. II (dir. L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni), Cedam, Pádua, 1971, 267.

⁽¹⁰³⁾ Assim, com referência específica às cláusulas de não concorrência, SOPHIE LE GACH-PECH, *Le principe de proportionnalité en droit prive des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 192.

De forma simples: a cláusula é reconhecida pelo sistema se não permitir que um determinado clube *inflencie* a transferência de um praticante, condicionando, por essa via, as condições em que há de operar a sua (livre) mobilidade laboral⁽¹⁰⁴⁾. Sendo essa a interpretação seguida pelo *Court Of Arbitration For Sport* e pelo *FIFA Disciplinary Committee* não haverá por isso razão para, em esforço de nota, desconsiderar a *praxis* dos agentes desportivos e das instâncias associativas, encontrando-se aí, na prática dos agentes e dos órgãos associativos, uma polarização de sentido que tem de ser ratificada pelos cânones legais e (jus)científicos.

VIII. Embora a pré-compreensão sistemática habilite o intérprete-aplicador ao ensaio de um modelo dogmático, não se pode perder de vista que o significado do “dever ser” não poder ser traduzido na linguagem que se refere ao domínio dos factos⁽¹⁰⁵⁾. E aquela construção encontra obstáculos de monta, tanto no que respeita às suas premissas, quanto no que se refere às suas consequências.

Em primeiro lugar, a fundação da admissibilidade de uma cláusula anti rivais na aferição do alcance do efeito inibitório que esta produz quanto à celebração de um contrato de trabalho entre sujeitos previamente identificados parece dar por demonstrado aquilo que carece de demonstração. Ou seja, assume-se a atendibilidade dos interesses que concorrem para sua estipulação, quando a necessidade de proteção do clube *a quo* e a razoabilidade da restrição, que seriam um *posterioris* da verificação da legitimidade do interesse do empregador na restrição pós-contratual estabelecida, são hoje uma parte do pressuposto relativo à legitimidade dos interesses desportivos e comerciais que a cláusula pressupostamente visa salvaguardar: onde não há razoabilidade, não haverá legitimidade, falhando a atendibilidade do interesse que, em abstrato, poderia emprestar justificação a uma cláusula que cria um obstáculo pós-contratual à celebração de um contrato de trabalho⁽¹⁰⁶⁾, mesmo que, na aparência, esse obstáculo se cinja ao clube (primeiramente) *ad quem*.

⁽¹⁰⁴⁾ Em exemplo, veja-se o resumo da decisão do FIFA Disciplinary Committee relativa a cláusula que envolvia o Arsenal, PAOK e Frosinone em *FIFA — Manual on “TPI” and “TPO” in football agreements*, Zurique, 2020, 54.

⁽¹⁰⁵⁾ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de José Lamego, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, 275.

⁽¹⁰⁶⁾ Este enquadramento, embora não apareça centrado na realidade laboral desportiva, é acolhido por HUGH COLLINS, *Employment Law* (2008), *cit.*, 151 e JOHN DYSON HEYDON, *The restraint of trade doctrine*, Butterworths, Londres, 1999, 29 e 35.

Se a legitimidade das *non-poaching clauses* tem sido crescentemente questionada⁽¹⁰⁷⁾ e suscitado a intervenção das autoridades nacionais com competência para a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência⁽¹⁰⁸⁾ (entre nós, avulta a atuação recente da Autoridade da Concorrência)⁽¹⁰⁹⁾, o princípio da liberdade de atividade da força de trabalho determina a ilicitude das “ofensas às possibilidades de obtenção de trabalho de outrem” quando ultrapassem os limites da adequação social e não se justifiquem pela defesa de um interesse jurídico igual ou superior⁽¹¹⁰⁾.

Em atenção às coordenadas do sistema e à fundamentalidade dos princípios da liberdade de trabalho e da liberdade de concorrência, não se vê como admitir um acordo que, tocando diretamente no princípio da liberdade de trabalho, se ancora num interesse puramente privado, de natureza egoística, sem densidade bastante para, face aos valores em jogo, se alçar à categoria de interesse coletivo⁽¹¹¹⁾.

Sem prejuízo da pluralidade de ordenamentos jurídicos e da internormatividade que atravessa as esferas associativas e estatais — o n.º 2 do

⁽¹⁰⁷⁾ Em amostra: JOELLEN RILEY, *Employee Protection of Common Law*, The Federation Press, Sidney, 2005, 183 e DAVID CABRELLI/LOUISE FLOYD, “New Light through Old Windows: Restraint of Trade in English, Scottish and Australian Employment Laws — Emerging and Induring Issues”, *IJCL-LIR* 2010, Vol. 26, n.º 2, 167-8.

⁽¹⁰⁸⁾ Por exemplo MATTHEW PERLMAN, “Delrahim Says Criminal No-Poach Cases Are In The Works”, *LAW360.COM*, 2018, em <<https://www.law360.com/articles/1003788/delrahim-says-criminal-no-poach-cases-are-in-the-works>> (consulta em 22.03.2021). No Direito norte-americano, veja-se ainda a nota conjunta da *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission* quanto à abertura de inquérito criminal contra as empresas e/ou as pessoas singulares (dentro das organizações) que acordem não contratar ou não solicitar, entre si, trabalhadores. Estas práticas falseiam o mercado e substanciam restrições à livre concorrência, sendo para tanto desnecessário analisar os seus efeitos concretos no mercado.

⁽¹⁰⁹⁾ Recentemente, em 13.05.2021, a AdC emitiu uma acusação (Nota de Ilícitude) por um acordo de não-contratação de trabalhadores, tendo como visada a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) e 31 empresas desportivas (clubes) participantes na edição de 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202106.aspx> (consulta em 20.05.2021).

⁽¹¹⁰⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 280. Em geral, qualquer direito de personalidade, como assinala o Autor, obriga todos os sujeitos a absterem-se de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.

⁽¹¹¹⁾ É também assim em áreas sistemáticas diversas e em ordenamentos caracterizáveis por uma grande amplitude nas convenções firmáveis, já que as liberdades de concorrência e de comércio, sendo erigidas a uma espécie de *rule of reason*, tolhem a autonomia privada dos sujeitos em áreas como a dos direitos reais, onde a liberdade de conformação contratual não apresenta os espartilhos que historicamente conformam a área laboral: MICHAEL J. TREBILCOCK, *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, Carswell, Toronto, 1986, 312-3.

art. 79.º da CRP reconhece-o no âmbito do desporto, verificando-se que há quadros normativos de base associativa que se impõem ao Estado como um verdadeiro “facto necessário”⁽¹¹²⁾ —, uma coisa é a interpretação de um regulamento associativo (no caso: art. 18bis do FIFA RSTP), outra, que com aquela não se confunde, é o conjunto de implicações jusfundamentais e (anti)concorrenciais que determinadas práticas produzem e cuja (re)solução deve operar em concretização dos vetores sistemáticos do ordenamento nacional e das mensagens substantivas que estes, tantas vezes para lá de regulação legal específica, fornecem⁽¹¹³⁾.

IX. Em segundo lugar, a aferição da (in)admissibilidade de uma cláusula anti rivais a partir da influência que esta exerce efetivamente na liberdade de trabalho do praticante desportivo — em termos simples: tudo está em saber se o praticante conserva a liberdade necessária para definir o seu futuro profissional — significa o acolhimento de um *posteriorus* esto-cástico, que não deve/pode interferir na análise, necessariamente estática, da ausência de fundamento válido para o reconhecimento destas cláusulas, tornando contingentes as preocupações subjacentes a este tipo de acordos.

Ligando-se, através de correlações que servem de base à formulação de previsões com determinado grau de probabilidade, a causa a um conjunto de juízos de probabilidade, não há qualquer critério que permita determinar a influência que a cláusula produz quanto à opção profissional do praticante desportivo. Sem que aqui, ao contrário do que se verifica com o prazo máximo que o art. 136.º do CT prevê para as cláusulas de não concorrência, exista qualquer baliza temporal que conforme a aplicação das cláusulas anti rivais, suscita-se ainda a questão de saber se, de forma necessariamente infixa, a influência é mensurável a partir da retribuição auferida ou auferível pelo praticante desportivo, a partir do valor envolvido pela sua transferência ou mesmo a partir da situação económico-financeira do clube (potencialmente) contratante.

Não há um parâmetro com conteúdo material que sirva de arrimo à aplicação do conceito de influência, falhando, também por razões de segu-

(112) PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, 778, invocando, nesse contexto, os arts. 24.º e 28.º da LBSD, na versão da Lei n.º 16/96, de 25.06, e também o art. 39.º do RJFD.

(113) No âmbito especificamente laboral, MERINO MERCHÁN, “Valor jurídico de la cláusula de rescisión de Ronaldo”, *La Ley*, n.º 4, 1997, D-221, 1311, referia, a propósito, que “as estruturas desportivas internacionais (F.I.F.A, U.E.F.A) permanecem estanques no posicionamento estatutário arcaico e incompleto que sustenta um ordenamento autónomo, fechado e vinculativo para todos os seus membros, desconexo com o sistema geral de fontes do ordenamento nacional e europeu”.

rança jurídica, a possibilidade de recurso a um instrumentário apreensível que, a partir de diferentes graus de afetação da liberdade profissional do praticante, viabilize um modelo de decisão praticável. E a existência de regras de comportamento tendentes a limitar ou suprimir a mútua concorrência, é, por princípio, inadmissível, seja qual for o sector de atividade implicado, mesmo que apareçam sob as vestes de “direitos de recompra”, com a configuração de um direito de opção⁽¹¹⁴⁾ ou de preferência⁽¹¹⁵⁾.

(114) Trata-se de um direito de opção após a cessação do contrato de trabalho e não de um direito de opção com vista à extensão do contrato. Embora a validade genérica dos pactos de opção esteja longe de ser consensual — sobre os termos da questão, veja-se, mais recentemente, ANA TERESA RIBEIRO, “Da (in)admissibilidade dos pactos de opção unilaterais nos contratos de trabalho desportivos”, RD 2020, n.º 5, 80-7, VÍCTOR HUGO VENTURA, *O regime do contrato de trabalho desportivo*, cit., 313-325 e JOÃO LEAL AMADO, “O estranho caso das cláusulas de opção”, RD 2021, n.º 7, 40-9 —, temos para nós que o direito de opção atribuído à entidade empregadora desportiva com vista à prorrogação do contrato não infringe, verificadas determinadas condições, o art. 19.º do RJCTPD ou o art. 53.º da CRP: o direito de opção não assume, neste plano, a natureza de um direito potestativo extintivo, *qua tale*, resultante de uma cláusula de resolução *ad libitum*. A declaração emitida por um dos sujeitos, comunicando ao outro a vinculação a partir da data da expiração do prazo inicial, tem um *logos* constitutivo: determina a extensão do contrato e já não a extinção prematura do mesmo, dado que, com a verificação do termo final, o contrato caduca sem necessidade de qualquer intervenção. O evento futuro, que condiciona a vigência do contrato com o prazo inicialmente apostado, não é a opção de um dos sujeitos, mas antes a data de expiração do prazo inicial: o vínculo extingue-se por mero decurso do prazo, que opera como elemento autónomo. Considerando-se como um *único contrato aquele que seja objeto de renovação*, é fundamental, sem prejuízo da inelutabilidade operativa de uma repartição de ónus, riscos, sacrifícios e vantagens que um tal esquema contratual implica, obviar a que sejam postos a cargo do praticante sacrifícios e riscos maiores do que aqueles pelos quais pareceu correto ao legislador *responsabilizá-lo*. Por isso, como sustentámos em “A vinculação laboral desportiva e os pactos de opção”, *Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, UCP, Lisboa, 2009, 321-377, deve ter-se como disfuncional a efetivação da opção (i) nos casos em que o praticante não compete ou se encontrou, se não durante todo o período inicialmente acordado ao menos durante grande parte, cedido a uma terceira entidade empregadora desportiva, (ii) nas situações em que o pacto de opção, pelos contornos que concretamente conformam o exercício do direito de opção (v.g. *exiguidade* do pré-aviso), se revela conflituante com os princípios da estabilidade de trabalho e com as margens de previsibilidade que devem existir, (iii) nos casos em que o pacto de opção, por combinação com outras cláusulas (v.g. *cumulação* com direito de preferência), produz um resultado desvalioso à luz das coordenadas gerais do regime do contrato de trabalho desportivo (= afetação desproporcionada da liberdade de trabalho do praticante), (iv) nos casos em que o período sobre o qual incide a opção é igual ou superior ao período em que o contrato de trabalho desportivo vigora desde início e (v) nas situações em que o estado de vinculação contratual comportável pelo pacto de opção ultrapassa a duração máxima permitida por lei (cinco anos). Por último, com vista ao afastamento de um dano para o praticante, considera-se inválido um pacto de opção em que não exista qualquer contrapartida para o praticante (sinalagma genético e funcional, *do ut des*), enquanto indício da função socialmente útil deste *negotio*, por analogia com a compensação que o CT estabelece para os pactos de não concorrência.

(115) Pactos de preferência, cuja construção, como salientava JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Manual dos Direitos de Preferência*, Vol. I, Coimbra, 1944, 16-8, se deveu em muito ao facto de o direito de preferência encontrar as suas raízes históricas no direito de opção. A sua (in)atendibilidade é, sob este ângulo, similar à traçada para os pactos de opção, repudiando-se qualquer direito de preferência pós contratual.

X. Em terceiro lugar, o art. 19.º do RJCTPD estabelece que “(s)ão nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”, proibindo expressamente quaisquer cláusulas que limitem, direta ou reflexamente, a liberdade de trabalho do praticante.

É claro que uma cláusula anti rivais procura criar dificuldades à contratação de um atleta *a latere* da proibição convocada pelo art. 19.º do RJCTPD para as cláusulas previstas no contrato de trabalho que condicionem ou limitem esse direito fundamental. Paralogicamente, este tipo de cláusulas permite que o beneficiário da limitação, procurando restringir ou condicionar a liberdade de trabalho do atleta, não tenha de suportar qualquer custo compensatório, ao contrário do regime subjacente ao art. 136.º do CT.

Na prática, o clube transferente procura, com feições parasitárias, afastar a concorrência à margem da proibição contida no art. 19.º do RJCTPD. Saber se esse afastamento ou condicionamento se processa *de facto* com base no conceito de influência, não prejudica a sua inaceitabilidade *de jure*, diante da pressuposta aptidão causal para a produção desse resultado.

O conceito de causalidade aparece ligado à noção de bem jurídico (em rigor: a liberdade, o trabalho e a personalidade e já não o direito fundamental substanciado pela liberdade de trabalho, uma vez que não são os direitos fundamentais que enquanto tal são protegidos, mas antes os bens objeto de proteção jusfundamental, como o trabalho, a personalidade ou a liberdade)⁽¹¹⁶⁾, enquanto interesse juridicamente valioso que é lesável ou colocável em perigo por um determinado acordo. E, para lá do enquadramento cabível no plano no Direito da concorrência, o efeito pretendido pela cláusula anti rivais, a par da diminuição probabilística de contratação de um praticante desportivo, substancia o critério operativo que permite aferir a verificação do resultado danoso à liberdade de trabalho.

Tendo o art. 19.º do RJCTPD como finalidade proibir quaisquer cláusulas que possam limitar a liberdade de trabalho, e sabendo-se que “interpretar consiste evidentemente em retirar desse texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento”⁽¹¹⁷⁾, já se vê que uma cláusula anti rivais

⁽¹¹⁶⁾ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 292, ss.

⁽¹¹⁷⁾ Utilizamos as palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (23.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2019, 173.

contraria a materialidade instituinte da proibição, convocando-se, no limite, o instituto da fraude à lei, perante a fuga à “intencionalidade normativa que justifica aquela imperatividade”⁽¹¹⁸⁾.

Determinada, independentemente de qualquer dolo ou intuito de violação do conteúdo negocial⁽¹¹⁹⁾, a nulidade da cláusula por fraude à lei, este desfecho é igualmente obténível através de percurso hermenêutico diverso, mas finalisticamente convergente: não permitindo o RJCTPD que o atleta, mediante o recebimento de uma compensação, possa (auto)limitar a sua liberdade de trabalho, demanda a lógica que essa (hetero)limitação a um direito fundamental com implicações concorrenciais não possa ser feita por outro sujeito que não o atleta/trabalhador. Na prática, e em concretização do “melhor dos dois mundos”, o clube que produz essa restrição concorrential à custa da liberdade profissional do atleta não só não suporta qualquer compensação, como se posta ainda como beneficiário da compensação que a cláusula anti rivais preveja.

XI. Em quarto lugar, e sem prejuízo de as regras laborais do *jogo desportivo* encontrarem composição preferencial no RJCTPD, impõe-se não perder de vista a necessária “captação racional da adequação de conexões de valores jurídicos”, encontrando uma solução que não escape ao “controlo teleológico dos elementos sistemáticos utilizados”⁽¹²⁰⁾.

O CT admite no art. 136.º que, mediante a verificação de um conjunto de condições, o trabalhador veja limitada ou condicionada a sua liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho. O art. 19.º do RJCTPD proíbe-o expressamente, seja qual for a circunstância verificável ou a prestação prevista.

Ou seja: o CT, ao contrário do RJCTPD, abre espaço para que os pactos de não concorrência funcionem como o (único) tipo legal apto a permitir tais limitações pós contratuais. Não o faz quanto a outro tipo de acordos que, prescindindo da intervenção do trabalhador, limitam a liberdade de trabalho. Estes são nulos, em tradução da necessidade de preservação do “direito ao livre exercício da atividade humana”⁽¹²¹⁾ e da exigível manifes-

⁽¹¹⁸⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I* (2002), cit., 489-496.

⁽¹¹⁹⁾ Assim, sobre a fraude à lei: FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II: A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 451.

⁽¹²⁰⁾ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Ciência do Direito* (trad. Menezes Cordeiro), 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, 71 e 187.

⁽¹²¹⁾ As palavras são de EDITH DELEURY, “Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme

tação de vontade do trabalhador para que o acordo possa ser reconhecido pelo sistema (art. 138.º), em construção que, com argumentário idêntico, também o *Bundesgerichtshof* (BGH) já extraiu do § 75f do *Handelsgesetzbuch* (HGB)⁽¹²²⁾.

Consentir que uma cláusula anti rivais, seja qual for a sua feição, possa valer no sistema laboral desportivo significa um *oxímoro*, uma vez que competição pressupõe rivalidade: *no jogo, procura-se ganhar e sofre-se com o receio de perder, mas se não houvesse receio de perder e se existisse a certeza de ganhar, não havia jogo*⁽¹²³⁾.

Implicaria ainda admitir que, em contraste com a abertura do CT quanto aos pactos de não concorrência, a vedação de cláusulas anticoncorrenciais com incidência laboral contida no art. 19.º do RJCTPD viabilizaria a produção de um resultado que nem o CT, onde as cláusulas de limitação da liberdade de trabalho são permitidas, consente. *Actus a principio nullus, nullum producit effectum*.

objet du droit”, *Les Cahiers de droit* 1972, Vol. 13, n.º 4, 550, que, sem prejuízo da autonomia analítica que cada liberdade demanda, agrega naquela categoria as liberdades físicas, morais e profissionais.

⁽¹²²⁾ BGH 30.4.2014-I ZR 245/12: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=68900&pos=0&anz=531>>.

⁽¹²³⁾ Como referia JOÃO PEREIRA BASTOS, *Desporto Profissional*, col. Desporto e Sociedade, DGD, Lisboa, 1986, 26.

AS CRIPTOMOEDAS

Pelo Prof. Doutor José Engrácia Antunes

SUMÁRIO:

§1 Aspectos Gerais. 1. Noção. 2. Origem. Relevância Atual. 3. Vantagens e Riscos. 4. Figuras Afins. **§2 Fontes.** 1. Fontes Internacionais. 2. Fontes Europeias. 3. Fontes Nacionais. **§3 Características.** 1. Tipo Monetário Emergente. 2. Suporte Digital. 3. Tecnologia “Blockchain”. 4. Autonomia. 5. Curso Convencional. 6. Polivalência Funcional. **§4 Modalidades.** 1. Bitcoin. 2. Criptomoedas Alternativas. 3. Criptomoedas Públicas. 4. Criptomoedas Estáveis. **§5 Estatuto Jurídico.** 1. Emissão. 2. Titularidade. 3. Circulação e Utilização. 4. Aspectos Multidisciplinares.

§1 Aspectos Gerais

1. Noção

I. Designam-se por criptomoedas (“cryptocurrencies”, “cryptomonnaies”, “Kryptowährungen”, “criptomonete”) — também conhecidas como *moedas virtuais* (“virtual currencies”, “monnaies virtuelles”, “virtuelle Währung”, “monete virtuali”) — as moedas alternativas em suporte digital cuja emissão, titularidade e transmissão assenta numa tecnologia de registo criptográfico e descentralizada de dados digitais (“blockchain”), que são aceites no âmbito de uma comunidade virtual e são suscetíveis de desempenhar uma pluralidade de funções monetárias e financeiras^(1/2).

(1) Sobre a figura, *vide* entre nós BROCHADO, ANA, *Snapshot da Indústria das Criptomoedas*, in: 59 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2018), 83-108; CORREIA, F. MENDES, *Algumas Notas sobre Ofertas Públicas de Criptomoedas (Initial Coin Offerings)*, in: “O Novo Direito dos Valores Mobiliários”, 175-183, Almedina, Coimbra, 2019; DUARTE, PAULO, *As Criptomoedas são Dinheiro?*,

II. As criptomoedas ou moedas virtuais são a mais recente etapa da história monetária — uma história multimilenar, aliás, sempre renovada e em permanente devir. Após a hegemonia quase absoluta da moeda física dos séculos XVIII aos inícios do séc. XX; após a sua progressiva perda de protagonismo em favor da moeda bancária, a qual se viria a tornar ao longo do séc. XX na espécie monetária dominante (“bank money” ou “b-money”); e após a recente emergência da moeda eletrónica em plena viragem para o séc. XXI (“electronic money” ou “e-money”) — eis que, no espaço de apenas uma década, assistimos à génese ou embrião de um novo tipo ou espécie de moeda, a moeda virtual ou “v-money”.

2. Origem. Relevância Atual

I. A origem histórica das criptomoedas está indissoluvelmente ligada à invenção da *tecnologia “blockchain”*, que esteve na base do aparecimento da primeira criptomoeda — a “Bitcoin”⁽³⁾.

in: 8 “Boletim da Ordem dos Advogados” (2018), 1-5; DUARTE, PAULO, *Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381; FRIAS, HÉLDER/DIAS, L. ALVES, *Portugal*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 232-241, Law Business Research Ltd, London, 2019; MAIA, G. VALENTE, *A Criptomoeda na Ordem Jurídica. Velhas Soluções para um Novo Problema*, Diss., Porto, 2018; ROLO, A. GARCIA, *As Criptomoedas como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019; SANTOS, J. VIEIRA, *Soft Law e Boa Governança no Mercado das Criptomoedas*, in: 16 “Revista Electrónica de Direito” (2018), 187-201.

(²) A literatura estrangeira sobre o tema, apesar da novidade deste, é já copiosa. Entre as principais obras de referência, vide CAPACCIOLI, STEFANO, *Criptovalute e Bitcoin: Un’Analisi Giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015; FOX, DAVID/GREEN, SARAH, *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019; MARTÍNEZ, J. GUAITA, *Las Criptomonedas: Digitalización del Dinero 2.0*, Aranzadi, Pamplona, 2019; MAUME, PHILIPP/MAUTE, LENA, *Rechtshandbuch Kryptowerte*, Beck/Vahlen, München, 2020; KIRCHMAYR-SCHLIESSELBERGER, SABINE/KLAS, WOLFGANG/MIERNICKI, MARTIN/RINDERLE-MA, STEFANIE/WEILINGER, ARTUR, *Kryptowährungen*, Nomos/Facultas Verlag, Wien, 2020; OMLOR, SEBASTIAN/LINK, MATHIAS, *Kryptowährungen und Token*, Recht und Wirtschaft, Frankfurt, 2020; SCHMIDT, NIKLAS, *Kryptowährungen und Blockchains: Technologie, Praxis, Recht, Steuern*, Linde Verlag, Wien, 2019; SILVA, L. DOLES, *Bitcoins & Outras Criptomoedas*, Juruá Editora, Curitiba, 2018; SOTIRI, ERWIN, *Précis Sur les Crypto-Monnaies*, Legitech, Bertrange, 2018.

(³) Sobre as origens das moedas virtuais, em particular a “Bitcoin” — que teve precursores como os projetos “eCash” do criptógrafo DAVID CHAUM nos anos 80, “B-Money” do engenheiro informático WEI DAI nos anos 90, e “Bit Gold” do jurista NICK SAZBO na primeira década de 2000 —, vide FRANCO, PEDRO, *The Origins of Bitcoin*, in: “Understanding Bitcoin”, 159-169, J. Wiley, Chichester, 2015.

II. Os sistemas monetários, bancários e financeiros tradicionais assentam num modelo de *intermediação*: trate-se de emitir moeda, de efetuar pagamentos, de investir capitais ou de realizar outras transações financeiras, a confiança dos agentes económicos ou participantes desses sistemas esteve sempre dependente da existência de terceiros intermediários (“middleman” ou “trusted third party”), tais como bancos centrais, bancos comerciais ou intermediários financeiros. Entre outras vantagens, tal modelo de confiança intermediada assegura a resolução de um eterno e fundamental problema das relações monetário-financeiras — o problema do “gasto duplo” (“double-spending”), que consiste no risco de utilização da mesma moeda mais do que uma vez⁽⁴⁾. Com efeito, ao longo da história monetária e até à presente data, existiram apenas duas soluções para tal problema: ou bem (no caso da moeda física) a “coisificação” ou “reificação” da moeda em notas de papel e moedas metálicas, que a torna assim imune a este problema, exceto no caso de contrafação; ou bem (no caso da moeda bancária) a existência de terceiros intermediários independentes que, graças ao registo centralizado das transações de créditos e débitos escriturais, assegura que um mesmo valor monetário não será utilizado pelo mesmo utilizador em diferentes transações ou para efetuar diferentes pagamentos, garantindo assim a estabilidade, a segurança e a confiança dos agentes no sistema económico-financeiro geral.

III. Em 31 de dezembro de 2008, o programador japonês Satoshi NAKAMOTO⁽⁵⁾ publicou um pequeno artigo intitulado “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, onde concetualizou um novo tipo de moeda exclusivamente assente numa rede direta de participantes (“peer-to-peer”) baseada numa nova tecnologia descentralizada e criptográfica de registo, tratamento e armazenamento eletrónico de dados que permite assegurar um sistema de emissão e circulação de moeda e de pagamentos

(4) Sobre o problema do gasto duplo — conhecido das ciências computacionais como “problema dos generais bizantinos” (“byzantine generals problem”), tido como irresolúvel — vide MARTINS, PEDRO, *Introdução à Blockchain*, 38, ss., FCA Editora, Lisboa, 2018; mais desenvolvimentos em CHOWDHURY, NIAZ, *Inside Blockchain, Bitcoin, and Cryptocurrencies*, 52, ss., Taylor & Francis Group, Boca Raton/London/New York, 2020.

(5) A verdadeira identidade do autor deste trabalho pioneiro permanece envolta em mistério. Além dos sentidos associados ao nome (em japonês “satoshi” significa “sábio”, “naka” interior e “moto” origem), a verdade é aquele personagem jamais foi identificado ou conhecido publicamente, tratando-se provavelmente de um pseudónimo usado pela pessoa ou grupo de pessoas que criaram a “Bitcoin”. Sobre a especulação em torno deste enigma, vide McMILLAN, ROBERT, *Why Bitcoin Doesn't Want a Real Satoshi Nakamoto?* (“Wired”, 7 de março de 2014); KAMINSKA, IZABELLA, *Bitcoin: Identity Crisis* (“Financial Times”, 7 de maio de 2016).

sem necessidade da intervenção de intermediários (“blockchain”). Uma vez que os dados relativos a cada nova transação operada no seio dessa rede é objeto de registo sequencial em “blocos” (“noddle”), que são validados necessariamente por todos os participantes nessa rede e cuja integridade é assegurada por métodos de encriptação, a “blockchain” permite criar uma espécie de base de dados ou de registo descentralizada (“distributed ledger”) onde é sempre possível, a todo o momento, identificar o rasto de cada criptomoeda individual (“cryptocurrency”) desde a data da sua emissão até cada uma das suas posteriores movimentações ou transmissões, esconjurando assim o risco do seu gasto duplo e garantindo a segurança de todos os pagamentos e transações efetuados em criptomoedas sem necessidade de intervenção de qualquer intermediário. A passagem da teoria à prática ocorreria breves meses depois, quando o mesmo SATOSHI NAKAMOTO lançou a primeira versão do programa ou aplicação da “Bitcoin” e emitiu (“minerou”) a primeira moeda “bitcoin”: com isto, segundo alguns, aquele programador “reinventou a moeda na forma de código de computador”(6).

IV. No espaço de pouco mais de uma década, o mundo das criptomoedas sofreu uma enorme expansão. Em 1 de janeiro de 2021, a capitalização do mercado das criptomoedas era de aproximadamente 780 biliões de dólares, com mais de 5 400 tipos de criptomoedas em circulação e um volume diário de transações na ordem dos 178 biliões de dólares(7). A criptomoeda dominante é a “Bitcoin” (BTC), com mais de 18 milhões de unidades em circulação, com um valor unitário de USD 29 600, um volume de transações de 41 biliões de dólares e uma capitalização de mercado de 597 biliões de dólares, representando cerca de 70% do total do mercado. Outras criptomoedas com difusão e capitalização de mercado relevantes são a Ether (10,99%), Tether (2,73%), XRP (1,32%), Litecoin

(6) ULRICH, FERNANDO, *Bitcoin: A Moeda na Era Digital*, 12, Instituto L. Von Mises, São Paulo, 2014. Apesar de ter tido antecessores noutras moedas digitais (v.g., moeda eletrónica, “E-Gold”, “Liberty Reserve”) e em sistemas de pagamentos digitais convencionais (v.g., cartões eletrónicos, “Paypal”), a “Bitcoin” representou uma verdadeira inovação revolucionária ou disruptiva dos sistemas monetários e financeiros existentes em virtude da sua natureza autopoética, que torna obsoletos os tradicionais intermediários públicos e privados. Cf. VIGNA, PAUL/CASEY, MICHAEL, *The Age of Cryptocurrency: How Bitcoin and the Blockchain Are Challenging the Global Economic Order*, St. Martin’s Press, New York, 2015.

(7) Coin Market Cap, *Top 100 Cryptocurrencies by Market Capitalization* (<<https://coinmarketcap.com/>>). A expansão tem sido exponencial: recorde-se que, de acordo com o Banco Central Europeu, em 2015 existiam cerca de 500 criptomoedas, embora já então se lhes augurasse um “rápido crescimento” (*Virtual Currency Schemes — A Further Analysis*, 9, ECB, Frankfurt, 2015).

(1,14%), Polkadot (1,06%), Bitcoincash (0,85%), Cardano (0,74%), Binancecoin (0,71%) e Chainlink (0,60%), representando todos os demais milhares de moedas em circulação (com capitalização inferior a um décimo percentual) cerca de 10% do mercado⁽⁸⁾. Este sucesso das criptomoedas está intimamente ligado à vertiginosa globalização da própria “internet” e do comércio eletrônico (“e-commerce”): lembre-se que, no início de 2021, existiam mais de 4,7 bilhões de utilizadores de “internet”, o que corresponde a 60% do total da população mundial (7,8 bilhões)⁽⁹⁾.

3. Vantagens e Riscos

I. Desde o seu aparecimento, as moedas virtuais — como sucede frequentemente com os fenómenos socioeconómicos disruptivos — tem sido o mote de apaixonadas discussões na comunidade jurídica, que alternam entre a fascinação confessa e a crítica feroz⁽¹⁰⁾.

II. Para os seus *admiradores*, as moedas virtuais “estão aí para ficar”⁽¹¹⁾, sendo mesmo consideradas como a “alvorada” ou o prenúncio de uma nova era jurídico-financeira e tecnológica⁽¹²⁾.

As criptomoedas, de que a Bitcoin é o exemplo mais conhecido, apresentam um conjunto de vantagens sociais, económicas e jurídicas no confronto as moedas tradicionais: as moedas virtuais, enquanto moeda privada independente dos Estados e dos bancos centrais e comerciais, permite assegurar as funções monetárias diretamente pelas próprias partes das transações económicas (“peer-to-peer”) sem necessidade da intermediação de terceiros, com ganhos de *eficiência* (reduzindo drasticamente

⁽⁸⁾ Dados à data de 1 de janeiro de 2021. Sobre a evolução do mercado das moedas virtuais, vide BROCHADO, ANA, *Snapshot da Indústria das Criptomoedas*, in: 59 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2018), 83-108.

⁽⁹⁾ PAPER, JEREMY, *A Medium of Exchange for an Internet Age: How to Regulate Bitcoin for the Growth of E-Commerce*, in: 15 “Pittsburg Journal of Technology Law and Policy” (2015), 33-56; TELLO, J. MENDONZA, *Innovación Disruptiva de las Criptomonedas para la Sociedad y el Comercio Electrónico*, Diss., Universidad de Alicante, 2019.

⁽¹⁰⁾ PAUL VIGNA e MICHAEL CASEY descrevem a evolução do pensamento económico e jurídico relativo às moedas virtuais como uma trajetória de desdém, ceticismo, curiosidade, consolidação e aceitação (*The Age of Cryptocurrency*, 11, ss., St. Martin’s Press, New York, 2015).

⁽¹¹⁾ GREEN, SARAH, *Cryptocurrencies: The Underlying Technology*, 12, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 1-12, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁽¹²⁾ TAPSCOTT, DON/TAPSCOTT, ALEX, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World*, Portfolio Penguin, New York, 2018.

custos de transação, v.g., comissões de depósito e taxas de transação, que são típicas nas moedas bancária e eletrónica), de *rapidez* (aumentando a velocidade das transações, v.g., permitindo efetuar em poucos minutos pagamentos ou transferências que usualmente demoram um ou mais dias), de *segurança* (dada a incorruptibilidade do sistema de registo descentralizado de todas as transações, que torna as criptomoedas virtualmente imunes à falsificação, destruição, fraude, furto ou outros eventos congêneres conhecidos das moedas físicas e até bancárias), de *escassez* (decorrente da quantidade pré-definida e limitada da emissão das moedas virtuais, v.g., 21 milhões de “bitcoins”, que lhe confere uma natureza deflacionária), de *polivalência* (dado que, paralelamente às suas funções monetárias, as moedas virtuais desempenham também funções de investimento e financiamento, v.g., “utility tokens” e “security tokens”), de *inovação* (contribuindo para a evolução dos sistemas financeiros e de pagamento, v.g., viabilizando sistemas de micropagamentos, incentivando o “crowdfunding”, embaratecendo as remessas internacionais, abrindo novos modelos de negócio para a banca tradicional), de *privacidade* (dado que os endereços dos titulares da moeda virtual, consistentes em chaves públicas e privadas alfanuméricas, não contêm dados de identificação pessoais) e até de *autonomia sistémica* (dado ser independente do controlo ou intervenção de quaisquer entidades estaduais, governamentais ou bancárias)⁽¹³⁾. O sucesso meteórico e estrepitoso das criptomoedas num mundo económico-financeiro — pense-se, por exemplo, na “Bitcoin”, cujo valor, dois anos apenas após a sua primeira emissão, atingiu a paridade com o dólar e que, nos inícios de 2021, chegou a atingir o valor astronómico de 41 941 dólares por “bitcoin” — parece de alguma forma confirmar esta prova de fé nas suas potencialidades.

III. Já para os seus *detratores*, pelo contrário, as criptomoedas são sinónimo de risco e infortúnio (“bitcoin is evil”)⁽¹⁴⁾, quando não mesmo até de moda passageira ou puro fogo-fátuo (“will-o’-the-

⁽¹³⁾ Sobre as vantagens das moedas virtuais, entre muitos, *vide* AMATO, MASSIMO/FANTACCI, LUCA, *Per un Pugno di Bitcoin. Rischi e Opportunità delle Valute Virtuali*, Egea, Milano, 2016; CARATTOZZOLO, ROBERTO, *La Virtualizzazione delle Valute: Prospettive Regolatorie tra Opportunità da Cogliere e Rischi da Evitare*, in: 2 “Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia” (2019), 237-266; HAYNES, ANDREW/YEOH, PETER, *Cryptocurrencies and Assets — Opportunities and Risks*, in: “Cryptocurrencies and Cryptoassets — Legal and Regulatory Issues”, 7-28, Routledge, Oxon/New York, 2020; LIU, YUKUN/TSYVINSKI, ALEH, *Risks and Returns of Cryptocurrency*, NBER, Cambridge, 2018.

⁽¹⁴⁾ É o caso do economista norte-americano PAUL KRUGMAN: *Bitcoin is Evil* (in: “The New York Times” de 28 de dezembro de 2013).

-wisp”)(¹⁵) condenada a esfumar-se após um breve período de brilho intenso(¹⁶).

Com efeito, são numerosos e relevantes os riscos e as desvantagens que são apontados às moedas virtuais — muitos das quais, aliás, parecem constituir justamente o reverso da medalha das suas vantagens. Entre elas, é costume salientar-se a sua *volatilidade* (comparativamente às moedas tradicionais ou até outros ativos, v.g., ouro, como foi ilustrado pela cotação da “Bitcoin”, cujo valor subiu quase 2 000% durante o ano 2017), a sua *instabilidade* (decorrente da sua maior falta de liquidez, da menor dimensão do seu mercado próprio, da sua exposição a manipulações mediáticas e ataques especulativos, e do enorme número de tipos de criptomoedas existentes), a sua *anomia regulatória* (dado que não dispõem ainda de um estatuto jurídico próprio, não conferem uma tutela legal específica aos usuários, e escapam à regulação e supervisão legal das autoridades monetárias e financeiras), a sua *vulnerabilidade tecnológica* (devido aos riscos operacionais que podem afetar a autenticidade e operacionalidade da rede de emissão e circulação da criptomoedas, v.g., perda das chaves privadas, crime informático), a sua *inconvertibilidade* (dado que, com exceção das criptomoedas dominantes, v.g., Bitcoin e Ether, a esmagadora maioria das moedas virtuais não são diretamente convertíveis em unidades monetárias tradicionais, v.g., dólares, euros, etc.), o seu *potencial uso ilícito* (dado que o seu anonimato favorece a sua utilização em atividade ilícitas, tais como branqueamento de capitais, financiamento de terrorismo, fraude fiscal, ou outras, v.g., a rede cibernética de estupezfacientes “Silk Road”, que utilizava a bitcoin como moeda de pagamento) e o seu *impacto sistémico* (dado os riscos macroeconómicos acrescidos para os sistemas financeiros, bancários e de pagamento atualmente em funcionamento)(¹⁷).

(¹⁵) MERSCH, YVES, *Virtual or Virtueless? The Evolution of Money in the Digital Age*, 1, Official Monetary and Financial Institutions Forum, London, 2018.

(¹⁶) Sobre os riscos das moedas virtuais, também entre muitos, *vide* EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, 33, ss, ECB, Frankfurt, 2012; LOW, KELVIN/TEO, ERNIE, *Legal Risks of Owning Cryptocurrencies*, in: AAVV, “Handbook of Blockchain, Digital Finance, and Inclusion”, Vol. I, 225-247, Elsevier, London, 2018; MARTIN, JAMES, *Drugs on the Dark Net: How Cryptomarkets Are Transforming the Global Trade*, Palgrave Macmillan, Basingstoke/New York, 2014; METHA, NEIL/AGASHE, ADITYA/DETROJA, PARTH, *Blockchain Bubble or Revolution: The Present and Future of Blockchain and Cryptocurrencies*, Paravane Ventures, 2019.

(¹⁷) É curioso constatar que uma boa parte dos riscos e críticas apontadas às moedas virtuais são também aplicáveis, senão até por maioria de razão, às moedas convencionais — quase se assemelhando a uma espécie de “projeções freudianas” das deficiências dos sistemas monetários tradicionais (BERG, OLE, *How Is Bitcoin Money?*, 69, in: 33 “Theory, Culture & Society” (2016), 53-72). Um exemplo: as atividades de branqueamento de capitais, evasão fiscal ou outras quejandas já funcionavam bastante bem através do transporte de malas de dinheiro vivo ou de transferências bancárias entre contas

4. Figuras Afins

I. As moedas virtuais podem ser enquadradas no âmbito das chamadas *moedas alternativas*, ou seja, daquelas unidades de valor monetário que, surgidas recorrentemente ao longo da história económico-social da humanidade, desempenham de forma meramente parcial, imperfeita e limitada as tradicionais funções monetárias (meio de pagamento, unidade de conta, reserva de valor)⁽¹⁸⁾. Entre estas, podem referir-se as *moedas de valor intrínseco* — por exemplo, libras de ouro, determinados bens em certas conjunturas históricas (v.g., cigarros no pós I Guerra Mundial)⁽¹⁹⁾ —, as *moedas locais* (também chamadas “moedas sociais” ou “complementares”) — que são instrumentos de pagamento ou troca associados a projetos locais ou comunitários de economia social (v.g., a “Bristol pound”, o “Wir” suíço, o “Sardex” italiano, as notas “pago em lixo” portuguesas, etc.)⁽²⁰⁾ — e as *moedas digitais de uso restrito* — que são emitidas e transacionadas em comunidades virtuais fechadas (v.g., o “linden dollar” ou L\$ da “Second Life”) ou em sistemas eletrónicos fechados de pagamento de empresas e outras entidades (v.g., moedas utilizadas em jogos “on-line”, milhas aéreas, fidelização de clientes, etc.)⁽²¹⁾. Apesar do seu traço comum de inconveniência, as moedas virtuais não se confundem com as moedas alternativas pois representam um novo e emergente tipo de moeda que é suscetível, em abstrato, de desempenhar plenamente todas as funções monetárias.

II. As moedas virtuais não se confundem com a *moeda bancária* e a *moeda eletrónica*. Muito embora todas elas assentem em tecnologias de tratamento e processamento eletrónico de dados, são várias e relevantes as suas diferenças: entre as mais importantes, refira-se que as moedas virtuais

“offshore”, muito antes de episódios como o da “Silk Road”... (SHAXSON, NICHOLAS, *Treasure Island: Uncovering the Damage of Offshore Banking and Tax Havens*, Palgrave Macmillan, New York, 2011).

⁽¹⁸⁾ HILEMAN, GARRICK, *Alternative Currencies: A Historical Survey and Taxonomy*, SSRN (London School of Economics), 2013.

⁽¹⁹⁾ SENN, PETER, *Cigarettes as Currency*, in: 6 “The Journal of Finance” (1951), 329-332.

⁽²⁰⁾ AMATO, MASSIMO/FANTACCI, LUCA, *Moneta Complementare, Sai Cos'è?*, Mondadori, Milano, 2013; KENNEDY, MARGRIT, *Monnaies Régionales*, Éd. Charles-Léopold Mayer, Paris, 2008. As notas “pago em lixo” constituem um exemplo português de moeda local: criada na freguesia de Campolide no âmbito do projeto “Pago em Lixo”, e emitidas a troco da entrega de 1 quilo de lixo reciclável, são “notas” de valor equivalente a 2 euros exclusivamente utilizáveis em lojas de comércio tradicional aderentes (COELHO, S. LIMA, *A Criação de uma Moeda Local como Incentivo à Cidadania Activa e à Dinamização da Comunidade: O Caso de Campolide*, 2016).

⁽²¹⁾ MACARIO, GIUSEPPE, *Il Passato, il Presente e il Futuro del Mondo Virtuale Second Life*, Libra, Mountain View, 2014; TERDIMAN, DANIEL, *The Entrepreneur's Guide to Second Life: Making Money in the Metaverse*, Wiley Publishing, Indiana, 2007.

não têm uma entidade emitente (ao passo que as moedas bancária e eletrónica são emitidas por instituições especializadas, “maxime”, bancos comerciais e instituições de moeda eletrónica), assentam num sistema descentralizado ou desintermediado de circulação (ao passo que as moedas bancária e eletrónica circulam necessariamente mediante a intermediação das instituições emitentes), estão denominadas em unidades de conta próprias (ao passo que as moedas bancária e eletrónica estão denominadas unidades de conta de sistemas monetários nacionais ou internacionais, v.g., dólares, euros, yuan, etc.), não são livremente convertíveis noutras espécies monetárias (v.g., em numerário, em créditos em conta bancária), e não dispõem de um quadro legal de regulação e supervisão próprio (a não ser em termos ainda muito embrionários)⁽²²⁾.

III. As moedas virtuais em sentido estrito, ou criptomoedas (“cryptocurrencies” ou “currency tokens”), não se confundem com os *criptoativos* (“cryptoassets”)⁽²³⁾. A tecnologia “blockchain”, enquanto tecnologia criptográfica de registo, tratamento e armazenamento eletrónico de dados, está na origem do aparecimento de um conjunto de novos ativos ou bens digitais, enquanto ativos baseados em informação digital encriptada (“strings of bits”), com crescente relevo jurídico-económico. São exemplos conhecidos os “utility tokens” (ativos digitais com função de consumo, que conferem ao titular direitos a determinados produtos ou serviços), os “investment tokens” (ativos digitais com função de financiamento, que conferem ao titular direitos ou rentabilidades económicas associadas a determinado projeto de investimento) e os “smart contracts” (ativos digitais com função negocial, que permitem a automatização da execução dos contratos)⁽²⁴⁾. As criptomoedas são assim apenas uma modalidade, embora

⁽²²⁾ Estas diferenças não impedem que as figuras se possam aproximar no futuro: tal o caso dos chamados *e-money tokens*, ou criptofichas de moeda eletrónica, que constitui um tipo de criptomoeda dotada de um valor estável por referência a uma moeda oficial dotada de curso legal, previsto no art. 3.º, n.º 1, 4) da proposta de “Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937” (COM(2020) 593 final).

⁽²³⁾ BRUMMER, CHRIS (ed.), *Cryptoassets: Legal, Regulatory, and Monetary Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2019; BURNISKE, CHRIS/TATAR, JACK, *Cryptoassets: Das Investoren-Handbuch für Bitcoin, Krypto-Token und Krypto-Commodities*, Verlag F. Vahlen, München, 2018; HAYNES, ANDREW/YEOH, PETER, *Cryptocurrencies and Cryptoassets — Legal and Regulatory Issues*, Routledge, Oxon/New York, 2020.

⁽²⁴⁾ Como veremos, num sentido amplo, as criptomoedas abrangem também as moedas virtuais que desempenham simultaneamente funções não estritamente monetárias, abrangendo os “utility tokens”, os “investment tokens” e os “hybrid tokens” — circunstância essa que está justamente na base de uma característica distintiva desta espécie monetária, a sua *polivalência funcional* (cf. *infra* § 3-6).

porventura a mais relevante, dos criptoativos, designando um particular tipo de ativos digitais de natureza monetária, que desempenham primordialmente funções de pagamento, além de, secundariamente, de unidade de conta e até de reserva de valor.

§2 FONTES

I. As moedas virtuais ou criptomoedas são hoje, no essencial, um fenómeno que não foi ainda objeto de regulação jurídica geral ou própria na esmagadora maioria das ordens jurídicas mundiais. A extrema novidade das criptomoedas, a sua matriz tecnológico-computacional — dando origem a uma espécie de “*criptês*” exotérico para os quadros tradicionais dos juristas⁽²⁵⁾ — e a controvérsia reinante em torno das vantagens e riscos das criptomoedas tem conduzido a uma verdadeira encruzilhada regulatória, falando-se mesmo a este respeito de um “criptodilema” (BERT-JAAP KOOPS)⁽²⁶⁾: se alguns (especialmente os seus defensores) sustentam uma estratégia regulatória minimalista, assente num princípio de autonomia privada e de autorregulação, outros (em particular os seus detratores) consideram inversamente ser necessário ou mesmo imperiosa a intervenção do legislador na matéria, subordinando as criptomoedas a um quadro legal de emissão, circulação e supervisão adequado⁽²⁷⁾.

II. Isto não significa que, de um modo aliás crescente, não se tenham vindo a multiplicar nos últimos anos as intervenções de natureza jurisprudencial, regulamentar, e até legislativa na matéria, quer nacionais,

⁽²⁵⁾ GOFORTH, CAROL, *The Lawyer's Cryptionary: A Resource for Talking to Clients About Crypto-Transactions*, in: 41 “Campbell Law Review” (2019), 47-122.

⁽²⁶⁾ *Crypto-Regulation in Europe — Some Key Issues and Trends*, 1823, in: 29 “Computer Networks and ISDN Systems” (1997), 1823-1831.

⁽²⁷⁾ A atitude dos Estados e poderes públicos, incluindo os bancos centrais, tem sido até ao momento, de um modo geral, marcada pela cautela. Entre as posições extremas daqueles países que proibiram ou condicionaram o uso de criptomoedas por parte de entidades financeiras (v.g., Índia, Paquistão) até àqueles outros que a acolheram expressamente (v.g., Malta), que a reconhecem gradualmente (v.g., EUA, Alemanha, Japão) ou até que estudam a hipótese da existência de criptomoedas públicas ou “soberanas” (v.g., China, Inglaterra, Suécia, Uruguai), a grande maioria dos países tem adotado uma estratégia de expectativa (“wait and see”). Cf. McCANN FITZGERALD, *Regulating Cryptos — Watching and Waiting*, “Knowledge”, Dublin, 2018; MATSUURA, JEFFREY, *Digital Currency: An International Legal and Regulatory Compliance Guide*, 7, Bentham Science Pub., New York, 2016.

quer sobretudo estrangeiras — dando origem a uma espécie de *mosaico regulatório* assaz incipiente, fragmentário e inarticulado de “fontes” na matéria⁽²⁸⁾.

1. Fontes Internacionais

I. No plano internacional e comparado, são ainda muitíssimo heterogêneas e fragmentárias as reações da Ordem Jurídica na matéria: vistas no seu conjunto, pode dizer-se que as posições de legisladores, tribunais e doutrinas na matéria oscilam entre o total desconhecimento e indiferença até ao entusiasmo ou mesmo reconhecimento embrionário no plano do direito positivo.

II. A única iniciativa legislativa digna desse nome pertence, até ao momento, a Malta, que consagrou três leis especificamente dedicadas ao fenómeno das moedas virtuais e da conexas tecnologia “blockchain” (“Virtual Financial Assets Act”, “Digital Innovation Authority Act” e “Innovative Technology Arrangement Act”): nos termos da primeira das referidas leis, um ativo financeiro virtual (“virtual financial asset”) define-se como “qualquer meio de armazenamento digital de informação que é utilizado como instrumento de troca, unidade de conta e reserva de valor, não sendo moeda eletrónica, um instrumento financeiro ou um «token» virtual”⁽²⁹⁾.

III. Num plano comparatístico, malgrado não dando origem a leis próprias, o fenómeno não tem passado despercebido às autoridades monetárias e financeiras de diversos ordenamentos jurídicos de referência — bem pelo contrário. Apenas alguns exemplos. Nos *Estados Unidos da*

⁽²⁸⁾ Sobre o estado da arte da regulação nacional e internacional das criptomoedas (aliás, em permanente desatualização), vide AAVV, *Regulation of Cryptocurrency Around the World*, The Law Library of the Congress, 2018; GIRASA, ROSARIO, *Regulation of Cryptocurrencies and Blockchain Technologies: National and International Perspectives*, Palgrave Mcmillan/Springer Nature, Cham, 2018; SACKHEIM, MICHAEL/HOWELL, NATHAN (eds.), *The Virtual Currency Regulation Review*, Law Business Research Ltd, London, 2019; MATSUURA, JEFFREY, *Digital Currency: An International Legal and Regulatory Compliance Guide*, Bentham Science Pub., New York, 2016.

⁽²⁹⁾ “«Virtual financial asset» or «VFA» means any form of digital medium recordation that is used as a digital medium of exchange, unit of account, or store of value and that is not (a) electronic money; (b) a financial instrument; or (c) a virtual token” (art. 2.º, n.º 2 do “Virtual Financial Assets Act” de 2018). Cf. GAUCI, IAN/GRECH, C. ABELA/CASSAR, TERENCE, *Malta*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 201-209, Law Business Research Ltd, London, 2019.

América, a autoridade federal dos crimes financeiros (“Financial Crimes Enforcement Network” ou FinCen) considerou que as criptomoedas são um valor equivalente a moeda (“value”); a autoridade tributária (“Internal Revenue Service” ou IRS) considerou que elas devem ser qualificadas como “propriedade” (“property”), e não como moeda estrangeira, para efeitos fiscais; e a autoridade de supervisão do mercado de capitais (“Securities Exchange Commission” ou SEC) já chegou a sustentar que as criptomoedas devem ser consideradas como “valores mobiliários” (“securities”) sempre que tenham por função essencial o investimento e a captação de fundos⁽³⁰⁾. Na *Alemanha*, a lei bancária veio reconhecer expressamente as criptomoedas (“Kryptowerte”) enquanto instrumento financeiro [§ 1, Abs. 11 (10) da “Gesetz über das Kreditwesen”], definindo-a como uma representação digital de valor que, não sendo objeto de uma emissão oficial e não possuindo o estatuto jurídico de moeda, é aceite como instrumento de troca e de investimento e pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica⁽³¹⁾, além de qualificar a atividade de negociação em criptomoedas como uma nova atividade financeira sujeita a autorização e registo obrigatórios da autoridades de supervisão⁽³²⁾. No *Japão*, o regime jurídico dos sistemas de pagamentos consagrou a noção

⁽³⁰⁾ HUGHES, SARAH/MIDDLEBROOK, STEPHEN, *Regulating Cryptocurrencies in the United States: Current Issues and Future Directions*, in: 40 “William Mitchel Law Review” (2014), 813-848; SIDLEY AUSTIN, *United States*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 334-385, Law Business Research Ltd, London, 2019; TRAUTMAN, LAWRENCE, *Bitcoin, Virtual Currencies, and the Struggle of Law and Regulation to Keep Pace*, in: 102 “Marquette Law Review” (2018), 447-537. Recorde-se ainda as regras do Estado de Nova Iorque sobre o licenciamento dos operadores de moedas virtuais (“BitLicense”), que contém a seguinte definição: “Virtual currency means any type of digital unit that is used as a medium of exchange or a form of digitally stored value”.

⁽³¹⁾ “Kryptowerte im Sinne dieses Gesetzes sind digitale Darstellungen eines Wertes, der von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlichen Übung als Tausch — oder Zahlungsmittel akzeptiert wird oder Anlagezwecken dient und der auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann“. Sobre tal noção, introduzida na reforma de 2020, *vide* MAUME, PHILIPP/MAUTE, LENA, *Rechtshandbuch Kryptowerte — Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings*, Beck/Vahlen, München, 2020.

⁽³²⁾ BERBERICH, MATTHIAS/WOLFEARTH, TOBIAS, *Germany*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 124-144, Law Business Research Ltd, London, 2019; RENNIG, CHRISTOPHER, *KWG goes Krypto*, in: 20 “Zeitschrift für Bank — und Kapitalmarktrecht” (2020), 23-29. Já anteriormente a autoridade de supervisão do mercado de capitais (“Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht”, vulgarmente designada BaFin) havia qualificado as criptomoedas como “unidades de conta”, equiparáveis a moeda e subsumível ao conceito jusbancário de instrumento financeiro. Sobre o sentido e alcance desta decisão, AUFFENBERG, LUTZ, *Bitcoins als Rechnungseinheiten — Eine kritische Auseinandersetzung mit der aktuellen Verwaltungspraxis der BaFin*, in: 17 “Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” (2015), 1184-1187.

de moeda virtual (“仮想通貨”), definindo-a como um bem que pode ser utilizado como meio de pagamento na aquisição de produtos ou de serviços por quaisquer pessoas, que pode ser comprado ou vendido por quaisquer pessoas, e que é transferível através de um sistema eletrônico de processamento de dados, além de regular o licenciamento das respectivas plataformas de negociação e a prestação de informação aos investidores nessas moedas⁽³³⁾. E na *Suíça*, o legislador aprovou muito recentemente aquela que é provavelmente a primeira lei geral em matéria da “tecnologia blockchain” a nível mundial, bem como as consequentes adaptações do direito helvético das obrigações, da banca e do mercado financeiro à mesma (“Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register”), assente no conceito central de “ativo patrimonial criptográfico” (“kryptobasierte Vermögenswerte”)⁽³⁴⁾.

IV. Finalmente, no plano da cooperação internacional, merecem ainda referência os trabalhos empreendidos pelo *Grupo de Ação Financeira Internacional* (“Financial Action Task Force”), onde se destacam os estudos sobre “Virtual Currencies” (2015) e “Virtual Assets” (2019), tendo primacialmente em vista a emissão de recomendações relativas ao impacto das criptomoedas nos sistemas financeiros e de pagamento, especialmente da perspectiva da sua utilização no âmbito do fenómeno do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo⁽³⁵⁾.

2. Fontes Europeias

I. Ao nível da União Europeia, a referência mais substancial ao fenómeno das moedas virtuais surgiu com a *Diretiva UE/2015/849, de 20*

⁽³³⁾ “The term virtual currency means a property value that can be used as payment for the purchase or rental of goods or provision of services by unspecified persons, that can be purchased from or sold to unspecified persons, and that is transferable via an electronic data processing system” (Art. 1 (5) (i) da “Lei dos Serviços de Pagamento”, tradução inglesa). Cf. KWAI, KEN/NAGASI, TAKESHI, *Japan*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 170-179, Law Business Research Ltd, London, 2019; UMEDA, SAYURI, *Regulation of Cryptocurrency: Japan*, Library of Congress, 2018.

⁽³⁴⁾ ZELLWEGER-GUTKNECHT, CORINNE/SEILER, BENEDIKT, *Country Report Switzerland*, in: Maume, Philipp/Maute, Lena (eds.), “The Law of Crypto Assets”, Verlag C. H. Beck, München, 2021, no prelo.

⁽³⁵⁾ FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Virtual Currencies — Guidance for a Risk-Based Approach* (FATF/OECE, Paris, 2015) e *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers* (FATF/OECE, Paris, 2019).

de maio (na versão dada pela Diretiva UE/2018/843, de 30 de maio), relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo: nos termos do seu art. 3.º, 18), considera-se «*moeda virtual*» “uma representação digital de valor que não seja emitida ou garantida por um banco central ou uma autoridade pública, que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possua o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e que possa ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica”. Aspeto importante deste normativo comunitário é ainda a exigência de *autorização e registo* dos prestadores de serviços de câmbio de moedas virtuais e dos prestadores de serviços de custódia de carteiras digitais: nos termos do art. 47.º, n.º 1, “os Estados-membros asseguram que os prestadores de serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias (“currency exchange services”) estão registados (...) e os prestadores de serviços de custódia de carteiras digitais (“wallets custodians”) estão sujeitos a licenciamento ou inscrição num registo”⁽³⁶⁾.

II. Igualmente relevante é a *Diretiva UE/2019/713, de 17 de abril*, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não numerário: assim nos termos do seu art. 2.º, *d*), por «*moeda virtual*» entende-se “uma representação digital de valor que não é emitida nem garantida por um banco central ou uma autoridade pública, não está necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e não possui o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca e pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica”. Merece ainda saliência os conceitos de «*instrumento de pagamento que não em numerário*» — definido como “um dispositivo, objeto ou registo protegido não corpóreo ou corpó-

⁽³⁶⁾ Por «moedas fiduciárias» entende-se aqui as “moedas e notas de banco designadas como tendo curso legal e moeda eletrónica” (Considerando 8); e por «prestador de serviços de custódia de carteiras» “uma entidade que presta serviços de salvaguarda de chaves criptográficas privadas em nome dos seus clientes, com vista a deter, armazenar e transferir moedas virtuais” [art. 3.º, 19)]. Sublinhe-se ainda que, nos termos do 65.º, n.º 1 da Diretiva, a Comissão deverá apresentar um relatório de avaliação até janeiro de 2020, “acompanhado, se for necessário, de propostas legislativas adequadas, incluindo, se necessário, no que diz respeito às moedas virtuais, habilitações para a criação e manutenção de uma base de dados central de registo das identidades dos utilizadores e dos endereços de carteiras digitais acessíveis às UIF, bem como formulários de autodeclaração para a utilização pelos utilizadores de moeda virtual”. Cf. GUIDADO, Travis, *The 5.ª Anti-Money Laundering Directive and Virtual Currency in the European Union*, University of Chicago Law School, 2019; GRZYWOTZ, JOHANNA, *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

reo, ou uma combinação destes elementos, diferente da moeda em curso legal, e que, por si só ou em conjugação com um procedimento ou um conjunto de procedimentos, permite ao titular ou utilizador transferir dinheiro ou valor monetário, inclusive através de meios de troca digitais” [art. 2.º, a)] — e de «*meio de troca digital*» — definido como “qualquer tipo de moeda eletrónica na aceção do art. 2.º, ponto 2 da Diretiva 2009/110/CE, ou moeda virtual” [art. 2.º, c)].

III. Mesmo antes ou independentemente destas recentes conceituações legislativas, o fenómeno das moedas virtuais já tinha merecido a atenção de diversas autoridades europeias. Assim, o *Banco Central Europeu* tem dedicado uma atenção particular ao fenómeno através de sucessivos estudos, entre os quais se destacam “Virtual Currency Schemes” (2012) — onde qualifica a “Bitcoin” como moeda virtual e salienta os riscos associados à inexistência de regulação e supervisão das moedas virtuais e respetivos emitentes⁽³⁷⁾ —, “Virtual Currency Schemes — A Further Analysis” (2015) — onde retomou e aprofundou a temática⁽³⁸⁾ — e “Crypto-Assets” (2019) — onde analisa as evoluções recentes do mercado dos ativos virtuais, em especial as suas implicações no plano da política monetária, estabilidade financeira e sistemas de pagamento”⁽³⁹⁾. A *Autoridade Bancária Europeia* publicou um documento intitulado “EBA Opinion on «Virtual Currencies»” (2013) — no qual inventaria as vantagens e os riscos das moedas virtuais, propõe linhas mestras de uma futura estratégia regulatória e desincentiva a transação e o investimento nestas moedas na ausência de um quadro legal próprio —, tendo recentemente publicado um novo documento intitulado “Report with Advice for the European Commission on Cryptoassets” (2019) — relativo à aplicabilidade do atual direito europeu em matéria bancária e monetária às criptomoedas, bem como a regulação e supervisão de atividades criptomonetárias por instituições de crédito e de pagamento tradicionais⁽⁴⁰⁾. A *Autoridade Europeia do Mercado de Capitais* publicou um documento intitulado “Call for Evidence — Invest-

(37) EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, ECB, Frankfurt, 2012.

(38) EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes — A Further Analysis*, ECB, Frankfurt, 2015.

(39) EUROPEAN CENTRAL BANK, *Crypto-Assets — Implications for Monetary Policy, Financial Stability, and Payments and Market Infrastructures*, Occasional Paper Series n.º 223, Frankfurt, 2019.

(40) EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *EBA Opinion on «Virtual Currencies»* (in: <<https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>>) e *Report with Advice for the European Commission on Cryptoassets* (in: <<https://eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets?src=ilaw>>).

ment Using Virtual Currency or Distributed Ledger Technology” (2015) — no qual analisa o mercado das moedas virtuais, os potenciais benefícios e riscos para os investidores e os mercados financeiros, incentivando os agentes económicos a partilharem informação sobre produtos de investimento e valores mobiliários baseados em moedas virtuais —, tendo recentemente elaborado um parecer intitulado “Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets” (2019) — onde analisa a possibilidade de aplicação ao fenómeno dos criptoativos do quadro regulamentar existente em matéria de serviços financeiros⁽⁴¹⁾. O *Parlamento Europeu* divulgou um “Relatório sobre Moedas Virtuais” (2016) — onde salienta as oportunidades e riscos das moedas virtuais e da tecnologia “blockchain” para o desenvolvimento económico, bem como a necessidade de uma regulação inteligente para favorecer a inovação e salvaguardar a integridade neste domínio — e voltou mais tarde ao tema através de um documento intitulado “Virtual Currencies and Central Banks Monetary Policy: Challenges Ahead” (2018) — onde qualificou as moedas virtuais como uma forma contemporânea de dinheiro privado, considerando todavia improvável que aquelas disputem a posição dominante dos bancos centrais e das moedas nacionais⁽⁴²⁾. A *Comissão Europeia* tem promovido sucessivos estudos na matéria — incluindo os relatórios “The Digital Agenda of Virtual Currencies — Can Bitcoin Become a Global Currency?” (2015) e “Overview and Analysis of the Concept and Applications of Virtual Currencies” (2015)⁽⁴³⁾ —, bem como outras iniciativas na matéria — entre as quais se destaca a criação do “European Digital Currency & Blockchain Technology Forum” (EDCAB) e do “European Union Blockchain Observatory and Forum” (EUBOF) e o lançamento do “FinTech Action Plan” (2018)⁽⁴⁴⁾. Enfim, o

(41) EUROPEAN SECURITIES MARKET AUTHORITY, *Call for Evidence — Investment Using Virtual Currency or Distributed Ledger Technology* (ESMA/2015/532) e *Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets* (ESMA50-157-1391). Tenham-se ainda em conta o “ESMA, EBA and EIOPA Warn Consumers on the Risks of Virtual Currencies” (ESMA50-164-1284), e o “ESMA Alerts Investors to the High Risks of Initial Coin Offerings (ICOs)” (ESMA50-157-829).

(42) PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório Sobre Moedas Virtuais* (2016/2007(INI)) (in: <http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0228_PT.html>) e *Virtual Currencies and Central Banks Monetary Policy: Challenges Ahead* (in: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf>).

(43) EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Agenda of Virtual Currencies — Can Bitcoin Become a Global Currency?* (JRC Technical Report 2015) (in: <<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/digital-agenda-virtual-currencies-can-bitcoin-become-global-currency>>) e *Overview and Analysis of the Concept and Applications of Virtual Currencies* (JRC Technical Report 2016) (in: <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC105207/lbna28386enn.pdf>>).

(44) O EDCAB é um fórum que tem por objetivo contribuir para o desenho de estratégias regulatórias sobre tecnologia “blockchain” e moedas digitais no plano europeu (<<http://edcab.eu/>>).

fenômeno não passou despercebido ao próprio *Tribunal de Justiça da União Europeia*, o qual, chamado a pronunciar-se sobre a fiscalidade das operações de câmbio em moedas virtuais (troca de divisas tradicionais por “bitcoins” e vice-versa), decidiu que tais operações não estavam sujeitas a IVA considerando que se estava perante a troca de diferentes meios de pagamento⁽⁴⁵⁾.

IV. Finalmente, pela sua abrangência e novidade, merece especial o pacote sobre financiamento digital (“*Digital Finance Package*”) lançado pela Comissão Europeia em finais de 2020, que apresenta uma nova estratégia global em sede do financiamento digital e dos pagamentos de retalho, incluindo propostas legislativas sobre criptoativos e resiliência digital⁽⁴⁶⁾. Neste contexto, releva a proposta de um “*Regulamento Relativo aos Mercados de Criptoativos*”⁽⁴⁷⁾: entre os principais objetivos subjacentes a esta proposta, estão a promoção da inovação tecnológica, a preservação da estabilidade financeira e a proteção dos investidores dos riscos; a promoção da clareza e segurança jurídicas relativamente aos emitentes e aos prestadores de serviços de criptoativos, permitindo aos operadores autorizados num Estado-membro prestar os seus serviços em toda a UE (“regime de passaporte”) e prevendo salvaguardas especiais em sede de capital, custódia de ativos, direitos do investidor contra o emitente (sujeitando aos emitentes de ativos significativos respaldados por criptoativos, “maxime” criptomoedas estáveis à escala mundial, a requisitos mais rigorosos); e a instituição de um regime-piloto para infraestruturas de mercado que pretendam experimentar negociar e liquidar transações de instrumentos financeiros sob a forma de criptoativos⁽⁴⁸⁾.

O EUBOF é um fórum que tem por missão incentivar a utilização da tecnologia “blockchain” (<<https://www.eublockchainforum.eu/>>). O “FinTech Action Plan” contém a estratégia da Comissão para a inovação nos serviços financeiros baseada na tecnologia, constando do documento “Plano de Ação para a Tecnologia Financeira: Rumo a um Setor Financeiro Europeu mais Competitivo e Inovador” [COM(2018) 109 final].

⁽⁴⁵⁾ Acórdão do TJUE de 22-X-2015 (*Skatteverket v. David Hedqvist*), in: ECLI:EU:C:2015:718.

⁽⁴⁶⁾ FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION, Communication on Digital Finance Package (24 September 2020), in: <https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en>.

⁽⁴⁷⁾ Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 [COM(2020) 593 final].

⁽⁴⁸⁾ Sobre esta proposta recente, vide ZETZSCHE, DIRK/ANNUNZIATA, FILIPPO/ARNER, DOUGLAS/BUCKLEY, ROSS, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, European Banking Institute (Working Paper 77), Frankfurt, 2020.

3. Fontes Nacionais

I. Tal como na generalidade dos demais países, são ainda esparsas e fragmentárias as referências ao fenómeno das moedas virtuais no ordenamento jurídico português — aliás, de teor genericamente precaucionista⁽⁴⁹⁾.

II. Deve-se à Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto⁽⁵⁰⁾, vulgarmente designada como *Lei do Branqueamento de Capitais e Financiamento de Terrorismo* (LBCFT), aquela que é porventura a primeira referência legal expressa à figura entre nós: nos termos do seu art. 2.º, II), o legislador nacional definiu “ativo virtual” como “uma representação digital de valor que não esteja necessariamente ligada a uma moeda legalmente estabelecida e que não possua o estatuto jurídico de moeda fiduciária, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca ou de investimento e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica”. As principais diferenças entre as noções nacional e europeia de moeda virtual dizem assim respeito à designação da própria figura (falando o legislador português de “ativo”, e não “moeda”), ao emitente ou referencial monetário (falando-se agora na ausência de ligação “a uma moeda legalmente estabelecida”, e já não de emissão e garantia “por um banco central ou uma autoridade pública”), ao seu estatuto jurídico (falando-se de estatuto de “moeda fiduciária”, e não de estatuto de “moeda ou dinheiro”), e à sua função (falando-se agora também de um “meio de investimento”, e não apenas de “meio de troca”).

III. O *Banco de Portugal*, na sequência de diversos esclarecimentos e alertas⁽⁵¹⁾, emitiu a Carta Circular do BdP n.º 011/2015/DPG, de 10 de março, que recomenda às instituições de crédito, às instituições de pagamento e às instituições de moeda eletrónica que se abstenham de comprar, deter ou vender moedas virtuais, além de reiterar o alerta para os riscos

(49) FRIAS, HÉLDER/DIAS, L. ALVES, *Portugal*, in: Sackheim, Michael/Howell, Nathan (eds.), “The Virtual Currency Law Review”, 232-241, Law Business Research Ltd, London, 2019. Particularmente importantes são, nesta fase embrionária, as iniciativas de autorregulação: sobre o tema, SANTOS, J. VIEIRA, *Soft Law e Boa Governança no Mercado das Criptoformas*, in: 16 “Revista Electrónica de Direito” (2018), 187-201.

(50) Na versão revista resultante da Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto.

(51) “Eslarecimento do Banco de Portugal sobre Bitcoin” (2013) (in: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/esclarecimento-do-banco-de-portugal-sobre-bitcoin>>) e “Alerta aos Consumidores para os Riscos de Utilização de Moedas Virtuais” (in: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/alerta-aos-consumidores-para-os-riscos-de-utilizacao-de-moedas-virtuais>>).

associados a tais moedas para os consumidores, utilizadores e participantes do mercado. Aspeto importante é o de que, na sequência da Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, o Banco de Portugal passou a supervisionar as entidades prestadoras de serviços sobre moedas virtuais, sendo a autoridade competente para efeitos do registo e verificação do cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo por parte das entidades que prestem serviços de guarda, transferência e de troca de ativos virtuais [arts. 112.º, 112.º-A e 169.º-A, *ccc*) da LBCFT]⁽⁵²⁾. Finalmente, em data recente, a autoridade de supervisão bancária portuguesa reiterou os alertas aos consumidores sobre os riscos associados aos ativos virtuais, em especial as criptomoedas, entre os quais a ausência de curso legal e de garantia pública, a deficiente informação, a volatilidade, o uso indevido em atividades criminosas, e a falta de mecanismos de resolução de conflitos⁽⁵³⁾.

IV. *A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários*, na sequência de vários alertas⁽⁵⁴⁾, veio emitir um “Comunicado às Entidades Envolvidas no Lançamento de «Initial Coin Offerings» (ICOs) Relativo à Qualificação Jurídica dos Tokens”, de 23 de julho de 2018, onde considera que um “*token*” será um valor mobiliário caso seja um documento representativo de situações jurídicas de natureza privada e patrimonial (i.e., direitos e deveres) e seja comparável com valores mobiliários típicos (mormente, quando o emitente se vincule a condutas das quais resulte uma expectativa de retorno para o investidor, v.g., direito a lucros ou juros)⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Sobre esta competência, *vide infra* § 5-3 (V).

⁽⁵³⁾ “Banco de Portugal reitera alertas aos consumidores sobre riscos associados aos ativos virtuais” (24 de fevereiro de 2021) (*in*: <<https://www.bportugal.pt/comunicado/banco-de-portugal-reitera-alertas-aos-consumidores-sobre-riscos-associados-aos-ativos>>). Sobre estes riscos, *vide* também BANCO DE PORTUGAL, *Occasional Paper on Crypto-Assets*, 12, ss., Occasional Papers 2020, n.º 4, Lisboa, 2020.

⁽⁵⁴⁾ “Alerta aos Investidores sobre Initial Coin Offerings (ICOs)” (2017) (*in*: <<https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20171103a.aspx>>) e “Comunicado da CMVM relativo à Criptomoeda Bitcoin” (2018) (*in*: <<http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180517a.aspx>>).

⁽⁵⁵⁾ *In*: <<https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx>>. Sobre a questão da natureza jusmobiliária dos “token”, *vide* ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Instrumentos Financeiros*, 182, ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020; ROLO, A. GARCIA, *As Criptomoedas como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, *in*: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019.

V. O *Conselho Nacional dos Supervisores Financeiros* emitiu um “Alerta aos Consumidores sobre Moedas Virtuais” (2018), que aponta às moedas virtuais os riscos de volatilidade, ausência de proteção, falta de transparência e de informação, perigo de fraude e inadequação aos fins dos consumidores⁽⁵⁶⁾.

VI. Finalmente, a *Autoridade Tributária* tem emitido informações vinculativas sobre a tributação das moedas virtuais, considerando que a venda de criptomoeda não é tributável em IRS face ao ordenamento fiscal português (a não ser que pela sua habitualidade constitua uma atividade profissional ou empresarial do contribuinte, caso em que será tributada na categoria B)⁽⁵⁷⁾ e ainda que o câmbio de criptomoedas por moedas convencionais, efetuadas a título oneroso, se encontra isento de IVA por se tratar de meios de pagamento⁽⁵⁸⁾.

§3 Caraterísticas

I. Não é tarefa fácil definir o que sejam criptomoedas: tendo em conta que as moedas virtuais são um fenómeno monetário recentíssimo, com pouco mais de uma década, que se encontra aliás em plena fase de desenvolvimento e que está ainda longe de ter estabilizado, todas as noções que se possam adiantar estão inevitavelmente condenadas à provisoriedade.

II. As únicas noções existentes na matéria, relevantes para o ordenamento jurídico português, são as consagradas pelo legislador europeu (art. 3.º, 18) da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio), art. 2.º, *d*) da Diretiva UE/2019/713, de 17 de abril) e português (art. 2.º, *II*) da LBCFT), atrás referidas: nos termos do último destes preceitos, entende-se por ativo virtual “uma representação digital de valor que não esteja necessariamente

⁽⁵⁶⁾ *In*: <<https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/CNSF/ConselhoNacionalDeSupervisoresFinancieiros/Pages/20180705.aspx?v=>>>.

⁽⁵⁷⁾ “Informação Vinculativa da Autoridade Tributária” — Proc. n.º 5717/2015, despacho de 27 de dezembro de 2016 (*in*: <http://www.taxfile.pt/file_bank/news0318_22_1.pdf>).

⁽⁵⁸⁾ “Informação Vinculativa da Autoridade Tributária” — Processo n.º 14763, por despacho de 28 de janeiro de 2019 (*in*: <http://www.taxfile.pt/file_bank/news0719_27_1.pdf>). Cf. ainda *infra* § 5-4 (IV).

ligada a uma moeda legalmente estabelecida e que não possua o estatuto jurídico de moeda fiduciária, mas que é aceite por pessoas singulares ou coletivas como meio de troca ou de investimento e que pode ser transferida, armazenada e comercializada por via eletrónica”⁽⁵⁹⁾.

III. Tomando por base esta definição legal, e à guisa de uma noção meramente preliminar, definimos inicialmente as moedas virtuais como as moedas em suporte digital cuja emissão, titularidade e transmissão assenta numa tecnologia de registo criptográfico e descentralizada de dados digitais (“blockchain”), que são aceites no âmbito de uma determinada comunidade virtual e são suscetíveis de desempenhar uma pluralidade de funções monetárias e financeiras⁽⁶⁰⁾. Partindo desta noção propedêutica, podemos dizer que são seis as características distintivas ou identitárias das moedas virtuais: tipo monetário emergente, suporte digital, tecnologia “blockchain”, autonomia, curso convencional, e polivalência funcional.

1. Tipo Monetário Emergente

I. As criptomoedas constituem um *tipo monetário emergente*: estamos perante um novo tipo ou espécie de moeda — uma espécie monetária de 4.^a geração (após as anteriores gerações da moeda física, bancária e eletrónica) — que ainda se encontra em pleno curso de gestação. Com efeito, apesar do seu curto período de existência, as moedas virtuais vêm-se mostrando idóneas ou suscetíveis de desempenhar a generalidade das tradicionais funções monetárias, embora com diferentes graus de intensidade⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *supra* § 2-3.

⁽⁶⁰⁾ Cf. *supra* § 2-1.

⁽⁶¹⁾ Nas palavras de PAULO DUARTE, “as criptomoedas, em particular o bitcoin, são dinheiro tal qual o são as chamadas moedas tradicionais ou “oficiais”. Tanto umas como outras participam, a meu ver, da essência do «ser dinheiro» (*moneyness*)” [*As Criptomoedas são Dinheiro?*], 4, in: “Boletim da Ordem dos Advogados” (2018), 1-5]. No mesmo sentido, entre nós, vide BROCHADO, ANA, *Snapshot da Indústria das Criptomoedas*, 84, in: 59 “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários” (2018), 83-108; DUARTE, PAULO, *Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, 378, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381; MARTINS, PEDRO, *Introdução à Blockchain*, 55, FCA Editora, Lisboa, 2018. Noutras latitudes, entre muitos, AMMANN, THORSTEN, *Bitcoin als Zahlungsmittel im Internet*, in: 34 “Computer und Recht” (2018), 379-386; BRITO, JERRY/CASTILLO, ANDREA, *Bitcoin: A Primer for Policymakers*, 18, Mercatus Center, Arlington, 2013; BOCCHINI, ROBERTO, *Lo Sviluppo della Moneta Virtuale: Primi Tentativi di Inquadramento e Disciplina tra Prospettive Economiche e Giuridiche*, in: 33 “Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica” (2017), 27-54; FINKELSTEIN, M. EUGÊNIA, *Da Moeda Física à Cryptocoin*, in: 16 “Revista de Direito Empresarial”

II. As criptomoedas desempenham hoje crescentemente funções de *meio de pagamento*: elas são utilizadas como meio de cumprimento de obrigações pecuniárias no âmbito da maior parte das transações económicas, sendo hoje inúmeros as empresas (v.g., Amazon, Microsoft, Bloomberg) ou produtos e serviços (v.g., comércio retalhista, viagens, alimentação, hotéis, livros) transacionáveis em criptomoedas, dispendo de plataformas de câmbio (v.g., Coinbase, Kraken, Gemini), de terminais próprios (“maxime”, ATM Bitcoin) e de cartões de prépagamento (v.g., “Bitbills”). É expectável, aliás, que esta sua crescente aceitação como meio de pagamento, que atingiu já uns impressionantes 780 biliões de euros de massa monetária em circulação, continue a aumentar de forma exponencial, devido à sua ligação preferencial ao comércio eletrónico (onde se releva particularmente adequada a transações de bens e serviços virtuais) e às redes sociais (v.g., Facebook, Twitter). Não admira assim que se antevejam as moedas virtuais como um dos meios universais de pagamento de futuro⁽⁶²⁾.

III. De igual modo, as criptomoedas desempenham indubitavelmente funções de *unidade de conta*, dado que se encontram denominadas em unidades monetárias próprias (v.g., “bitcoin”, “ether”, “ripple”, etc.). À semelhança das moedas convencionais, as criptomoedas constituem “unidades de conta” expressas em múltiplos ou frações de 1 (v.g., tal como um euro se divide em cem frações designadas cêntimos, um “bitcoin” divide-se em cem milhões de frações designadas “satoshi”), servindo uma função de denominação (identificando o sistema monetário virtual respetivo: v.g. “Bitcoin”, “Ethereum”), de mensuração (oferecendo um padrão de medida do valor dos bens e de quantificação de obrigações pecuniárias) e de conversão noutras moedas virtuais ou tradicionais (comportando-se de modo similar a uma divisa, de acordo com a taxa de câmbio em vigor)⁽⁶³⁾. Todavia, diferentemente das moedas convencionais, trata-se de uma unidade de conta autónoma ou própria, computacionalmente estabelecida (“ex machina”) e não legalmente estabelecida (“ex lege”): essa autonomia se, por um lado, significa que ela não goza do apanágio legal das moedas fiduciárias [cf. também o art. 2.º, II) da LBCFT, ao refe-

(2019), 161-190; RUPPELT, M. NOGUEIRA/MISSAGGIA, A. BRUM, *Bitcoin: Uma Proposta de Moeda Digital*, in: 15 “Revista Tecnologia e Sociedade” (2019), 274-302; VARDI, NOAH, *Criptovalute e Dintorni: Alcune Considerazioni sulla Natura Giuridica dei Bitcoin*, 446, in: 30 “Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica” (2015), 443-456.

⁽⁶²⁾ PIETRZAK, PAULINA, *Kryptowährungen. Das Zahlungsmittel der Zukunft?*, Diplom.de, Hamburg, 2019.

⁽⁶³⁾ Relembre-se que a autoridade alemã de supervisão do mercado de capitais (“BaFin”) já qualificou justamente as bitcoins como “unidades de conta” (cf. *supra* § 2-2).

rir a ausência de ligação a uma moeda legalmente estabelecida], por outro, significa também que ela não é uma moeda parasitária dos respetivos emittentes, não se encontrando assim exposta às vicissitudes próprias dos Estados no caso da moeda física (v.g., crises públicas, bancarrota, hiperinflação), nem das instituições de crédito e de pagamento no caso das moedas bancária e eletrónica (v.g., falência, fraudes, riscos sistémicos).

IV. Enfim, as criptomoedas são também suscetíveis de desempenhar, num plano abstrato, funções de *reserva de valor*, constituindo para os seus titulares um reservatório de poder aquisitivo futuro de bens e serviços. É verdade observar que as criptomoedas são caracterizadas pela sua elevada volatilidade e reduzida liquidez, conferindo assim uma maior instabilidade ao seu valor: testemunho disso mesmo é o carrossel da cotação do “bitcoin”, cuja taxa de câmbio oscilou entre um câmbio inicial de USD 0,05 (em 17 de julho de 2010) e um máximo de USD 41 941 dólares (em 8 de janeiro de 2021), fixando-se à data em que escrevemos em USD 34 248⁽⁶⁴⁾. Esta volatilidade cambial, todavia, prejudica, mas não elimina a aptidão abstrata desta função monetária das criptomoedas. Para além de a volatilidade não ser um apanágio das moedas virtuais (pense-se, por exemplo, no “bolivar” venezuelano, cuja queda vertiginosa de mais de 1000% atingiu a paridade de 1 EUR = 199 764 VES)⁽⁶⁵⁾, tal volatilidade não impede que a mesma possa continuar a ser uma modalidade de entesouramento da poupança e um reservatório de poder aquisitivo futuro para os respetivos titulares, quer em virtude da sua natureza deflacionária, quer do desenvolvimento recente de criptomoedas estáveis⁽⁶⁶⁾: como refere ironicamente SARA GREEN, “existem muitos milionários «bitcoin», logo trata-se de um meio de armazenamento de valor”⁽⁶⁷⁾.

(64) BAUR, DIRK/HONG, KIHON/LEE, ADRIAN, *Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets?*, in: 54 “Journal of International Financial Markets” (2018), 177-189. Sobre a volatilidade e convertibilidade criptomonetárias, *vide infra* § 5-2 (V).

(65) A história monetária está repleta de exemplos, ciclos ou até crises de volatilidade de inúmeras moedas convencionais: pense-se, por exemplo, no caso do marco alemão (que em 1923 perdeu 1 000 000 000 % do seu valor) ou no dólar zimbabuano (que em 2008 chegou a emitido pelo valor de 1 000 000 000 000 antigos dólares). Cf. ainda HE, LIPING, *Hyperinflation: A World History*, Routledge, New York, 2018.

(66) Sobre esta figura, *vide infra* § 4-4.

(67) *It's Virtually Money*, 22, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 13-31, Oxford University Press, Oxford, 2019. No mesmo sentido, BRITO, JERRY/CASTILLO, ANDREA, *Bitcoin: A Primer for Policymakers*, 18, Mercatus Center, Arlington, 2013; DUARTE, PAULO, *Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, 376, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381.

V. Sublinhe-se que, contra esta natureza ou estatuto jurídico-monetário das moedas virtuais ou criptomoedas não depõe, em nosso entender, a terminologia variável empregue pelos legisladores (que a designam por vezes como “ativo” ou “valor” virtual), a natureza privada da sua emissão (que também está presente nalgumas outras espécies monetárias, como a moeda bancária e a moeda eletrónica), a natureza desmaterializada do seu suporte (que também caracteriza as moedas bancária e eletrónica, assentes respetivamente em registos escriturais e armazenamento eletrónico), a natureza descentralizada da sua criação e transmissão (dado que, no rigor dos princípios, nada impõe que a moeda deva necessariamente ser criada e circular através de intermediários), nem tão pouco a ausência de curso legal (que também inexistente na moeda eletrónica).

VI. Todavia, o que vai dito não significa dizer que as moedas virtuais constituam, “hic et nunc”, moeda em sentido jurídico, mesmo quando tomada esta num sentido amplo. Por um lado, não se pode ainda afirmar que tais moedas cumprem atualmente todas as funções monetárias na sua plenitude: com efeito, o menor volume de criptotransações (comparativamente ao das moedas convencionais) ainda não permite ver nelas um meio de pagamento aceite de forma generalizada ou universal na vida económica e social, além de que a sua significativa volatilidade (comparativamente à daquelas moedas e até de outros ativos, v.g., ouro) e a sua frequente inconvertibilidade (atento que a maioria das criptomoedas em circulação não são diretamente convertíveis nas outras espécies monetárias) ainda a impedem de funcionar plenamente como reserva de valor. Por outro lado, também não se pode afirmar que as funções monetárias das criptomoedas (em especial, a de meio de pagamento) tenham já sido reconhecidas pela Ordem Jurídica: a quase ausência de disposições legais reguladoras desta nova geração monetária constitui disso demonstração bastante, existindo até normas do direito vigente que se afiguram opor a tal qualificação [v.g., a noção de “fundos” para efeitos dos serviços de pagamento, que contempla apenas as moedas física, bancária e eletrónica: cf. art. 2.º, w) do RJSPME]. Trata-se, pois, e em suma, de uma *espécie monetária emergente* ou em fase de embrião na atualidade: compreende-se por isso a afirmação dos legisladores de que a moeda virtual não possui (ainda) “o estatuto de moeda fiduciária” [art. 2.º, II) da LBCFT] ou “o estatuto jurídico de moeda ou dinheiro” [art. 3.º, 18) da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio, art. 2.º, d) da Diretiva UE/2019/713, de 17 de abril].

2. Suporte Digital

I. As moedas virtuais caracterizam-se por serem moedas com *suporte digital*: nas palavras do legislador europeu, trata-se de uma “representação digital” de valor monetário [art. 2.º, *II*] da LBCFT, art. 3.º, 18) da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio, art. 2.º, *d*) da Diretiva UE/2019/713, de 17 de abril]. Tal significa que as criptomoedas são bens digitais, consubstanciados em pedaços ou seqüências de informação digital (“strings of data”), que assentam em tecnologias eletrónicas de armazenamento, processamento e transmissão de sinais digitais binários (zeros e uns)⁽⁶⁸⁾.

II. Esta natureza digital das moedas virtuais insere-as, pois, no contexto das *moedas digitais* (“digital money”), as quais contradistinguem pelo facto de as suas emissão e circulação recorrerem a tecnologias de armazenamento, processamento e transmissão de sinais digitais, que incluem igualmente a moeda eletrónica (“e-money”) e atualmente a própria moeda bancária (“b-money”)⁽⁶⁹⁾. Apesar deste traço comum, as criptomoedas contradistinguem-se no universo geral das moedas digitais pela particular e revolucionária tecnologia eletrónico-digital de suporte (“blockchain”), da qual decorrem um conjunto de importantes características diferenciadoras: ao invés das moedas bancária e eletrónica, as criptomoedas não são emitidas por intermediários autorizados, não representam créditos pecuniários sobre os emitentes, não implicam uma entrega ou provisão prévia de fundos, não são denominadas em unidades de conta exógenas, e não são convertíveis e reembolsáveis a todo o momento pelo seu valor nominal⁽⁷⁰⁾.

III. Por outro lado, as moedas virtuais também não se confundem com as *moedas digitais de uso restrito* (v.g., moedas de plataformas de

⁽⁶⁸⁾ Tal natureza digital está bem patente na designação da primogénita e mais conhecida das moedas virtuais — a “bitcoin”, que literalmente significa “moeda de bits” (LELOUP, LAURENT, *Blockchain: La Révolution de la Confiance*, 33, Eyrolles, Paris, 2017). Sobre o suporte eletrónico-digital da moeda bancária e da moeda eletrónica, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *A Moeda Bancária — Algumas Reflexões*, em curso de publicação.

⁽⁶⁹⁾ AAVV, *Digital Currency: Breakthroughs in Research and Practice*, IGI Global, Hershey, 2019; TETI, ANTONIO, *Dalla Moneta Elettronica a Quella Virtuale: Luci ed Ombre sull'Evoluzione del Denaro Digitale*, in: 6 “Società & Contratti, Bilanci & Revisione” (2014), 108-119; ADRIAN, TOBIAS/MANCINI-GRIFFOLI, TOMMASO, *The Rise of Digital Money*, International Monetary Fund, New York, 2019.

⁽⁷⁰⁾ Assim também o BANCO CENTRAL EUROPEU: “Virtual currency schemes can be considered to be a specific type of electronic money, basically used for transactions in the online world. However, a clear distinction should be made between virtual currency schemes and electronic money” (*Virtual Currency Schemes*, 16, ECB, Frankfurt, 2012).

jogos “on-line”, etc.)⁽⁷¹⁾: com efeito, as criptomoedas são emitidas e transacionadas em sistema aberto no ciberespaço, sendo utilizáveis por todos os sujeitos que participem na respetiva comunidade virtual e para todo o tipo de transações económicas ou operações de pagamento.

IV. As moedas virtuais representam a mais recente — mas certamente não última — manifestação do incessante movimento de *desmaterialização da moeda* que caracteriza a história monetária dos últimos séculos. Recorde-se que ainda há poucos anos era possível afirmar que a moeda eletrónica constitui “o último estágio de um longo processo de desmaterialização das formas monetárias” (PAULO PITTA E CUNHA)...⁽⁷²⁾.

3. Tecnologia “Blockchain”

I. As moedas virtuais estão assentes numa tecnologia inovadora e revolucionária — a “blockchain”: a “blockchain” (literalmente, cadeia de blocos) *constitui uma tecnologia ou “software” de registo, tratamento e armazenamento de dados digitais, assente em métodos algorítmicos e criptográficos, que permite a criação de bases de dados de natureza descentralizada, pública e segura*⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Sobre este tipo particular de moeda virtual, *vide supra* § 1-4. Pela mesma razão, também não serão moedas virtuais os valores monetários eletronicamente armazenados em instrumentos isentos do regime dos serviços de pagamento (art. 5.º, n.º 1, *k* e *l*) do RJSPME, art. 3.º, *k* e *l*), da Diretiva UE/2015/2366, de 25 de novembro).

⁽⁷²⁾ *O Processo de Desmaterialização da Moeda*, 211, in: AAVV, “Estudos de Direito Bancário”, 209-211, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

⁽⁷³⁾ SPIEGEL, ALEXANDRA, *Blockchain-basiertes virtuelles Geld*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020. Sobre esta nova tecnologia, *vide* entre nós CORREIA, F. MENDES, *A Tecnologia Descentralizada de Registo de Dados (Blockchain) no Sector Financeiro*, in: AAVV, “Fintech: Desafios da Tecnologia Financeira”, 83-88, Almedina, Coimbra, 2019; MARTINS, PEDRO, *Introdução à Blockchain*, FCA Editora, Lisboa, 2018; PEREIRA, T. CUNHA, *Guia Jurídico para a Tecnologia Blockchain*, in: I “Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais” (2019), 355-400. Para maiores desenvolvimentos, em diferentes quadros comparativos, *vide* BREIDENBACH, STEFAN/GLATZ, FLORIAN, *Rechtshandbuch Blockchain*, Beck/Vahlen, München, 2020; CHOWDURY, NIAZ, *Inside Blockchain, Bitcoin, and Cryptocurrencies*, Taylor & Francis Group, New York, 2020; HACKER, PHILIPP/LIANOS, IOANNIS/DIMITROPOULOS, GEORGIOS/EICH, STEFAN (eds.), *Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2019; IPPOLITO, FULVIO/NICOTRA, MASSIMILIANO, *Diritto della Blockchain*, Ipsoa, Milano, 2019; JIMÉNEZ, J. IBAÑEZ, *Blockchain: Primeras Cuestiones en el Ordenamiento Español*, Dykinson, Madrid, 2018; MARMOZ, FRANCK, *Blockchain et Droit*, Dalloz, Paris, 2019; SZOSTEK, DARIUSZ, *Blockchain and the Law*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019; TAPSCOTT, DON/TAPSCOTT, ALEX, *Blockchain Revolution*, 2.nd edition, Portfolio/Penguin, New York, 2018.

II. Ao contrário das bases de dados tradicionais assentes num registo centralizado, as bases de dados “blockchain” encontram-se distribuídas por uma rede de participantes (“distributed ledger”) na qual o registo e a validação da informação é efetuada pelos próprios participantes ou pares (“peer”) e sem necessidade de intervenção ou validação por parte de uma autoridade central: o registo das informações e transações, realizado pelo computador de cada participante ou nó (“node”) com base num protocolo algorítmico comum (“coding”), é efetuada e armazenado em blocos (“block”), os quais, após validação realizada por métodos criptográficos avançados (“proof-of-work”), se encontram ligados entre si cronologicamente numa cadeia (“blockchain”)(⁷⁴). Tal tecnologia permite assim a criação e manutenção de uma base de dados descentralizada — dado que todos e cada um dos participantes ou “node” contém uma réplica de todo o histórico de informação disseminada na rede, que é assim processada e armazenada direta e paritariamente por aqueles (“peer-to-peer networking”) —, pública — dando origem a registo “aberto” de informação permanentemente disponível e sindicável por estes participantes (“open ledger”) — e segura — dado que, contendo cada “block” a informação relativa ao bloco anterior da cadeia e sendo a sua sequenciação cronológica autenticada através de protocolos criptográficos e algorítmicos altamente complexos (“rule of code”), permite obter um registo histórico de transações transparente, imutável e incorruptível.

III. As criptomoedas são *pedaços ou cadeias de informação digital* (“strings of data”) que são geradas por quaisquer transações operadas num sistema monetário virtual assente em tecnologias “blockchain”: essa informação digital contém todos os eventos de criação, titularidade, utilização e transmissão de cada uma das unidades monetárias virtuais em circulação(⁷⁵). Em termos práticos, qualquer pessoa singular ou coletiva pode participar num sistema monetário virtual ou ser titular de criptomoedas.

(⁷⁴) Dentro da arquitetura da tecnologia “blockchain”, merecem destaque dois personagens: os “criadores” (“developers”), que são as pessoas ou entidades responsáveis pela criação, gestão e/ou alteração do protocolo algorítmico identitário da base ou registo de dados, o qual pode ser aberto e público, de acesso livre a qualquer pessoa, ou fechado, que apenas é acessível por um número limitado de pessoas; e os “mineiros” (“miners”), que são pessoas ou entidades que, dispendo de uma enorme capacidade computacional e informática necessária à resolução de “puzzles” matemáticos complexos (“proof-of-work”), asseguram a validação sequencial dos blocos de informação e transações encriptadas na rede, sendo premiados usualmente através de comissões nas transações ou de criptomoedas.

(⁷⁵) CORBERT, SHAEN/URQUHART, ANDREW/YAROVAYA, LARISA (eds.), *Cryptocurrency and Blockchain Technology*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2020.

Após descarregar a aplicação informática própria de uma determinada moeda virtual (“cryptocurrency app”), tornando-se assim num novo participante ou nó (“node”) da rede computacional desse sistema monetário virtual, ela obterá uma carteira digital (“wallet”) que, mediante a combinação de um par de chaves criptográficas (“public key” e “private key”), lhe permitirá realizar todo o tipo de operações relativas à respetiva criptomoeda (v.g., compra e venda, pagamentos, transferências, recebimentos, consulta de saldos). Tais operações são diretas (sem intervenção de qualquer intermediário), seguras e íntegras (graças à validação criptográfica e registo sequencial dos blocos de transações), pseudoanónimas (através de meros endereços criptográficos, sem dados de identificação pessoal dos intervenientes), e irreversíveis (dado que assentam numa cadeia sequencial de blocos replicada por toda a rede de participantes, que a torna virtualmente inalterável). Por essa razão, cada criptomoeda, que mais não é assim do que um recurso digital criptográfico, é frequentemente designada “valor transaccional disponível” (“unspent transactional output” ou UTXO) que pode ser utilizada como entrada (“input”) em novas ou futuras transações⁽⁷⁶⁾.

IV. A tecnologia “blockchain”, embora umbilicalmente ligada ao mundo das moedas virtuais (já que esteve na base do lançamento da primogénita “bitcoin”), está, na verdade, muito para além dele: independentemente de as criptomoedas se vierem no futuro a afirmar como a moeda do séc. XXI ou a colapsarem estrepitosamente, a verdade é que esta tecnologia veio para ficar — havendo mesmo quem considere que tal tecnologia inaugurou a segunda fase da “internet”⁽⁷⁷⁾. Trata-se, na verdade, de uma tecnologia revolucionária com projeções e aplicações jurídico-económicas em praticamente todos os setores do atual universo jusmercantil — havendo até quem veja nela uma espécie de “Santo Graal” das economias e sociedades do novo milénio⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Os sistemas ou redes monetárias virtuais “blockchain” apresentam-se assim como um *livro de registo cronológico* de transações (“transaction ledger”), onde são registadas sequencialmente a titularidade, valor, transmissão e demais vicissitudes relativas a todas as transações realizadas pelos participantes, e não um registo contabilístico em conta corrente (“account ledger”), onde é lançado apenas o resultado líquido das mesmas, como sucede nos tradicionais sistemas da moeda bancária ou eletrónica.

⁽⁷⁷⁾ TAPSCOTT, DON/TAPSCOTT, ALEX, *Blockchain Revolution*, 2.nd edition, Portfolio/Penguin, New York, 2018. Como refere ANDREAS ANTONOPOULOS, o dinheiro foi apenas a primeira aplicação ou “killerapp” desta tecnologia, pelo que dizer que esta é a moeda digital é o mesmo que dizer que a internet é um telefone sofisticado (*Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, 4, O’Reilly Media, Sebastopol, 2015).

⁽⁷⁸⁾ MARTINS, PEDRO, *Introdução à Blockchain*, XIII, FCA Editora, Lisboa, 2018. O relevo revolucionário desta tecnologia foi reconhecido de forma impressionante pelo “World Economic Forum”

V. Sirvam de exemplo o *direito dos contratos*, de que a ilustração mais acabada constituem os “contratos inteligentes” (“smart contracts”), que consistem em acordos contratuais de celebração, monitorização e execução automáticas, dotados de uma semântica puramente informática (sem intervenção humana e realizados através de um código computacional ou algorítmico), os quais, segundo alguns, estão mesmo no limiar de uma nova era do direito contratual (“Direito dos Contratos 2.0”)⁽⁷⁹⁾; o *direito das sociedades*, permitindo inovações no plano dos modelos atuais de constituição, financiamento, organização e governação societária (v.g., “Distributed Autonomous Organization” ou DAO, que configura um modelo não hierárquico e colaborativo de participação e decisão, alternativo aos tradicionais modelos hierárquicos)⁽⁸⁰⁾; o *direito bancário*, possibilitando o reforço das instituições bancárias (v.g., gestão de risco, prevenção de resolução), o desenvolvimento dos sistemas de pagamentos (v.g., micropagamentos, pagamentos móveis), a criação de novos modelos de negócio e produtos bancários, a universalização do acesso ao mercado de crédito, e uma regulação e supervisão bancárias mais eficientes⁽⁸¹⁾; o *direito do mercado de*

em 2017: “This is much more than the financial services industry. Innovators are programming this new digital ledger to record anything of value to humankind — birth and death certificates, marriage licenses, deeds and titles of ownership, rights to intellectual property, educational degrees, financial accounts, medical history, insurance claims, citizenship and voting privileges, location of portable assets, provenance of food and diamonds, job recommendations and performance ratings, charitable donations tied to specific outcomes, employment contracts, managerial decision rights and anything else that we can express in code” (WORLD ECONOMIC FORUM, *Realizing the Potential of Blockchain*, 5, White Paper, Geneva, 2017).

⁽⁷⁹⁾ Sobre os “smart contracts” — conceito apresentado pela primeira vez pelo criptógrafo Nick Szabo em 1996 — *vide*, entre as mais recentes obras em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, DI MATTEO, LARRY/CANNARSA, MICHEL/PONCIBO, CRISTINA, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, CUP, Cambridge, 2019; HANZL, MARTIN, *Handbuch Blockchain und Smart Contracts*, Linde Verlag, Wien, 2020; NICUESA, A. VILALTA, *Smart Legal Contracts y Blockchain: La Contratación Inteligente a Través de la Tecnología Blockchain*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019; STAZI, ANDREA, *Automazione Contrattuale e «Contratti Intelligenti»*. *Gli Smart Contracts nel Diritto Comparato*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁽⁸⁰⁾ AKGIRAY, VEDANT, *The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance*, OECD Publishing, 2019; CUETO, P. RAMOS, *La Constitución de Sociedades Mercantiles en la Blockchain. Un Acercamiento al Futuro*, in: 6 “Revista Aranzadi Doctrinal” (2019), 77-84; LAFFARE, ANNE/VAN DER ELST, CHRISTOPH, *Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism*, European Corporate Governance Institute, 2018; PASSARETTA, MARIO, *Blockchain e Circolazione della Partecipazione Sociale: Un Connubio Possibile?*, in: 6 “Giustizia Civile.com (online)” (2019), 1-15; SPINDLER, GERALD, *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in: 47 “Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” (2018), 17-55.

⁽⁸¹⁾ DEEP, M. KUMARI, *The Future of Blockchain in Banking*, Grin Verlag, Hamburg, 2018; GONÇALVES, Stéphane, *L'Intégration de la Blockchain au sein du Système Bancaire et dans les Fintech*, Diss., Genève, 2019; GREY, ROHAN, *Banking in a Digital Fiat Currency Regime*, in: AAVV, “Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges”, 169-180, Oxford University Press, Oxford, 2019.

capitais, possibilitando a criação de sistemas inovadores de registo de emissão, titularidade e negociação de instrumentos financeiros mais eficientes do ponto de vista dos investidores, dos mercados e das autoridades de supervisão, senão mesmo dando origem a novos tipos de instrumentos financeiros (“investment tokens”) e a novas modalidades de oferta (“initial coin offerings”)(⁸²); o *direito contabilístico*, possibilitando a existência de demonstrações financeiras em tempo real, permanentemente acessíveis ao público e rastreáveis, evitando-se assim o típico desfasamento temporal e a manipulação das contas (“cook the books”), com vantagens para o controlo interno da gestão das empresas, a proteção dos investidores e mercados e o reporte de informação às entidades de supervisão(⁸³); o *direito judiciário*, abrindo caminho a novos métodos de resolução alternativa de conflitos assentes na seleção aleatória dos participantes ou nós computacionais na rede, particularmente no domínio da arbitragem comercial (“peer-to-peer arbitration”)(⁸⁴); o *direito do registo comercial*, setor relativo à publicidade das empresas e da atividade empresarial onde esta tecnologia, justamente centrada na construção e manutenção de bases registais simultaneamente seguras e eficientes, terá provavelmente um significativo impacto(⁸⁵); o *direito do comércio eletrónico*, graças à criação de novos modelos de negócio (v.g., “Machine-to-Machine”, ou M2M)(⁸⁶); o *direito da propriedade industrial*(⁸⁷); o *direito dos seguros*(⁸⁸); e assim por diante.

(⁸²) ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Instrumentos Financeiros*, 117, ss., 182, ss., 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020. Noutros quadrantes, CAMPANELLA, DOMINIK, *The Impact of Blockchain Technology on Capital Markets. A Transformation of Our Financial System?*, Studylab, München, 2018; HACIOGLU, UMIT (ed.), *Blockchain Economics and Financial Market Innovation*, Springer, Cham, 2019; SCHERER, Peter, *Blockchain in Wertpapierbereich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020; WYMANN, OLIVER, *Blockchain in Capital Markets*, Euroclear, London, 2016.

(⁸³) BONYUET, DERRICK, *Overview and Impact of Blockchain on Auditing*, in: 20 “International Journal of Digital Accounting Research” (2020), 31-43; DUTTA, SAURAV, *The Definitive Guide to Blockchain for Accounting and Business: Understanding the Revolutionary Technology*, Emerald Publishing Limited, 2020; JACQUES, T. MONTELAU, *La Blockchain, una Oportunidad para el Auditor*, in: 27 “Revista de Contabilidad y Dirección” (2018), 61-70.

(⁸⁴) MAKMOT-KIBWANGA, ADAMS, *International Commercial Arbitration and Blockchain Technology. A Synergy?*, Grin Verlag, 2019; ORTOLANI, PIETRO, *The Judicialization of the Blockchain*, in: AAVV, “Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges”, 289-310, Oxford University Press, Oxford, 2019.

(⁸⁵) JIMÉNEZ, J. IBÁÑEZ, *Derecho de Blockchain y de la Tecnología de Registros*, Arandazi, Cizur Menor, 2018.

(⁸⁶) TELLO, J. MENDONZA, *Innovación Disruptiva de las Criptomonedas para la Sociedad y el Comercio Electrónico*, Diss., Universidade de Alicante, 2019; URBAN, NIKLAS, *Blockchain for Business*, Springer/Gabler, Wiesbaden, 2020.

(⁸⁷) CASADO, S. LOUREDO, *La Tecnología “Blockchain” y su Aplicación a los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*, in: AAVV, “Nuevas Tendencias en el Derecho de la Competencia y

4. Autonomia

I. As moedas virtuais são caracterizadas pela *autopoiesis*. Enquanto moedas assentes na descentralização, na desintermediação e no consenso computacional, são uma espécie monetária autossuficiente ou autónoma já que a sua criação, circulação e valor resultam de si própria⁽⁸⁹⁾.

II. Desde logo, é uma moeda *descentralizada* no sentido em que cada participante do sistema monetário-digital é simultaneamente cliente e servidor. Qualquer pessoa singular ou coletiva que seja titular de criptomoedas é também titular de todo o histórico de transações alguma vez efetuado sobre a totalidade dos valores monetários em circulação: como salienta SARAH GREEN, “every user who has a copy of the Bitcoin software in his computer thereby has a copy of the entire transactional history of Bitcoin”⁽⁹⁰⁾. Essa a razão pela qual a tecnologia subjacente às criptomoedas é também conhecida como “Distributed Ledger Technology” (DLT): o registo de todas as moedas emitidas e transacionadas numa rede monetária virtual (“ledger”), desde a primeira moeda (“genesis block”) até ao último bloco de transações, encontra-se permanentemente replicado e distribuído por todos e cada um dos participantes dessa rede. Sucedendo-se diariamente as transações, a rede está assim em constante crescimento, mediante a adição de novos blocos, sendo a sua segurança tanto maior quanto o número dos próprios participantes⁽⁹¹⁾.

de la Propiedad Industrial II”, 281-297, Ed. Comares, Granada, 2019; HOHN-HEIN, NICOLAS/BARTH, GÜNTER, *Immaterialgüterrechte in der Welt von Blockchain und Smart Contract*, in: 120 “Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” (2018), 1089-1096.

⁽⁸⁸⁾ ABRAMOWICZ, MICHAEL, *Blockchain-Based Insurance*, in: AAVV, “Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges”, 195-212, Oxford University Press, Oxford, 2019; ERNST & YOUNG, *Blockchain in Insurance: Applications and Pursuing a Path to Adoption*, EYGM, New York, 2017.

⁽⁸⁹⁾ Sobre a autopoiesis — do grego *auto* (“próprio”) e *poiesis* (“criação”) —, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *A Hipótese Autopoieica*, in: “Juris et de Iure — Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Porto”, 1269-1290, UCP Editora, Porto, 1998.

⁽⁹⁰⁾ *It’s Virtually Money*, 16, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 13-31, Oxford University Press, Oxford, 2019. Por isso as moedas virtuais são por vezes apelidadas de “moedas eletrónicas descentralizadas” [VAUPLANE, HENRI, *Bitcoin: Monnaie de Singe ou Monnaie Légale?*, 79, in: 762 “Revue Banque” (2013) 79-84].

⁽⁹¹⁾ Em tese, os sistemas monetários virtuais são invioláveis, sendo a sua segurança diretamente proporcional à sua dimensão: dado que todas as transações se encontram registadas e autenticadas por ordem cronológica linear desde o ato de emissão e transação da unidade monetária originária, um “hacker” hipotético, para ter sucesso, teria de reunir sozinho uma capacidade de processamento computacional maior do que toda a capacidade agregada dos demais participantes ou nós da rede (SWAN, MELANIE, *Blockchain: Blueprint for a New Economy*, X, O’Rilley Media, Sebastopol, 2015).

III. Depois ainda, e conseqüentemente, é uma moeda *desintermediada*. Ao contrário das demais espécies de moeda (física, bancária, eletrônica), cuja emissão e circulação são necessariamente verticais, intermediadas e multilaterais (envolvendo a existência de terceiros intermediários, tais como designadamente os Estados, os bancos centrais e os bancos comerciais), a emissão e circulação das moedas virtuais é horizontal, direta e bilateral, envolvendo exclusivamente os sujeitos da relação jurídica monetária, v.g., credor e devedor (“peer-to-peer”), e não outros sujeitos, v.g., bancos (“client-server”). Esta característica distintiva é identitária, sendo independente da sua natureza digital: com efeito, apesar de também as moedas bancária e eletrônica serem representações digitais de dinheiro (não existindo diferença entre um “bitcoin” registado numa “wallet” e um euro registado em saldo de conta bancária ou guardado em dispositivo eletrônico de armazenamento, tratando-se em ambos os casos de pedaços de informação digital), a verdade é que aquelas moedas exprimem uma relação jurídica creditícia com a entidade emitente ou intermediária (instituições bancárias ou de moeda eletrônica), que inexistente no caso das moedas virtuais⁽⁹²⁾.

IV. Finalmente, a moeda virtual é moeda assente num *consenso computacional*. Tal como as demais espécies monetárias, as criptomoedas são inconvertíveis em quaisquer ativos e destituídas de qualquer valor intrínseco, assentando assim a sua existência e circulação exclusivamente na confiança dos próprios usuários. Todavia, ao passo que a aceitação da moeda física resulta de uma imposição público-estadual do seu curso legal (“legal tender”) e a da moeda bancária da confiança depositada nos intermediários bancários (“rule of law”), a aceitação das moedas virtuais assenta unicamente no seu próprio protocolo algorítmico (“rule of

Parafraseando BRIAN KELLY, numa analogia com o mundo da moeda física, tudo se passa como se cada nota de dólar fosse marcada todas as vezes que foi usada, desde a sua emissão até à sua retirada de circulação (*The Bitcoin Bigbang: How Alternative Currencies Are About to Change the World*, 12, J. Wiley & Sons, New Jersey, 2014).

⁽⁹²⁾ Até então, as transações monetárias eletrônicas sempre necessitaram de um intermediário, em moeda bancária (v.g., cartões “Visa”, “Mastercard”) ou eletrônica (v.g., “Paypal”) — a moeda virtual dispensa o intermediário, cujo lugar é tomado pela própria rede global ponto-por-ponto dos usuários (BRITO, JERRY/CASTILLO, ANDREA, *Bitcoin: A Primer for Policymakers*, 3, Mercatus Center, Arlington, 2013). Também assim PAULO DUARTE: “Enquanto o saldo bancário exprime uma dívida (uma obrigação monetária) do banco em relação ao seu cliente, a informação encriptada do bitcoin não corporiza nenhuma relação jurídica de crédito (razão pela qual se assemelha, deste ponto de vista, mais às notas e às moedas do que aos depósitos bancários — trata-se de «electronic cash») [*As Criptomoedas são Dinheiro?*, 4, in: “Boletim da Ordem dos Advogados” (2018), 1-5].

code”)(⁹³): isso explica que as criptomoedas sejam frequentemente descritas como afiduciárias ou independentes da confiança (“trustless”) — já que cada uma das partes da relação monetária não necessita de confiar no emitente ou em qualquer intermediário do mundo real, sendo tal função desempenhada de forma automática pelo próprio protocolo ou código computacional de base(⁹⁴) — e como aregulatórias ou independentes da regulação — assentando simplesmente na sua própria arquitetura de rede de computadores e respetiva infraestrutura tecnológica, que assegura um consenso resultante da validação dos respetivos participantes ou nós computacionais (“regulation by architecture”)(⁹⁵).

5. Curso Convencional

I. As moedas virtuais são moedas dotadas de *curso convencional*, e não de curso legal(⁹⁶): com isto quer-se significar que as criptomoedas não constituem um meio de cumprimento das obrigações pecuniárias dotado

(⁹³) WRIGHT, AARON/DE FILIPPI, PRIMAVERA, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, Cambridge, 2018.

(⁹⁴) Daí que o seu futuro esteja inextricavelmente ligado ao respetivo próprio código genético: como salienta CORINNE ZELLWEGER-GÜTKECHT, “é vital que a credibilidade dos algoritmos subjacentes seja igual ou superior à credibilidade dos intermediários financeiros autorizados” [*Developing the Right Regulatory Regime for Cryptocurrencies and Other Value Data*, 87, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 57-91, Oxford University Press, Oxford, 2019].

(⁹⁵) BELL, LUCA/ZINGALLES, NICOLO, *Law of the Land or Law of the Platform?*, 45, in: “Platform Regulations: How Platforms Are Regulated and How They Regulate Use”, 41-51, FGV, Rio de Janeiro, 2017; LELOUP, LAURENT, *Blockchain: La Révolution de la Confiance*, Eyrolles, Paris, 2017; WERBACH, KEVIN, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, MIT Press, Cambridge, 2018. Este consenso computacional significa também que a integridade da rede apenas pode ser colocada em causa pelo conhecido “51% attack”, que é praticamente impossível de conseguir (GARRATT, ROD/HAYES, ROSE, *Bitcoin: How Likely Is a 51 Percent Attack?*, Liberty Street Economics, New York, 2014).

(⁹⁶) Nesse sentido também o BANCO DE PORTUGAL: “Não dispondo de curso legal, os meios virtuais de pagamento não são de aceitação obrigatória, mas apenas se as partes envolvidas na transação estiverem de acordo” (*Relatório dos Sistemas de Pagamentos*, 40, Lisboa, 2018). Sobre o curso convencional das criptomoedas, vide MAIA, G. VALENTE, *A Criptomoeda na Ordem Jurídica. Velhas Soluções para um Novo Problema*, 17, Diss., Porto, 2018; ROLO, A. GARCÍA, *As Criptomoeda como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, 252, in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019. Noutros quadrantes, falando por vezes de “moeda privada” ou de “moeda contratual”, vide EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes — A Further Analysis*, 24, ECB, Frankfurt, 2015; CAPOGNA, ALEXANDRO, *Bitcoin: Profili Giuridici e Comparatistici*, 40, in: 3 “Diritto Mercato Tecnologia” (2015), 32-74; LEMME, GIULIANO/PELUSO, SARA, *Criptomoneta e Distacco dall Moneta Legale: Il Caso Bitcoin*, 10, in: 11 “Rivista di Diritto Bancario” (2016), 1-39.

de aceitação obrigatória e poder liberatório, carecendo assim da aceitação voluntária ou consentimento por parte dos terceiros.

II. Com efeito, e por um lado, não existem presentemente na Ordem Jurídica portuguesa disposições legais, de carácter geral (como sucede com a moeda física: cf. art. 550.º do Código Civil) ou de carácter específico (como sucede com a moeda bancária)⁽⁹⁷⁾, que atribuam ou reconheçam às criptomoedas um curso legal em sentido amplo, dotando-as de aceitação generalizada e eficácia liberatória no cumprimento de obrigações pecuniária. Por outro lado, e algo à semelhança do que sucede com a moeda eletrónica⁽⁹⁸⁾, as moedas virtuais constituem ainda uma espécie monetária sem dimensão sistémica no tráfico económico e social moderno, pelo que a imposição de curso legal sempre acabaria por fazer recair sobre os credores o ónus injustificado de aderirem às comunidades virtuais das criptomoedas ou disporem de aplicações de “software” ou carteiras criptomonetárias necessárias ao pagamento nesta espécie monetária⁽⁹⁹⁾. Tomando aqui emprestado o título da obra de MASSIMO AMATO e LUCA FANTACCI, apesar da sua crescente difusão, ainda não se tornou quotidiano alguém vender a sua casa ou receber o seu salário por um punhado de bitcoins⁽¹⁰⁰⁾.

III. Tal significa que o pagamento em moedas virtuais carece sempre de uma *aceitação voluntária* por parte do credor, afastando assim o regime supletivo do art. 550.º do Código Civil⁽¹⁰¹⁾: o credor de uma obri-

⁽⁹⁷⁾ “Ex multi”, vide o art. 2.º, w) do Regime Jurídico dos Sistemas de Pagamento e da Moeda Eletrónica, art. 40.º da Lei Geral Tributária, art. 54.º da Lei do Contrato de Seguro, art. 798.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, art. 47.º do Código do Notariado, art. 48.º do Regime Jurídico dos Fundos de Pensões, art. 44.º do Código do Registo Comercial, art. 267.º, n.º 1 do Código Penal, arts. 1.º e 8.º do Regulamento CE/974/98, de 3 de maio, Diretiva UE/2015/2366, de 25 de novembro, arts. 6.1.7 e 6.1.8 dos “Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais”, e art. 7:107 do “Principles of European Contract Law”. Sobre o curso legal em sentido amplo da moeda bancária, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *A Moeda Bancária — Algumas Reflexões*, em curso de publicação.

⁽⁹⁸⁾ ANTUNES, J. ENGRÁCIA.

⁽⁹⁹⁾ Tal como sucede com as moedas bancária e eletrónica, a inexistência de curso legal das moedas virtuais não afasta ou preclui a sua natureza monetária: como sublinha PAULO DUARTE, “o facto de não existir norma que atribua «curso legal» aos bitcoins não constitui argumento decisivo na discussão sobre a sua natureza monetária” (*Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, 379, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381).

⁽¹⁰⁰⁾ *Per un Pugno di Bitcoin. Rischi e Opportunità delle Valute Virtuali*, Egea, Milano, 2016.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre a natureza supletiva do art. 550.º do Código Civil (confirmada, aliás, por outras disposições da lei, v.g., arts. 837.º e 839.º do mesmo Código), vide DUARTE, PAULO, *Um Depósito Bancário não é um (Contrato) de Depósito*, 392, in: 10 “Estudos de Direito do Consumidor” (2016), 351-443;

gação em dinheiro apenas está obrigado a receber um pagamento efetuado em criptomoedas, com a consequente exoneração do devedor, se aquele aceitar que a satisfação do seu crédito seja efetuada por este nessa moeda. Em via de princípio, tal implicará a existência de um *acordo* ou *convenção acessória* do negócio donde resulta a obrigação (“*pactum de solutionis*”) através do qual credor e devedor acordaram que o respetivo cumprimento seria (ou poderia ser) realizado em criptomoedas ou num determinado tipo específico de criptomoeda (v.g., “bitcoin”, “ether”): aspeto importante é o de que um tal acordo ou convenção revestirá a mais das vezes uma natureza *expressa*, nada impedindo, contudo, que possa ser meramente *tácito*, decorrendo de factos ou circunstâncias concomitantes e concludentes do negócio jurídico subjacente ou das relações entre as partes, nos termos gerais do art. 217.º do Código Civil.

IV. Sublinhe-se, contudo, que o curso das moedas virtuais poderá resultar também futuramente da sua *aceitação generalizada como meio de pagamento*, independentemente de aceitação (expressa ou tácita) do credor — porta essa que parece ter sido deixada aberta pelos próprios legisladores europeu e português ao definir tal moeda como um meio de troca “que é aceite por pessoas singulares ou coletivas” [art. 2.º, *II*] da LBCFT, art. 3.º, 18) da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio, art. 2.º, *d*) da Diretiva UE/2019/713, de 17 de abril]. Por um lado, é sabido que a circunstância de a norma do art. 550.º do Código Civil atribuir curso legal à moeda física não preclui a possibilidade de existência de outros tipos ou espécies de moedas dotadas de curso legal em sentido amplo: assim sucede com a moeda bancária ou escritural, a qual, constituindo o tipo monetário primogénito atualmente em circulação e desempenhando todas as tradicionais funções monetárias (pagamento, unidade de conta, reserva de valor) de um modo reconhecido pela Ordem Jurídica, representa uma espécie de moeda que reveste genericamente os atributos de aceitação obrigatória e poder liberatório no cumprimento de obrigações pecuniárias⁽¹⁰²⁾. Por outro lado, e talvez por isso mesmo, existem já ordenamentos jurídicos estrangeiros

ROCHA, F. RODRIGUES, *Do Giro Bancário: Reflexões à Luz do Novo Regime dos Serviços de Pagamento*, 107, in: “Cadernos O Direito n.º 9”, 99-177, Almedina, Coimbra, 2014; VENTURA, V. HUGO, *Obrigações Pecuniárias*, 519, in: “Comentário ao Código Civil (Das Obrigações em Geral)”, 518-538, UC Editora, Lisboa, 2018. Também assim noutros países: cf. OMLOR, SEBASTIAN, *Geldprivatrecht*, 352, Mohr, Tübingen, 2014; PROCTOR, CHARLES, *Mann on the Legal Aspect of Money*, 78, 7.th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁽¹⁰²⁾ Assim também DUARTE, PAULO, *Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, 379, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381.

que vêm acautelando essa possibilidade: tal o caso do ordenamento alemão ao definir a moeda virtual como um tipo de moeda que, não obstante não possuindo o estatuto jurídico de dinheiro, é aceite pelas pessoas físicas ou coletivas como um meio de troca e pagamento com base num acordo (“Vereinbarung”) ou no tráfico comercial (“tatsächlichen Übung”) [§ 1, Abs. 11 (10) da “Gesetz über das Kreditwesen”]⁽¹⁰³⁾. Assim sendo, sobretudo tendo em atenção a forte expansão das moedas virtuais, está aberto o caminho para estas poderem vir a ser dotadas num futuro próximo dos atributos que já hoje são reconhecidos às moedas física (curso legal “stricto sensu”) e bancária (curso legal “lato sensu”), se e quando se tornarem num meio de pagamento aceite de forma universal na vida económico-social e reconhecido pela Ordem Jurídica⁽¹⁰⁴⁾.

6. Polivalência Funcional

I. As moedas virtuais em sentido amplo contradistinguem-se ainda, no universo das espécies monetárias existentes, pela sua *polivalência funcional*: com efeito, as criptomoe- das, para além das tradicionais funções monetárias (meio de pagamento, unidade de conta, reserva de valor), são suscetíveis de desempenhar funções de financiamento, investimento e consumo. Tal polivalência, de resto, acabou por ser de algum modo reconhecida pelo legislador nacional, ao atribuir às moedas virtuais as funções de “meio de troca ou de investimento” [art. 2.º, II) da LBCFT].

II. Como melhor veremos adiante, uma das particularidades das criptomoe- das, que muito contribuiu para a sua expansão e sucesso atuais, reside nas chamadas “ofertas iniciais de moeda” (“initial coin offerings” ou ICO), também designadas “vendas iniciais de moeda” (“initial token sale”), que consistem num processo de emissão de moeda (“coin”) ou “fichas” (“tokens”) virtuais como meio alternativo de financiamento de projetos empresariais ou organizacionais⁽¹⁰⁵⁾. Dado que esta finalidade

⁽¹⁰³⁾ Sobre esta norma, vide já *supra* § 2-1.

⁽¹⁰⁴⁾ Trata-se do problema da “generalização social” (“social embeddedness”) das criptomoe- das: à semelhança de outras moedas desprovidas de curso legal em sentido estrito, também as criptomoe- das adquirirão a sua carta de alforria monetária com a sua aceitação generalizada nas transações económico-sociais [BERG, OLE, *How Is Bitcoin Money?*, 63, in: 33 “Theory, Culture & Society” (2016), 53-72].

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre a emissão da moeda virtual, vide *infra* § 5-1.

geral de financiamento subjacente à emissão monetária pode estar associada a diferentes finalidades operacionais ou objetivos concretos do ponto de vista dos respetivos titulares, assim também se tornou comum agrupar as criptomoedas em três diferentes categorias ou tipologias: para além dos “currency tokens” propriamente ditos (criptomoedas com estritas funções monetárias, “maxime”, meio de pagamento), os “utility token”, os “investment tokens” e os “hybrid tokens”⁽¹⁰⁶⁾.

III. Os “utility token”, também designados “usage tokens”, são um tipo de criptomoeda que, desempenhando uma função nuclear de uso e consumo, confere ao titular direitos presentes ou futuros relativos aos produtos ou serviços da entidade emitente, v.g., direito de aquisição de determinado bem ou serviço lançado por esta, direito de acesso especial a comunidades, redes sociais, plataformas eletrónicas, motores de busca, bases de dados ou conteúdos virtuais, direito de utilização de aplicações, “software” ou tecnologias digitais, etc. Exemplos são as criptomoedas “Filecoin” (direito a um espaço virtual de armazenamento de dados), “Mobilego” (direito de utilização de numerosas plataformas de jogos eletrónicos) e “Status” (direito a serviços de mensagens e redes sociais)⁽¹⁰⁷⁾.

IV. Os “investment tokens”, também conhecidos como “equity tokens” e “security tokens”, são um tipo de criptomoeda que, desempenhando uma função nuclear de investimento, conferem ao titular direitos ou rentabilidades económicos associados a determinado projeto da entidade emitente, v.g., direito ao recebimento de lucros, juros ou outras mais-valias financeiras associados ao desempenho desse projeto, ao recebimento dos “cash-flow” gerados pelo projeto, à partilha especulativa dos riscos (ganhos

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre tais categorias, vide GERALDES, L. ROQUETTE/ALBUQUERQUE, M. SOLÁ/SILVA, J. LIMA, *ICOs: Security Token vs. Utility Token*, 336, ss., in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 327-361, Almedina, Coimbra, 2019; ROLO, A. GARCIA, *As Criptomoedas como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, 261, ss., in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019. Noutros quadrantes, LAUSEN, JENS, *Regulating Initial Coin Offerings? A Taxonomy of Crypto-Assets*, Research Paper, Association for Information Systems, Stockholm & Uppsala, Sweden, 2019; NESTARCOVA, DOMINIKA, *A Critical Appraisal of Initial Coin Offerings: Lifting the “Digital Token’s Veil”*, 72, ss., Brill, Leiden/Boston, 2020; ZETZSCHE, DIRK/BUCKLEY, ROSS/ARNER, DOUGLAS/FÖHR, LINUS, *The ICO Gold Rush: It’s a Scam, It’s a Bubble, It’s a Super Challenge for Regulators*, in: 60 “Harvard International Law” (2019), 267-315.

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre os “utility tokens”, vide CROSSER, NATE, *Initial Coin Offerings as Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities?*, in: 67 “Kansas Law Review” (2018), 379-422; EAGAN, J. VINCENT, *Munchee, the SEC, and Utility Tokens*, SAGE Publications, London, 2019.

ou perdas) associados à evolução do preço ou valor de um determinado ativo subjacente, à participação numa “pool” de ativos, etc.⁽¹⁰⁸⁾. Exemplos conhecidos são as criptomoedas “DAO” (que atribuíam a tais titulares o direito a receber os “cash-flows” gerados por uma nova tecnologia automatizada de governo societário, a “Decentralized Autonomous Organization”, além de outros direitos, v.g., participação no sistema DAO, direitos de voto e controlo)⁽¹⁰⁹⁾ ou “Munchee” (que conferiam direitos aos lucros gerados por uma aplicação informática de críticas a restaurantes, além de outros direitos, v.g., direito de aquisição de bens ou serviços nos restaurantes aderentes, de negociação dos “tokens” em mercado secundário)⁽¹¹⁰⁾.

V. Finalmente, mas não menos importante, os “*hybrid tokens*” são um tipo de criptomoeda que, desempenhando uma pluralidade de funções (monetárias, financeiras, consumeristas, etc.), exibem características identitárias mistas ou resultam da combinação de diferentes categorias, que não os permitem reconduzir a nenhuma delas: tal o caso dos “tokens” que, simultaneamente, podem ser utilizados no contexto do ecossistema empresarial da entidade emitente, v.g., acesso a conjunto de aplicações informáticas (à semelhança de um “utility token”) e conferem direitos económicos sobre o emitente, v.g., lucros (à semelhança de um “investment token”)⁽¹¹¹⁾. Exemplo de um “token” híbrido é a “Binance Coin” (BNB), que atribuiu aos titulares o acesso às plataformas de negociação do emitente com desconto nas comissões de transação (“Binance Exchange”) e uma percentagem sobre os lucros gerados por esta plataforma⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Sobre os “investment tokens”, vide HACKER, PHILIPP/THOMALE, CHRIS, *Crypto-Securities Regulation*, in: 15 “European Company and Financial Law Review” (2018), 645-696; MAAS, THUS, *Initial Coin Offerings: When Are Tokens Securities in the EU and US*, 28, ss., Tilburg University, 2019; MAUME, PHILIPP/FROMBERGER, MATHIAS, *Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Laws*, in: 19 “Chicago Journal of International Law” (2019), 548-585; MENDELSON, MICHEL, *From Initial Coin Offerings to Security Tokens: A U.S. Federal Securities Law Analysis*, in: 22 “Stanford Technology Law Review” (2019), 52-94.

⁽¹⁰⁹⁾ Sobre a ICO dos tokens “DAO”, lançada em 2016 e que teve um valor agregado de 150 milhões de euros, vide ROLO, A. GARCIA, *Challenges in the Legal Qualification of Decentralised Autonomous Organisations (DAOs): The Rise of the Crypto-Partnership?*, 48, ss., in: 1 “Revista Direito e Tecnologia” (2019), 33-87.

⁽¹¹⁰⁾ HIGGINS, MATTHEW, *Munchee Inc: A Turning Point for the Cryptocurrency*, in: 97 “North Carolina Law Review” (2018), 220-241.

⁽¹¹¹⁾ LEE, JENNIFER/RADCLIFFE, MARK, *Hybrid Token Offerings: The Rise of Token Offerings for Venture Backed-Companies*, DLA Piper Publications, Silicon Valley, 2018; MAAS, THUS, *The Case for Hybrid Tokens*, in: “Law & Blockchain” (2019), 1-5.

⁽¹¹²⁾ Com estas categorias funcionais das criptomoedas (“currency”, “utility”, “investment”, “hybrid tokens”) não se confundem as chamadas “*colored coins*”, que consistem num protocolo suple-

VI. A encerrar, cumpre ainda sublinhar que esta característica distintiva (polivalência funcional) é um traço tipológico móvel e instável. Por um lado, trata-se de uma característica genérica dos criptoativos (“criptoassets”), ou seja, dos ativos virtuais de base criptográfica: como já acima fizemos referência, num sentido estrito, as criptomoedas (“cryptocurrencies”) abrangem apenas aquele segmento dos criptoativos que visam nuclearmente desempenhar funções monetárias, em especial uma função de pagamento ou cumprimento de obrigações pecuniárias, operando assim como uma espécie monetária nova e alternativa às moedas tradicionais⁽¹¹³⁾. Por outro lado, trata-se de uma característica suscetível de diferentes categorizações, de acordo com as próprias finalidades subjacentes às taxonomias⁽¹¹⁴⁾: basta assim recordar que o legislador europeu, na sua recente proposta de Regulamento relativo aos mercados de criptoativos, dividiu os criptoativos nas categorias de “utility tokens”, “asset-referenced tokens” and “e-money tokens”⁽¹¹⁵⁾.

§4 Modalidades

I. Fenómeno pluriforme e em permanente evolução, dotado de enorme diversidade quantitativa e qualitativa, as moedas virtuais podem revestir uma significativa variedade de modalidades, consoante os critérios de classificação adotados: tais moedas podem ser privadas mas também públicas (v.g., “central bank digital currencies”), podem ser descentralizadas mas também centralizadas (v.g., “Linden Dollar”), podem ser convertíveis

mentar de metadados da rede “Bitcoin” que permite associar a cada moeda virtual um determinado ativo real, de natureza material ou imaterial, que foi transacionado através dela (v.g., uma moeda verde representa alimentação, uma moeda vermelha ações, uma moeda verde propriedade industrial, etc.). Cf. ROSENFELD, MENI, *Overview of Colored Coins*, White Paper, 2012.

⁽¹¹³⁾ Cf. *supra* § 1-4 (III).

⁽¹¹⁴⁾ Para uma outra taxonomia, que distingue entre “app tokens” e “protocol tokens”, vide ROHR, JONATHAN/WRIGHT, ARON, *Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets*, 469, ss., in: 70 “Hasting Law Journal” (2019), 463-524.

⁽¹¹⁵⁾ Art. 3.º, n.ºs 1, 3 a 5) do “Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937” [COM(2020) 593 final]. Sobre esta proposta, vide *supra* § 2-2 (IV). Esta ausência de taxonomias comuns ou estáveis é também sublinhada pelas autoridades de supervisão: vide EUROPEAN CENTRAL BANK, *Crypto-Assets — Implications for Monetary Policy, Financial Stability, and Payments and Market Infrastructures*, 28, Occasional Paper Series n.º 223, Frankfurt, 2019; e BANCO DE PORTUGAL, *Occasional Paper on Crypto-Assets*, 2, Occasional Papers n.º 4, Lisboa, 2020.

ou inconvertíveis (v.g., câmbio monetário), podem ser emitidas em número limitado ou ilimitado (v.g., “Dogecoin”), e assim por diante⁽¹¹⁶⁾.

II. Pela sua importância, destacaremos em seguida, dentro do universo geral das moedas virtuais: a primogênita criptomoeda “Bitcoin”; as criptomoedas *alternativas* (“alternative coins”); as criptomoedas *públicas* (“central bank digital currencies”); e as criptomoedas *estáveis* (“stable coins”).

1. Bitcoin

I. A “Bitcoin” (conhecida pelo símbolo ₿ ou pela sigla BTC ou XBT) é a primogênita, mais conhecida e mais relevante moeda virtual em circulação: trata-se de uma criptomoeda que constitui a unidade de conta do sistema monetário “Bitcoin” assente em tecnologia “blockchain”⁽¹¹⁷⁾.

II. O “bitcoin”, enquanto unidade monetária, possui uma estrutura divisionária constituída por diversas frações ou submúltiplos (“bitcents”, “milibit”, “bit”, “finney” e “satoshi”)⁽¹¹⁸⁾. Ao contrário de outras moedas

⁽¹¹⁶⁾ Para algumas classificações ou taxonomias funcionais das moedas virtuais, vide EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes — A Further Analysis*, 9, ss., ECB, Frankfurt, 2015; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Virtual Currencies and Beyond*, 7, ss., IMF, New York, 2017.

⁽¹¹⁷⁾ É usual o emprego do termo masculino “bitcoin”, em letra minúscula, para designar a unidade desta criptomoeda, e do termo feminino “Bitcoin”, em letra maiúscula, para designar o sistema tecnológico de suporte ou a rede de pagamentos nesta moeda. Sobre a “Bitcoin”, vide entre nós PACHECO, A. VILAÇA, *Bitcoin*, Editora Self, Carcavelos, 2018. Noutros quadrantes, de uma perspectiva geral, ANTONOPOULOS, ANDREAS, *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, O’Reilly Media, Sebastopol, 2015; de uma perspectiva jurídica, BRITO, JERRY/HOEGNER, STUART (eds.), *The Law of Bitcoin*, iUniverse, Bloomington, 2015; CAPACCIOLI, STEFANO, *Criptovalute e Bitcoin: Un’Analisi Giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015; KERKMANN, MARCEL, *Die Rechtsnatur von Bitcoins. Versuch einer privatrechtlichen Einordnung*, Grin Verlag, Berlin, 2019; ULRICH, FERNANDO, *Bitcoin: A Moeda na Era Digital*, Instituto L. Von Mises, São Paulo, 2014.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre a natureza jusmonetária da “Bitcoin”, vide BECK, BENJAMIN, *Bitcoins als Geld im Rechtssinne*, in: 67 “Neue Juristische Wochenschrift” (2015), 580-586; MADJEE, TARA, *Bitcoin, Its Legal Classification and Its Regulatory Framework*, in: 15 “Journal of Business and Securities Law” (2014), 157-217; SPINDLER, GERALD/BILLE, MARTIN, *Rechtsprobleme von Bitcoin als virtuelle Währung*, 1361, in: 68 “Wertpapier-Mitteilungen — Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” (2014), 1357-1369; SHCHERBAK, SERGIH, *How Should Bitcoin be Regulated?*, in: 7 “European Journal of Legal Studies” (2014), 45-91; SMALL, STEPHEN, *Bitcoin: The Napster of Currency*, in: 37 “Houston Journal of International Law” (2015), 581-640; YERMACK, DAVID, *Is Bitcoin a Real Currency?*, in: “Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data”, 31-44, Elsevier, London, 2015.

que permitem apenas a representação de valor centesimal (é o caso do Euro, que se divide em cem cêntimos), o “bitcoin” permite a representação e as transações de valor da centésima parte de um bilionésimo dessa unidade monetária, ou seja, 0,000000001: as frações de valor de 1 BTC são o “cent-bitcoin” ou cBTC (0,01), o “mili-bitcoin” ou mBTC (0,001), o “micro-bitcoin” ou μ bitcoin (0,000001), o “finney” (0,0000001) e — em homenagem ao seu criador — o “satoshi”, que representa o mais pequeno submúltiplo desta criptomoeda (0,00000001)⁽¹¹⁹⁾.

III. Tal como já referimos atrás, a criação da “Bitcoin” é imputada a SATOSHI NAKAMOTO em finais de 2008, a quem é atribuída a autoria do trabalho concetualizador do suporte tecnológico deste novo tipo de moeda virtual (justamente intitulado “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”) e que lançou a primeira versão da aplicação “Bitcoin” (emitindo ou “minerando” também o primeiro “bitcoin”). No espaço de pouco mais de uma década, esta moeda virtual registou uma enorme expansão e valorização: dois anos apenas depois sua criação, o “bitcoin” atingiu a paridade com o dólar; em finais de 2017, um “bitcoin” quebrou a barreira dos 20 000 dólares; e atualmente, nos inícios de 2021, atingiu o valor recorde de USD 41 941 dólares por “bitcoin”, sendo que existem mais de 18 milhões de “bitcoins” em circulação, um volume de transações de 59 biliões de dólares e uma capitalização de mercado de 600 biliões de dólares, representando cerca de 63% do total do mercado da criptomoedas⁽¹²⁰⁾.

IV. O sistema monetário “Bitcoin” constitui um ficheiro informático atualmente com mais de 250 000 megabites e em processo de crescimento exponencial — que contém o registo de todas as transações relativas a uma unidade “bitcoin” ou suas frações que foram validadas através do protocolo algorítmico do sistema Bitcoin, estando tais transações ligadas entre si de tal forma que é possível a cada momento traçar a sua genealogia até à primeira transação (“coinbase”) — e também uma *rede descentrali-*

⁽¹¹⁹⁾ Sublinhe-se que, apesar dessas frações divisionárias, a rede desencoraja as transações de frações criptomonetárias ínfimas (o chamado “*bitcoin dust*”), que sobrecarregam a rede, impondo uma taxa suplementar (dado que 1 bitcoin equivale a 0,00000001 “satoshis”, a transferência de um “bitcoin” pode, no limite, implicar um milhão de transações).

⁽¹²⁰⁾ Tal como sucede com as moedas virtuais em geral, a “Bitcoin” oscila entre os admiradores confessos — “o mundo nunca será o mesmo depois da Bitcoin” (PACHECO, A. VILAÇA, *Bitcoin*, 14, Editora Self, Carcavelos, 2018) — e os detratores sarcásticos — que a apelidam de “dinheiro de monopólio” [VAUPLANE, HENRI, *Bitcoin: Monnaie de Singe ou Monnaie Légale?*, in: 762 “Revue Banque” (2013) 79-84].

zada de pagamentos que permite realizar pagamentos nesta moeda sem necessidade de quaisquer entidades intermediárias — sendo utilizada todos os dias por mais de 63 milhões de pessoas, em cerca de 400 mil transações diárias correspondendo a um valor diário agregado superior a 5 bilhões de dólares⁽¹²¹⁾.

V. A *emissão* das moedas “bitcoins” é realizada na própria rede “Bitcoin” através de um mecanismo de recompensa económica dos “mineiros” (“miners”), que asseguram o registo e a validação criptográfica dos blocos de transações de “bitcoins”: a rede “Bitcoin” foi concebida para permitir a emissão de um valor máximo de aproximadamente 21 milhões de “bitcoins”, dos quais 89% (cerca de 18,6 milhões) já foram minerados e estimando-se que os demais sejam criados até ao ano 2140⁽¹²²⁾. As pessoas singulares ou coletivas que pretendam ser titulares ou transacionar “bitcoins” devem aceder à rede “Bitcoin” através de uma aplicação informática específica (“Bitcoin-Client Core”) que disponibiliza uma *carteira* (“*wallet*”): esta carteira, que assenta numa tecnologia de encriptação assimétrica e se destina a permitir ao usuário realizar todo o tipo de transações sobre “bitcoins” (v.g., pagamentos, transferências, recebimentos, consulta de saldos), gera um par de chaves criptográficas que irão funcionar como endereço do titular da carteira para onde podem ser realizados transferências e pagamentos, à semelhança de um IBAN (“public key” ou “Bitcoin adress”), e como assinatura digital secreta do titular que permite o acesso e movimentação da sua própria carteira, à semelhança de um “pin” ou “password” (“private key”)⁽¹²³⁾. A *titularidade e o armazenamento* de unidades

⁽¹²¹⁾ MIDDLEBROOK, STEPHEN, *Bitcoin for Merchants: Legal Considerations for Businesses Wanting to Accept Bitcoin as a Form of Payment*, in: 24 “Business Law Today” (2014), november, 1-4. Dado que o “bitcoin” é uma moeda virtual autónoma, que não possui qualquer ativo subjacente, o seu valor depende essencialmente do nível da oferta da mesma, sendo o preço dos bens e serviços transacionados geralmente calculado através da taxa de conversão ou câmbio em vigor com moedas nacionais com curso legal: a moeda de conversão mais utilizada é atualmente o dólar (representando mais de 72% do total dos câmbios), seguido do yen japonês (19%) e do euro (3%).

⁽¹²²⁾ O sistema “Bitcoin” é assim um *sistema monetário deflacionário*, que permite controlar a emissão ou oferta de novas unidades monetárias, estando concebido para reduzir a taxa de recompensa para metade a cada 200 mil novos blocos de transações: assim, no momento da sua criação (2009), a recompensa económica pela validação de cada novo bloco de transações era de 50 BTC, tendo vindo a descer ao longo dos anos para 25 BTC (2012), 12,5 BTC (2016) e 6,25 BTC (2020), e estimando-se que continue a descer até 2040 (cf. BHASKAR, N. DEVI/CHUEN, D. LEE, *Bitcoin Mining Technology*, in: “Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data”, 45-66, Elsevier, London, 2015).

⁽¹²³⁾ Tais endereços, que são representados por identificadores alfanuméricos únicos entre 26 e 35 caracteres, têm sido substituídos, para permitir uma utilização mais amigável das moedas virtuais

monetárias “bitcoin” podem ser realizados de formas diversas: assim, os usuários de carteiras podem obter “bitcoins” através da sua compra em plataformas de negociação virtuais ou até físicas (dedicadas à compra, venda e troca de moedas virtuais e outras espécies monetárias, v.g., dólares, ou até outras criptomoedas, v.g., “Ether”) ou da atividade de “mineração” (graças ao referido sistema de recompensa em novas “bitcoins”); por seu turno, os “bitcoins” podem ser armazenados em carteiras “on-line” instaladas em dispositivos próprios do utilizador (v.g., computador, telemóvel) ou em equipamento remotos dos servidores (carteiras “web”) (armazenamento “hot storage”) ou em carteiras “off-line”, que não estão conectadas à rede de forma permanente, através de dispositivos USB ou outros similares (“cold storage”). Finalmente, em linha com a inviolabilidade teórica dos sistemas criptomonetários, a *segurança* da “Bitcoin” tem sido confirmada pela experiência: sendo alvo de ataques informáticos há mais de uma década, dia e noite, por “hackers” de todo o mundo, a sua integridade, tanto quanto se saiba, jamais foi comprometida.

VI. Expressão da sua pujança e crescente maturidade, a “Bitcoin” foi dando progressivamente origem a uma economia ou *ecossistema monetário próprio*. Essa economia “Bitcoin” está bem patente na instalação de equipamentos “ATM bitcoins” (semelhantes aos ATM convencionais, que permitem carregar, transferir, comprar e vender esta moeda virtual específica), de plataformas de câmbio (que asseguram o interface ou convertibilidade recíproca com outras espécies monetárias, v.g., “Bitpanda”, “Bity”, “Bitfinex”, “Bitstamp”, “Kraken”) e de pagamento (que asseguram o processamento de pagamentos e faturação em termos empresariais, v.g. “Gocrypto”), na disseminação de empresas e entidades que aceitam o pagamento nesta moeda virtual (v.g., Microsoft, Bloomberg, Overstock, Norwegian Airlines, etc.) e até na criação de instrumentos financeiros que a tomam por ativo subjacente (v.g., futuros e ETF sobre “bitcoins”, negociados na “Chicago Mercantil Exchange”)(¹²⁴).

como meio de pagamento, por códigos de barras (mormente “QR Codes”): tal significa, por exemplo, que para efetuar um pagamento de determinado bem ou serviço em “bitcoins”, o devedor não necessita de digitar ou inserir o endereço alfanumérico do credor, bastando-lhe proceder à leitura automática daquele código através do seu telemóvel.

(¹²⁴) BRAR, H. K., *The Bitcoin Ecosystem*, Blurb, 2018. Como veremos já em seguida, a “Bitcoin” é uma moeda virtual-mãe que está na origem de outras criptomoedas-filhas, graças a cisões na rede “Bitcoin” mediante novas regras consensualizadas (“hard forks”), tais como a “Bitcoin Cash” (BCH), a “Bitcoin Gold” (BCG), e a “Bitcoin XT” (BCXT). Cf. ISTOMIM, NADRUS, *Bitcoin Hard Fork*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017.

2. Criptomoedas Alternativas

I. Designam-se por *criptomoedas alternativas* ou “altcoins” (abreviatura de “alternative coins”) todas as demais moedas virtuais alternativas à original “bitcoin”⁽¹²⁵⁾.

II. A “Bitcoin”, enquanto primogénita moeda virtual de tecnologia “blockchain”, está assente num código informático de acesso aberto e público (“open source”), tendo assim tornado possível a criação e implementação de novas moedas virtuais por quaisquer interessados, seja mantendo todas as características da criptomoeda original (“clone” monetário), seja alterando algumas dessas características através de bifurcações do código informático de base (v.g., dimensão dos blocos, tempo de registo dos blocos, protocolos criptográficos, anonimato, funcionalidades). Essa circunstância explica o aparecimento de criptomoedas alternativas ou “altcoins”, que têm contribuído para a consolidação das moedas virtuais enquanto espécie monetária emergente, quer através do aperfeiçoamento da tecnologia “blockchain” (incentivando a inovação), quer graças à criação de um ambiente de concorrência entre os diferentes tipos de criptomoedas.

III. A expansão das criptomoedas alternativas tem sido verdadeiramente vertiginosa. Tendo a primeira “altcoin” surgido em 2011 (“Namecoin”)⁽¹²⁶⁾, existem atualmente mais de 5400 tipos de criptomoedas alternativas em circulação, com uma capitalização de mercado de 300 biliões de euros e um volume diário de transações na ordem dos 90 biliões de dólares⁽¹²⁷⁾. Entre as moedas alternativas mais relevantes, destacam-se a Ether (10,99%), Tether (2,73%), XRP (1,32%), Litecoin (1,14%), Polkadot (1,06%), Bitcoincash (0,85%), Cardano (0,74%), Binancecoin (0,71%), Chainlink (0,60%), Steller (0,45%), Bitcoin SV (0,33%), EOS (0,29%), Monero (0,24%), Tezos (0,22%), Synthetix (0,21%) e Neo

⁽¹²⁵⁾ Sobre as criptomoedas alternativas, vide ALEXI, BEN, *Altcoins Book Guide: A Comprehensive Manual on Investing in Alternative Cryptocurrencies*, CreateSpace Independent Publishing, 2018; HARROD, EDWARD, *Altcoins: Clear and Unbiased Facts About Them*, CreateSpace Independent Publishing, 2018; JUHASZ, SZABOLCS, *Cryptocurrency Investing: Anonymous Altcoins*, Sabi Shepherd Limited, 2019; PATEL, NIK, *An Altcoin Trader's Handbook*, Amazon.com Services LLC, 2018.

⁽¹²⁶⁾ Recorde-se que, de acordo com o Banco Central Europeu, existiam em 2015 cerca de 500 criptomoedas, embora já então se lhes augurasse um “rápido crescimento” (*Virtual Currency Schemes — A Further Analysis*, 9, ECB, Frankfurt, 2015).

⁽¹²⁷⁾ COIN MARKET CAP, *Top 100 Cryptocurrencies by Market Capitalization* (<<https://coinmarketcap.com/>>).

(0,16%): as vinte maiores criptomoedas alternativas representam uma capitalização de mercado agregada de 14%, representando todas as demais milhares de moedas virtuais em circulação (com capitalização inferior a um décimo percentual) cerca de 9% do mercado. Entre as criptomoedas alternativas, pela sua relevância de mercado ou características especiais, merecem o “*Ether*” e o “*XRP*”, além de outras (“*Litecoin*”, “*Dash*”, “*Monero*”, *Neo*”).

IV. O *Ether* é uma criptomoeda, criada em 2014 por Vitalik BUTERIN e desenvolvida pela “Ethereum Foundation”, que implementou uma tecnologia própria (plataforma “Ethereum”): trata-se de uma plataforma descentralizada, assente na tecnologia “blockchain” de segunda geração, que permite aos utilizadores criar as suas próprias criptomoedas e executar contratos inteligentes⁽¹²⁸⁾. A unidade monetária “Ether” (representada pelo símbolo $\Xi\text{\textasciix}$ e sigla ETH) tem uma natureza divisionária, subdividida em múltiplos (“*Kether*”, “*Mether*”, “*Gether*”, “*Tether*”) e frações (“*finney*”, “*sazbo*”, “*gwei*”, “*mwei*”, “*kwei*”, “*wei*”), sendo criadas na rede “Ethereum” através de operações de “mining” e podendo ser transferidas entre os utilizadores desta rede. Apesar de partilhar várias semelhanças com a “Bitcoin”, apresenta importantes especialidades: ao contrário da rede “Bitcoin”, que foi concebida essencialmente como uma plataforma de pagamentos descentralizada, a rede “Ethereum” está assente numa tecnologia blockchain de segunda geração (2.0) que utiliza uma linguagem computacional universal e é apta a servir diferentes aplicações específicas (“*Dapps*” ou “*Decentralized Apps*”), tendo sido concebida como uma plataforma de execução de aplicações informáticas de forma descentralizada; ao contrário da moeda “bitcoin”, que serve exclusivamente funções monetárias (designadamente, meio de pagamento universal), o “ether” funciona essencialmente como unidade de conta e meio de pagamento da execução de contratos inteligentes (“*smart contracts*”), sem prejuízo de poder ser utilizada no cumprimento de quaisquer outras transações económicas ou como reserva de valor⁽¹²⁹⁾.

(128) ANTONOPOULOS, ANDREAS/WOOD, GAVIN, *Mastering Ethereum: Building Smart Contracts and DApps*, O’Reilly Media, 2018; BLOKDYK, GERARDUS, *Ethereum Blockchain As A Service*, Amazon.com Services LLC, 2020; DIEDRICH, HENNING, *Ethereum: Blockchains, Digital Assets, Smart Contracts, Decentralized Autonomous Organizations*, Wildfire Publishing, 2016.

(129) Um “*smart contract*” consiste num protocolo computacional específico que permite a execução automática dos termos de um determinado contrato digital, mediante a verificação de um conjunto de condições pré-definidas. Sobre esta figura, *vide* já *infra* § 3-3 (V).

V. O *XRP* é a criptomoeda própria do sistema “Ripple”, lançado em 2012 por Chris LARSEN e pela “Ripple Labs, Inc.”, que constitui um sistema de pagamentos, transferências, câmbios e de liquidação bruta em tempo real construído com base num protocolo informático aberto (“Ripple Transaction Protocol” ou RTXP)⁽¹³⁰⁾. A unidade monetária XRP é atualmente divisível em 6 submúltiplos ou frações, sendo a menor fração o “drop” (1 XRP equivale a 1 milhão de “drops”). Esta criptomoeda apresenta várias especialidades no confronto com os sistemas “Bitcoin” e “Ethereum”. Assim, a emissão monetária no sistema “Ripple” não é assegurada através da atividade aberta de mineração, tendo a totalidade das 100 milhões de unidades de XRP em circulação sido emitidas no momento do lançamento do próprio sistema (sem permissão de emissão de novas unidades), sendo detidas maioritariamente pelo seu promotor Ripple Lab e sendo as transações validadas por um grupo fechado de participantes. Mais importante, o sistema “Ripple” foi essencialmente concebido para permitir realizar transações financeiras transfronteiriças diretas (“peer-to-peer”), seguras, instantâneas e quase gratuitas, de moedas (moedas convencionais, outras moedas virtuais) ou até outras unidades de valor (v.g., milhas aéreas, créditos telefónicos), sendo cada vez mais utilizado pelos próprios bancos e redes de pagamento como tecnologia de infraestrutura de liquidação (“UniCredit”, “UBS”, “Santander”): uma das funções específicas da criptomoeda XRP é servir de moeda de ponte (sempre que não for possível a troca direta entre dois pares de moedas), sendo a única moeda, dentro da rede “Ripple”, que não acarreta risco de contraparte (representando as demais moedas ou ativos instrumentos de dívida que existem sob a forma de saldos).

VI. Outras criptomoedas conhecidas são o “*Litecoin*” (LTC), criptomoeda criada por Charlie LEE em 2011, com natureza e objetivos análogos aos da Bitcoin, caracterizada por um maior número de unidades monetárias em circulação (84 milhões), um maior divisionamento (1 “*litecoin*” é divisível em 100 milhões de frações definidas por oito casas decimais) e um processo mais rápido de validação de transações; o “*Dash*” (abreviatura para “*Digital Cash*”, também conhecida como “*Darkcoin*” ou “*Xcoin*”), criptomoeda criada por Ryan TAYLOR em 2014 que se contradistingue por

⁽¹³⁰⁾ ARMKNECKT, FREDERIK/KARAME, GHASSAN/MANDAL, AVIKARSHA/YOUSSEF, FRANCK/ZENNER, ERIK, *Ripple: Overview and Outlook*, in: AAVV, “Trust and Trustworthy Computing”, 163-180, Springer International, Heidelberg/New York, 2015; FILLMORE, JOHN, *Ripple Coin*, Amazon.com Services LLC, 2018; REDCAR, MICHEL, *Ripple XRP: The Virtual Opportunity*, Amazon.com Services LLC, 2017; TAKASHIMA, IKUYA, *Ripple: The Ultimate Guide to the World of Ripple XRP, Ripple Investing, Ripple Coin, Ripple Cryptocurrency*, Amazon.com Services LLC, 2018.

implementar uma rede descentralizada de dois níveis (baseada em nós-mestre ou “master nodes”) que permite níveis reforçados de garantia da privacidade e instantaneidade de validação de transações; o “*Monero*” (XMR), criptomoeda criada em 2014 com carteiras disponíveis em vários ambientes informáticos (Windows, MacOS, iOS, Linux, Android, FreeBSD) e que garante um maior grau de privacidade e anonimato aos seus utilizadores, sendo praticamente irrastrável; o “*Neo*” (NEO), criptomoeda criada por HONGFEY e ZHANG em 2014 e que foi concebida para criar uma rede escalável de aplicações descentralizadas (à semelhança da “Ethereum”, sendo por vezes conhecida como “Ethereum” chinesa), com a particularidade de utilizar duas unidades monetárias conexas (a moeda virtual “NEO” e o “token” GAS, onde a primeira funciona como ativo subjacente e gerador dos “tokens”, os quais são exclusivamente usados para pagar as taxas de transação na rede)⁽¹³¹⁾.

3. Criptomoedas Públicas

I. Os Estados e as autoridades monetárias não ficaram imunes ao fenómeno das moedas virtuais, tendo começado a equacionar a eventual introdução de criptomoedas públicas ou soberanas: sobretudo tendo em conta o acentuado declínio da utilização de moeda física, multiplicam-se as iniciativas de criação de uma “*Central Bank Digital Currency*” (CBDC) ou de “*sovereign digital currencies*” (SDC)⁽¹³²⁾. Trata-se, no fundo, de uma versão virtual da moeda física (uma espécie de “criptoeuro”), emitida e garantida tal como esta pelas autoridades monetárias europeias ou nacionais, e suscetível de desempenhar na plenitude as tradicionais funções monetárias desta com vantagens no plano da eficiência das transações, segurança do sistema financeiro, condução da política monetária e inclusão social.

⁽¹³¹⁾ À data em que escrevemos, a mais recente criptomoeda é o “*NFTX*”, lançado em janeiro de 2021 pela empresa norte-americana “Niftext”, com uma cotação atual de cerca de 91 USD, que se contradistingue por constituir uma plataforma que permite a emissão e circulação “tokens” criptográficos não fungíveis (ECR320), que são utilizáveis em várias aplicações, especialmente de jogos.

⁽¹³²⁾ Sobre as criptomoedas soberanas, vide BECH, MORTEN/GARRATT, RODNEY, *Central Bank Cryptocurrencies*, in: “BIS Quarterly Review” (2017), 55-70; DIDENKO, ANTON/BUCKLEY, ROSS, *The Evolution of Currency: From Cash to Cryptos to Sovereign Digital Currencies*, in: 42 “Fordham International Law Journal” (2019), 1041-1094; GNAN, ERNESTO/MASCIANDARO, DONATO (eds.), *Do We Need Central Bank Digital Currency? Economics, Technology, and Institutions*, Suerf/Larcier, Vienna, 2018; KUMHOF, MICHAEL/NOONE, CLAIRE, *Central Bank Digital Currencies: Design Principles and Balance Sheet Implications*, Bank of England, London, 2019.

II. Existem já alguns países onde foram lançadas as primeiras criptomoedas soberanas, como é o caso do Dubai (“emCash”) e da Venezuela (“petro”)(¹³³). Mais relevante porventura são os numerosos projetos neste momento em curso, alguns dos quais em fase avançada de implementação: entre eles, destaquem-se os projetos “Jasper” no Canadá(¹³⁴), o projeto “Stella” no Japão, o Projeto “Ubin” em Singapura(¹³⁵), o projeto “e-Krona” na Suécia(¹³⁶) e o projeto “e-Peso” no Uruguai(¹³⁷). A atenção dos legisladores e reguladores ao fenómeno, bem como as perspetivas de efetiva criação de criptomoedas soberanas num futuro próximo, têm vindo a aumentar(¹³⁸).

III. Um destaque muito especial, pelo seu alcance e pelo seu potencial catalisador, merece o “*Digital Yuan*”. Com efeito, em outubro de 2019, a República Popular da China anunciou o seu projeto de lançamento de uma criptomoeda própria(¹³⁹): designada “Digital Currency/Electronic Payment” (DCEP), trata-se de uma criptomoeda estável, assente ou indexada em ativos soberanos, funcionando simultaneamente como unidade monetária e de sistema de pagamento, destinada a substituir o “yuan” físico(¹⁴⁰).

(¹³³) CHOHAN, USMAN, *Cryptocurrencies as Asset-Backed Instruments: The Venezuelan Petro*, in: <<https://ssrn.com/abstract=3119606>>.

(¹³⁴) BANK OF CANADA, *Contingency Planning for a Central Bank Digital Currency*, Toronto, 2020. Já anteriormente ENGERT, WALTER/FUNG, BEN, *Central Bank Digital Currency: Motivations and Implications*, Bank of Canada, Toronto, 2017.

(¹³⁵) MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, *Project Ubin: Central Bank Digital Money using Distributed Ledger Technology*, Singapore, 2020.

(¹³⁶) SVERIGES RIKSBANK, *The Riksbank's E-Krona Project*, Stockholm, 2017.

(¹³⁷) BERGARA, MARIO/PONCE, JORGE, *Central Bank Digital Currencies: The Uruguayan E-Peso Case*, in: Gnan, Ernesto/Masciandaro, Donato (eds.), “Do We Need Central Bank Digital Currency?”, 82-90, Suerf/Larcier, Vienna, 2018.

(¹³⁸) O que, apesar do seu tradicional precaucionismo, foi recentemente de algum modo reconhecido por responsáveis do próprio Banco Central Europeu: cf. MERSCH, YVES, *An ECB Digital Currency — A Flight of Fancy?*, in: <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2020/html/ecb.sp200511~01209cb324.en.html>>.

(¹³⁹) HUANG, ROGER, *China Will Use Its Digital Currency to Compete With The USA* (Forbes, 25 de maio de 2020).

(¹⁴⁰) Sobre a anunciada criptomoeda chinesa, vide ARNER, DOUGLAS/BUCKLEY, ROSS/ZETZSCHE, DIRK/DIENKO, ANTON, *After Libra, Digital Yuan and Covid: Central Bank Digital Currencies and the New World of Money and Payment Systems*, 28, ss., EBI Working Paper Series n.º 65, Frankfurt, 2020. Na mesma linha, mas aparentemente mais atrasado, o “Digital Dollar Project” norte-americano: cf. DIGITAL DOLLAR PROJECT, *Explaining a US CBDC (2020)*, in: <<https://www.digitaldollarproject.org/exploring-a-us-cbdc>>.

4. Criptomoedas Estáveis

I. Outro desenvolvimento recente são as *criptomoedas estáveis* (“stablecoins”): trata-se de uma variante particular de moeda virtual que incorpora mecanismos de estabilidade destinados a mitigar o típico problema da volatilidade das criptomoedas⁽¹⁴¹⁾.

II. As moedas estáveis podem ser de dois tipos fundamentais, consoante o mecanismo de estabilização utilizado é externo ou interno ao próprio sistema monetário virtual. No primeiro caso, temos moedas estáveis indexadas a *ativos subjacentes* (“backed stablecoins”): esses ativos subjacentes podem ser de natureza monetária — mormente, uma moeda nacional, v.g., dólar, euro (“fiat-backed stablecoin”) ou uma outra moeda virtual, v.g., bitcoin (“cryptocurrency-backed stablecoin”) — ou de natureza não monetária — designadamente, metais preciosos, v.g., ouro e prata (“commodity-backed stablecoins”). No segundo caso, temos as moedas virtuais que assentam num *protocolo algorítmico* que permite controlar a quantidade de moeda emitida e em circulação (“seigniorage stablecoins”).

III. Esta modalidade alternativa das moedas virtuais ganhou destaque na sequência da apresentação da proposta de criação da *Libra* pelo Facebook, atenta a possibilidade de cerca de metade da população adulta mundial a poder passar a usar⁽¹⁴²⁾. Atualmente, a moeda estável mais conhecida e relevante em circulação é a “Tether” (USDT), uma criptomoeda lançada em 2018 indexada o dólar e com uma capitalização de mercado de 26 biliões de dólares, o que faz dela já a terceira maior criptomoeda⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴¹⁾ BULLMANN, DIRK/KLEMM, JONAS/PINNA, ANDREA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?* ECB Paper N.º 230, Frankfurt, 2019; SCHÜTZE, CHRISTOPHER, *Eignung von Stablecoins für das unternehmerische Fremdwährungsrisikomanagement*, Grin Verlag, Berlin, 2019; SUN, WEIMIN/WU, XUN/KWOK, ANGELA, *Security Tokens and Stablecoins Quick Start Guide*, Packt Publishing, Birmingham, 2019.

⁽¹⁴²⁾ LIBRA ASSOCIATION, *Libra White Paper 2.0 (abril de 2020)*. Sobre este projeto, bem como os seus pressupostos e implicações, vide BILOTTA, NICOLA/BOTTI, FABRIZIO, *Libra and the Others: The Future of Digital Money*, in: “Istituto Affari Internazionali” (2018), 1-25; UKROW, JÖRG, *Libra im Lichte des Europarechts*, in: 30 “Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” (2019), 726-733; ZETZSCHE, DIRK/BUCKLEY, ROSS/ARNER, DOUGLAS, *Regulating LIBRA: The Transformative Potential of Facebook’s Cryptocurrency and Possible Regulatory Responses*, in: 47 “University of New South Wales Law Research Series” (2019), 1-28.

⁽¹⁴³⁾ WEI, W. CHUN, *The Impact of Tether Grants on Bitcoin*, in: 171 “Economics Letters” (2018), 19-22.

IV. As moedas estáveis com dimensão global, como será porventura o caso da Libra, colocam novos desafios à arquitetura jurídica da ordem económica e financeira internacional, entre os quais se destacam, para além do progressivo esbatimento das soberanias monetárias nacionais, os riscos à estabilidade financeira, a necessidade de garantir robustez operacional, segurança e solidez aos sistemas de pagamento, a proteção dos consumidores e a proteção de dados. Isso explica a atenção particular que lhe está a ser conferida no âmbito das mais recentes iniciativas legislativas criptomonetárias: tal o caso da figura dos “asset-referenced tokens” (ARTs), ou criptofichas referenciadas a ativos, prevista no art. 3.º, n.º 1, 3) da proposta de “Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937”⁽¹⁴⁴⁾.

§5 Estatuto Jurídico

I. As criptomoedas constituem uma espécie monetária emergente que, para utilizar emprestada a expressão cunhada por PRIMAVERA DE FILIPPI, consubstanciam “*um sonho libertário transformado em pesadelo regulatório*”⁽¹⁴⁵⁾. Com efeito, dada a sua novidade e a natureza disruptiva da tecnologia em que assentam, as criptomoedas constituem uma espécie monetária que, sendo em si mesma lícita⁽¹⁴⁶⁾, não dispõe de uma disciplina legal específica, tornando assim impossível falar de um verdadeiro *estatuto jurídico* a seu respeito: como salienta CORINNE ZELLWEGER-GUTKECHT, “a procura

⁽¹⁴⁴⁾ Sobre esta figura, vide ZETZSCHE, DIRK/ANNUNZIATA, FILIPPO/ARNER, DOUGLAS/BUCKLEY, ROSS, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy*, 10, European Banking Institute (Working Paper 77), Frankfurt, 2020.

⁽¹⁴⁵⁾ *Bitcoin: A Regulatory Nightmare to a Libertarian Dream*, in: 3 “Internet Policy Review” (2014), 1-11. Quando não um “quebra-cabeças”: HOWDEN, ED, *The Crypto-Currency Conundrum: Regulating an Uncertain Future*, in: 29 “Emory International Law Review” (2015), 741-798.

⁽¹⁴⁶⁾ A licitude desta nova espécie monetária, reconhecida aliás pelas autoridades monetárias nacionais e europeias (cf. BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamento*, 40, Lisboa, 2018; EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, 43, ECB, Frankfurt, 2012), foi definitivamente confirmada pela Diretiva UE/2018/843, de 30 de maio (cf. *supra* § 2-2). Cf. CHOHAN, USMAN, *Assessing the Differences in Bitcoin & Other Cryptocurrency Legality Across National Jurisdictions*, SSRN, 2017; MATSUURA, JEFFREY, *Digital Currency: An International Legal and Regulatory Compliance Guide*, 7, Bentham Science Pub., New York, 2016; SCHEMBRI, TESSA, *The Legal Status of Cryptocurrencies in the European Union*, 23, Diss., Malta, 2018.

de uma caracterização jurídica das criptomoedas no contexto das categorias privatísticas tradicionais ainda não chegou a bom termo”⁽¹⁴⁷⁾.

II. Tal não significa dizer, todavia, que as moedas virtuais, tal como os demais tipos de moedas existentes (moeda física, moeda bancária, moeda eletrônica), não possuam um conjunto de características distintivas ou próprias enquanto espécie monetária — mormente, no plano da sua emissão, circulação e utilização — e não coloquem importantes desafios à Ordem Jurídica — sendo possível identificar presentemente uma vasta e crescente panóplia de questões jurídicas que as mesmas vêm colocar nos mais variados ramos do Direito, desde o direito das obrigações aos direitos reais ou do direito comercial ao direito fiscal, passando pelo direito penal e pelo direito internacional privado⁽¹⁴⁸⁾.

1. Emissão

I. A emissão das moedas virtuais é realizada no sistema ou rede monetário-digital próprio de cada criptomoeda específica, através de um sistema de recompensa econômica da atividade de validação dos blocos de transação da respetiva “blockchain” (“*mining*”) ou através de ofertas iniciais de venda como forma de financiamento das entidades emitentes (“*initial coin offerings*”).

II. Com exceção da primeira moeda ou transação original (correspondente ao “genesis block”), as unidades monetárias dos diversos tipos

⁽¹⁴⁷⁾ *Developing the Right Regulatory Regime for Cryptocurrencies and Other Value Data*, 87, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 57-91, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁽¹⁴⁸⁾ Para uma visão de conjunto desses problemas, vide BOEHM, FRANZISKA/PESCH, PAULINA, *Bitcoins: Rechtliche Herausforderung eine Virtuelle Wahrung — Eine erste juristische Einordnung*, in: “Multimedia und Recht” (2014), 75-79; CAMBRIDGE CENTRE FOR ALTERNATIVE FINANCE, *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study*, Cambridge University, 2018; FOX, DAVID/GREEN, SARAH, *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019; NABILOU, HOSSEIN, *How to Regulate Bitcoin? Decentralized Regulation for a Decentralized Cryptocurrency*, in: 27 “International Journal of Law and Information Technology” (2019), 266-291; LEE, JOSEPH/L’HEUREUX, FLORIAN, *A Regulatory Framework for Cryptocurrency*, in: 31 “European Business Law Review” (2020), 423-446; SPINDLER, GERALD/BILLE, MARTIN, *Rechtsprobleme von Bitcoin als virtuelle Wahrung*, in: 68 “Wertpapier-Mitteilungen — Zeitschrift fur Wirtschafts- und Bankrecht” (2014), 1357-1369; ZILIOLO, CHIARA, *Crypto-Assets: Legal Characterisation and Challenges under Private Law*, in 46 “European Law Review” (2020), 251-266.

de criptomoedas existentes são criadas fruto de “*mineração*” (“*mining*”), jargão que designa o processo de validação de blocos de transações efetuada através da resolução de enigmas cripto-matemáticos altamente complexos que permite a descoberta do código algorítmico único identificador de cada bloco transacional (“*hash code*”)⁽¹⁴⁹⁾. Esta atividade, em teoria acessível a qualquer participante na rede (“*node*”), é usualmente realizada pelos grupos ou “*pools*” de mineiros (“*mining centers*” ou “*cryptocurrency farms*”) que, dispondo de uma enorme capacidade computacional e informática (“*full-nodes*”), disputam entre si a descoberta dos “*hash*” identificadores e a consequente validação e registo sequencial dos blocos de transações através da resolução de um complexo “*puzzle*” criptográfico (“*proof-of-work*” ou PoW) com vista a obtenção de uma recompensa ou retribuição económica⁽¹⁵⁰⁾: esta recompensa é justamente constituída com a atribuição ao mineiro que encontrou primeiro a solução para tal “*hash puzzle*” de uma ou mais novas unidades da criptomoeda minerada⁽¹⁵¹⁾.

III. Tal significa dizer que, tal como a própria moeda virtual em si mesma, a emissão ou “*cunhagem*” de criptomoedas é puramente *autopoiética*, já que não existem quaisquer emitentes em sentido próprio ou estrito — ou, se preferir, qualquer usuário pode emitir ou “*cunhar*” criptomoedas: como afirma FERNANDO ULRICH, as criptomoedas “são criadas à medida que milhares ou milhões de computadores dispersos em rede resolvem problemas matemáticos complexos que autenticam as transações feitas nessas mesmas moedas”⁽¹⁵²⁾. Ao contrário da moeda física tradicional, a emissão das moedas virtuais não é o produto da decisão, regulação ou supervisão

⁽¹⁴⁹⁾ O “*hash*” constitui um código algorítmico, representado por uma cadeia hexadecimal de 64 caracteres, que funciona como a impressão digital (“*fingerprint*”) de um conjunto de dados, sendo o SHA-2 (“*Secure Hash Algorithm*”), projetado pela Agência Nacional de Segurança norte-americana, o mais utilizado no âmbito das redes das moedas digitais, com destaque para o SHA-256. Por exemplo, o “*hash*” do presente estudo em SHA-256 é: e2c98e13b79cf04491214d895af6861d618afb843db5d2ff8cb756bf02065c41.

⁽¹⁵⁰⁾ A mineração requer um poder computacional significativo, estimando-se que cinco dos seis maiores “*pools*” de mineração, responsáveis por 65% dos blocos, estejam atualmente sediados na China (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, *Bitcoin Mining Map*, Center for Alternative Finance, 2021 (in: <https://cbeci.org/mining_map>).

⁽¹⁵¹⁾ Usualmente, essa recompensa económica é decrescente ao longo do tempo: assim, por exemplo, o sistema “*Bitcoin*” está concebido para reduzir a taxa de recompensa para metade a cada 200 mil novos blocos de transações, o que explica que, tendo arrancado em 2009 com uma recompensa de 50 BTC, esta se cifre atualmente em 6,25 BTC. Cf. BHASKAR, N. DEVI/CHUEN, D. LEE, *Bitcoin Mining Technology*, in: “*Handbook of Digital Currency: Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data*”, 45-66, Elsevier, London, 2015.

⁽¹⁵²⁾ *Bitcoin: A Moeda na Era Digital*, 19, Instituto L. Von Mises, São Paulo, 2014.

de quaisquer Estados ou autoridades públicas monetárias. Nos sistemas criptomonetários, não existe qualquer banco central ou autoridade monetária a quem compete a prerrogativa de colocação e retirada de circulação da moeda, de denominação da respetiva unidade de conta e de fixação do seu valor nominal, bem como do quadro jurídico da sua regulação (v.g., política monetária, controlo de câmbios, inflação ou preços): são os atributos do protocolo algorítmico de base — qual “*lex cryptographica*” (AARON WRIGHT/PRIMAVERA DE FILIPPI)⁽¹⁵³⁾ — que garantem a integridade do sistema monetário e independência da política monetária⁽¹⁵⁴⁾. Igualmente, ao contrário das moedas bancária e eletrónica, a emissão das moedas virtuais não é também produto de quaisquer instituições privadas no exercício das suas atividades próprias: nos sistemas monetários das criptomoedas, não existem quaisquer bancos comerciais ou outras instituições financeiras (“maxime”, instituições de pagamento e de moeda eletrónica) que criem moeda a partir de lançamentos escriturais de créditos pecuniários nas contas dos respetivos clientes (moeda bancária) ou a partir de uma provisão prévia noutras moedas efetuada por estes (moeda eletrónica). Esta natureza autopoietica da emissão monetária significa que nenhuma entidade, pública ou privada, tem verdadeiramente o controlo sobre as criptomoe-
das⁽¹⁵⁵⁾.

IV. Outra modalidade característica do regime da emissão das criptomoe-
das, que muito contribuiu para a sua expansão e sucesso atuais, reside nas chamadas “*ofertas iniciais de moeda*” (“initial coin offerings”

⁽¹⁵³⁾ *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, SSRN, 2015.

⁽¹⁵⁴⁾ As criptomoe-
das afiguram-se assim, desta perspetiva, uma curiosa concretização da teoria de FRIEDRICH A. HAYEK, que propugnava uma visão privada, espontânea e anti-estatizante da ordem monetária (*Denationalization of Money*, Institute of Economic Affairs, London, 1976). Cf. BAS, D. SANZ, *Hayek and the Cryptocurrency Revolution*, in: “Iberian Journal of the History of Economic Thought” (2020), 15-28; ZIMMERMANN, CLAUS, *Monetary Policy in Digital Age*, in: AAVV, “Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges”, 99-111, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁽¹⁵⁵⁾ As crises financeiras (2008) e das dívidas soberanas (2011) trouxeram consigo uma crise de legitimação dos sistemas monetários convencionais: se há algo que o cidadão comum ganhou consciência é que ele não tem verdadeiramente controlo sobre o seu dinheiro, encontrando-se à mercê das entidades estaduais (moeda física) e financeiras (moeda bancária) emittentes (WEBER, Beat, *Bitcoin and the Legitimacy Crisis of Money*, in: 1 “Cambridge Journal of Economics” (2016), 17-41). A coincidência entre o eclodir da crise (2008) e o nascimento da “Bitcoin” (2009) pode, aliás, não ter sido puramente casual, não faltando quem considere que a criação das criptomoe-
das constitui uma resposta ao descrédito generalizado que abalou os Estados e sistemas financeiros atuais (PACHECO, A. VILAÇA, *Bitcoin*, 20, ss., Editora Self, Carcavelos, 2018; noutras latitudes, convergentemente, ANTONOPOULOS, ANDREAS, *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, 20, O’Reilly Media, Sebastopol, 2015; LO BIANCO, FRANCESCO, *Bitcoin e Criptoalute contro la Sovranità. Il Nuovo Ordine Monetario Digitale*, Erga, Genova, 2020).

ou ICO), também designadas “vendas iniciais de moeda” (“initial token sale”)⁽¹⁵⁶⁾. Trata-se de operações através das quais uma entidade, frequentemente uma empresa tecnológica emergente, promove a venda (ou pré-venda) junto do público investidor de uma quantidade de uma determinada criptomoeda, mediante uma contrapartida pecuniária expressa em moedas convencionais (física, bancária, eletrónica) ou noutros tipos de moedas virtuais, como forma de angariação de fundos destinados a financiar o desenvolvimento da própria empresa, das suas atividades, produtos ou serviços⁽¹⁵⁷⁾. No comum dos casos, a entidade oferente (promotor/emiteente) elabora e publicita um documento técnico (“white paper”) onde, à semelhança de um prospeto, são explicitados os traços gerais do projeto a financiar, o plano de negócios, o investimento necessário, e as características das criptomoedas a emitir (as quais, como sabemos, podem ter diversos conteúdos e finalidades, v.g., “utility tokens”, “investment tokens”); em seguida, a entidade oferente emite as criptomoedas objeto da ICO (frequentemente mediante utilização de uma “blockchain” existente, “maxime”, “Ethereum”), que são então postas à subscrição “on-line” junto dos interessados, sem prejuízo de esta poder ser antecedida de um período de recolha de intenções de investimento ou de pré-venda; finalmente, em caso de sucesso da oferta, as criptomoedas são creditadas nas carteiras digitais dos respetivos subscritores, passando estes a poder exercer os direitos e obrigações específicos a ela associados (v.g., utilização de um serviço, recebimento de lucros ou mais-valias) ou aliená-las em mercado secundário (mormente,

⁽¹⁵⁶⁾ Sobre as ICO, vide CORREIA, F. Mendes, *Algumas Notas sobre Ofertas Públicas de Criptomoedas (Initial Coin Offerings)*, in: AAVV, “O Novo Direito dos Valores Mobiliários”, 175-183, Almedina, Coimbra, 2019; GERALDES, L. ROQUETTE/ALBUQUERQUE, M. SOLÁ/SILVA, J. LIMA, *ICOs: Security Token vs. Utility Token*, 336, ss., in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 327-361, Almedina, Coimbra, 2019; ROLO, A. GARCIA, *As Criptomoedas como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, 261, ss., in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019; SANTOS, J. VIEIRA, *Desafios Jurídicos das “Initial Coin Offerings”*, in: “Direito dos Valores Mobiliários II”, 403-427, IVM, Lisboa, 2018. Noutros quadrantes, HÖNIG, MICHAELA, *ICO und Kryptowährungen — Neue digitale Formen der Kapitalbeschaffung*, Springer/Gabler, Wiesbaden, 2018; NESTARCOVA, DOMINIKA, *A Critical Appraisal of Initial Coin Offerings: Lifting the “Digital Token’s Veil”*, Brill, Leiden/Boston, 2020; ZETZSCHE, DIRK/BUCKLEY, ROSS/ ARNER, DOUGLAS/FÖHR, LINUS, *The ICO Gold Rush: It’s a Scam, It’s a Bubble, It’s a Super Challenge for Regulators*, in: 60 “Harvard International Law Journal” (2019), 267-315.

⁽¹⁵⁷⁾ À semelhança das próprias criptomoedas, as ICO tiveram um enorme sucesso no espaço de poucos anos. Datando a primeira oferta de 2013 (a ICO da “Mastercoin”, que arrecadou 5 milhões de dólares), foram lançadas até ao início de 2021 cerca de 6 000 de ICO num montante total de fundos arrecadados superior a 20 bilhões de dólares, sendo a maior a ICO da “EOS”, em 2018, com cerca de 4,2 bilhões (cf. <<https://icobench.com/stats>>). Sobre o ponto, vide STERGIU, DIMITRIOS, *EOS Cryptocurrency Initial Coin Offering: A Case Study*, Diss., Karlskrona, 2019.

através de plataformas de negociação)⁽¹⁵⁸⁾. Importa salientar, todavia, que nem sempre uma ICO se consubstancia no lançamento de uma nova criptomoeda, baseada na sua própria “blockchain” e apta a desempenhar plenamente funções monetárias: com efeito, uma parte significativa destas operações traduzem-se, na realidade, em ofertas de unidades de valor monetário transacionáveis exclusivamente dentro do sistema operativo da entidade emitente e baseadas em “blockchains” já existentes (razão pela qual tais unidades são frequentemente designadas como “tokens” e as respetivas ofertas como “token launch”)⁽¹⁵⁹⁾.

2. Titularidade

I. As criptomoedas são conjuntos ou sequências de informação digital (“strings of data”) geradas por quaisquer transações operadas num sistema monetário virtual assente em tecnologias “blockchain”: essa informação ou dados digitais contêm todos os eventos de criação, titularidade e transmissão de cada uma das unidades monetárias virtuais em circulação.

II. Em termos práticos, qualquer pessoa singular ou coletiva que pretenda tornar-se participante de um sistema monetário virtual ou ser titular de criptomoedas deverá começar por descarregar para o seu computador pessoal a aplicação ou “software” informático próprio de uma determinada moeda virtual ou criptomoeda específica (v.g., “Bitcoin Client Core”,

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre o enquadramento jurídico das ICO, designadamente a sua sujeição ao regime das ofertas públicas (arts. 108.º, segs., do CVM) e ao regime do financiamento colaborativo ou “crowdfunding” (Lei n.º 102/2015, de 25 de agosto), vide GERALDES, L. ROQUETTE/ALBUQUERQUE, M. SOLÁ/SILVA, J. LIMA, *ICOs: Security Token vs. Utility Token*, 349, ss., in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 327-361, Almedina, Coimbra, 2019; SANTOS, J. VIEIRA, *Desafios Jurídicos das “Initial Coin Offerings”*, 419, ss., in: “Direito dos Valores Mobiliários II”, 403-427, IVM, Lisboa, 2018.

⁽¹⁵⁹⁾ Apesar de por vezes utilizadas como sinónimos, existe assim uma diferença entre criptomoedas (“*cryptocurrencies*”) — que são moedas virtuais em sentido estrito, aptas a fundar um sistema monetário aberto a uma comunidade virtual de utilizadores irrestrita e a desempenhar abstratamente todas as funções monetárias (“maxime”, meio de pagamento) — e unidades de valor monetário (“*tokens*”) — que são moedas virtuais em sentido amplo, já que consistem em unidades virtuais de valor e utilidade, cuja circulação está restrita à comunidade virtual da entidade emitente e que são criadas em “blockchains” de outras criptomoedas (“maxime”, numerosas ICO são lançadas com base na tecnologia da “Ethereum”, cujo protocolo ERC-20 permite a criação de “tokens”, comumente conhecidos por “ERC20 tokens”). Cf. SOMIN, SHAHAR/GORDON, GOREN/ALTSHULER, YANIV, *Network Analysis of ERC20 Tokens Trading on Ethereum Blockchain*, in: AAVV, “Unifying Themes in Complex Systems”, Vol. IX, 439-450, Springer, 2018).

“MyEtherWallet”, “Ripplewallet”, etc.). Nessa sequência, o usuário passará a constituir (mais) um *nó* (“node”) da rede computacional ponto-por-ponto (“peer-to-peer”) desse sistema monetário virtual e obterá uma *carteira digital* ou *criptocarteira* (“digital wallet”) que lhe permitirá realizar todo o tipo de operações relativas à respetiva criptomoeda (v.g., compra e venda, pagamentos, transferências, recebimentos, consulta de saldos). O acesso à carteira digital e a segurança das transações é assegurada através da combinação de um *par de chaves criptográficas*: uma chave pública (“public key”), que funciona como “conta” ou endereço do titular da carteira para onde podem ser realizadas transferências e pagamentos, acessível à generalidade dos demais participantes, à semelhança de um IBAN; e uma chave privada (“private key”), que funciona como assinatura digital secreta do titular que protege o acesso à carteira e autoriza a sua movimentação, apenas conhecida do titular, à semelhança de um “pin” ou “password”⁽¹⁶⁰⁾.

III. A *titularidade* de moedas virtuais pode ser obtida de formas diversas, consoante a sua natureza originária (no momento da emissão) ou superveniente (em momento posterior). No plano da titularidade originária, destaca-se a aquisição através da atividade de “mineração” (sistema de recompensa em novas unidades monetárias ou “tokens” associado ao processo de emissão das criptomoedas)⁽¹⁶¹⁾ ou no âmbito de “ofertas iniciais de moeda” (“initial coin offerings” ou ICO)⁽¹⁶²⁾: a particularidade desta titularidade criptomonetária resulta da coincidência entre emissão e aquisição, de tal modo que a “res” não preexiste ao “dominus” e o titular é o próprio emitente. Já no âmbito da titularidade derivada ou superveniente, a aquisição de moedas virtuais processa-se usualmente através de plataformas de câmbio ou negociação de criptomoedas (“cryptocurrency exchanges”), de caixas ou terminais automáticos (v.g., “ATM bitcoin”), de compras diretas entre usuários (v.g., <www.localbitcoin.com>), do recebimento de criptomoedas no âmbito de transações económicas (v.g., como forma de pagamento de venda de bens, prestação de serviços) ou outras (v.g., liberdades), ou até de contratos derivados com liquidação física (v.g., futuros

⁽¹⁶⁰⁾ Por seu turno, as carteiras de criptomoedas podem revestir duas modalidades fundamentais: as *carteiras “on-line”*, que estão permanentemente acessíveis em linha, sendo instaladas em dispositivos próprios do utilizador (v.g., computador, telemóvel) ou servidores remotos (carteiras “web”), cuja forma de armazenamento das criptomoedas agiliza transações mas as torna também mais vulneráveis (“hot storage”); e as *carteiras “off-line”*, que não estão conectadas à rede de forma permanente, estando acessíveis através de dispositivos USB ou outros similares (“cold storage”).

⁽¹⁶¹⁾ Cf. *supra* § 5-1 (II).

⁽¹⁶²⁾ Cf. *supra* § 5-1 (IV).

ou opções sobre “bitcoins”⁽¹⁶³⁾: aspeto importante é o de que a titularidade derivada está dependente da respetiva validação e registo num bloco de transações na “blockchain” criptomonetária, de modo algo semelhante ao registo de transmissão e lançamentos de valores escriturais e monetários (arts. 71.º, n.º 1, 80.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários, arts. 123.º, ss., do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica). Particularmente relevantes são as “*cryptocurrency exchanges*”, plataformas de negociação dedicadas à compra e venda de criptomoedas (v.g., “Coinbase”, “Kraken”, “Gemini”, “Binance”)⁽¹⁶⁴⁾. Tais plataformas — que permitem o câmbio, quer entre criptomoedas, quer entre estas e outras espécies monetárias (v.g., dólares, euros) e que exigem aos usuários o registo na plataforma, o depósito prévio de fundos e a abertura de uma carteira digital, cobrando comissões — encontram-se hoje sujeitas a licenciamento e registo obrigatórios junto das autoridades de supervisão (art. 47.º, n.º 1 da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio)⁽¹⁶⁵⁾.

IV. O *armazenamento* ou “depósito” das moedas virtuais pode ser fundamentalmente de dois tipos, consoante a modalidade da carteira do titular. O armazenamento “hot storage” é realizado em carteiras “on-line”, que são carteiras criptomonetárias que se encontram conectadas permanentemente à rede monetária virtual (v.g., “Blockchaininfo”, “Jaxx”, “Exodus”, “Bread”, Coinnomi”): tais carteiras podem ser carteiras de “software”, instaladas em dispositivos próprios do utilizador (v.g., computador, telemóvel), ou carteiras “web”, instaladas em equipamento remotos dos servidores ou prestadores de serviços (v.g., alojadas em “clouds”, plataformas de negociação, etc.)⁽¹⁶⁶⁾. O armazenamento “cold storage” é realizado em carteiras

⁽¹⁶³⁾ Relevantes são ainda os derivados criptomonetários com liquidação financeira (“maxime”, ETF e ETN sobre “bitcoins”): cf. SÖYLEMEZ, YAKUP, *Cryptocurrency Derivatives: The Case of Bitcoin*, in: Hacıoglu, Umit (org.), “Blockchain Economics and Financial Market Innovation”, 515-530, Springer, Cham, 2019.

⁽¹⁶⁴⁾ PAIZ, ANIKA, *Handelsplattformen für Kryptowährungen und Kryptoasset*, in: 19 “Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht” (2019), 435-443. Uma das primeiras e maiores plataformas de negociação e câmbio de moedas virtuais foi a “Mt. Gox”, fundada no Japão em 2010, que chegou a ser responsável por mais de 70% da compra e venda de “bitcoins” e que veio a encerrar em 2014, na sequência de um ataque informático que desviou criptomoedas em valor superior a 450 milhões de dólares (JIMENEZ, JUAN, *The History of the Mt Gox Hack: Bitcoin’s Biggest Heist*, Amazon.com Services LLC, 2019, e-book).

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. *infra* § 5-3 (V).

⁽¹⁶⁶⁾ As carteiras “on-line” podem ainda ser classificadas de acordo com outros tipos de critérios: por exemplo, o tipo de cliente, designadamente “full client” (que armazenam uma cópia completa do registo histórico das transações efetuadas por todos os utilizadores da rede) e “lightweight client” (que apenas registam as transações relativas ao endereço do utilizador); ou o tipo de criptomoeda

“off-line”, que não estão conectadas à rede de forma permanente: trata-se de carteiras “hardware”, altamente encriptadas e que geram a sua própria chave privada, funcionando, à semelhança de uma “pen drive”, através de dispositivos USB ou outros similares (v.g., “Trezor”, “Nano Ledger”). Apesar da segurança e inviolabilidade típicas das criptomoedas, a sua titularidade não é isenta de vicissitudes: o acesso à carteira pode ser comprometido por circunstâncias associadas ao próprio titular, tais como a perda da chave privada ou a danificação dos dispositivos de armazenamento⁽¹⁶⁷⁾.

V. Como sucede com todas as moedas convencionais no mercado monetário internacional, as criptomoedas possuem uma *cotação* que varia diariamente, em função da liquidez, procura e oferta, volume de transações, especulação e diversos outros fatores⁽¹⁶⁸⁾. No mundo criptomonetário, a primeira moeda virtual (“bitcoin”) teve a sua primeira cotação ou taxa de câmbio oficial em 17 de julho de 2010, na sequência do primeiro registo de uma transação na plataforma de câmbio “Mt. Gox”, em que 1 bitcoin foi negociado a USD 0,05 (ou seja, 5 cêntimos): ao longo da sua vida, a cotação tem vindo a subir vertiginosamente (embora erráticamente), tendo atingido o valor de 1 USD em fevereiro de 2011 (paridade com o dólar), de USD 20 600 em dezembro de 2017 e um máximo de USD 41 973 em janeiro de 2021, fixando-se atualmente, à data em que escrevemos, em USD 34 248. Estas variações significativas do seu preço ou cotação — apesar de mitigadas pela existência de empresas que negociam criptomoedas a taxas de câmbio fixas (v.g., “Bitreserve”) — conferem às criptomoedas uma volatilidade característica que tem prejudicado a sua função monetária de reserva de valor⁽¹⁶⁹⁾. Saliente-se, todavia, a frequente *inconvertibilidade* das criptomoedas no mercado monetário tradicional: apenas as criptomoedas dominantes (“Bitcoin” e “Ether”, entre

armazenada, designadamente “single currency” (que apenas suporta uma criptomoeda) ou “multi-currency” (que permite diferentes tipos de criptomoedas, armazenadas em várias “subcarteiras” dotadas de chaves privadas individuais, que são mobilizáveis e recuperáveis através de uma espécie de chave ou código comum, a “seed phrase”).

⁽¹⁶⁷⁾ PACHECO, A. VILAÇA, *Bitcoin*, 53, ss., Editora Self, Carcavelos, 2018; noutros quadrantes, BREZO, FÉLIX/BRINGAS, PABLO, *Issues and Risks Associated with Cryptocurrencies such as Bitcoin*, in: “The Second International Conference on Social Eco-Informatics”, 20-26, IARIA XPS Press, 2012.

⁽¹⁶⁸⁾ REGALADO, J. SANTOS, *Determinantes da Procura da Bitcoin: Um Estudo Econométrico*, Diss., Porto, 2015. Noutros quadrantes, KÖNIG, LUKAS, *Price Formation in the Cryptocurrency Market*, Diplomica Verlag, Berlin, 2019.

⁽¹⁶⁹⁾ Sobre a volatilidade das moedas virtuais, vide RUSSIANO, M. BARREIROS, *Bitcoin — Uma Moeda para a Era Digital*, 29, ss., Diss., Lisboa, 2016; noutros quadrantes, JIMENEZ, JUAN, *Is Bitcoin a Store of Value? — A Safe-Haven Asset*, Amazon.com Services LLC, 2020; JINAN, LIU/SERLETIS, APOSTOLOS, *Volatility in the Cryptocurrency Market*, in: 30 “Open Economies Review” (2019), 779-811.

outras) são diretamente convertíveis em moedas convencionais (v.g., dólares, euros, yuan), o que significa que a esmagadora maioria das moedas virtuais em circulação, não possuindo uma conexão cambial (“fiat-to-crypto trading pair”), tornam necessária a sua conversão “através” de outras criptomoedas (v.g., se eu quiser comprar unidades da criptomoeda “Monero”, sou obrigado a adquirir primeiro a soma pretendida em “bitcoins” para apenas depois com estas adquirir “moneros”)(¹⁷⁰).

3. Circulação e Utilização

I. As moedas virtuais não representam apenas um sistema de emissão de moeda autónomo ou independente das autoridades públicas monetárias, mas também um sistema de pagamento e circulação que é autónomo ou independente das entidades bancárias e financeiras privadas.

II. Ao contrário das moedas bancária e eletrónica, que assentam numa relação jurídica prévia entre os titulares e os emitentes da moeda e que consubstanciam créditos pecuniários dos primeiros sobre os últimos, as moedas virtuais não possuem um emitente que se responsabilize pelos valores emitidos, circulando diretamente entre os intervenientes nas transações monetárias. Nesse sentido, as criptomoedas possuem uma circulação algo semelhante à da moeda tradicional, com duas diferenças fundamentais: uma relativa ao seu suporte representativo (as notas e moedas circulam diretamente de mão em mão entre as pessoas físicas dos titulares, ao passo que as criptomoedas circulam diretamente entre as respetivas carteiras digitais) e outra relativa ao mecanismo de consenso na sua circulação (as notas e moedas circulando com base na confiança dos titulares no emitente, imposta por via da lei, e as criptomoedas numa espécie de “mecanização da confiança”)(¹⁷¹), decorrente exclusivamente do consenso computacional).

(¹⁷⁰) As criptomoedas podem assim ser de dois tipos: existem criptomoedas *convertíveis* ou abertas (“convertible virtual currencies”), que podem ser utilizadas no pagamento de transações económicas em geral e ser convertidas noutras moedas, convencionais ou virtuais, podendo ainda tal convertibilidade ser unidirecional ou bidirecional; e criptomoedas *inconvertíveis* ou fechadas, que não permitem (ou apenas permitem em termos restritos) a sua utilização ou conversão fora do âmbito do seu próprio sistema monetário. Cf. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Virtual Currencies and Beyond*, 8, IMF, New York, 2017; SCHEMBRI, TESSA, *The Legal Status of Cryptocurrencies in the European Union*, 15, Diss., Malta, 2018.

(¹⁷¹) GEIBEN, DIDIER/OLIVIER, JEAN-MARIE/VERBIEST, THIBAUT/VILOTTE, JEAN-FRANÇOIS, *Bitcoin et Blockchain: Vers un Nouveau Paradigme de la Confiance Numérique?*, RB Édition, Paris, 2006.

III. Sempre que o titular de uma carteira criptomonetária pretenda realizar uma *transação* nessa criptomoeda, v.g., o pagamento da aquisição de um bem ou prestação de um serviço, bastará ao comprador enviar uma mensagem eletrônica de transferência (“transaction”) para a chave pública do vendedor — através de computador, “tablet”, “smartphone”, “wearables” (relógios inteligentes, etc.), USB ou qualquer dispositivo tecnológico semelhante — contendo a informação relativa às unidades (ou frações) monetárias objeto do pagamento, devidamente assinada através da respetiva chave privada: mediante o descriptamento da mensagem (através da utilização da sua própria chave privada) e após o registo e a validação da transação num bloco da cadeia (que será de imediato partilhado com todos os demais participantes da rede), o destinatário passará a ser titular desse valor e a poder mobilizá-lo em novas transações idênticas⁽¹⁷²⁾. Tais transações são diretas (sem intervenção de qualquer intermediário)⁽¹⁷³⁾, seguras e íntegras (graças à validação criptográfica e registo sequencial dos blocos de transações), pseudoanónimas (uma vez que envolvem apenas endereços criptográficos, que não contêm dados pessoais dos intervenientes)⁽¹⁷⁴⁾, e irreversíveis (dado que assentam numa cadeia sequencial de blocos replicada por toda a rede de participantes, que a torna virtualmente inalterável)⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷²⁾ A fim de permitir uma utilização mais amigável das moedas virtuais como meio de pagamento, tais endereços, que são representados por identificadores alfanuméricos únicos entre 26 e 35 caracteres, têm sido substituídos por códigos de barras (mormente “QR Codes”): tal significa dizer, no nosso exemplo, que o comprador não necessita de digitar ou inserir o endereço alfanumérico do credor, bastando-lhe muitas vezes proceder à leitura automática daquele código através do seu equipamento (“maxime”, telemóvel).

⁽¹⁷³⁾ Apesar desta natureza direta das transações, podem existir entidades intermediárias que prestam serviços de processamento ou conversão de pagamentos (“cryptopaying processors”), designadamente no caso de empresas que, não estando interessadas em receber pagamentos em criptomoe- das, desejam permitir aos seus clientes o pagamento nestas moedas (v.g., “BitPay”, “GoCoin”, “Aliant”, “OpenNode”, etc.).

⁽¹⁷⁴⁾ Dizemos pseudoanónimas dado que, apesar de os participantes das redes virtuais criptomonetárias a poderem utilizar sem necessidade de fornecer elementos de identificação, v.g., nome ou firma, números de identificação civil e fiscal, residência, etc. (como sucede com a moeda bancária), é sempre possível relacionar um endereço ou chave criptográfica pública, acessível em geral, com o conjunto de transações realizadas pela pessoa singular ou física sua titular. Sobre o pseudoanonimato das criptomoe- das, AMATO, MASSIMO/FANTACCI, LUCA, *Per un Pugno di Bitcoin. Rischi e Opportunità delle Valute Virtuali*, 17, ss., Egea, Milano, 2016; WRIGHT, AARON/DE FILIPPI, PRIMAVERA, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, 58, ss., Harvard University Press, Cambridge, 2018.

⁽¹⁷⁵⁾ Por essa razão, cada criptomoeda, que mais não é assim do que um recurso digital cripto- gráfico, é frequentemente designada “valor transaccional disponível” (“unspent transactional output” ou UTXO) que pode ser utilizada como entrada (“input”) em novas ou futuras transações.

IV. As comunidades criptomonetárias (ou seja, dos titulares de moedas virtuais) são um tipo de comunidade simultaneamente *global* — porque acessível a qualquer cibernauta, sem quaisquer vínculos de território ou nacionalidade — e *autóctone* — porque restrita aos utilizadores ou participantes no sistema ou rede tecnológico-digital de cada criptomoeda⁽¹⁷⁶⁾. Sublinhe-se que todos os tipos ou espécies de moeda possuem uma comunidade monetária própria, que pode ser mais ou menos circunscrita: a comunidade dos utilizadores da moeda bancária e da moeda eletrónica está circunscrita aos titulares de contas bancárias ou de contas de pagamento; e a comunidade dos utilizadores da própria moeda física está em princípio circunscrita aos cidadãos ou território do Estado que a emitiu, sem prejuízo da faculdade de utilização convencional de outras moedas (art. 550.º, “in fine”, do Código Civil), obrigações em moeda estrangeira (art. 558.º do Código Civil) ou de fenómenos de substituição de moeda (“dolarização”)⁽¹⁷⁷⁾. A comunidade ou “*ecossistema*” monetário-virtual contradistingue-se, entre outros aspetos, pelos seus atores distintivos, incluindo os “*criadores*” ou “*developers*” (responsáveis pela criação, gestão e/ou alteração do protocolo algorítmico identitário da base ou registo de dados), os “*emitentes*” ou “*issuers*” (responsáveis pela emissão, os quais, nos sistemas descentralizados, se designam por mineiros), os “*mineiros*” ou “*miners*” (responsáveis pela validação sequencial dos blocos de informação e transações encriptadas na rede), os “*participantes*” ou “*nodes*” (usuários computacionais e titulares de criptomoedas), os “*depositários*” ou “*wallets providers*” (prestadores de serviços de armazenamento e custódia de criptomoedas), as “*casas de câmbio*” ou “*exchanges*” (prestadores de serviços de conversão em moedas convencionais ou noutras criptomoedas), e os “*intermediários*” ou “*trading platforms*” (mercado de compra e venda de criptomoedas), além de outros atores complementares (v.g., comerciantes, processadores de pagamentos, “*mixers*”).

V. Tal como já foi salientado, as criptomoedas não possuem um quadro regulatório próprio — sendo um tipo monetário emergente, com-

(176) GEVA, BENJAMIN/GEVA, DORIT, *Non-State Community Virtual Currencies*, 294, ss., in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 281-306, Oxford University Press, Oxford, 2019.

(177) Por “dolarização” (“dollarization”) designa-se o fenómeno de substituição da moeda doméstica ou nacional verificado em determinados países (especialmente, em situações de crise ou turbulência), passando as transações económicas a ser feitas generalizadamente na moeda norte-americana, enquanto moeda de referência internacional (FLOWERS, EDWARDS/LEE, FRANCIS, *The Euro, Capital Markets and Dollarization*, Rowman & Littlefield, New York/Oxford, 2002).

preende-se que possuam um estatuto jurídico igualmente emergente e embrionário. Ora, ao momento em que escrevemos, uma das raras exceções a esta regra respeita justamente ao seu *regime legal da sua circulação e utilização*: com efeito, com vista a assegurar a estabilidade do sistema financeiro e a prevenção da sua utilização para fins ilícitos (morrimento, branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo), os arts. 112.º, 112.º-A e 169.º-A, *ccc* da LBCFT vieram cominar uma obrigação de autorização e de registo prévios dos prestadores de serviços de atividades em moedas virtuais, incluindo os prestadores de serviços de câmbio entre moedas virtuais e moedas fiduciárias (“currency exchange services”), de serviços de transmissão de moedas virtuais (“wallets transfers”) e de serviços de guarda e/ou administração de carteiras digitais (“wallets custodians”)⁽¹⁷⁸⁾. A centralidade estratégica de tais atores coloca importantes problemas, designadamente os deveres fiduciários destes prestadores de serviços criptomonetários — em particular, se às relações entre os serviços de carteiras (“wallet providers”) e os seus clientes (“wallet holders”) serão analogicamente aplicáveis os princípios e deveres gerais reguladores das relações entre as instituições de crédito e intermediários financeiros e os respetivos clientes⁽¹⁷⁹⁾ — e os reflexos da sua insolvência — mormente, no plano dos direitos dos titulares e usuários criptomonetários⁽¹⁸⁰⁾.

VI. Finalmente, o regime de utilização e circulação das criptomoe-
das pode estar também associado à *natureza específica* de cada cripto-
moeda, mormente no caso daquelas que, tendo sido emitidas no âmbito de

⁽¹⁷⁸⁾ Idênticas obrigações (introduzidas pela Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto) foram originalmente previstas no art. 47.º da Diretiva UE/2015/849, de 20 de maio, na versão dada pela Diretiva UE/2018/843, de 30 de maio. Tenham-se ainda em conta os deveres de identificação a que estão sujeitas as entidades financeiras e não financeiras que realizem transações ocasionais em moeda virtual de valor superior a EUR 1 000 [art. 23.º, n.º 1, *ii*] da LBCFT].

⁽¹⁷⁹⁾ CHU, DENNIS, *Broker-Dealers for Virtual Currency: Regulating Cryptocurrency Wallets and Exchanges*, in: 118 “Columbia Law Review” (2018), 2323-2360; HARES, CHRISTOPHER, *Cryptocurrencies and Banking Law: Are There Lessons to Learn?*, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 229-254, Oxford University Press, Oxford, 2019. Sobre a natureza e estatuto jurídico destas entidades, STASIO, VINCENZO, *Le Monete Virtuali: Natura Giuridica e Disciplina dei Prestatori di Servizi Connessi*, in: “Diritto del Fintech”, 215-242, Wolters Kluwer/Cedam, Milano, 2020.

⁽¹⁸⁰⁾ FAUCEGLIA, DOMENICO, *Il Deposito e la Restituzione delle Criptovalute*, in: 6 “I Contratti — Rivista di Dottrina, Giurisprudenza e Pratiche Contrattuali” (2019), 669-689; HAENTJENS, MATHIAS/DE GRAAF, TYCHO/KOKORIN, ILYA, *The Failed Hopes of Disintermediation: Crypto-Custodian Insolvency, Legal Risks and How to Avoid Them*, in: 61 “Singapore Journal of Legal Studies” (2020), 526-562; WALCH, ANGELA, *In Code(rs) We Trust: Software Developers as Fiduciaries in Public Blockchains*, in: AAVV, “Regulating Blockchain — Techno-Social and Legal Challenges”, 58-81, Oxford University Press, Oxford, 2019.

uma ICO, apresentam características próprias associadas à sua finalidade ou função subjacente (financiamento, consumo, investimento). Assim, por exemplo, os “utility tokens”, emitidos com finalidade de consumo, atribuem frequentemente direitos de aquisição ou fruição de produtos ou serviços futuros (justamente a desenvolver pela empresa emitente com base nos fundos angariados através da emissão), levantando o problema da sua compatibilidade com as regras gerais em matéria de bens futuros (arts. 211.º, 399.º, e 880.º do Código Civil) e em matéria da tutela do consumidor (“maxime”, Lei de Defesa do Consumidor e Lei da Venda de Bens de Consumo), além de se poder duvidar da sua natureza jusmonetária nos casos em que os “tokens” não sejam transacionáveis fora do quadro da rede da empresa emitente ou não sejam convertíveis noutras criptomoedas. Do mesmo modo, de acordo com um entendimento que vai ganhando adeptos, os “investment token” poderão ser qualificados como instrumentos financeiros, “maxime” como um valor mobiliário atípico, enquanto tal sujeito à disciplina do Código dos Valores Mobiliários (em especial, das ofertas públicas de aquisição) e à supervisão da CMVM, caso os seus traços identitários concretos preencham os requisitos ou elementos materiais do conceito de valor mobiliário decorrentes do art. 1.º, n.º 1, g) daquele Código (representação documental, homogeneidade e fungibilidade das posições jurídicas, negociabilidade)⁽¹⁸¹⁾.

4. Aspetos Multidisciplinares

I. Malgrado não tenham obtido uma consagração ou regulação expressa na Ordem Jurídica, as moedas virtuais são uma espécie monetária juridicamente relevante: a melhor prova disso está na vasta e crescente panóplia de questões jurídicas que tais moedas vêm colocar aos mais variados ramos do Direito — desde o direito das obrigações e dos direitos reais ao direito comercial ou ao direito financeiro, passando pelo direito

⁽¹⁸¹⁾ Inversamente, as criptomoedas em sentido estrito (“currency tokens”) já não revestem a natureza de instrumentos financeiros [cf. ainda art. 2.º, n.º 1, b), “in fine”, do Código dos Valores Mobiliários, art. 4.º, n.º 1, 17) da DMIF II]. Sobre a questão, vide ANTUNES, J. ENGRÁCIA, *Os Instrumentos Financeiros*, 182, ss., 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020; ROLO, A. GARCIA, *As Criptomoedas como Meio de Financiamento e a Qualificação dos Tokens de Investimento Emitidos em Oferta Pública de Moeda (ICO) como Valores Mobiliários*, in: AAVV, “Fintech II — Novos Estudos sobre Tecnologia Financeira”, 249-297, Almedina, Coimbra, 2019; noutros quadrantes, SHCHERBAK, SERGI, *How Should Bitcoin be Regulated?*, 67, ss., in: 7 “European Journal of Legal Studies” (2014), 45-91.

fiscal, direito penal ou direito internacional privado —, questões essas cuja resposta permanece ainda, em grande medida, aberta. Alguns exemplos servem para ilustrar essa relevância⁽¹⁸²⁾.

II. Desde logo, no plano do seu *estatuto jurídico-obrigacional*. As moedas virtuais suscitam a questão fundamental de saber se as mesmas podem constituir objeto de obrigações pecuniárias, que têm por objeto uma prestação em dinheiro. Suponha-se que um consumidor A encomendou no “site” da empresa B um livro, em contrapartida do pagamento de 0,0018 bitcoins ou 18 mBTC (o equivalente atual a 50 euros): será tal negócio de qualificar como uma compra e venda (considerando o pagamento efetuado como “preço” para efeitos do art. 874.º do Código Civil) ou antes uma troca (consubstanciada numa mera permuta ou escambo da propriedade de coisas ou direitos, nos termos do art. 480.º do Código Comercial)⁽¹⁸³⁾? Em nosso entender, nos termos atrás vistos, a resposta de princípio deverá ser afirmativa. Além de o instituto da troca se adaptar mal a transações cumpridas em bens fungíveis, afigura-se artificial, sempre que uma das partes utiliza moeda como instrumento de cumprimento das obrigações pecuniárias, distinguir consoante a natureza daquela: pelo que, sempre que tal tenha sido convencionado expressa ou tacitamente entre as partes, o vendedor-credor estará obrigado a receber um pagamento efetuado em criptomoedas, com a conseqüente exoneração do devedor-comprador⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸²⁾ Para uma visão de conjunto desses problemas, entre muitos, vide BOEHM, FRANZISKA/PESCH, PAULINA, *Bitcoins: Rechtliche Herausforderung eine Virtuelle Währung — Eine erste juristische Einordnung*, in: “Multimedia und Recht” (2014), 75-79; BOLOTAEVA, O./STEPANOVA, A./ALEKSEVA, A., *The Legal Nature of Cryptocurrency*, in: 272 “IOP Conference Series — Earth and Environmental Science” (2019), 1-5; BRITO, JERRY/HOEGNER, STUART/FRIEDMAN, JILLIAN/RAE, NIKOLAUS/OSBOURNE, PAUL, *The Law of Bitcoin*, iUniverse, Bloomington, 2015; FOX, DAVID/GREEN, SARAH, *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Virtual Currencies and Beyond*, 24, ss., IMF, New York, 2017; PERKINS, JOANNA/ENWEZOR, JENNIFER, *The Legal Aspects of Virtual Currencies*, in: 10 “Butterworths Journal of International Banking and Financial Law” (2016), 569-572; SCHEMBRI, TESSA, *The Legal Status of Cryptocurrencies in the European Union*, 27, ss., Diss., Malta, 2018; SPINDLER, GERALD/BILLE, MARTIN, *Rechtsprobleme von Bitcoin als virtuelle Währung*, in: 68 “Wertpapier-Mitteilungen — Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht” (2014), 1357-1369.

⁽¹⁸³⁾ A mesma questão, de resto, pode ainda colocar-se, ao menos em via geral e abstrata, a respeito de muitos outros institutos e negócios que envolvam obrigações de entrega de uma “quantia em dinheiro” ou uma “soma pecuniária”, v.g., cauções (art. 623.º do Código Civil), mútuos (art. 1142.º do Código Civil), reportes (art. 477.º do Código Comercial), entradas em sociedades (art. 25.º do Código das Sociedades Comerciais), etc.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. *supra* § 3-5. Sobre tal questão, vide entre nós DUARTE, PAULO, *Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins*, in: 14 “Estudos de Direito do Consumidor” (2018), 343-381. Noutros quadrantes, GREEN, SARA, *It’s Virtually Money*, 14, in: FOX, DAVID/GREEN,

III. Importantes e controversas são também as incidências relativas ao seu *estatuto jurídico-real*⁽¹⁸⁵⁾. As criptomoedas são pedaços de informação digital (“strings of data”) gerados e registados dentro de um sistema monetário virtual descentralizado: não sendo obviamente coisas corpóreas, também não se reconduzirão simplesmente nem às coisas incorpóreas objeto de propriedade jusintelectual ou jusindustrial (v.g., “software”, bases de dados, ficheiros eletrónicos), nem tão pouco a créditos (à semelhança das moedas bancária e eletrónica, também elas em suporte de natureza digital), nem sequer a meros instrumentos de pagamento (à semelhança, por exemplo, dos títulos de crédito)⁽¹⁸⁶⁾. A questão fundamental que se coloca é a de saber se e em que medida é possível reconhecer os ativos monetários digitais (“value data”) enquanto coisas (“res”) no sentido da lei civil (art. 202.º do Código Civil), objeto de direitos dominiais, bem assim como estender aos titulares de moedas virtuais alguns dos institutos tradicionais de proteção dos titulares jusreais (“maxime”, propriedade e reivindicação) ou de apreensão e execução judiciais (v.g., penhora, massas insolventes)⁽¹⁸⁷⁾.

Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 13-31, Oxford University Press, Oxford, 2019; NAVARRO, S. NAVAS, *Un Mercado Financiero Floresciente: El Dinero Virtual no Regulado*, 109, in: 13 “Revista Cesco de Derecho de Consumo” (2015), 79-116; PESCH, P. Jo, *Cryptocoïn-Schulden — Haftung und Risikoverteilung bei der Verschaffung von Bitcoins und Altcöins*, Beck, München, 2017. Como já foi assinalado (cf. *supra* § 2-2), lembre-se que o TJUE, no acórdão *Skatteverket v. David Hedqvist*, já equiparou os pagamentos realizados em bitcoins e em divisas tradicionais para efeitos fiscais (cf. PÉREZ, A. BARCIELA, «Bitcoin» e IVA. *El Asunto Hedqvist*, in: 14 “Quincena Fiscal” (2016), 143-164; TRENTA, CRISTINA, *Bitcoin and Virtual Currencies. Reflections in the Wake of the CJEU’s Bitcoin VAT Judgement*, in: 4 “Rivista Trimestrale di Diritto Tributario” (2016), 949-975).

⁽¹⁸⁵⁾ Sobre a natureza e incidências jusreais das moedas virtuais, vide CARR, DANIEL, *Cryptocurrencies as Property in Civilian and Mixed Legal Systems*, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 177-198, Oxford University Press, Oxford, 2019; CUTTS, TATIANA, *Crypto-Property*, London School of Economics, 2019; FAIRFIELD, JOSHUA, *BitProperty*, in: 88 “California Law Review” (2014), 805-874; HILLEMANN, DENNIS, *Bitcoin und andere Kryptowährungen — Eigentum i.S.d. Art. 14 GG?* in: 35 “Computer and Recht” (2019), 830-836; LEHMANN, MATTHIAS, *Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain*, EBI Working Papers n.º 42, Frankfurt, 2019; SEILER, BENEDIKT/SEILER, DANIEL, *Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen in Sinne des ZGB zu Behandeln?*, in: 4 “Sui Generis — Die juristische Open-Access-Zeitschrift” (2018), 149-163; SZILAGYI, KATE, *A Bundle of Blockchains? Digitally Disrupting Property Law*, in: 48 “Cumberland Law Review” (2018), 9-36.

⁽¹⁸⁶⁾ Nalguns países, as criptomoedas já foram qualificadas pelas autoridades do registo comercial como bens imateriais, no âmbito da constituição de sociedades com entradas em “bitcoins”: cf. GONZÁLEZ, I. Puente, *Criptomonedas: Naturaleza Jurídica y Riesgos en la Regulación de su Comercialización*, 8, in: 22 “Revista de Derecho del Mercado de Valores” (2018) 5-12.

⁽¹⁸⁷⁾ Sublinhe-se que as criptomoedas também podem colocar problemas ao nível dos instrumentos internacionais de proteção da propriedade (art. 1.º do Primeiro Protocolo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem): cf. PROCTOR, CHARLES, *Cryptocurrencies in International and Public Law Conceptions of Money*, 41, ss., in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 33-55, Oxford University Press, Oxford, 2019.

IV. Importante é também o *estatuto jurídico-fiscal* das moedas virtuais, sendo de assinalar que um dos domínios que mais cedo e de modo mais impressivo se ocupou desta nova espécie monetária foi justamente o da fiscalidade⁽¹⁸⁸⁾. São diversas e complexas as questões que a tributação criptomonetária coloca, incluindo — num plano subjetivo — a tributação dos sujeitos que desenvolvem atividades direta ou indiretamente relacionadas com criptoativos (v.g., “developers”, “miners”, “exchanges”, “wallet providers”) — e num plano objetivo — a sua tributação em IRC (mormente, os rendimentos de pessoas coletivas decorrentes de mais-valias fiscais ou contabilísticas resultantes da respetiva transmissão ou valorização), em IRS (mormente, o enquadramento dos rendimentos gerados pela compra e venda de criptomonedas como rendimentos empresariais ou profissionais, rendimentos de capitais ou acréscimos patrimoniais)⁽¹⁸⁹⁾ e em IVA (mormente, a tributação das operações de câmbio de criptomonedas)⁽¹⁹⁰⁾.

V. Digno de menção é ainda o *estatuto internacional-privatístico* das moedas virtuais⁽¹⁹¹⁾. Com efeito, a natureza global, virtual e ubíqua

⁽¹⁸⁸⁾ Sobre o direito fiscal criptomonetário, vide CARVALHO, S. AREIA, *Bitcoin: Do Enquadramento Jurídico à Tributação*, Diss., Porto, 2018; MAIA, G. CAMPOS, *O Enquadramento Jurídico-Fiscal dos Criptoativos em sede de IRS*, Diss., Porto, 2019; MESQUITA, B. RIBEIRO, *A Tributação das Criptomonedas em sede de IRS*, Diss., Porto, 2019; TEIXEIRA, V. SILVA, *A Tributação em sede de IVA de Moedas Virtuais no Âmbito da União Europeia: O Caso do Bitcoin*, Diss., Porto, 2018. No direito comparado, FAIRPO, ANNE, *Taxation of Cryptocurrencies*, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 255-280, Oxford University Press, Oxford, 2019; MARÍN, N. MIRAS, *La Tributación de las Modalidades de Adquisición y Venta de Monedas Virtuales*, in: 38 “Revista de Derecho Bancario y Bursátil” (2020), 235-252; PIELKE, WHALTER, *Besteuerung von Kryptowährungen — Ein Überblick über die verschiedenen Steuerarten*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2018; STEGER, MATTHIAS, *Bitcoin und andere Kryptowährungen (Currency Token) — Grundlagen der Besteuerung im Privat- und im Betriebsvermögen*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2020.

⁽¹⁸⁹⁾ A Autoridade Tributária considerou que os rendimentos obtidos com a venda de criptomonedas não é tributável em IRS, exceto quando pela sua habitualidade constitua uma atividade profissional ou empresarial do contribuinte, caso em que serão tributados na categoria B (rendimentos empresariais e profissionais) (“Informação Vinculativa da Autoridade Tributária” — Proc. n.º 5717/2015, despacho de 27 de dezembro de 2016, in: <http://www.taxfile.pt/file_bank/news0318_22_1.pdf>).

⁽¹⁹⁰⁾ Na linha da jurisprudência fixada pelo Acórdão do TJUE de 22-X-2015 no caso *Hedqvist* [cf. *supra* § 2-2 (III)], a Autoridade Tributária considerou que as operações de câmbio de criptomonedas, efetuadas a título oneroso, se encontram isentas de IVA por se tratar de meios de pagamento (Informação Vinculativa da Autoridade Tributária” — Processo n.º 14763, por despacho de 28 de janeiro de 2019, in: <http://www.taxfile.pt/file_bank/news0719_27_1.pdf>).

⁽¹⁹¹⁾ Sobre o ponto, vide DICKINSON, ANDREW, *Cryptocurrencies and the Conflict of Laws*, in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 93-137, Oxford University Press, Oxford, 2019; GUILLAUME, FLORENCE, *Aspects of Private International Law Related to*

das criptomoedas cibernáuticas vem colocar desafios às tradicionais normas em sede de determinação da lei aplicável e da jurisdição competente, assentes no paradigma da localização geográfica: como será possível localizar algo que, construído sobre um protocolo algorítmico, se consubstancia em mera informação digital que circula numa nuvem cibernética entre utilizadores virtuais pseudoanónimos (“in cyberspace, here or there is everywhere”)⁽¹⁹²⁾? Entre as questões fundamentais a resolver, salientem-se as relativas à determinação da natureza jurídica da relação intercedente entre os participantes ou membros dos sistemas criptomonetários (mormente, para efeitos da aplicação dos critérios de determinação da lei aplicável, nos termos gerais dos arts. 3.º, 4.º, 6.º e 10.º do Regulamento Roma I) ou da natureza jurídica das transações negociais envolvendo pagamentos em criptomoeda [mormente, para efeitos do art 4.º, n.º 1, a) do Regulamento Roma I e art. 7.º, n.º 1, b) do Regulamento Bruxelas I, bem como do art. 558.º do Código Civil em sede de obrigações pecuniárias em moeda estrangeira]⁽¹⁹³⁾.

VI. Refira-se ainda que o *estatuto jurídico-penal* das criptomoedas tem vindo a ser também objeto de crescente interesse⁽¹⁹⁴⁾. Para além das questões tradicionais que a sua existência pode colocar — tais como, por exemplo, o problema de saber se esta nova espécie monetária deverá também ser objeto de tipos legais de crime tal como o crime de falsificação de moeda (arts. 62.º, ss., do Código Penal), o crime de burla informática (art. 221.º do Código Penal) ou o cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de

Blockchain Transactions, in: Kraus, Daniel/Obrist, Thierry/Hari, Olivier (dir.), “Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law”, 49-82, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019; ZIMMERMANN, ANTON, *Blockchain-Netzwerke und Internationales Privatrecht — oder: der Sitz dezentraler Rechtsverhältnisse*, in: 38 “Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht” (2018), 566-573.

⁽¹⁹²⁾ KRONKE, HERBERT, *Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace*, 65, in: “Internet — Which Court Decides? Which Law Applies?”, 65-97, Kluwer, Hague/London/Boston, 1998.

⁽¹⁹³⁾ Já no plano internacional-publicista, as criptomoedas, enquanto moedas “apátridas” e sem conexões com Estados, não parecem originar especiais consequências: cf. PROCTOR, CHARLES, *Cryptocurrencies in International and Public Law Conceptions of Money*, 39, ss., in: Fox, David/Green, Sarah (eds.), “Cryptocurrencies in Public and Private Law”, 33-55, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁽¹⁹⁴⁾ Sobre o direito penal criptomonetário, vide ALMASEANU, STEPHEN, *Le Traitement Pénal du Bitcoin et des Autres Monnaies Virtuelles*, in: 241/242 “Gazette du Palais” (2014), 11-17; SCHÄRR, NOÉMIE, *Kryptowährungen und Vermögensdelikte: eine strafrechtliche Analyse*, Diss., Universität St. Gallen, 2018; SILVEIRA, R. JORGE, *Bitcoin e suas Fronteiras Penais: Em Busca do Marco Penal das Criptomoedas*, Editora D’Plácido, B. Horizonte, 2018; ZAYTOUN, HENRY, *Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft*, in: 97 “North Carolina Law Review” (2019), 395-431.

setembro) —, tem merecido particular atenção a utilização das criptomoe-
das no contexto de atividades criminais, devido as suas características de
anonimato, ausência de regulação e natureza global: especial relevo pos-
suem as incidências juspenais das criptomoeças no domínio do branquea-
mento de capitais⁽¹⁹⁵⁾.

VII. Enfim, sendo as projeções das criptomoeças transversais ao
Direito, renovam-se diariamente as suas manifestações. É o caso, por
exemplo, do *direito societário*⁽¹⁹⁶⁾, do *direito do mercado de capitais*⁽¹⁹⁷⁾,
do *direito contabilístico*⁽¹⁹⁸⁾, do *direito da insolvência*⁽¹⁹⁹⁾, do *direito do*

⁽¹⁹⁵⁾ SALGUEIRO, A. CLÁUDIA, *Branqueamento de Capitais e Moedas Virtuais*, Instituto dos Valores Mobiliários, Lisboa, 2018. Mais desenvolvimentos em ALJUFALLI, SARA, *The Effectiveness of Regulatory Regimes in Combating Virtual Currencies' Money Laundering Activities*, Grin Verlag, Hamburg, 2019; IZZO-WAGNER, ANNA/SIERING, LEA, *Kryptowährungen und geldwäscherechtliche Regulierung*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2020.

⁽¹⁹⁶⁾ FELIS, FRANCESCO, *L'Uso di Criptovaluta in Ambito Societario. Può Creare Apparenza?*, in: 38 “Le Società — Rivista di Diritto e Pratica Commerciale Societaria” (2019), 39-53; GÜLDÜ, EDGAR, *Die Einlagefähigkeit von Bitcoins und anderen Kryptowährungen nach deutschem GmbH- und Aktienrecht*, in: 11 “GmbH-Rundschau” (2019), 565-572; MARTINEZ, I. RABASA, *Integración del Capital Social con Criptomonedas*, in: 53 “Revista de Derecho de Sociedades” (2018), 6-23; MISHI, COSTANÇA, *Criptovalute e Capitale Sociale: un Binomio Imperfetto?*, in: 73 “Rivista del Notariato” (2019), 604-624; NATALE, MANUELA, *Dal “Cripto-Conferimento” al “Cripto-Capitale”?*, in: 72 “Banca, Borsa e Titoli di Credito” (2019), 741-756; REYES, CARLA, *(Un)Corporate Crypto-Governance*, in: 88 “Fordham Law Review” (2019), 1887-1922.

⁽¹⁹⁷⁾ Para além da questão central da qualificação jurídica das criptomoeças como instrumento financeiro e da eventual sujeição das ICO às normas sobre ofertas públicas, vide WRIGHT, AARON/ /DE FILIPPI, PRIMAVERA, *Smart Securities and Derivatives*, in: “Blockchain and the Law: The Rule of Code”, 89-104, Harvard University Press, Cambridge, 2018; CALONI, ANDREA, “Bitcoin”: *Profilo Civilistico e Tutela dell'Investitore*, in: 65 “Rivista di Diritto Civile” (2019), 159-182; HAZEN, THOMAS, *Tulips, Oranges, Worms, and Coins — Virtual, Digital, or Crypto Currency and the Securities Laws*, in: 29 “North Carolina Journal of Law and Technology” (2019), 493-527; MICHELER, EVA, *Custody Chains and Assets Values: Why Cryptosecurities Are Worth Contemplating?*, in: 74 “Cambridge Law Journal” (2015), 505-533.

⁽¹⁹⁸⁾ BLECHER, CHRISTIAN/HORX, JANINA, *Zur Bilanzierung von Kryptowährungen nach GoB und IFRS*, in: 73 “Die Wirtschaftsprüfung” (2020), 267-273; CAPACCIOLI, STEFANO, *Rappresentazione di Criptovaluta nel Bilancio di Esercizio*, in: 72 “Rivista del Notariato” (2019), 1319-1325; POZZOLI, MATTEO, *Criptovalute: Trattamento Contabile alla Luce dell'IFRIC*, in: 7 “Guida alla Contabilità & Finanza” (2019), 18-21; PROCHÁZKA, DAVID, *Accounting for Bitcoin and Other Cryptocurrencies under IFRS*, in: 18 “International Journal of Digital Accounting Research” (2018), 161-188.

⁽¹⁹⁹⁾ EFFER-UHE, DANIEL, *Kryptowährungen in Zwangsvollstreckung und Insolvenz am Beispiel des Bitcoin*, in: 131 “Zeitschrift für Zivilprozess” (2018), 513-532; INSOLV INTERNATIONAL, *Cryptocurrency and its Impact on Insolvency and Restructuring*, Special Report, London, 2019; LANA, H. AVELINO/CRUZ, L. VINICIUS, *Os Bitcoins e sua Utilização na Recuperação Judicial*, in: 10 “Revista de Direito” (2018), 265-302; McDERMOTT, MEGAN, *The Crypto Quandary: Is Bankruptcy Ready?*, in: 115 “Northwestern University Law Review (online)” (2020), 24-58; PASCOE, LEE/SCOTT, JENNA, *Identifying and Dealing with Cryptocurrency Assets in Corporate Insolvency*, in: 30 “Australian Restructuring Insolvency & Turn-around Association Journal” (2018), 18-37.

consumo⁽²⁰⁰⁾, do direito processual⁽²⁰¹⁾, e até do direito das sociedades⁽²⁰²⁾.

VIII. Esta natureza transversal e multidisciplinar das moedas virtuais, aliada ao caráter incipiente e fragmentário da sua regulação jurídica⁽²⁰³⁾ e à sua polivalência económico-funcional⁽²⁰⁴⁾, tem estado na origem de noções ou qualificações jurídicas de cariz *setorial* (moeda, bem imaterial, bem jurídico, instrumento financeiro), frequentemente divergentes e até contraditórias entre si, que refletem essencialmente os objetivos e os critérios regulatórios próprios do particular setor da Ordem Jurídica convocado⁽²⁰⁵⁾. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos da América, as criptomoedas já foram qualificadas como “valor mobiliário” (“security”) pela autoridade de supervisão do mercado de capitais, como “mercadoria” (“commodity”) pelas autoridades do mercado de derivados, como “dinheiro” (“monetary value”) pelas autoridades criminais, e como “propriedade” (“property”) pelas autoridades fiscais⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰⁰⁾ GIKAY, A. ADIMI, *European Consumer Law and Blockchain Based Financial Services*, in: 24 “Tilburg Law Review” (2019), 27-48; RIZOS, EURIPIDES, *The Consumer’s Right of Withdrawal in case of Payment with Bitcoins*, in: 3 “Oslo Law Review” (2016), 1-26; PARSONS, LOUISE, *Bitcoin: Consumer Protection and Regulatory Challenges*, in: 27 “Journal of Banking and Finance Law and Practice” (2016), 184-202.

⁽²⁰¹⁾ BADSTUBER, THERESA, *Bitcoin und andere Kryptowährungen in der Zwangsvollstreckung*, in: 134 “Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung” (2019), 246-254; CAHN, NAOMI, *Probate Law Meets the Digital Age*, 1702, ss., in: 67 “Vanderbilt Law Review” (2014), 1697-1727; FINOCCHIARO, GIUSEPPE, *Le Cripto-Valute come Elementi Patrimoniali Assoggettabili alle Pretese Esecutive dei Creditori*, in: 74 “Rivista di Diritto Processuale” (2019), 86-104; KAAL, WULF/CALCATERRA, CRAIG, *Crypto Transaction Dispute Resolution*, in: 73 “The Business Lawyer” (2018), 109-152.

⁽²⁰²⁾ AMEND-TRAUT, ANJA/HERGENRÖDER, CYRIL, *Kryptowährungen im Erbrecht*, in: 26 “Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge” (2019), 113-121; MORONE, R. MARIA, *Bitcoin e Successione Ereditaria: Profili Civili e Fiscali*, in: 5 “Giustizia Civile.com (online)” (2018), 1-13.

⁽²⁰³⁾ Cf. *supra* § 2.

⁽²⁰⁴⁾ Cf. *supra* § 3-6.

⁽²⁰⁵⁾ Sobre a natureza jurídica das moedas virtuais, entre muitos, GONZÁLEZ, I. PUENTE, *Criptomonedas: Naturaleza Jurídica y Riesgos en la Regulación de su Comercialización*, 7, ss., in: 22 “Revista de Derecho del Mercado de Valores” (2018), 5-12; KERKMANN, MARCEL, *Die Rechtsnatur von Bitcoins. Versuch einer privatrechtlichen Einordnung*, Grin Verlag, Berlin, 2019; PERNICE, CARLA, *La Controversa Natura Giuridica di Bitcoin: Un’Ipotesi Ricostruttiva*, in: 38 “Rassegna di Diritto Civile” (2018), 333-372; RINALDI, GIOVANNI, *Approcci Normativi e Qualificazione Giuridiche delle Criptomonete*, 284, ss., in: 35 “Contratto e Impresa” (2019), 257-296; VARDI, NOAH, *Bit by Bit: Assessing the Legal Nature of Virtual Currencies*, in: Gimigliano, G. (ed.), “Bitcoin and Mobile Payments. Constructing a European Union Framework”, 55-71, Palgrave Macmillan, London, 2016.

⁽²⁰⁶⁾ GOFORTH, CAROL R., *U.S. Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the Same Time*, in: 49 “Journal of Financial Transformation” (2019), 102-109.

TERMO INICIAL DA SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA JUDICIAL

Meio processual para a verificação do incumprimento, quando só se peça a execução da sanção

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

I. Do termo inicial da sanção pecuniária compulsória. 1. Natureza da sanção. 2. Momento *a quo* da sanção: exequibilidade ou trânsito em julgado? 3. Exequibilidade e efeito do recurso. 4. Indeferimento liminar, prosseguimento da execução e embargos de executado. **II. Da verificação da violação da obrigação e da liquidação da sanção pecuniária compulsória.** 1. Dos atos a praticar. 2. Da forma processual **III. Conclusões.**

I. Do termo inicial da sanção pecuniária compulsória

1. Natureza da sanção

1.1. Não se confundem as finalidades da sanção pecuniária compulsória com as finalidades da execução.

Perante o incumprimento do devedor, a ação executiva visa obter, coercivamente, *resultado idêntico* ao da realização, pelo devedor, da própria prestação que, segundo o título executivo, é devida ao credor, quer por meio direto (apreensão ou entrega da coisa ou quantia devida; prestação do facto devido por terceiro), quer por meio indireto (apreensão e venda de bens do devedor e subsequente pagamento), ou, em sua substituição, um *valor equivalente* do património do devedor. Porque o devedor não efetuou voluntariamente a prestação devida (ou atuou em violação da obriga-

ção de *non facere* a que estava adstrito), o tribunal *substitui-se-lhe* e procede à apreensão do bem devido ou à apreensão de bens do seu património que permitam o pagamento ou o custeamento da prestação de facto por terceiro. Mesmo quando, na execução, *o credor* consegue resultado idêntico ao do pagamento voluntário, os atos coercivos que o permitem constituem sempre, *para o devedor*, um *sucedâneo* do ato de cumprimento (por natureza voluntário) que não realizou.

Diversamente, a sanção pecuniária compulsória, tal como em outros sistemas jurídicos a ameaça duma detenção coercitiva⁽¹⁾, visa obter, não um *sucedâneo do cumprimento*, mas o próprio *cumprimento*, isto é, a realização da prestação pelo devedor, estimulado (compelido) a cumprir.

Esta diferença de funções explica que a sanção pecuniária compulsória dependente da fixação judicial tenha lugar na obrigação de prestação de facto *infungível*, positivo ou negativo (art. 824.º-A-1 CC), em si não executível (só o sendo a obrigação de indemnizar que dela é sucedâneo), dado lhe ser essencial a pessoa do devedor⁽²⁾.

A mesma função continua a ter a sanção pecuniária compulsória *legal* de 5%, que joga automaticamente a partir do trânsito em julgado da sentença

(1) Na sequência duma *injunction* judicial, que o devedor não cumpra, constituindo-se assim uma situação de *contempt of court*, no *direito anglossaxónico*, ou da opção judicial pela detenção do devedor, por prazo que pode ir até seis meses na execução da obrigação de prestação de facto infungível positivo e até dois anos (no caso de várias violações) na execução da obrigação de prestação de facto negativo, no *direito alemão* (minha *Ação executiva*, Coimbra, Gestlegal, 2017 (7.ª ed.), n.º 1 (32); *ZPO alemã*, §§ 888-I, e 802-j, por um lado, e § 890, por outro). Em *direito italiano*, está sujeita a sanção penal a entidade patronal que não cumpra o determinado judicialmente a favor duma associação sindical (FRANCESCO LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Milano, Giuffrè, 2011, III, n.º 23.1). São ainda resquícios da velha prisão por dívidas. É de notar que a redação primitiva do § 890-I ZPO falava de sanção penal (*Strafe*) e que da posterior alteração terminológica se diz que nada mudou e apenas teve um fim de harmonização verbal (BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 1990, n.º 1100, a p. 597), pelo que — há também quem diga — qualquer dos meios (detenção ou sanção pecuniária) tem “elementos de natureza penal (repressiva)” (STÖBER, in *Zöller ZPO*, Köln, Otto Schmidt, 1997, p. 2129, em comentário ao § 890, citando várias decisões do *Bundesverfassungsgericht* e daí retirando o requisito da culpa do devedor). Harmonicamente com este entendimento, o *Oberlandsgericht* de Hamm decidiu que, falecido o devedor, a sanção pecuniária compulsória não pode ser exigida aos herdeiros (*idem*, p. 600). Não obstante, entende-se predominantemente que, destruído *ex tunc* (nomeadamente em recurso) o título executivo, a sanção deixa, por falta de suporte, de ser devida retroativamente (*idem*, n.º 1097, a p. 596), tendo o devedor direito a restituição, pelo Estado (ao qual as quantias cobradas são, na sua totalidade, atribuídas), das quantias que a esse título tenha pago (*idem*, n.º 1090, a p. 592). Também à luz do *direito francês*, em que a iniciativa da medida pode ser igualmente oficiosa, se diz que “a *astreinte* é uma pena, [que tem] como objetivo ameaçar num primeiro momento e punir seguidamente quem não se submeta à ordem do juiz” (ROGER PERROT/PHILIPPE THÉRY, *Procédures civiles d’exécution*, Paris, Dalloz, 2000, p. 84).

(2) Salvo quando, não sendo a infungibilidade natural, o devedor a ela renuncie, pedindo a prestação por terceiro do facto objeto do contrato em que a infungibilidade haja sido estipulada.

de condenação no cumprimento de obrigação pecuniária (art. 824.º-A-4 CC) e, dado que a natureza da obrigação pecuniária lhe confere exequibilidade específica, é cumulável com esta obrigação originária, sendo conjuntamente com ela exequível.

Considerações semelhantes às que levaram o legislador português a consagrá-la para as obrigações pecuniárias podiam ter levado a estendê-la às obrigações de prestação de coisa e de prestação de facto fungível⁽³⁾. Tal não terá sido feito pela impossibilidade de, para estas, criar uma base de cálculo que jogasse também automaticamente.

1.2. Também a *astreinte* (sanção pecuniária compulsória do direito francês, pioneiro na construção da figura) é hoje aplicada fora do âmbito das obrigações de facto infungível, no interior da qual nasceu por criação jurisprudencial, tendo sido estendida pela Lei 72-626, de 5.7.72, a *todas as obrigações* e aplicada, nomeadamente, às obrigações pecuniárias⁽⁴⁾; a sua função é assegurar a *execução da decisão judicial*, mediante “um ataque à carteira para forçar a vontade” ao cumprimento da obrigação, o que implica ter em conta o comportamento do devedor e as dificuldades por ele encontradas nesse cumprimento⁽⁵⁾.

Em *Itália*, ao invés, a sanção pecuniária compulsória não extravasa o campo das obrigações de facto infungível (só constituindo, aliás, um meio geral, dito de execução indireta da sentença judicial, desde a reforma do CPC italiano de 2009, pois até aí só era admitida em matérias específicas, nomeadamente de direito do trabalho)⁽⁶⁾. O mesmo acontece na *Alemanha*⁽⁷⁾.

1.3. Não se confundindo com a indemnização civil, mesmo quando se destine a estimular o cumprimento de obrigações pecuniárias⁽⁸⁾, a sanção pecuniária compulsória não deixa de ter, por esse motivo, ao menos

⁽³⁾ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 452/453.

⁽⁴⁾ PERROT/THÉRY, *cit.*, n.ºs 72 e 73, a pp. 84 a 87. A *astreinte* está hoje regulada no *Code des procédures civiles d'exécution* (CPCE).

⁽⁵⁾ *Idem*, n.ºs 69 a 71.

⁽⁶⁾ FRANCESCO LUISSO, *cit.*, III, n.ºs 23.1 a 23.6.

⁽⁷⁾ §§ 888 e 890 da ZPO. Na execução da obrigação pecuniária, a não prestação, pelo devedor, de informação sobre os seus bens pode dar lugar a detenção coercitiva, com duração até seis meses (§§ 802-c-1 e 802-j-1 da ZPO); mas não há lugar à aplicação da sanção pecuniária compulsória.

⁽⁸⁾ O seu lugar é, pois, no art. 829.º-A-4 CC e não noutro artigo, designadamente no art. 806.º CC (CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 456). Em contrário se pronunciou ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, n.º 12, a pp. 126 a 133.

entre nós, *natureza substantiva*, o que se harmoniza com a inclusão no CC das normas gerais (do art. 829.º-A) que a regulam⁽⁹⁾. A condenação na sanção pecuniária compulsória constitui, pois, uma *decisão de mérito*, mesmo quando é ato do juiz do processo executivo.

Compreende-se que assim seja: o credor tem, na obrigação de facto infungível, o direito de requerer a condenação na sanção e, uma vez esta aplicada, direito a metade das quantias que vierem a ser devidas, a este título, pelo devedor; e, na obrigação pecuniária, fica constituído no direito de crédito à totalidade destas quantias, sob a condição suspensiva do não cumprimento da obrigação primária. Não constituindo embora uma obrigação acessória de juros de mora, e tendo a particularidade de, na obrigação de facto infungível, caber ao Estado metade das prestações que forem devidas, esta relação que se estabelece entre credor e devedor é uma *relação obrigacional de direito civil, instrumental* em face da obrigação que visa compelir a cumprir⁽¹⁰⁾ e com ela *cumulável*⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Minha *Ação executiva*, *cit.*, n.º 14 (p. 26); CALVÃO DA SILVA, *cit.*, pp. 408/409. As referências que lhe fazem as normas dos arts. 868.º-1, 874.º-1 e 876.º-1-*c* do CPC apenas clarificam que também o juiz da execução é competente para a aplicar, quando o não haja feito o juiz da ação declarativa, mas pressupondo a verificação dos requisitos da previsão da norma do art. 829.º-A-1 CC, nomeadamente uma condenação no cumprimento da obrigação de prestação do facto infungível (*infra*, n.º 2.1). Uma vez fixada, o seu montante é tomado em conta para a determinação dos bens a penhorar (arts. 735.º-3 e 870.º-2 do CPC). No direito francês é afirmada a sua natureza de pena privada (*supra*, nota 1 *in fine*), o que igualmente lhe confere o estatuto de figura de direito substantivo. Diversamente se lê em LUISO, *cit.*, n.º 23.3 (pp. 234/236), que por isso não considera a condenação na sanção pecuniária compulsória como decisão de mérito, mas sim como uma medida de conteúdo processual, que aliás só o juiz da ação declarativa pode, na sentença, tomar. Em direito alemão, a regulação da figura na ZPO parece abonar ideia semelhante; a atribuição ao Estado, neste direito, da totalidade das quantias a esse título cobradas excluiria sempre a configuração duma relação de direito civil, restando saber se configura, apesar da sua localização na ZPO, uma relação substantiva de direito penal (*supra*, nota 1).

⁽¹⁰⁾ Mas não dela *subsidiária*, como claramente revela a sanção pecuniária compulsória legal do art. 829.º-A-4 CC e a cumulabilidade com o cumprimento voluntário da prestação ou com a cobrança da indemnização sucedânea. De subsidiariedade pode apenas falar-se relativamente ao processo de execução específica, que é incompatível com a natureza infungível da prestação. O termo *obrigação* é usado no presente artigo no sentido lato que lhe é dado na ação executiva, abrangendo as *pretensões reais* (minha *Ação executiva*, *cit.*, I.3, a pp. 18/19).

⁽¹¹⁾ Por sua vez, a *condenação* no pagamento da sanção pecuniária compulsória é acessória da *condenação* no cumprimento da obrigação principal (CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 424): a relação de acessoriedade dá-se, rigorosamente, tão-só no campo processual. O mesmo autor acentua — bem — que só quando *duradoira* é que a obrigação de facto negativo consente a sanção pecuniária compulsória (*idem*, pp. 459/460) e é — isoladamente — de opinião que também o produto da sanção pecuniária compulsória legal (de 5%) se destina, em parte iguais, ao credor e ao Estado (*idem*, p. 458).

2. Momento *a quo* da sanção: exequibilidade ou trânsito em julgado?

2.1. Quer a sanção pecuniária compulsória legal, quer a sanção pecuniária compulsória judicial, *pressupõem a condenação do devedor no cumprimento da obrigação principal*. É o que claramente resulta do art. 829.º-A CC, sendo neste sentido bem expressa a redação dos respetivos n.ºs 1 e 4:

- “Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo (...), o tribunal deve *condenar* o devedor ao pagamento de uma quantia ...”;
- “... desde a data em que a sentença de *condenação* transitar em julgado ...”.

Não veio, neste ponto, modificar o seu alcance a redação dada aos arts. 933.º-1 e 941.º-1 do CPC de 1961 pelo DL 38/2003, de 8 de março.

Falava-se nesses artigos, desde a revisão de 1995/1996, da “quantia *eventualmente* devida a título de sanção pecuniária compulsória”, o que deixava em aberto a questão de saber se a condenação do devedor na sanção pecuniária compulsória só podia ter lugar na ação declarativa ou também podia ter lugar na ação executiva: a eventualidade a que os preceitos processuais se referiam podia ser, sem mais, a prévia condenação do devedor a pagar a quantia fixada por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, na mesma sentença (da ação declarativa) que o condenasse a realizar a prestação principal, o que não permitiria que o fizesse o juiz de execução de sentença que se limitasse a condenar o devedor na prestação principal.

A redação dada pelo DL 38/2003, que o CPC de 2013 manteve nos arts. 868.º-1 e 876.º-1-*c*, visou clarificar a atribuição deste poder ao juiz da execução, a requerimento do credor⁽¹²⁾: a condenação a que se refere o art. 929.º-A-1 CC pode ser proferida pelo juiz da execução, mas limitadamente aos casos em que tenha havido *sentença de condenação* na realização da prestação de facto infungível; é assim excluído que ela possa ter lugar na execução de outros tipos de título executivo. A sanção pecuniária compulsória pode ter sido *já* aplicada na sentença de condenação (“em que o devedor tenha sido já condenado”) ou não; neste caso, embora pudesse

⁽¹²⁾ LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, III, 2003, n.º 3 da anotação ao art. 933.º.

ter sido aplicada na ação declarativa, visto que nesta teve lugar a condenação do devedor na obrigação principal, o credor só agora a pretende e por isso requer que o juiz a aplique. A manutenção, na nova redação, do termo *devida* (“quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória”) só assim se explica, na medida em que a condenação na sanção é *accessória* da condenação na obrigação principal (*supra*, nota 11)⁽¹³⁾.

2.2. Estas considerações vinculam a *ligação umbilical* entre a sanção pecuniária compulsória e a sentença de condenação respeitante à obrigação principal: diferentemente da obrigação de indemnizar, a obrigação de suportar a sanção pecuniária compulsória não nasce com a simples *mora do devedor*, que respeita exclusivamente às relações entre ele e o credor, mas sim com a continuação da *mora após a definição do direito do credor pelos tribunais*; ao incumprimento da obrigação adiciona-se o *incumprimento do determinado na decisão judicial*⁽¹⁴⁾.

Sendo assim, facilmente se verifica ser errado entender que a sanção pecuniária compulsória, quando o tribunal não fixe o seu termo inicial, é *exigível* a partir do momento da *notificação* da sentença que contenha a condenação no cumprimento da obrigação principal e determine a aplicação da sanção pecuniária compulsória. Este entendimento não tem em conta que, nesse momento, a sentença nem é exequível nem se pode ter por definitiva, não se podendo ainda falar de incumprimento do que nela é determinado.

Em compensação, é à partida discutível se o termo inicial da sanção pecuniária compulsória se dá com o *trânsito em julgado* da decisão ou com a aquisição de *exequibilidade*.

2.3. À primeira vista, a ligação da sanção pecuniária compulsória à execução da obrigação principal, que tem por escopo evitar, enquanto estímulo à satisfação do direito do credor através do meio (prioritário) do

⁽¹³⁾ Em França, o art. L. 131-1 CPCE é expresso em que a *astreinte* é ordenada pelo juiz para assegurar a execução da *sua decisão*, ou pelo juiz da execução se tal for necessário para assegurar a execução da *decisão de outro juiz*.

⁽¹⁴⁾ Só isso explica que as quantias que o devedor venha a pagar a esse título possam não se destinar exclusivamente ao credor, destinando-se 50% ao Estado na obrigação de prestação de facto infungível e, em outros sistemas jurídicos, ao Estado se destinando na totalidade. Só isso, igualmente, explica a sua convertibilidade em detenção coercitiva, em outros sistemas jurídicos. “A partir do momento em que o tribunal condena o devedor a cumprir, deixa de estar em causa apenas o interesse do credor em ver realizado o seu direito, passando a relevar também que uma aparente rebeldia do devedor afetará a *credibilidade dos tribunais*” (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 115; cf. também p. 124).

cumprimento voluntário, levará a pensar que o momento *normal* do início da sua aplicação é o da aquisição da exequibilidade da sentença, independentemente de esta haver transitado em julgado: conferida exequibilidade a uma sentença contra a qual é movido recurso com efeito meramente devolutivo, logo a sanção determinada na sentença recorrida começaria a operar.

Esta é a solução que, depois de muitas anteriores flutuações doutrinárias e jurisprudenciais, vigora desde 1992 no direito francês, quanto à determinação do momento a partir do qual o tribunal pode discricionariamente fixar o início da aplicação da *astreinte*, por norma expressa que é aplicável no domínio de qualquer obrigação, *inclusive* pecuniária⁽¹⁵⁾.

Bons argumentos militam, porém, no sentido de se considerar como termo inicial *normal* da sanção pecuniária compulsória o momento do trânsito em julgado da decisão de condenação no cumprimento da obrigação pecuniária. Enquanto não se mostrem excluídas as vias de impugnação das decisões judiciais, a *conformação* que estas façam dos direitos materiais das partes não é definitiva e só o caso julgado faz *precluir* toda a indagação sobre a relação até aí controvertida. A definição desta pela decisão judicial opera *no plano do direito substantivo* e constitui o principal efeito do caso julgado, do qual os efeitos processuais (exceção e prejudicialidade, baseadas em proibições de repetição e de contradição) são mera derivação⁽¹⁶⁾. Compreende-se que, não tendo natureza ressarcitória e visando compelir ao cumprimento duma decisão judicial, a sanção pecuniária compulsória só jogue quando ela não possa mais ser alterada, sendo *definitivamente injustificado o seu não acatamento*.

A sentença que seja objeto de apelação com efeito meramente devolutivo é tida pela ordem jurídica como título *suficiente* da obrigação *para efeitos de execução*, mas não garante a *indiscutibilidade* desta. Com as devidas garantias do devedor (entre as quais a faculdade que tem de embargar de executado e a inadmissibilidade do pagamento aos credores

(15) A lei determina que o juiz não pode fixar como termo inicial da *astreinte* momento anterior ao dia em que a decisão sobre a obrigação principal se torne exequível (art. R131-1 do Decreto 2012-783, de 30.5.12) e que tem aplicação imediata a *astreinte* que seja objeto de decisão posterior ao momento em que se torne exequível a obrigação principal (art. R131-2 do Decreto 2012-783). Confirmada a sentença de condenação em recurso com efeito suspensivo, a *astreinte* só é devida a partir do momento em que a decisão de confirmação se torne exequível, a menos que os juízes da apelação fixem um momento *posterior* (decisão de 11.6.97 da Cour de Cassation, proferida na vigência do Decreto 92-755, de 31.7.92, cujos arts. 51.º-1 e 51.º-2 eram idênticos aos citados do atual decreto 2012-783, e referida por PERROT-THÉRY, *cit.*, pp. 95/96).

(16) Sobre esta problemática, remeto para a minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (2.ª ed.), n.º 14 (17).

sem prestação de caução), a execução da obrigação principal, bem como dos seus acessórios (em sentido próprio: cf. n.º 1.3 *in fine*) e sucedâneos, pode ter lugar na pendência do recurso; mas compreende-se que a sanção pecuniária compulsória só jogue quando esteja *definitivamente assente* a existência e o conteúdo da obrigação a cujo cumprimento *voluntário* visa compelir, por não estarem já em causa os direitos e as obrigações primárias das partes, mas a sua realização.

Acresce que a opção pelo trânsito em julgado da decisão como termo inicial da sanção pecuniária compulsória tem também por si evitar a restituição do indevido quando a decisão provisoriamente executada venha a ser revogada em instância de recurso⁽¹⁷⁾.

2.4. Estes argumentos explicam que a sanção pecuniária legal só opere com o trânsito em julgado da decisão que condene na realização da prestação principal.

Foi esta a opção do legislador português no art. 829.º-A-4 CC no campo das *obrigações pecuniárias*: por muito que estas sejam, antes disso, exequíveis, tal é indiferente para o regime da sanção pecuniária compulsória.

No campo das *obrigações de prestação de facto infungível*, o juiz é livre de fixar o termo inicial da sanção. Mesmo assim, com limites: não é, nomeadamente, admissível que esse termo seja o dia da sentença ou o da *notificação* desta ao devedor⁽¹⁸⁾. Quando o juiz não o determine, a *harmonia do sistema* leva a que se tenha como início da sanção o trânsito em julgado da decisão.

Com efeito, não vislumbro razão que justifique a aplicação, no domínio das obrigações de prestação de facto infungível, dum critério *supletivo* diferente do critério *obligatório* definido para as obrigações pecuniárias. Bem pelo contrário, as regras da interpretação levam a atender ao lugar paralelo do n.º 4 para se concluir que a diferente redação do n.º 1, conjugado com o n.º 2, todos do art. 828.º-A CC, visa apenas estabelecer uma norma que atribui ao juiz o *poder* de fixar o momento inicial da sanção do modo mais conveniente às circunstâncias do caso, segundo critérios de razoabilidade, *permanecendo, porém, a título supletivo, o critério definido no n.º 4*.

⁽¹⁷⁾ O próprio Estado teria então de restituir aquilo que tivesse recebido. No direito francês, em que só o credor tem direito às quantias cobradas, elas terão, evidentemente, de ser por ele restituídas (GUINCHARD-MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 2004, p. 285).

⁽¹⁸⁾ CALVÃO DA SILVA, *cit.*, p. 422.

Há, pois, que *interpretar* o texto desse n.º 1 como contendo uma norma supletiva que, no silêncio do juiz, determina que o trânsito em julgado da decisão constitui o termo inicial da sanção pecuniária compulsória. Esse é, segundo a opção legal, expressa no n.º 4, o momento em que a inobservância da decisão judicial adquire carácter de *desrespeito pelos tribunais*, visto que até então a decisão tomada, porventura exequível, pode ser tida por um tribunal superior como errada.

Tal não significa, ao contrário do que entende CALVÃO DA SILVA⁽¹⁹⁾, que o tribunal, ao determinar a sanção, não possa fixar para o seu início⁽²⁰⁾ um momento anterior ao trânsito em julgado. Fá-lo-á, nomeadamente, quando julgue verificar-se *abuso de direito* na interposição do recurso ou de outro meio de impugnação, mas entenda insuficiente a sanção do art. 542.º-2-d CPC (condenação por má-fé).

3. Exequibilidade e efeito do recurso

3.1. A opção pela outra via de solução (sanção pecuniária compulsória supletivamente aplicável desde o momento em que a sentença que nela condena se torne exequível) levaria, por definição, a distinguir os casos em que o recurso de apelação tem efeito suspensivo daqueles em que tem efeito meramente devolutivo⁽²¹⁾.

Quando a atribuição do primeiro não resulta da *lei* (art. 647.º-3 CPC), cabe ao *tribunal* atribuí-lo, a requerimento do recorrente, feito no ato de interposição do recurso, quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e ele se ofereça para prestar caução, em prazo que o tribunal fixará (art. 647.º-4 CPC). A lei estabelece assim uma *regra* e uma *exceção* e, uma vez que esta seja feita valer pelo recorrente, a *determinação* do efeito da apelação é feita no despacho de admissão do recurso, ficando porém ainda sujeita à *reapreciação* do tribunal *ad quem* (art. 641.º-5 CPC).

Deste regime resulta que:

- *Até que seja determinado o efeito do recurso pelo tribunal recorrido, a decisão não pode ser executada*: ao contrário do que acontece no recurso de revista, o efeito-regra (efeito meramente

⁽¹⁹⁾ *Cumprimento, cit.*, pp. 422/426.

⁽²⁰⁾ Resolutivamente condicionado à revogação da decisão recorrida.

⁽²¹⁾ A questão não se põe para o recurso de revista, que, no campo patrimonial, tem sempre efeito meramente devolutivo (art. 676.º-1 CPC).

devolutivo) não é *automático*, ficando dependente, tal como o efeito-exceção (efeito suspensivo), da decisão do juiz recorrido⁽²²⁾.

- Com a ressalva do prazo para a prestação de caução, *o despacho sobre o efeito do recurso produz efeitos imediatos*, mas, quando a decisão seja no sentido de lhe atribuir efeito meramente devolutivo, *a execução que venha a ser instaurada virá a ser suspensa se a Relação atribuir efeito suspensivo ao recurso*, por aplicação analógica do art. 704.º-2 CPC e *com destruição retroativa dos efeitos já produzidos*.

3.2. Para a primeira das conclusões que acabo de enunciar, é de considerar que a circunscrição da admissibilidade do requerimento do recorrente ao *momento da interposição do recurso* e a exigência da determinação dum *prazo para a prestação de caução* são corolários da necessidade que há em definir com brevidade o efeito do recurso. Deixando à discricionariedade judicial a determinação deste último prazo, em vez de ela própria o fixar, a lei visa que o prazo a estabelecer se adequa às *particularidades do caso concreto*, tendo nomeadamente em conta o grau de necessidade que haja na sua definição para o exequente, a fim de, sendo caso disso, lhe proporcionar o início da execução.

Com efeito, se a execução pudesse ser instaurada antes da fixação do efeito do recurso pelo tribunal, normal seria, num sistema em que a grande maioria dos prazos é estabelecida pela lei processual, que esta não abdicasse de fixar o *prazo abstrato* para prestar caução, ficando sempre garantida ao *executado*, uma vez atribuído ao recurso o efeito suspensivo e prestada a caução, a anulação dos atos de execução que entretanto tivessem sido praticados, ou a mera suspensão da execução. A flexibilidade do prazo mostra antes que até ao seu termo a exequibilidade da sentença se mantém suspensa. E também, se assim não fosse, não se justificaria que ao recorrente fosse vedado pedir a atribuição do efeito suspensivo em momento posterior ao da interposição do recurso; o limite temporal para o fazer só pode justificar-se por a norma não cuidar de suspender uma execução *instaurada*, mas sim a própria *instauração* da execução⁽²³⁾.

⁽²²⁾ LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC Anotado*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, n.º 2 da anotação ao art. 692.º.

⁽²³⁾ É, por isso também, diverso este ponto de regime no lugar paralelo referente à admissibilidade da prestação de caução quando é embargada a execução: ela pode ser requerida *a todo o tempo* (remeto para a minha *Ação executiva*, *cit.*, n.º 12.4.5, a pp. 228/229).

Acresce que a pretensão de evitar a prática de atos (de execução) que pudessem vir a tornar-se inúteis justifica também que a exequibilidade da sentença recorrida tenha de aguardar a recusa do efeito suspensivo requerido (ou a não prestação da caução fixada para conseguir este efeito).

3.3. Considere-se agora a segunda das indicadas conclusões.

Ela mais não é do que a aplicação duma regra geral indiscutível: a revogação da decisão recorrida pelo tribunal superior tem eficácia *ex tunc*⁽²⁴⁾, tudo se passando juridicamente como se a tivesse proferido o tribunal recorrido e havendo lugar à reposição da situação de facto existente à data da decisão recorrida. Desaparecido o *pressuposto* em que assentou o início da sanção pecuniária compulsória, as quantias até aí provisoriamente exigíveis em execução não podem deixar de se ter por *retroativamente* indevidas e outro será o momento *futuro* do termo inicial da sanção. A ligação da sanção pecuniária compulsória à exequibilidade da decisão terá como consequência que ela não se tenha por *adquirida* enquanto não for proferida decisão *definitiva* que atribua efeito meramente devolutivo ao recurso interposto da decisão de condenação no cumprimento da obrigação principal.

Continuando a pressupor a ligação entre exequibilidade da decisão e sanção pecuniária compulsória, esta torna-se exigível com a notificação ao executado do despacho do tribunal recorrido que recuse a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, tal como quando, por não ser requerida esta atribuição, precluda a faculdade de a requerer com a apresentação do requerimento de recurso, ou ainda quando, atribuído ao recurso o efeito suspensivo e fixado o prazo para a prestação de caução, este prazo decorra sem que ela seja prestada; mas deixa *retroativamente* de o ser, por cessação do respetivo pressuposto, quando o tribunal de recurso *revogue* a decisão de recusa do efeito suspensivo e a *substitua* por uma decisão de suspensão da exequibilidade da sentença⁽²⁵⁾.

(24) Mais propriamente se falará, nos sistemas de substituição como o nosso, de *resolução* da decisão impugnada (RIBEIRO MENDES, *Recursos em processo civil*, Lisboa, Lex, 1994, n.º 49.I, a p. 184), figura à qual é inerente a ideia da retroatividade.

(25) Aliás, o facto de esta última decisão ser proferida, como no caso concreto, no acórdão que decide, nesses termos, a apelação só pode significar, utilizando o critério da exequibilidade da decisão principal, que por ela se visou a destruição retroativa dos efeitos da sanção pecuniária compulsória na pendência do recurso, visto que outra utilidade manifestamente não tem.

4. Indeferimento liminar, prosseguimento da execução e embargos de executado

4.1. Quando o tribunal, na ação declarativa, haja proferido a condenação no cumprimento de uma obrigação de facto negativo e determinado o pagamento de certa quantia, a título de sanção pecuniária compulsória, por cada dia em que perdurasse o incumprimento, sem porém nada dizer quanto ao termo inicial da sanção, a questão do critério supletivo legal para a determinação deste termo é suscetível de ser levantada em embargos à ação executiva instaurada para cobrança das quantias devidas a esse título.

Quid juris, porém, se a questão tiver sido entretanto discutida em recurso do despacho de indeferimento liminar do requerimento executivo, fundado numa interpretação da lei de acordo com a qual ainda não ocorreria o facto desencadeador desse termo inicial, e a Relação tiver revogado a decisão recorrida e mandado prosseguir o processo, com fundamento em interpretação diferente, da qual resultasse que o termo inicial já tinha, em certa data, ocorrido? A interpretação feita pelo tribunal da relação é vinculativa, não podendo ser objeto de apreciação nos embargos de executado, por formar *caso julgado*?

4.2. Quer o CPC de 1939 (art. 481.º, § 2.º), quer o CPC de 1961 até à revisão de 1995-1996 (art. 475.º-2), continham uma disposição expressa segundo a qual a decisão proferida em recurso sobre *questões processuais* conhecidas liminarmente fazia caso julgado (formal), mas não a que se baseasse em *questão de mérito*, porque carecida de apreciação mais cuidada após o subsequente contraditório na ação⁽²⁶⁾.

Este regime tinha por base a ideia de que o momento do despacho liminar, posterior à petição inicial e anterior à citação do réu, não era indicado para decisões de mérito. Embora, no caso de manifesta inviabilidade da ação, ao juiz coubesse impedir o seu inútil prosseguimento, tal não impedia, nem a apresentação de outra petição no prazo de três (art. 481.º, § 3.º, do CPC de 1939) ou cinco dias (art. 476.º-1 do CPC de 1961), nem a propositura de segunda ação com o mesmo objeto. Havendo recurso, o réu era para ele citado, o que assegurava o contraditório na instância de recurso, mas não conferia força de *caso julgado* (material) ao acórdão da Relação que mantivesse o indeferimento⁽²⁷⁾, nem ao que, revogando a

⁽²⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *CPC Anotado*, II, pp. 392/393.

⁽²⁷⁾ Os citados arts. 481.º, § 2.º, do CPC de 1939 e 475.º-2 do CPC de 1961 só conferiam definitividade às decisões sobre questões processuais. Por seu lado, o art. 691.º-1 do CPC de 1961, tal

decisão, ordenasse o prosseguimento da causa: o despacho de notificação do réu para contestar, seguidamente proferido em substituição do despacho de indeferimento, não tinha sequer o alcance de arrumar as questões que podiam ser motivo de indeferimento liminar (art. 479.º-3 do CPC de 1961, equivalente ao anterior art. 483.º, § 2.º, do CPC de 1939)⁽²⁸⁾.

4.3. A norma do art. 475.º-2 do CPC de 1961 deixou de ser explicitada na revisão do Código de 1995-1996, porquanto o despacho liminar deixou de ter lugar, em regra, na ação declarativa. Mas *as razões que a fundamentam mantêm-se* na ação executiva: o despacho liminar tem lugar sem prévia audição do executado e, mesmo quando é ouvido em recurso, este não pode *alegar de facto*, mas apenas de direito, com base nos factos alegados pelo exequente; por outro lado, à Relação só cabe decidir se a ação deve ou não prosseguir, para o que basta um juízo de *viabilidade*, que afaste a ideia de que a ação é *inadmissível* ou *manifestamente improcedente*.

Na ação executiva, os fundamentos de indeferimento são hoje os do art. 726.º-2 CPC, que, salvo o da alínea *d*), transitaram para o novo código do art. 812.º-E-1 do CPC de 1961 (art. 812.º-2 até ao DL 226/2008, de 20 de novembro). Indeferido o requerimento executivo com algum desses fundamentos, o recurso que da decisão seja interposto tem por finalidade *exclusiva* verificar se, *com esse ou outro fundamento*, o indeferimento se justifica, isto é, sendo a decisão recorrida judicial, se há *manifesta* falta ou insuficiência do título executivo, se ocorre alguma exceção dilatória, não suprível, de conhecimento oficioso ou se é *manifesto*, perante a petição inicial e o título executivo, não terem ocorrido os factos constitutivos, ou terem ocorrido factos impeditivos ou extintivos, da obrigação executanda⁽²⁹⁾.

como o anterior art. 691.º do CPC de 1939, limitava o objeto do recurso de apelação às decisões de mérito proferidas no despacho saneador e na sentença final, sujeitando a agravo qualquer decisão de indeferimento liminar, ainda que fundada em inviabilidade.

⁽²⁸⁾ Veja-se, hoje, o art. 226.º-5 CPC.

⁽²⁹⁾ Quanto a este último fundamento, embora a lei só fale (em redação que continua a ser equivalente à do art. 820.º originário do CPC de 1961) do título negocial, deve entender-se que joga também quando o título executivo é uma sentença, abrangendo assim, neste caso, qualquer facto constitutivo, modificativo ou extintivo posterior à formação do título judicial [o primeiro como condição de exigibilidade da obrigação e os restantes modificando ou destruindo os efeitos do facto constitutivo: cf. o atual art. 729.º, als. *e*) e *g*)]. Assim, o juiz, no despacho liminar, deve conhecer de qualquer desconformidade entre o título executivo e a realidade substantiva que seja de conhecimento oficioso e torne *manifestamente inviável* a execução, com o limiar temporal do termo da discussão na 1.ª instância quando o título seja uma sentença. A restrição da *letra* da previsão do preceito explica-se hoje por ele

Julgado em recurso que o fundamento da alínea *a*) ou o da alínea *c*) não se verificava, fica assente que *não era manifesta* a falta ou ineficácia do título, a inoportunidade dos factos constitutivos ou a ocorrência de factos modificativos ou extintivos, pelo que a Relação ordena o prosseguimento do processo. Nos subsequentes embargos, o executado pode suscitar livremente as mesmas questões que, se não tivesse havido despacho liminar, logo poderia suscitar em embargos, *tudo se passando como se o tribunal, liminarmente, tivesse logo ordenado a citação do executado*. Mais uma vez, jogam aqui plenamente as consequências da *substituição* da decisão recorrida pela decisão proferida pelo tribunal de recurso. Nomeadamente, quanto à ocorrência/inocorrência de factos constitutivos, impositivos ou extintivos, sobre eles se fará nos embargos a prova que for necessária, devendo o juiz apurar, *com toda a amplitude*, se ela se verifica, *independentemente de ser manifesta*.

4.4. Pode a Relação, na fundamentação do acórdão que decide o recurso, revogando o despacho de indeferimento liminar, ir além do juízo de viabilidade da ação e fazer considerações de mérito que constituiriam fundamento de procedência; mas, se o fizer, está extravasando o *objeto do recurso*, que é apenas o de saber se a ação é, efetivamente, manifestamente improcedente, nos termos do art. 590.º-1 CPC (na ação declarativa) ou do art. 726.º-2 CPC (na ação executiva), ou é viável e deve, por isso, prosseguir. Nomeadamente, extravasa o objeto do recurso do despacho de indeferimento liminar proferido na ação executiva a afirmação, feita pela Relação para fundamentar o juízo de que não era manifesta a ocorrência/inocorrência de determinado facto principal (“essencial”, no dizer atual do CPC) e a subsequente decisão de prosseguimento dos autos, de que, consoante os casos, esse facto *se verificou* ou *não verificou*.

Considerações desta ordem constituirão *meros obiter dicta*, que não fazem caso julgado, *delas se aproveitando apenas aquilo que pode constituir um juízo de viabilidade*. Note-se, aliás, que as questões assim aparentemente resolvidas nem sequer são *prejudiciais* do conhecimento do objeto do recurso, pelo que não se põe, relativamente a elas, a questão de saber se a decisão da questão prejudicial (questão cujo conhecimento é *necessário* para o conhecimento do objeto da ação — ou do recurso) é

estar inserido na regulação do processo ordinário e a execução da sentença judicial se fazer, em regra, em processo sumário, mas a sua *aplicação analógica*, quando em execução de sentença tenha lugar despacho liminar, impõe-se (LEBRE DE FREITAS — RIBEIRO MENDES, *CPC Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, III, n.º 2 da anotação ao art. 812.º).

abrangida pelo caso julgado⁽³⁰⁾: nomeadamente, só é questão prejudicial da decisão a dar no recurso interposto do despacho liminar que se funde na manifesta inoccorrência do termo inicial da sanção pecuniária compulsória a de saber se há a *certeza* de que esse termo não ocorreu; havendo incerteza (factual ou jurídica) sobre tal ocorrência, a apelação procede e a ação executiva deve prosseguir, *ficando incólume para os embargos de executado a questão de determinar o se e o quando desse termo inicial*.

II. Da verificação da violação da obrigação e da liquidação da sanção pecuniária compulsória

1. Dos atos a praticar

Condenado o devedor, na sentença declarativa, numa sanção pecuniária compulsória cuja concretização e montante fiquem dependentes das violações da obrigação principal que posteriormente tenham lugar, ou do tempo durante o qual a situação de violação se mantenha, como se verifica essa violação e se liquida a sanção, a fim de a executar?

A questão não se põe do mesmo modo na obrigação pecuniária ou na de *facere*, por um lado, e na de *non facere*, por outro:

- O incumprimento das duas primeiras está verificado na ação declarativa e, pressupondo a aplicação da sanção que o incumprimento *se mantém* para além do seu termo inicial, é ao devedor que, nos termos gerais do art. 342.º-2 CC, cabe *provar* o cumprimento, em data posterior à sentença, sem prejuízo de a continuação do incumprimento dever, enquanto *facto constitutivo* do direito de crédito decorrente da sanção, ser *alegada* pelo credor no requerimento executivo;

⁽³⁰⁾ Em meu entender, e na esteira de CASTRO MENDES, o art. 91.º-2 CPC só quando a parte assim o requeira, isto é, quando a converta em novo pedido, ampliando o objeto do processo, é que estende o caso julgado à decisão das questões prejudiciais que, não sendo do foro criminal ou administrativo (art. 92.º CPC), carecem de ser decididas por constituírem pressuposto necessário da decisão da causa, ressalvados determinados casos que constituem *exceção* imposta pela natureza das coisas ou de institutos jurídicos (LEBRE DE FREITAS — ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 2019, II, n.º 4 da anotação ao art. 581.º). A jurisprudência, ao invés, usa predominantemente prescindir desse requerimento da parte, mas sempre circunscritamente à medida em que o conhecimento da questão prejudicial é *necessário* à decisão da causa.

- Nas mesmas duas obrigações, a liquidação da sanção é feita por *simples cálculo aritmético* — pelo autor, no requerimento inicial da execução, na parte já vencida, e pelo agente de execução, mensalmente e no momento em que cessa a sua aplicação, na parte que vença na pendência do processo de execução (art. 716.º, n.os 1 e 3, do CPC = art. 805.º, n.os 1 e 3, do CPC de 1961)⁽³¹⁾;
- Na obrigação de *non facere*, uma vez que os atos ilícitos do devedor têm sempre natureza positiva, é necessário provar a sua ocorrência, o que, consistindo a violação numa obra ou em outro ato que tenha deixado vestígios materiais, deve ser feito através de *perícia*, requerida pelo credor, e, quando não haja vestígios materiais da violação, através de outros meios probatórios, incluindo o depoimento de testemunhas⁽³²⁾;
- Na mesma obrigação de *non facere*, a liquidação da sanção pecuniária compulsória pressupõe essa verificação da violação da obrigação principal, como resulta do art. 876.º-1 CPC (= art. 941.º-1 do CPC de 1961), *não dependendo de simples cálculo aritmético*;
- Quando a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético, há que a fazer em *incidente de liquidação*, que, por imposição do art. 704.º-6 CPC (art. 47.º-5 do CPC de 1961), se processa *nos autos da ação declarativa* e segue os termos dos arts. 358.º a 360.º do CPC (arts. 378.º a 380.º do CPC de 1961), *sem o que a sentença não constitui título executivo* para o efeito da cobrança das quantias por liquidar;
- Constituiria injustificada duplicação de meios não aproveitar para a verificação da violação da obrigação principal o próprio inci-

⁽³¹⁾ Sendo a sanção fixada no próprio processo executivo, a liquidação é feita exclusivamente pelo agente de execução.

⁽³²⁾ A referência à admissibilidade da prova pericial (“exame ou vistoria”) vem de antes da revisão de 1995-1996 do CPC de 1961. Na versão do Código até então vigente, o art. 804.º-2 limitava os meios de prova de “que se verificou a condenação” aos documentos e às testemunhas; o art. 941.º-1 abria o leque dos meios probatórios, ao *permitir* (“pode”) que o credor requeresse que a violação da obrigação de prestação de facto negativo fosse verificada por prova pericial. Não obstante, com a revisão do Código, ter sido suprimida, no art. 804.º-2, a restrição à admissibilidade dos meios de prova, a norma do art. 941.º-1 manteve-se, possibilitando ser *objetivamente* interpretada, apesar de se manter o termo “pode”, no sentido de *dever* ter lugar a prova pericial para a verificação da violação quando, pelo menos, esta consista na feitura duma obra a demolir (veja-se o n.º 3 do mesmo art. 876.º CPC: “concluindo pela existência da violação, o perito deve indicar logo a importância provável das despesas que importa a demolição, se esta tiver sido requerida”). Se a obra já estiver feita à data do encerramento da discussão na sentença declarativa, o juiz terá ordenado a sua demolição, tudo se passando como nas obrigações de *facere*.

dente de liquidação⁽³³⁾: *maxime*, quando as violações a verificar forem várias e cada uma, ou cada dia em que tiverem ocorrido, importar para o cumprimento da sanção, seria absurdo que ambos os apuramentos não tivessem lugar no mesmo meio processual;

- Em qualquer caso, sendo que a sanção pecuniária compulsória começa por ser “uma simples ameaça, que se apresenta sob a forma de condenação *eventual*, só a sua liquidação permite que se transforme num verdadeiro crédito, cujo montante ficará então determinado”⁽³⁴⁾. Com efeito, na parte em que fixa a sanção pecuniária compulsória, a sentença contém uma *condenação condicional e genérica*, a liquidar em função da verificação futura dos atos de violação que prevê, ou da simples continuação da violação, conforme os casos.
- Também em qualquer caso, a falta de liquidação da obrigação, nos termos em que a lei a impõe, constitui fundamento de *embargos de executado* (art. 729.º-e CPC = art. 814.º-1-e do CPC de 1961).

2. Da forma processual

Preveem os arts. 868.º-1 e 876.º-1 do CPC (= arts. 933.º-1 e 941.º-1-*c* do CPC de 1961) que o pedido executivo do pagamento da quantia devida a título de sanção pecuniária compulsória se faça, *na ação executiva para prestação de facto*, em *cumulação* com o pedido de pagamento forçado do sucedâneo pecuniário da obrigação de prestação de facto infungível.

⁽³³⁾ Antes da reforma da ação executiva pelo DL 38/2003, de 8 de março, era defensável que a verificação da violação se devesse fazer liminarmente *nos autos* da ação executiva (para prestação de facto), nos termos da versão anterior do art. 804.º, n.ºs 1 e 2, do CP de 1961 (analogicamente aplicado), antes da citação do devedor e sem a cominação probatória, decorrente da falta de contestação, que a reforma introduziu, e que a liquidação da sanção devesse ter lugar, já com o regime cominatório da omissão do executado, posteriormente, *em incidente* da ação declarativa. A partir do DL 38/2003, deixou de ter suporte razoável esta interpretação (cf., porém, ainda, o meu *CPC Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, n.º 3 da anotação ao art. 941.º).

⁽³⁴⁾ PERROT-THÉRY, *cit.*, p. 99. Como dizem ainda estes autores, “tendo a *astreinte* sido prescrita como uma ameaça cujo montante cresce à medida que o tempo passa, chega um momento em que, se o devedor se obstinar a não executar a decisão, a *astreinte* tem de ser liquidada por um juiz que lhe fixe o montante. *A liquidação é uma necessidade*”.

A razão de ser do uso deste tipo de ação executiva quando o facto é infungível, não obstante o credor não possa pretender a sua prestação por terceiro, mas apenas o pagamento forçado da indemnização, deve-se a que, em consequência da preferência da lei civil pela reconstituição natural (art. 566.º-1 CC) e portanto, por maioria de razão, pela execução específica, se admite que o *devedor possa ainda cumprir* depois de citado para a ação executiva, realizando — *em tempo útil* — a prestação devida e extinguindo assim a execução (art. 846.º CPC = art. 916.º do CPC de 1961)⁽³⁵⁾. Com efeito, querendo o devedor cumprir, pode haver lugar a atos processuais próprios da execução para prestação de facto, designadamente visando a *verificação da boa realização do facto*, que não têm lugar no esquema legal da execução para pagamento de quantia certa.

Esta razão cessa quando, *tendo a obrigação principal sido já cumprida*, o credor pretenda apenas executar a condenação na sanção pecuniária compulsória proferida na sentença declarativa. Neste caso, tratando-se de pedir apenas a execução duma obrigação pecuniária, o tipo da ação executiva a instaurar é, a meu ver, necessariamente, o da *execução para pagamento de quantia certa* (art. 10.º-6 CPC = art. 45.º-2 do CPC de 1961). Mas tal não significa que não devam continuar a ser observadas as mesmas regras, que ficaram referidas (n.º 1.1), relativamente à verificação da violação e à liquidação da sanção.

Assim, quando o credor queira instaurar uma ação de execução com efeito limitado à obrigação decorrente da sanção pecuniária compulsória, por já ter cessado a violação da obrigação principal, o requerimento de execução deve ser precedido da liquidação, total ou parcial consoante os casos (art. 716.º, n.ºs 8 e 9 = art. 805.º, n.ºs 8 e 9, do CPC de 1961), *no âmbito da ação declarativa*, e, feita esta liquidação prévia, a subsequente execução — para pagamento de quantia certa —, segue a forma do processo *sumário*. Se, ao invés, a liquidação devesse ter lugar na ação executiva, a forma de processo seria a *ordinária* (art. 550.º-3-b CPC). No primeiro caso, liquidada já a obrigação, o processo começa pela penhora (art. 855.º CPC); no segundo caso, há despacho liminar e *citação prévia do executado* (art. 726.º CPC). No direito anterior, em que a forma do processo de execução se dizia única, o regime era semelhante (art. 812.º-F-2-b do CPC de 1961). Sejam feitas na ação declarativa ou na ação executiva, a verificação da violação e a liquidação da obrigação têm lugar *em contraditório*.

(35) Minha *Ação executiva*, cit., n.º 23.2.2.B. A própria sanção pecuniária compulsória visa, como sabemos, compelir à execução específica da obrigação.

O mesmo se diga quando, segundo o credor, a violação da obrigação principal *não tenha cessado*. Mas com uma diferença: neste caso, continuando a interessar o efeito compulsório da sanção, o tipo da ação executiva deverá ser o mesmo que teria lugar se o credor pedisse a execução da obrigação sucedânea de indenizar juntamente com a sanção pecuniária compulsória, isto é, o da *execução para prestação de facto*, sem prejuízo da sua *conversão* nos termos do art. 869.º CPC (= art. 934.º do CPC de 1961), analogicamente aplicado?

No campo das obrigações de prestação de facto negativo, esta solução não me oferece dúvidas quando, em sua violação, haja *obra feita* e, em consequência, uma demolição a fazer, ou quando a violação se tenha traduzido em outros vestígios materiais que perdurem e devam ser removidos mediante aplicação de algumas regras técnicas de boa execução: o devedor pode querer fazê-lo e a sua feitura pode implicar *controles* para os quais é mais adequado esse tipo de ação executiva.

Já quando a violação se traduza em *atos instantâneos*, cuja repetição, pura e simplesmente, se trate de fazer cessar, ou em atos simples de remoção dos vestígios que ela tenha deixado, a solução é discutível: a seu favor se argumentará com a vantagem que representa termos, para todos os casos, um único tipo de solução; contra ela dir-se-á que não apresenta, neste caso, as vantagens práticas (de controlo da boa destruição dos vestígios materiais) que nos outros a justificam. Constituindo essas vantagens práticas, relativas à eficácia da finalidade compulsória da sanção, a razão de ser do uso do meio da ação executiva para prestação de facto, inclino-me para a segunda posição.

Aliás, a instauração da ação executiva para pagamento de quantia certa em vez da ação executiva para prestação de facto, se se considerasse ser esta a adequada no segundo tipo de caso considerado, só produziria nulidade, em face do disposto no art. 195.º-1 CPC (= art. 201.º-1 do CPC de 1961), quando a irregularidade cometida pudesse ter influência na sequência *garantística* da liquidação ou do processo executivo. Tê-la-ia seguramente neste, se, *concretamente*, tivesse o efeito de permitir a realização da penhora antes da citação do executado, isto é, se a forma do processo executivo instaurado tivesse sido a sumária⁽³⁶⁾ e, com isso, o executado visse *diminuída a garantia de contraditório prévio* nos atos de verificação da violação e da liquidação da sanção (cf. art. 193.º-2 CPC = art. 199.º-2 do

⁽³⁶⁾ Não haverá nulidade se a forma processual utilizada tiver sido a ordinária, visto que nesta a citação do executado precede a penhora. No regime do CPC de 1961, a forma de processo de execução dizia-se única, mas o regime era idêntico (art. 812.º-F-2-a).

CPC de 1961); mas já não se este contraditório lhe for garantido independentemente do tipo da ação executiva usado. Ora, faça-se a liquidação da sanção em ação executiva para pagamento de quantia certa ou para prestação de facto, *os atos propriamente executivos* (penhora, venda, pagamento) *não têm início* sem que ela tenha lugar, *em contraditório*.

III. Conclusões

1. A sanção pecuniária compulsória, que teve a sua fonte na *astreinte* do direito francês, tem por função compelir ao cumprimento da obrigação o devedor que haja sido condenado a cumpri-la.
2. Exercem esta função e têm a mesma natureza a sanção pecuniária compulsória judicial do art. 829.º-A-1 CC, aplicável ao devedor da prestação de facto infungível, e a sanção pecuniária compulsória legal do art. 829.º-A-4 CC, aplicável ao devedor da prestação pecuniária.
3. A sanção pecuniária compulsória é uma figura de direito substantivo, por ela se constituindo uma relação obrigacional, instrumental em face duma obrigação principal, e é criada diretamente pela lei no caso da obrigação principal pecuniária e por decisão judicial de mérito no caso da obrigação principal de prestação de facto infungível, positivo ou negativo.
4. Quer a sanção pecuniária compulsória judicial, quer a sanção pecuniária legal, pressupõem a condenação do devedor no cumprimento da obrigação principal e, portanto, um duplo incumprimento (desta obrigação e da sentença sobre ela proferida na ação declarativa de condenação), ou seja, exigem a continuação da mora após a definição do direito pelos tribunais, com o inerente desrespeito culposo pelas decisões destes.
5. Está assim excluída como termo inicial da sanção pecuniária compulsória, quando nem a sentença de condenação nem as decisões sobre ela proferidas em recurso o tenham determinado, a data da notificação da sentença ao devedor, só sendo equacionável a sua coincidência com a data do trânsito em julgado da decisão ou com a da aquisição de exequibilidade.
6. A primeira destas duas datas é a que melhor se harmoniza com o sistema jurídico português: a atribuição à apelação do efeito

meramente devolutivo tem na base a ideia de que a sentença apelada constitui já título suficiente da obrigação para efeitos da execução, mas não garante a sua indiscutibilidade; só com o trânsito em julgado, que torna indiscutível a existência e o conteúdo da obrigação principal, fica definitivamente injustificado o não acatamento da sentença pelo devedor, que até aí pode, sem culpa grave, esperar uma decisão que revogue a que o condenou; só com o trânsito em julgado é que a inobservância da decisão ganha o carácter de desrespeito pelos tribunais; evita-se assim ainda o risco da restituição das quantias pagas a título de sanção pecuniária compulsória, se a decisão provisoriamente executada vier a ser revogada em recurso; o art. 829.º-A-4 CC consagra o critério do trânsito em julgado para as obrigações pecuniárias e a harmonia da ordem jurídica leva a interpretar o art. 829.º-A-1 CC como consagrando o mesmo critério, a título supletivo, para as obrigações de prestação de facto infungível.

7. O instituto da má-fé processual e, quando este seja insuficiente, o instituto geral do abuso do direito servem o fim de sancionar os comportamentos abusivos do recorrente.
8. A ter-se, porém, o momento da exequibilidade como o do termo inicial da sanção pecuniária compulsória, esta iniciar-se-á, conforme os casos, com a caducidade do direito ao recurso do devedor no termo do prazo para recorrer da sentença que o condene no cumprimento da obrigação principal, com a interposição do recurso sem que para ele seja requerida a atribuição do efeito suspensivo, com o termo do prazo fixado para a prestação da caução condicionadora do efeito suspensivo sem que ela seja prestada, com a notificação da decisão da 1.ª instância que atribua efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação do devedor condenado, com a notificação do despacho do relator que atribua efeito meramente devolutivo à apelação que tenha subido com efeito suspensivo ou com a notificação do acórdão da Relação que mantenha a decisão condenatória na apelação a que tenha sido atribuído efeito suspensivo.
9. É equiparado a este último caso o do acórdão da Relação que, mantendo a decisão de condenação na obrigação principal, revogue a decisão da 1.ª instância que haja atribuído efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação, substituindo-a por outra que lhe atribui efeito suspensivo.

10. Aliás, se porventura esta última decisão for proferida no acórdão que decide, nesses termos, a apelação, tal pode significar, utilizando o critério da exequibilidade da decisão principal, que por ela se visou a destruição retroativa dos efeitos da sanção pecuniária compulsória na pendência do recurso, visto que outra utilidade manifestamente não tem.
11. Em qualquer hipótese, a sentença de condenação não pode ser executada dentro do prazo para a apelação e, quando com esta se requeira a atribuição de efeito suspensivo, antes do despacho do tribunal recorrido que determina o efeito da apelação, visto que, ao contrário do que acontece no recurso de revista, o efeito meramente devolutivo, embora constitua a regra na apelação, não decorre automaticamente da lei, ficando dependente da decisão do juiz recorrido sobre o efeito suspensivo requerido e, quando ela for no sentido da atribuição desse efeito, dependente ainda da não prestação, pelo exequente, da caução que lhe seja fixada.
12. A questão da determinação do termo inicial da sanção pecuniária compulsória não é precludida por ter sido discutida no recurso de apelação do despacho de indeferimento liminar da petição executiva e a sentença que, revogado esse despacho, haja mandado prosseguir a execução ter sobre ela perfilhado, na fundamentação da decisão nela tomada, um determinado entendimento.
13. Com efeito, além de oficiosamente dever verificar se falta algum pressuposto processual, a Relação mais não tem que fazer do que emitir um juízo sobre a viabilidade da execução ou a sua improcedência manifesta, pelo que constituem meros *obiter dicta* todas as considerações que extravasem esses juízos de admissibilidade e viabilidade, a que se limita o objeto do recurso, as quais por isso não formam caso julgado.
14. Só os embargos de executado oferecem a plena possibilidade de contraditório, no plano da matéria de facto e no plano da matéria de direito, sobre tais questões.
15. Condenado o devedor, na sentença declarativa, condicional e genericamente, numa sanção pecuniária compulsória por eventuais violações futuras duma obrigação de prestação de facto negativo, a verificação de que essas violações vieram a ter lugar deve ser feita no incidente de liquidação da obrigação delas

decorrente, neste incidente se concentrando, com economia processual, os atos relativos a essa verificação e à liquidação.

16. O incidente de liquidação tem lugar nos autos da ação declarativa e a liquidação é requisito essencial da exequibilidade da sentença quanto à sanção pecuniária compulsória.
17. A subsequente execução segue o tipo da ação executiva para prestação de facto quanto o respetivo pedido se cumule com o pedido de pagamento da indemnização sucedânea da prestação do facto infungível e também quando, sendo só ele deduzido, a violação da obrigação principal ainda não tenha, segundo o exequente, cessado e o seu cumprimento voluntário implique a remoção dos vestígios materiais (obra ou outros) da violação perpetrada, dado o controlo que, neste caso, o tribunal poderá ter de exercer sobre a prestação (positiva) dessa remoção.
18. Não me parece que o mesmo se aplique quando, não tendo embora cessado a violação, não haja vestígios materiais a remover, tendo então lugar a ação executiva para pagamento de quantia certa.
19. Se, no entanto, se entendesse, em nome do tratamento unitário de todos os casos em que a obrigação principal não está cumprida, que o tipo de ação a propor é, mesmo nesse caso, o da execução para prestação de facto, a irregularidade cometida mediante a instauração da execução para pagamento de quantia certa só geraria nulidade se o executado, em sua consequência, se visse privado de contraditório nos autos de verificação da violação e de liquidação da execução, antes de feita a penhora.
20. Ora, no pressuposto do mesmo entendimento, tal não acontece, visto que este contraditório é assegurado no incidente de liquidação, feito na ação declarativa antes da instauração da execução, sendo que, se esse incidente tivesse lugar na ação executiva, nesta teria de haver citação prévia do executado, assegurando igualmente o contraditório prévio.

A ADEQUAÇÃO FORMAL: O FIM DE UM PRINCÍPIO

Pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Origem e evolução da categoria «cláusulas gerais».
3. O que diz a manualística portuguesa sobre as «cláusulas gerais».
4. O artigo 547.º não enuncia um princípio nem acolhe um conceito jurídico indeterminado, formula uma cláusula geral.
5. A adequação formal: sentido e limites.
6. Conclusão.

«Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas»

FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*,
Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981: 547

1. Introdução

A adequação formal, hoje regulada no art. 547.º do código de processo civil⁽¹⁾, teve a sua origem no art. 265.º-A, do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Viu, depois, a sua redacção alterada pelo Decreto-Lei n.º 180/96, 25 de Setembro. Foi transposta para o art. 2.º, a), do regime processual experimental (RPE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho, e, finalmente, consagrada no artigo acima citado da reforma de 2013.

(1) Serão deste código os artigos ulteriormente citados sem diferente menção.

Não interessa neste estudo acompanhar toda essa evolução. Quero antes realçar a confusão e incerteza que desde a origem existe quanto à qualificação dessa categoria no quadro geral e prolixo das «criaturas jurídicas».

O universo normativo é cada vez mais complexo: além das clássicas regras, com factispécie abstracta (previsão e estatuição), sujeitas a subsunção, deparamos a toda a hora com uma floresta luxuriante de expressões linguísticas — *cláusulas gerais, conceitos válvulas, válvulas de segurança, válvulas de escape, órgãos respiratórios do ordenamento, órgãos de adequação, normas em branco, noções de conteúdo variável, fórmulas abertas, normas de conteúdo indeterminado, disposições de lei elásticas, conceitos jurídicos indeterminados, standards, princípios, definições legais, classificações legais, disposições meramente qualificativas* — onde não é fácil movimentarmo-nos.

Quem leia o preâmbulo dos decretos acima referidos e aquilo que sobre a adequação formal se escreveu na doutrina fica com a convicção de que a feitura das reformas não foi precedida de um estudo reflectido.

Esta omissão suscita perplexidades e causa embaraços a juristas e juízes.

O art. 265.º-A tem como epígrafe «*princípio da adequação formal*». No RPE, a figura encontra-se incluída no dever de gestão processual. Por sua vez, na redacção actual, suprimiu-se, na epígrafe, o termo «princípio» que anteriormente ostentava.

Na exposição de motivos do Decreto-Lei 329-A/95, começa-se por referir os parâmetros em que assentam as linhas mestras do modelo de processo adoptado, designadamente, «distinção entre o conjunto de princípios e de regras, que, axiologicamente relevantes, marcam a garantia do respeito pelos valores fundamentais típicos do Processo Civil, e aquele outro conjunto de regras, de natureza mais instrumental, que definem o funcionamento do sistema processual; recurso, no primeiro caso, à adopção de **cláusulas gerais**, prevendo-se, sempre que seja caso disso, a sua concretização em diplomas de desenvolvimento»; acrescenta-se que «procura, por outro lado, obviar-se a que regras rígidas, de natureza estritamente procedimental, possam impedir a efectivação em juízo dos direitos e a plena discussão acerca da matéria relevante para propiciar a justa composição do litígio»; «assim, estabelece-se como **princípio geral do processo o princípio da adequação**, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adegue perfeitamente às exigências da acção proposta, a possibilidade de adaptar o processado à especificidade da causa, através da prática dos actos que melhor se ade-

quem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidóneos para o fim do processo».

O Decreto-Lei 180/96, que introduziu, no diploma de 95, as correções que entretanto o novo governo entendeu necessário fazer, explicando algumas dessas alterações, esclarece, em relação à adequação formal: «No âmbito do **princípio** da adequação formal, a que dá guarida o art. 265.º-A, **princípio** que é expressão do carácter funcional e instrumental da tramitação relativamente à realização do fim essencial do processo, regressa-se à formulação do projecto, condicionando a adequação à prévia audição — mas não ao acordo — das partes. Efectivamente, a adequação não visa a criação de uma espécie de processo alternativo, da livre discricionariedade dos litigantes, mas possibilitar a ultrapassagem de eventuais desconformidades com as previsões genéricas das normas de direito adjetivo».

Por seu turno, o RPE volta a referir-se ao **princípio da adequação formal** previsto no art. 265.º-A, que, como vimos, incorpora no dever de gestão processual, sendo que a exposição de motivos da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, enuncia: «mantém-se e amplia-se o **princípio de adequação formal**, por forma a permitir a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequa às especificidades da causa que não seja a mais eficiente» (proposta de Lei n.º 113/XII).

Perante este conjunto de afirmações discrepantes e incoerentes, é legítimo formular algumas dúvidas: a adequação formal é um princípio? Se é, o que a distingue das outras criaturas jurídicas, particularmente das cláusulas gerais? Se é princípio, qual a razão que levou o legislador a optar em 2013 por suprimir o termo? Se é princípio, então porque não foi deslocado para o Título I do Livro I, onde se encontram elencados os princípios fundamentais do processo?

Para estas questões não encontramos pura e simplesmente resposta, nem nos textos legislativos, nem na doutrina.

Dir-se-á que o preâmbulo não é o lugar próprio para esclarecer essas questões. Todavia, o legislador, em 1995, não se coibiu de fazer uma apresentação do diploma que pela sua extensão e densidade mais se parece com um artigo doutrinário. Talvez se se tivesse dedicado menos espaço, por exemplo, aos incidentes de intervenção de terceiros, houvesse já lugar para uma reflexão pertinente sobre outras questões não menos relevantes.

Depois da entrada em vigor da reforma de 95/96, conheço apenas uma monografia sobre adequação formal. O que é pouco para um instituto considerado inovador e sem lugar paralelo noutros ordenamentos.

Trata-se do trabalho pioneiro de Pedro Madeira de Brito, *O novo princípio da adequação formal*, incluído na obra *Aspectos do novo processo civil*, Lex, Lisboa, 1997.

Neste estudo não se descortina uma sombra de dúvida quanto à natureza de princípio da adequação formal, como se tal fosse algo de óbvio e natural.

O mesmo vale, de resto, para o trabalho de outros autores, mesmo quando não abordam directamente ou *ex professo* o tema.

Não é pois de estranhar que, na sequência, sem ulterior e mais aprofundada reflexão, a doutrina nacional tenha dado como assente que quando se fala de adequação formal se está a falar de um princípio, compreendido na gestão processual⁽²⁾.

Só em casos raros se vislumbra uma exposição menos alinhada. É o caso de Paulo Ramos de Faria quando, ao analisar a norma vertida na alínea *a*) do art. 2.º do RPE, escreve: «estamos perante **conceitos indeterminados**, como tal insusceptíveis de serem concretizados através de uma definição estanque»⁽³⁾.

Mas será mesmo a adequação formal um conceito indeterminado? Em que é que este conceito se diferencia de um princípio ou de uma cláusula geral? Não têm todas estas categorias uma identidade própria? Ou são meras técnicas que o legislador pode adoptar de acordo com as conveniências de política legislativa, sem qualquer implicação dogmática?

Foi na tentativa de dar resposta a estas questões que escrevi este artigo. Pretendo demonstrar que a norma contida no art. 547.º não é nenhum princípio, nem um conceito indeterminado; é uma **cláusula geral**, cujo sentido e limites procurarei, muito em síntese, individualizar.

2. Origem e evolução da categoria «cláusulas gerais»

Sabe-se que para o iluminismo «a fim de limitar o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis deveriam determinar-se de tal maneira que vinculassem univocamente o juiz. Uma indeterminação da

(2) É o caso, por exemplo, de JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil*, anotado, Vol. 1.º, 2.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2008: 512, e *Introdução ao processo civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013: 228, e de CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004: 261.

(3) PAULO RAMOS DE FARIA, *Regime processual experimental comentado*, Almedina, Coimbra, 2010: 40.

lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em legislador, aparecia contraditória à luz da teoria da divisão dos poderes»⁽⁴⁾.

De acordo com movimento da codificação do século XIX. «o direito resolve-se nas leis do Estado; as leis do Estado fecham-se nas estruturas, fixas e duradoiras, dos códigos civis»⁽⁵⁾.

Para Natalino Irti, o legislador de oitocentos adoptou, na redacção dos códigos, a técnica da factispécie, que «elimina, ou reduz ao mínimo, as cláusulas gerais e os conceitos fluidos: o carácter da imutabilidade é acompanhado da pretensão de completude e da ambição de dar resposta a todos os problemas da realidade»⁽⁶⁾.

Todos estes esperançosos propósitos começam a perder terreno, mesmo antes do dobrar do século, e, não por acaso, no direito civil.

A génese das cláusulas gerais está estritamente ligada à evolução do direito privado alemão, em particular do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Esta norma estabelece que o devedor está obrigado a efectuar a prestação de acordo com as exigências da boa fé (*Treu und Glauben*), com referência aos usos do tráfico (*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*).

Foi em volta deste texto, e também, em menor medida, do § 138 do BGB (cláusula dos «bons costumes»), que a locução «cláusula geral» se construiu e consolidou como categoria de direito.

Ao crescimento desta categoria ligam-se os nomes de Ernest Zitelmann (1852-1923)⁽⁷⁾, Karl Georg Wurzel (1875-1931)⁽⁸⁾, de Otto Wendt (1846-1911)⁽⁹⁾ e, sobretudo, o de Justus Wilhelm Hedemann (1876-1963), autor da clássica monografia *Die Flucht in der General Klauseln* (1933)⁽¹⁰⁾, que

(4) KARL ENGISCH, *La Idea De Concreción En El Derecho Y En La Ciencia Jurídica Actuales*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1968: 179.

(5) NATALINO IRTI, *L'Età della decodificazione*, quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1999: 23.

(6) *Ibidem*: 25.

(7) Este autor da obra *Irrtum und Rechtschäft: Eine psychologischjuristische Untersuchung* (1879) distinguiu os *reine Rechtsbegriffe*, que só faziam sentido no interior do sistema jurídico, dos conceitos que, ao contrário, remetiam a determinação do seu conteúdo para ciências não jurídicas, consistindo numa espécie de «cheques em branco» para o intérprete. Surge pela primeira vez na obra deste autor a característica de «efeito de remissão» típica das cláusulas gerais.

(8) Jurista austríaco, pertencente à escola de direito livre, cunhou o topos *Ventilbegriffe* «órgãos respiratórios» através dos quais se consegue uma suficiente latitude para uma acção do magistrado socialmente benéfica. É autor da obra *Das Juristische Denken* (1904).

(9) Autor da obra *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse* (1904), Wendt insistiu sobre a função de salvaguarda para o ordenamento jurídico das cláusulas gerais, tendo usado para isso a metáfora *Sicherheitsventile*.

(10) Hedemann foi um proeminente jurista do nacional-socialismo muito empenhado na feitura de um Volksgesetzbuch.

marca, de certo modo, a consagração de um tema que o próprio Hedemann considerou ser «provavelmente o problema mais importante que se coloca ao juristas do século XX»⁽¹¹⁾.

Não posso acompanhar a produção doutrinária riquíssima que a partir da segunda guerra mundial se elaborou a respeito do tema. Muito em resumo, e a despeito das inúmeras e diversificadas tendências na análise das cláusulas gerais, podemos concluir que em todas encontramos um denominador comum: a função das cláusulas gerais consiste «em permitir — no decurso do tempo e a um *tecido normativo escrito estável* — uma evolução, uma adaptação, uma adequação do sistema jurídico à mudança da realidade económico-social»⁽¹²⁾.

Permitam-me então que dê um rápido salto até Karl Engisch, cuja obra *Introdução ao Pensamento Jurídico* constitui, desde o seu aparecimento, em 1956, uma referência para a ciência jurídica de qualquer país — e seguramente também o foi para a literatura jurídica portuguesa —, e é hoje «uma espécie de Bíblia» para o estudo destas matérias.

Que nos ensina este penalista alemão?

O ponto de vista, no tratamento do tema, «terá de ser a metódica da própria legislação ao afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas»⁽¹³⁾.

Com este enquadramento, Engisch distingue quatro *modos de expressão legislativa*: **conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais.**

O que são e como se relacionam estes conceitos?

K. Engisch propõe a seguinte noção de **conceito indeterminado**: «por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos»⁽¹⁴⁾.

À excepção, por exemplo, dos conceitos de medida e de valores monetários, praticamente todos os conceitos têm um maior ou menor grau de indeterminação. Seguindo Philipp Heck, Engisch distingue nos conceitos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual: «sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, esta-

(11) FEDERICO PEDRINI, *Le "Clasole Generali", Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013. Nesta obra, a p. 53, ss., encontra-se uma breve mas esclarecedora resenha da literatura jurídica alemã e italiana sobre as cláusulas gerais.

(12) *Ibidem*: 60.

(13) KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988: 208.

(14) *Idem*.

mos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito»⁽¹⁵⁾.

Muitos dos conceitos indeterminados são **conceitos normativos** (v.g. coisa alheia, casamento, afinidade, funcionário público, menor, indecoroso, indigno). Mas nem todos o são: há conceitos indeterminados *descriptivos*, ou seja, que designam «descritivamente» objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis: «homem», «morte», «cópula», «escuridão», «vermelho», «velocidade», «intenção»⁽¹⁶⁾.

Os conceitos *normativos* são uma classe especial de conceitos indeterminados que se caracterizam por ser sempre necessária uma valoração, um preenchimento valorativo, para serem aplicados no caso concreto⁽¹⁷⁾. Portanto, conceitos normativos são essencialmente indeterminação + valoração.

Ao lado, ou pelo menos dentro, dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos estão os **conceitos discricionários**. Os conceitos discricionários para se poderem distinguir dos outros dois devem ter algo a mais que os diferencie⁽¹⁸⁾. Além de indeterminação e normatividade devem possuir a característica da discricionariedade.

De entre os quatro critérios que equaciona como próprios do poder discricionário — ponto de vista pessoal, possibilidade de escolha, espaço de liberdade e multiplicidade de sentidos — English prefere o terceiro: «a convicção pessoal (particularmente a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de “certo espaço de jogo” será havida como sendo a melhor e a “justa”»⁽¹⁹⁾.

Justapostas aos conceitos discricionários, carecidos de valorações individuais autónomas, encontramos outro tipo de expressões legislativas: as **cláusulas gerais**.

Uma **cláusula geral** é «uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos»⁽²⁰⁾.

As cláusulas gerais só condicionalmente significam algo de especial em relação aos conceitos indeterminados, conceitos normativos e conceitos

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*: 209.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*: 210.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*: 213.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*: 216.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*: 227/228.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*: 229.

discricionários⁽²¹⁾. «Praticamente, quase só nos aparecem cláusulas gerais que, pelo menos, são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas, ao passo que não pode evidentemente dizer-se que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias [antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas (...)]»⁽²²⁾.

As cláusulas gerais não possuem, para English, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. «Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceites»⁽²³⁾.

Em resumo: deixando de parte os conceitos discricionários, categoria que não interessa considerar neste trabalho, podemos concluir que para English os conceitos normativos pertencem à categoria dos conceitos indeterminados, que estes são os conceitos que têm um conteúdo e um âmbito muito incerto e que as cláusulas gerais não têm autonomia dogmática, antes são o resultado de uma certa maneira de configurar a factispécie da norma, ou seja, trata-se «de factispécies que descrevem um âmbito de casos com grande, elevada generalidade»⁽²⁴⁾.

Em Portugal, o Código Civil de 1966 optou por ser tão completo quanto possível, acabando por aflorar na sua concepção geral, nas palavras de Menezes Cordeiro, «uma metodologia arcaica, adversa à ponderação de interesses e de valores e incapaz de substituir, ao deformado “individualismo” de Seabra, uma qualquer grelha de valorações»⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ *Ibidem*: 232.

⁽²²⁾ *Ibidem*: 233.

⁽²³⁾ *Ibidem*: 233/234.

⁽²⁴⁾ VITO VELLUZZI, *Le Clausole Generali, Semantica e Politica del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2010: 49/50.

⁽²⁵⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Modernização do Direito Civil, I, Aspectos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004: 57.

O legislador de sessenta adoptou um sistema híbrido, misto de regulamentação casuística e de regulamentação por *cláusulas gerais*, em homenagem à *certeza do direito*, mas sem esquecer que sem os «canais por onde se pode insuflar sangue novo no corpo das leis» — as cláusulas gerais — «correria o risco de se mostrar, pouco tempo depois de nascer, ressequido e velho»⁽²⁶⁾.

Todavia, só a partir dos meados da década de oitenta do século XX, sob a influência decisiva da tese de Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, e do ensino de Torres Paulo, no Centro de Estudos Judiciários, se pode dizer que as cláusulas gerais, particularmente a boa fé, ingressam e se consolidam no mundo judiciário.

3. O que diz a manualística portuguesa sobre as «cláusulas gerais»

Lendo a literatura nacional sobre a matéria, identifica-se facilmente a marca do pensamento de English e fica-se com a impressão de que existe ainda alguma incerteza sobre o que deve entender-se por cláusula geral e *si licet* uma certa confusão na terminologia utilizada e na delimitação conceitual.

Luigi Mengoni chama a atenção, num artigo de 1986, para que «ainda que não faltem na nossa literatura recentes contributos importantes, a matéria das cláusulas gerais aguarda ainda uma sistematização teórica definitiva quer no plano de apropriados modelos argumentativos, quer no plano dogmático»⁽²⁷⁾. Podemos dizer o mesmo, *mutatis mutandis*, quanto à literatura jurídica portuguesa.

Se perguntarmos, por exemplo: 1.º As cláusulas gerais têm identidade própria enquanto criaturas deonticas?; 2.º As cláusulas gerais são meros sintagmas ou normas, normas ou parte de normas?; 3.º Como são caracterizadas as cláusulas gerais?; 4.º Se, como frequentes vezes se refere, o que caracteriza as cláusulas gerais é a sua indeterminação, como se distingue este conceito de outros tais como ambiguidade, generalidade, vaguidade, *genericità*, etc.?; 5.º Como se concretizam ou se confere conteúdo às cláu-

⁽²⁶⁾ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “A revisão geral do Código Civil, Alguns factos e comentários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXII (1946): 485-487.

⁽²⁷⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Scritti, I, Metodo e Teoria Giuridica*, Guiffre Editore, Milano, 2011:168.

sulas gerais?, perguntas obrigatórias no tratamento do tema, dificilmente encontramos nos manuais disponíveis uma resposta e muito menos uma resposta clara e argumentada.

Acresce que se usam nomes diferentes para tratar do mesmo conceito e outras vezes o mesmo nome para lidar com conceitos diferentes.

Ora, como diz Francesco Carnelutti «se os juristas devem entender-se entre si, é preciso que ao menos usem certas palavras fundamentais com o mesmo significado. De outro modo a nossa ciência transforma-se numa torre de Babel»⁽²⁸⁾.

O conceito de cláusula geral se não for rigorosamente distinguido de outras estruturas normativas, deixa de ter qualquer utilidade operativa⁽²⁹⁾.

O tema das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados tem sido versado sobretudo no âmbito das disciplinas propedêuticas do direito. Não há em Portugal estudos sectoriais sobre as chamadas «válvulas de segurança» do direito. Escusado será dizer que nada se encontra na literatura processual sobre o tema, ao contrário, por exemplo, do que acontece no Brasil onde os manuais dedicam já um capítulo às cláusulas gerais processuais⁽³⁰⁾. Também em Itália, em recente manual, se dá uma importância particular aos aí considerados conceitos indeterminados, em correlação com o sindicato da *Corte di cassazione*, o que não era muito habitual acontecer em literatura deste tipo⁽³¹⁾.

Na manualística portuguesa de direito privado⁽³²⁾ podemos começar por referir os autores que não se debruçam sobre o tema ou não lhe dão

⁽²⁸⁾ FRANCESCO CARNELUTTI, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, *Diritto Sostanziale e Processo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006:209.

⁽²⁹⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti...”, *op. cit.*: 169. Contra, defendendo que as cláusulas gerais «são impossíveis de definir em absoluto» e que é improdutivo relacionar cláusulas gerais com conceitos indeterminados, ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1984: 1183.

⁽³⁰⁾ FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, 1, 21.^a ed., Editora Juspodium, Salvador, BA, 2019:59, ss. Este autor considera cláusulas gerais processuais o *devido processo legal* e ainda as seguintes: a) a cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (art. 3.^o, § 2.^o); b) cláusula geral da boa fé processual (art. 5.^o); c) cláusula geral de cooperação (art. 6.^o); d) cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190.^o); e) poder geral de cautela (art. 301.^o); f) cláusulas gerais executivas (arts. 297.^o, *caput*, e 536.^o, § 1.^o); g) cláusula geral do abuso do direito pelo exequente (art. 805.^o); h) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723.^o, par. ún.), etc. Não me parece que todos sejam exemplos de cláusulas gerais.

⁽³¹⁾ MAURO BOVE, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, Sexta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020: 40 e 411.

⁽³²⁾ Apenas à manualística me vou referir. Por uma questão de economia deixo intencionalmente de fora das minhas observações, as obviamente ricas abordagens feitas por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para Compreensão das*

especial relevância, como se o tema não fosse, como lembra Vito Velluzzi, «um dos mais desafiantes e controversos da cultura jurídica contemporânea»⁽³³⁾ (é o caso v.g. de José Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Livraria Petrony, 1972; de José João Gonçalves de Proença, *Introdução ao Estudo do Direito*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1995; de Nuno Sá Gomes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Jus, Lisboa, 2001; de Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007; de Eduardo Norte Santos Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.^a ed., Sintra, 2008; de A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., Coimbra editora, Coimbra, 2011 e de Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014).

De entre o grupo de autores que, ao invés, lhe dedicam importância e o apresentam com desenvolvimentos, aliás muito desiguais, podemos constatar que nem todos reconhecem as cláusulas gerais como categoria dogmática.

É este o caso, por exemplo, de Miguel Teixeira de Sousa. Na sua obra *Introdução ao Direito* uma só vez, em nota de rodapé, e mesmo assim em citação de um autor estrangeiro, se encontra o termo «cláusula geral»⁽³⁴⁾.

Teixeira de Sousa usa sempre a expressão «conceitos indeterminados» para designar, à maneira de K. Engisch/P. Heck, «conceitos de extensão variável, ou seja, conceitos vagos» que «comportam quanto ao seu significado, um núcleo e um halo ou uma zona iluminada e uma zona de penumbra», dando como exemplos os conceitos de «diligência de bom pai de família» (art. 487.º, 2, CC), «justa causa de despedimento» (art. 53.º CRP), «boa fé» (arts. 3.º, 1, 227.º, 334.º e 762.º, 1, CC), «bons costumes» (280.º, 2, 282.º, 1, 334.º, 340.º, 2 e 2186.º CC), «alteração anormal das circunstâncias» (art. 437.º CC), «justa causa» (461.º, 1, e 1170.º, 2, CC), «motivo ou caso de força maior» [321.º e 1072.º, 2, c), CC], «questão de particular importância» (1091.º, 2, CC), «ruptura definitiva do casamento» [art. 1781.º, c), CC], «tempo útil» (art. 1162.º CC), «utilização imprudente» [art. 1135.º, d), CC], «interesse do menor» (art. 1905.º, 1 e 2 CC), «interesse dos filhos» (art. 1878.º, 1, CC), «superior interesse da criança»

Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra Editora, Coimbra, 1982: 435, ss., ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé No Direito Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1984:1176, ss., e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Típicos*, Almedina, Coimbra, 1995:392, ss.

⁽³³⁾ VITO VELLUZI, *Le Clausole Generali...*, op. cit.: IX.

⁽³⁴⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2018: 307, nota 19. Nesta obra encontram-se referência à categoria de conceitos indeterminados nas seguintes páginas: 136, 266, 305, 307, 325, 334, 335, 341, 451 e 459.

(1974.^o1, CC)⁽³⁵⁾, sem explicar a razão pela qual decidiu adoptar uma fórmula linguística diferente para classificar algo que muitos outros autores antes dele classificaram como cláusulas gerais.

De entre os restantes autores que aceitam falar em *cláusulas gerais* e para quem tal faz doutrinariamente sentido, há os que entendem que se trata tão-só de um outro nome que se dá aos *conceitos indeterminados*, estes caracterizados por serem «conceitos móveis e elásticos, aptos a receber as influências evolutivas da vida social» tais como as noções de dolo, culpa, fraude, abuso, dano, justo preço, justa indemnização, cumprimento exacto, soma excessiva, diligência de um bom pai de família, etc.⁽³⁶⁾, e outros que vão mais além e introduzem aquela expressão na dogmática jurídica.

Pertencem ao primeiro grupo Rui Moura Ramos, quando a propósito do conceito de ordem pública internacional escreve tratar-se «de um *conceito indeterminado ou cláusula geral* porquanto permite tomar como certo as circunstâncias particulares do caso concreto transferindo para o juiz a tarefa de concretizar a disposição legal no momento da sua aplicação, o que é característica dos sectores abertos do direito»⁽³⁷⁾ e José de Oliveira de Ascensão, quando, ao versar os diferentes processos de individualização na aplicação da norma, alude, sem distinguir, a «*preceitos indeterminados ou cláusulas gerais*», o que acontece, v.g. quando se fala em «justo impedimento», «fraude» ou em «diligência normal»⁽³⁸⁾. Nestes autores há, pois, uma sobreposição entre as duas figuras.

Só o segundo grupo reconhece autonomia dogmática à categoria das cláusulas gerais. Sem carácter de exaustividade, citem-se a respeito

⁽³⁵⁾ *Ibidem*: 136, 266 e 306/307.

⁽³⁶⁾ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1.^o Vol., 11.^a ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2000: 461.

⁽³⁷⁾ RUI MOURA RAMOS, “STJ (1.^a secção), Acórdão de 14 de Março de 2017 (Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e ordem pública internacional)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146 (2016-2017): 290.

⁽³⁸⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*. 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 1997: 238. Este autor dedicou, mais próximo de nós, um artigo às cláusulas gerais — “Um direito de cláusulas gerais? Sentido e limites”, *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, 33.2, 2013 —, que diz serem «polos ou critérios normativos de valoração, que presidem à interpretação e aplicação de regras jurídicas. São elementos que injetam sentido e substância na ordem normativa, de modo a enriquecê-la, para se tornar uma ordem valorativa mesmo quando não há mudança de leis. Podemos dizer que constituem ainda *preceitos*, mas não são *regras* como as outras, e muito menos *cláusulas*. Não pautam um tipo de relação, antes presidem à interpretação e sobretudo à aplicação das regras jurídicas, introduzindo sentido e substância na aplicação» (p. 302), não as distinguindo dos conceitos indeterminados, a que não faz qualquer alusão.

J. Baptista Machado, Miguel Nogueira de Brito e Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão.

Baptista Machado caracteriza as cláusulas gerais pela sua «maior abertura [em relação à regulamentação casuística], que alarga o seu campo de aplicação, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se»⁽³⁹⁾.

Este autor não caracteriza as cláusulas gerais no confronto com os conceitos indeterminados, que diz serem «carecidos de preenchimento valorativo» — como os de «boa fé», «bons costumes», «ordem pública», «interesse público», «justa causa», «motivo justificado», «diligência exigível», «prazo razoável», «facilidade do trânsito», «caso de urgência», «actividade perigosa» — «assim como aquelas conotações dos enunciados legais que remetem para dados e regras da experiência com um conteúdo flexível» — como, p. ex. os conceitos de «uso do tráfico», «coisas fungíveis [...], etc.»⁽⁴⁰⁾, mas sim em contraposição com a regulamentação casuística.

A indeterminação, para Baptista Machado, parece ser o resultado da utilização de conceitos carecidos de valoração. Todavia, é um dado adquirido que os conceitos jurídicos têm uma ineliminável margem de indeterminação, pelo menos enquanto pertencentes à linguagem ordinária e não à da técnica ou da ciência⁽⁴¹⁾.

Por isso, o único critério para atribuir a qualificação de cláusula geral a um conceito jurídico é para Baptista Machado, se não erro, um critério quantitativo: seriam cláusulas gerais aqueles conceitos indeterminados «com maior abertura» em relação às «normas em que se adopta o processo casuístico da tipificação das diversas situações a regular»⁽⁴²⁾.

Mas se assim é, as cláusulas gerais só se distinguem das outras expressões linguísticas juridicamente relevantes sob um perfil quantitativo, o que não serve verdadeiramente para as diferenciar.

Como observa Claudio Luzzati, a vaguidade é uma questão de limites. Um termo diz-se vago só nos casos limite (*borderline cases*), nos casos onde surge uma zona de penumbra ou de meia-luz. Quando se pode dizer que uma pessoa é careca? Quando se pode concluir que um monte de

⁽³⁹⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983: 116.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*: 114.

⁽⁴¹⁾ RICCARDO GUASTINI ensina-nos que o direito é duplamente indeterminado: a indeterminação atinge o ordenamento enquanto tal e, por outro lado, cada uma das suas componentes, ou seja, cada uma das suas normas, *Prima Lezione Sull'interpretazione*, Mucchi Editore, Modena, 2019:21.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*: 116.

areia deixa de ser monte? Como não existe um cabelo crítico que discrimine a calvície da não calvície, nem um grão crítico que separe o monte do não monte não se pode recorrer a um critério quantitativo para diferenciar as cláusulas gerais dos restantes conceitos elásticos⁽⁴³⁾.

Manifestamente influenciado por Baptista Machado, Nogueira de Brito entende as cláusulas gerais como mera técnica de expressão de proposições jurídicas que pode actuar através quer de conceitos determinados, quer de conceitos indeterminados: «o traço distintivo da cláusula geral consiste, pois, na respectiva oposição a uma regulamentação tipificada e fechada, caracterizando-se por uma grande abertura, deixando indefinidos os casos a que virá a aplicar-se»⁽⁴⁴⁾.

Uma última palavra para Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão. Estes autores distinguem cláusulas gerais e conceitos indeterminados — ambos com igual função de assegurar «uma maior maleabilidade na compreensão da realidade de factos mutáveis, propiciando uma maior durabilidade do Direito, que deixa de precisar de ser alterado com frequência para se adaptar ao devir social» —, por as primeiras não facultarem critérios de interpretação, ao invés dos segundos «que ainda propiciam alguns critérios interpretativos»⁽⁴⁵⁾.

4. O artigo 547.º não enuncia um princípio nem acolhe um conceito jurídico indeterminado; formula uma cláusula geral

As cláusulas gerais não são conceitos de direito positivo, não têm o seu conteúdo especificado em qualquer texto de origem legislativa, nem nestes textos são mencionadas. Trata-se de uma categoria da linguagem doutrinária.

O mesmo não se pode dizer acerca de uma outra categoria, a de *princípio*, utilizada com frequência nos textos legislativos.

⁽⁴³⁾ CLAUDIO LUZZATI “Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica”, *Principi e Clausole Generali Nell`Evoluzione Dell`Ordinamento giuridico*, (a cura di Giovanni D`Amico), Giuffrè Editore, Milano, 2017: 23.

⁽⁴⁴⁾ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017: 314.

⁽⁴⁵⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lex, Lisboa, 2000: 72. Estes autores dão como exemplo de conceito indeterminado a «base do negócio».

Foi com esta categoria, que constava, recorde-se, na epígrafe do anterior art. 265.º-A, que o legislador de 95 e a doutrina que depois se debruçou sobre aquele preceito passou a involucrar a adequação formal.

Estou firmemente convencido de que erigir a adequação formal em princípio é, mais do que estéril, prejudicial.

A adequação só poderia confundir-se com um princípio se se atribuisse significado distintivo à característica da indeterminação, comum a ambos os casos. Mas como já vimos, não há normas absolutamente vagas nem normas absolutamente precisas. Todas os conceitos jurídicos são necessariamente indeterminados. Como observa Claudio Luzatti «*qualquer norma é vaga até certo ponto*»⁽⁴⁶⁾. Por outro lado, não existe critério incontestável para estabelecer quando uma norma é «muito vaga».

São particularmente elucidativas as seguintes palavras daquele autor italiano: «[...] as *cláusulas gerais* mesmo podendo fazer parte de um princípio, não transformam automaticamente num princípio as normas que as contém. As normas que compreendem uma cláusula geral são normas sobre normas, tal como os princípios, mas uma coisa é remeter para outras normas para *integrar* a norma de partida (pense-se ao senso comum de pudor *ex art. 529.º c.p.*) e uma outra é ao invés referir-se a uma outra norma para a *justificar*. E a mim parece-me que só este último caso diz respeito aos princípios»⁽⁴⁷⁾.

A adequação formal não tem qualquer função justificativa e não é uma norma abstracta sobre outra norma abstracta. Quando muito é uma norma abstracta sobre uma norma concreta: a criada pelo juiz para o caso sujeito.

De outro ponto de vista, as cláusulas gerais não são princípios se com tal termo se quiser aludir às normas-base do sistema, ou de uma parte deste, que são as que permitem que o sistema possa subsistir como ordenamento efectivo das relações de vida de uma determinada sociedade; não são princípios se se quiser mencionar as normas-guia, entendidas no sentido em que indicam a orientação ético-política em que determinado sistema se insere, servindo assim para o caracterizar do ponto de vista ideológico.

Não creio que haja dificuldade em perceber que a norma do art. 547.º não constitui fundamento de um conjunto de normas (quando muito de uma outra norma) nem qualquer trave-mestra onde se apoiem outras normas.

Admitindo que não é um princípio, a norma do art. 547.º também não pode considerar-se um conceito indeterminado.

⁽⁴⁶⁾ CLAUDIO LUZZATI, *Principi e Principi*, La genericità nel diritto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012:34.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*: 36.

Salvatore Patti lembra que na doutrina alemã tem sido proposta delimitação dos conceitos jurídicos indeterminados com referência à presença ou não, na norma, de um «núcleo conceitual» (*Begriffskern*). «As normas que contém conceitos jurídicos indeterminados possuem o acima mencionado núcleo conceitual (determinado) e este está acompanhado de ulteriores termos de conteúdo indeterminado: só estes últimos necessitam de concretização. No caso das cláusulas gerais, pelo contrário, nota-se inclusive a falta do núcleo conceitual e está ao invés presente a remissão para conceitos não jurídicos, sobretudo de natureza moral. Os exemplos mais significativos são os da boa fé (§ 242 BGB); de bons costumes (§ 138 BGB), de equidade (*Billigkeit*) entendida como justiça do caso concreto, assim como, o de “confiança” (*Vertrauen*).

Nestes casos a indeterminação não respeita somente um ou mais “termos” que acompanham o núcleo conceitual todavia existente e individualizável, mas sim à norma na sua inteireza, abraçando o inteiro espectro conceitual, caracterizado pelo mais elevado grau de abstracção⁽⁴⁸⁾.

Mesmo sabendo-se que não é fácil distinguir um termo indeterminado de outro igualmente indeterminado, também na doutrina italiana ou espanhola, se distinguem os conceitos indeterminados *sticto sensu* das cláusulas gerais.

São várias as teorias a esse respeito. Para uns, aqueles primeiros conceitos conservam um núcleo de significado jurídico suficientemente determinado, o que não ocorre nas cláusulas gerais, que se esgotam na remissão para conceitos extra-jurídicos⁽⁴⁹⁾.

Uma outra corrente observa que no caso dos conceitos indeterminados a indeterminação permanece a um nível exterior, ou seja relativa à técnica de formulação do conceito, o que não ocorre com as cláusulas gerais que carecem do preenchimento do seu conteúdo⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ SALVATORE PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2016: 66/67.

⁽⁴⁹⁾ FABRIZIO DI MARZIO, “Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali”, *Principi e Clausole Generali Nell' Evoluzione Dell' Ordinamento giuridico...*, op. cit.: 129 e *La ricerca del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021: 88, ss. Sobre a diferença entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, na literatura de expressão castelhana, Agustín Luna Serrano, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Dykinson, S.L, Madrid, 2019: 161, ss.

⁽⁵⁰⁾ O exemplo dado por Fabrizio di Marzio de conceito indeterminado com o sentido do texto é *motivo legítimo* que autoriza, em conformidade com o art. 1206.º CC, o credor a recusar o cumprimento, «salientando tratar-se de uma fórmula que sintetiza o conjunto das regras legais em matéria de incumprimento cuja desatenção integra o motivo legítimo em questão».

Uma terceira corrente remete para a técnica legislativa (recurso nas cláusulas gerais a um método descritivo de grande generalidade, que abraça um número indefinido de casos através de uma descrição unitária da factispécie).

Para uma quarta corrente, os conceitos indeterminados identificam-se no contexto de uma factispécie ao passo que as cláusulas gerais já seriam normas por inteiro.

Uma quinta corrente separa os conceitos que implicam, simplesmente, valorações dos que implicam a identificação de uma verdadeira e própria regra de conduta de natureza extra-legal.

Finalmente, uma sexta corrente caracteriza as cláusulas gerais como *normas de acção*, que podem dar lugar, em relação ao conflito a resolver mediante a respectiva concretização, ao nascimento de direitos autónomos ou à extinção de obrigações. Por sua vez, os conceitos indeterminados seriam *normas de fim* que encerram um propósito, um dever de dar lugar a um certo estado de coisas⁽⁵¹⁾.

Não me parece ser necessária grande reflexão para afastar a proposição contida no art. 547.º da categoria dos conceitos indeterminados. Nela não se pode identificar um núcleo conceitual *versus* um halo periférico, este carecido de preenchimento valorativo, mas sim uma norma por inteiro, que remete para uma norma concreta a criar pelo juiz. Do aplicador exige-se mais do que a determinação da amplitude normativa ou do que a identificação dos pressupostos de facto da norma.

Pode então afirmar-se que o art. 547.º acolhe uma cláusula geral?

Depende do ponto de vista e da definição de cláusula geral que adoptarmos. Para Vito Velluzi, uma cláusula geral é um termo ou sintagma do discurso jurídico. Para este autor, «a cláusula geral é um termo ou sintagma de natureza valorativa caracterizado pela indeterminação, cujo significado de tal termo ou sintagma só é determinável (ou dito de outra forma as condições de aplicação do termo ou sintagma só são individualizáveis) recorrendo a critérios, parâmetros de juízo, internos e/ou externos ao direito entre si potencialmente concorrentes»⁽⁵²⁾.

Já para outro autor italiano, M Libertini, as cláusulas gerais são verdadeiras normas que ele define da seguinte forma: «são *normas*, contendo expressões indeterminadas, que individualizam situações de conflito entre interesses igualmente tutelados pelo ordenamento e delegam no juiz a determinação do critério de ponderação de tais interesses, que deverá ser aplicado

(51) AGUSTIN LUNA SERRANO, *Las normas...*, *op. cit.*: 162.

(52) VITO VELLUZI, *Le clausole generali...*, *op. cit.*: 88.

no caso concreto, na sequência de uma constatação da situação concreta de conflito e de valoração comparativa dos interesses em jogo»⁽⁵³⁾.

Se adoptarmos a definição de Velluzi, a adequação formal não é uma cláusula geral porquanto se formaliza através de uma disposição e não de uma locução⁽⁵⁴⁾. Não é um sintagma ou um fragmento do discurso jurídico, mas uma *disposição*. Já em relação à definição de Libertini, encontramos uma ideia que importa aprofundar e que se pode estender à adequação formal: a ideia de delegação no fabrico de normas.

Deve-se a Luigi Mengoni a tese de que «as cláusulas gerais não são nem princípios dedutivos, nem princípios de argumentação dialéctica, mas concedem ao juiz uma medida, uma directiva para a procura da norma de decisão: são uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem um modelo de decisão pré-constituído por uma factispécie normativa abstracta»⁽⁵⁵⁾; «de normas de remissão (para outras normas), tal como eram concebidas na origem, as cláusulas gerais transfiguraram-se em normas de directiva, que delegam no juiz a formação da norma (concreta) de decisão vinculando-o a uma directiva expressa através da referência a um standard social»⁽⁵⁶⁾.

Pois bem: o art. 547.º involucra a delegação ao juiz do poder/dever de criar a tramitação processual que melhor se adegue às especificidades da causa, tendo presente o escopo de um processo equitativo; mas tal directiva não se exaure na prossecução de um escopo, antes indica uma conduta que o magistrado deve ter para concretizar a forma processual que melhor se ajuste ao caso e às particularidades de que se reveste.

O juiz, a partir de uma norma que acolhe uma formulação aberta, é chamado a participar na formulação de uma norma adequada ao caso. Ou dito de outro modo: o legislador atribui ao juiz o poder de levar a cabo, mediante a procura de elementos externos à própria norma, a tarefa de «inventar» a regra concreta mediante a aplicação da qual pode resolver o caso particular.

Em resumo: a adequação formal deve ser considerada uma cláusula geral e não um princípio ou um conceito jurídico indeterminado.

⁽⁵³⁾ PIERLUIGI CHIASSONI, “Las cláusulas generales entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21 (Julio-Diciembre de 2011):98. Este autor entende que a discussão entre os seguidores de Velluzi e os apoiantes da tese de Libertini é inútil, porquanto as cláusulas gerais apresentam-se como disposições ou normas ou como locuções.

⁽⁵⁴⁾ Chiassoni opina que um aparelho conceptual analítico devia distinguir, pelo menos, as seguinte quatro coisas: a) As cláusulas gerais — *locuções*; b) As cláusulas gerais — *disposições*; c) As cláusulas gerais — *normas explicas*; d) As cláusulas gerais — *normas implícitas*.

⁽⁵⁵⁾ LUIGI MENGONI, “Spunti...”, *op. cit.*: 172.

⁽⁵⁶⁾ *Idem*.

5. A adequação: sentido e limites

Prescreve o art. 547.º, sob a epígrafe **adequação formal**: *o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.*

Esta norma refere-se quer à ordenação formal dos actos, quer à adequação da forma dos actos processuais esta segundo uma ideia de economia processual e de instrumentalidade de meio ao fim que já consta do art. 131.º, 1. Agora só nos interessa considerar o primeiro aspecto.

O art. 547.º encontra-se inserido num capítulo referente às disposições gerais das formas do processo, logo a seguir a um outro que divide aquelas formas em forma comum ou especial, consoante se aplique aos casos expressamente designados na lei, a segunda, ou a todos os casos a que não corresponda processo especial, a primeira.

A determinação das formas de processo pode, em tese, ser deixada às partes, ao juiz ou reservada ao legislador.

A nossa lei não permite que sejam as partes a determinar as formas judiciais. O nosso sistema é misto: misto de **processo rígido**, em que a sequência de actos em que o processo se traduz é determinada por lei, e de **processo maleável**, em que essa sequência é determinada pelo juiz⁽⁵⁷⁾.

Ao sistema da liberdade das formas processuais, por muitos pensada como ideal, contrapôs-se e impôs-se desde há muito, por uma razão de certeza, o sistema da legalidade, de acordo com o qual a actividade que conduz a um pronunciamento judicial, para ter eficácia jurídica, deve ser desenvolvida no modo e com a ordem que o direito processual, de forma geral e abstracta, prescreve.

Porém, perante uma recorrente degenerescência formalística do processo, entre o sistema da legalidade e da liberdade, introduziu-se um terceiro sistema, chamado por Piero Calamandrei **disciplina judicial da forma**, «de acordo com o qual as formas processuais não seriam deixadas sem disciplina ao arbítrio das partes, mas seriam sujeitas em qualquer procedimento às especiais regras fixadas caso a caso pelo próprio juiz perante o qual o procedimento se inicia»⁽⁵⁸⁾.

Este sistema não se confunde com as chamadas técnicas de *adaptabilidade do processo às exigências da causa* que se traduzem numa «combi-

(57) JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, I Vol., AAFDL, 1997: 40.

(58) PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1941: 180.

nação do princípio da *legalidade* com o da *pluralidade* das formas: o juiz e as partes devem seguir, por regra, as formas estabelecidas na lei, mas podem escolher caso a caso entre os vários tipos que a lei deixa à sua disposição»⁽⁵⁹⁾.

Perante um caso concreto, por exemplo, uma acção proposta, distribuída e autuada como processo especial de revisão de uma sentença de tribunal estrangeiro, o juiz, para aquilatar a correcção da forma processual, deve seguir os seguintes passos: 1.º verificar, no código de processo civil (sobretudo no Livro V-Dos processos especiais, arts. 878.º a 1135.º) e em legislação avulsa, se algum dos processos aí consagrados corresponde ao caso sujeito; 2.º se concluir pela positiva, o processo tramitará de acordo com a forma escolhida; 3.º se concluir pela negativa, corrigirá o erro *ex art.* 193.º, 3, e a acção passará a tramitar sob a forma comum⁽⁶⁰⁾. Esta actividade deve ser agora articulada com o disposto no art. 547.º que se integra na aludida disciplina judicial da forma.

Esta norma não pode ser entendida como tendo acolhido uma terceira via processual ao lado da especial e da comum, de tal modo que o juiz se sinta obrigado a previamente excluir a adequação para poder prosseguir o processo sem nulidades que o invalidem. Não reputo, pois, correcto, que se saneie o processo quanto à adequação processual.

A lei diz que o juiz deve *adotar* a tramitação processual adequada. **Adotar** significa escolher, decidir-se por, dar preferência a, pôr em prática, aplicar, etc. Adotar não é adaptar, que significa algo diferente, isto é, ajustar ou acomodar uma coisa à outra, dar nova apresentação a uma coisa já existente, ajustar ou acomodar duas entidades.

Quer isto dizer que o juiz não está sujeito, na concretização do art. 547.º, a qualquer tramitação preestabelecida, podendo construir a tramitação que entenda que, perante os dados factuais e os ditames de um processo equitativo, melhor se adapte à acção em concreto. Mas tal não

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*: 223. Constituem exemplos desta técnica: no direito francês prevêm-se três tramitações diferentes dos processos pendentes em primeira instância: o presidente pode remeter a causa de imediato para a audiência, se considerar que está pronta para uma decisão de mérito (art. 778.º c.p.c.); se tal não suceder segue-se a *instruction devant le juge de la mise en état* (art. 779.º); em casos de urgência, pode seguir-se a via do *procédure à jour fixe* (arts. 840.º, ss.); no direito alemão, o presidente do tribunal tem a faculdade de optar pelo tratamento oral da causa numa audiência preliminar ou por um procedimento escrito preparatório [§ 272 (2) ZPO]; no direito inglês, o juiz pode fazer o processo percorrer três circuitos (*tracks*) diferentes: *small claim track*, *fast track* e *multi-track*. Ora todas estas figuras estão fora da adequação formal e com elas não se confundem. Nestes casos é o próprio programa cogente que incorpora os vários caminhos.

⁽⁶⁰⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1949:284, ss.

exclui que adapte aquela tramitação, como se o processo fosse uma espécie de LEGO, constituído por peças desmontáveis, que se voltam a encaixar umas nas outras, depois de desmontadas, numa nova combinação.

Como refere *Teixeira de Sousa*, «as hipóteses de utilização do poder de adequação formais são inúmeras, quer no âmbito mais alargado de substituição da tramitação legal, quer no âmbito mais restrito de mera adaptação dessa tramitação. Efectivamente, o poder de adequação formal permite a construção, em bloco, de uma tramitação alternativa para o processo (arquitectando quer um processo mais complexo, quer um processo com características de sumariedade ou até mesmo de urgência), mas também possibilita a mera adaptação de alguns aspectos da tramitação legal»⁽⁶¹⁾.

O significado do enunciado normativo afasta-nos da lógica tradicional da subsunção. Se fosse determinado o conteúdo da regra jurídica, a aplicação da norma implicaria a operação da subsunção do caso concreto na previsão abstracta e geral. O art. 547.º, ao invés, inverte completamente aquela lógica subsuntiva: não é a acção concreta que é subsumida no art. 547.º, é a constituição da forma adequada às peculiaridades da causa que serve de conteúdo e concretiza a norma legal. Ou dito de outro modo: ao passo que no caso das regras casuísticas ordinárias há lugar, silogisticamente falando, a uma premissa maior constituída pela norma e uma premissa menor constituída pelo facto sujeito a julgamento, no caso do art. 547.º a ordem inverte-se, de tal modo que «a proposição normativa considerada oferece unicamente ao juiz um inicial ponto de referência (um *starting point*, como dizem os ingleses) de que partir para que logo lhe sirva de “presilha” (de *Aufhänger*, segundo expressão dos alemães) da *regula iuris* de formação judicial na base da qual o caso a julgar tenha a oportuna solução»⁽⁶²⁾.

Importa também separar a adequação da jurisdição de equidade. Baptista Machado distingue o “*ius strictum*” do “*ius aequum*”, sendo este último a parte dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, e Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Calvão dão como exemplos paradigmáticos de cláusulas gerais a boa fé e a equidade.

Ora se English fala do «Direito equitativo» (*jus aequum*) a propósito daqueles «conceitos desvinculantes»⁽⁶³⁾ e se Canaris, citando Wilburg,

(61) MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, 43, pp. 11/12.

(62) AGUSTIN LUCA SERRANO, *Las normas...*, *op. cit.*: 224.

(63) KARL ENGLISH, *Introdução...*, *op. cit.*: 234.

refere que as cláusulas gerais são sempre caracterizadas como «pontos de erupção da equidade»⁽⁶⁴⁾, a verdade é que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados operam segundo modalidades diversas da equidade.

Podemos diferenciar a *equidade substitutiva* da *equidade «integrativa»* ou *supletiva*⁽⁶⁵⁾. A equidade substitutiva é a que se encontra prevista no art. 4.º do CC e que implica a «atribuição ao juiz do poder de se afastar das previsões normativas expressas», até «substituir integralmente a aplicação da norma com uma autónoma decisão equitativa»⁽⁶⁶⁾.

A equidade «integrativa» ou supletiva, por sua vez, está contemplada nos arts. 72.º, 2; 283.º, 1; 339.º, 2; 400.º, 1; 437.º, 1; 462.º; 494.º; 496.º, 3; 566.º, 3; 812.º, 1; 883.º, 1; 992.º, 3; 1158.º, 2; 1215.º, 2 e 1407.º, 2, do CC, normas nas quais o recurso à equidade cumpre a função de «atribuir ao juiz o poder de completar a norma positiva recorrendo à valoração equitativa para definir aspectos particulares da relação controvertida»⁽⁶⁷⁾.

Apesar de na equidade substitutiva o legislador recorrer à técnica das cláusulas gerais⁽⁶⁸⁾, a equidade não é uma cláusula geral: «enquanto a equidade autoriza o juiz a encontrar a *regra específica em função* da peculiaridade do caso concreto, as cláusulas gerais incumbem-no, pelo contrário, de extrair do dado social *regras gerais* (de conduta) *a partir* do caso concreto»⁽⁶⁹⁾.

A adequação processual está essencialmente delimitada pelo processo equitativo. Como lembra Rui Pinto, «o princípio geral do processo equitativo previsto no n.º 4 do art. 20.º CRP é o *alfa e ómega* do dever de adequação formal»⁽⁷⁰⁾. A norma constitucional prevê que «todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo». A partir deste dado positivo é possível densificar a noção de processo equitativo. A este propósito

⁽⁶⁴⁾ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989:142.

⁽⁶⁵⁾ ROBERTO MARTINO, *Il Giudice e L'Èquità*, Tra ética, diritto positivo e Costituzione, Cacucci, Bari:1 ss. GIROLAMO MONTELEONE, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 7.ª ed., Milano-Padova, 2015: 250.

⁽⁶⁶⁾ ROBERTO MARTINO, *ibidem*: 9.

⁽⁶⁷⁾ *Idem*.

⁽⁶⁸⁾ A equidade substitutiva, diz Martino, resolver-se-ia no recurso a elementos extrajurídicos para colmatar o espaço vazio deixado pelo *legialador*, *ibidem*: 13.

⁽⁶⁹⁾ PIERA CAMPANELLA, “Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro”, *Clausole Generali e Diritto del Lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del llavoro*, 20-30 maggio 2014, Giuffrè Editore, Milano, 2015:223.

⁽⁷⁰⁾ RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015: 6.

é partilhada a opinião que evidencia que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os instrumentos de direito internacional vinculativos do Estado Português — art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 14.º do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, art. 6.º da Convenção europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, art. 47.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia — integram pontos de referência obrigatórios para delinear correctamente os contornos do processo equitativo.

O citado número do art. 20.º CRP separa «prazo razoável» de «processo equitativo». O propósito não é assegurar o prazo razoável sem comprometer o processo equitativo, mas assegurar a contenção dos tempos processuais sem comprometer a qualidade da jurisdição, já que não há processo equitativo sem prazo cômputo.

Mas um processo equitativo não se esgota nesta dimensão. No âmbito da referida jurisprudência e dos mencionados instrumentos, tem-se entendido que integram a noção de processo equitativo o *princípio do contraditório*, da *igualdade das partes*, da *licitude da prova*, da *terzietà* e *imparcialidade* do juiz, da *motivação das decisões* e da *publicidade das audiências*⁽⁷¹⁾.

Todos estes princípios devem ser respeitados na tarefa de adequação. Parece-me que apenas os dois primeiros poderão levantar objecções e dificuldades práticas, razão pela qual apenas em relação a eles farei algumas observações.

A primeira objecção que se pode levantar à adequação, entendida no seu mais amplo sentido, é que esta nunca pode «cortar as unhas» ao contraditório, mesmo que a pretexto de atalhar os tempos do processo. Dito de outra forma: nunca por nunca ser a agilização do processo pode conduzir ao afastamento da audiência prévia, por conduzir à indefesa. Ou ainda: o processo equitativo subtrai ao juiz qualquer escolha discricionária acerca do «quando» e do «como» do contraditório.

Não me parece que os dados positivos conduzam a esta posição tão rígida, sem prejuízo de bem se saber que sem contraditório não há processo e que sem processo não há jurisdição.

Particulares interesses e exigências práticas induzem a que, em determinados processos, o contraditório seja organizado de modo diverso do que ocorre com o processo declarativo comum⁽⁷²⁾.

(71) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013:123.

(72) GIROLAMO MONTELEONE, *Compendio di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, 2001: 92.

O contraditório não é, nem tem de ser, sempre prévio. Há muito que a doutrina trabalha com outras modalidades, designadamente com o **contraditório diferido** e com o **contraditório eventual**.

Na verdade, o mecanismo técnico utilizado pelo legislador pode, nestes casos, ser de três tipos:

- i) O próprio juiz de que dimana a decisão sem ter previamente ouvido a parte contrária, deve provocar o contraditório, dando vida a um procedimento que se conclui com a confirmação ou revogação da decisão.
- ii) A parte que obteve a decisão favorável deve dar início, em prazo peremptório, ao procedimento contraditório pleno.
- iii) A parte contra a qual foi emitida a decisão sem a sua prévia audição deve deduzir oposição, em prazo peremptório, instaurando um procedimento com contraditório pleno⁽⁷³⁾.

O mecanismo da alínea *iii*) foi utilizado pelo legislador no art. 388.º da reforma de 95/96, nos procedimentos cautelares quando o requerido não tivesse sido ouvido antes do decretamento da providência. Neste caso, o juiz proferia uma *decisão provisória*, e, perante o contraditório subsequente, o juiz proferia *nova decisão, que constituía complemento ou parte integrante da inicialmente proferida* (art. 388.º, 2).

Não há notícia de que tal procedimento tenha sido criticado por violar a Constituição. Ora, se se admite este regime para a tutela cautelar, que afecta de forma grave a esfera jurídica do requerido, não se compreende nem se justifica vedá-lo na tutela não cautelar cujo impacto na esfera jurídica dos particulares é menor.

Não me parece que seja de afastar a adopção de uma «*técnica de antecipação da tutela*» cada vez mais usada nos ordenamentos processuais, quer da *civil law* quer da *common law*⁽⁷⁴⁾.

(73) GIOVANNI VERDE, *Profili del Processo Civile*, 1. Parte Generale, 6.ª ed., Jovene Editore, Napoli, 2002. No mesmo sentido, SERGIO LA CHINA, *Diritto Processuale Civile, Le Disposizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1991: 540, ss., ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, quarta edizione, Jovene Editore, Napoli, 2002: 207, ss., e ROMANO VACCARELLA, *Lezione sul processo civile di cognizione, Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Zanichelli, Bologna, 2006: 14.

(74) DANIEL MITIDIERO, *Antecipazione Della Tutela, Dalla Tutela Cautelar Alla Tecnica Anticipatoria*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013:52, ss. No nosso ordenamento são exemplos desta antecipação a possibilidade de nos procedimentos cautelares se dispensar a acção principal, conferindo definitividade à decisão cautelar (inversão do contencioso do art. 369.º) e a tradicional condenação *in futurum* do art. 557.º que antecipa a tutela que o credor deveria obter mais tarde se tivesse de aguardar

Não há assim razão para no caso sujeito invocar o contraditório como obstáculo insuperável à adequação.

E não se diga que o art. 3.º apenas prevê restrições que decorram da lei. A lei veda as restrições com origem regulamentar ou na autonomia privada, mas não as decorrentes da intervenção do juiz em cumprimento de uma delegação legal.

Em conclusão: *i*) o processo equitativo não exige necessariamente «a contextualidade do confronto dialéctico entre as partes», podendo o contraditório satisfazer-se também em momentos subsequentes a determinada fase do processo, com a condição de se admitir a possibilidade de defesa antes de a decisão judicial se tornar definitiva e de as partes poderem influenciar em plena igualdade o veredicto final; *ii*) o princípio *audiat et altera pars* não exige que o contraditório se realize em concreto, mas antes que se dê a ambas as partes iguais possibilidades de confronto e ainda que tal não ocorra por escolha processual da parte titular do respectivo direito⁽⁷⁵⁾.

o decurso do tempo necessário para obtenção de cognição plena. Acresce que o legislador, além dos casos tradicionais da restituição provisória de posse (art. 378.º) e de arresto (art. 393.º, 1) e do procedimento comum, quando em concreto se verifique que a audição do requerido pode pôr em risco o fim ou a eficácia da providência (arts. 366.º, 1 e 376.º, 1), não deixou de permitir, v.g. que:

- i*) nos processos de insolvência, o tribunal não ouça o devedor, quando a audição comporte demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro ou por ser desconhecido o seu paradeiro (art. 12.º CIRE);
- ii*) o contraditório entre as partes e o juiz seja dispensado em caso de manifesta desnecessidade (art. 3.º, 3);
- iii*) nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação, o juiz deixe de assegurar o contraditório quanto a excepções já debatidas nos articulados [art. 597.º, *a*)];
- iv*) no processo especial de tutela de personalidade regulado nos arts. 878.º a 880.º, o juiz profira, sem respeito pelo princípio do pedido, uma decisão provisória, sem prévia audição do réu (art. 879.º, 6).

Note-se, por fim, que os arts. 34.º da Convenção de Bruxelas e 41.º da Convenção de Lugano e do Regulamento n.º 44/2001, permitem a concessão do *exequatur* sem que a parte contra a qual é decretado seja previamente ouvida. Os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 304/00, proc. n.º 331/00, de 16.06.00 e n.º 522/00, proc. n.º 319/00, de 29.11.00 consideraram que os arts. 34.º da Convenção de Bruxelas não violavam o princípio do contraditório e por isso que a «específica configuração do “contraditório” no processo, enquanto relegado para a fase do recurso, tem uma justificação racional e constitucionalmente admissível — a celeridade do processo e a cobertura do risco de desaparecimento dos bens do executado — num contexto em que as garantias de defesa foram asseguradas no processo de que emergiu a decisão estrangeira e onde o recurso é ainda meio adequado e eficaz para o executado obstar a um *exequatur* indevido».

(75) PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO observam que na adequação formal, «na satisfação do princípio do contraditório, o juiz deve usar as ferramentas jurídico-processuais que tem ao seu dispor (arts. 6.º, n.º 1, e 547.º), entre estas, conta-se o contraditório *subsequente*», *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Vol. I, Almedina, Coimbra:31.

Uma segunda objecção tem que ver com eventual violação do princípio da igualdade por falta de uniformidade dos ritos processuais que levam à decisão de causas similares.

Este argumento foi apresentado várias vezes ao Tribunal Constitucional no âmbito do RPE.

Ora, aquele tribunal sempre considerou inexistir qualquer inconstitucionalidade entre o RPE e a Constituição republicana. Para aquele tribunal, a «igualdade não significa proibição de tratamentos jurídicos diferentes; significa antes a proibição de diferenças que afectem as pessoas e que não sejam fundamentais à luz do sistema constitucional». E citando Dworkin acrescenta «que não pode estar em causa um “direito” das pessoas a um tratamento em todos os casos iguais, o que está em causa é o “direito a *ser-se tratado como um igual*”. A instância competente para sindicar a constitucionalidade de uma norma deve averiguar a *racionalidade* e a *objectividade* dos motivos que fundaram a diferença e só censurar quando conclua que foram arbitrárias e absurdas essas razões» (Ac. TC 69/2008, de 31 de janeiro, proc. n.º 240/2007).

Ora, além dos argumentos desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional, Paula Costa e Silva deu uma machadada final nessa objecção.

No seu artigo *Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus*, aquela autora, para afastar o invocado problema de se percorrerem ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si, começa por alertar que tudo estará em saber se a diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa e depois escreve: «Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre através de um ou outro tipo de sequência, é relativamente neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios constitucionais (processuais) fundamentais — igualdade e contraditório amplo —, qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve»⁽⁷⁶⁾.

Refuta ainda a ideia de que admitir a adequação formal é ao mesmo tempo permitir que cada juiz faça o seu Código, construa um *iter* qualquer, com quebra inevitável da isonomia. Isto com base em dois argumentos que me parecem decisivos: 1.º O dever de adequação incrementa a responsabilidade do juiz, que «tem não apenas de decidir a causa, como também de

(76) PAULA COSTA E SILVA, “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48 (2011), 190:146.

estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais». Acresce que há mecanismos de corrigir o erro judiciário⁽⁷⁷⁾; 2.º «A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atómica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada»⁽⁷⁸⁾.

Uma terceira objecção não tem que ver propriamente com os limites decorrentes do processo equitativo, mas sim com uma eventual (má) aplicação da técnica a casos repetitivos ou à litigância de massa e pode formular-se assim: o art. 547.º foi elaborado para ser concretizado em casos irrepetíveis. Ora bem: repetindo a adequação a grupos de casos, acaba por se atraiçoar o sentido e escopo da cláusula geral precisamente voltado para as peculiaridades do caso concreto; transmuta-se uma norma elástica de produção de uma norma concreta numa factispécie abstracta, causadora de um inevitável vínculo para decisões sucessivas. Ou dito de outra maneira: o uso sistemático não é uma adequação a caso concreto, mas uma correção judicial da norma legal abstrata.

Embora se possa observar que esta correcção apresenta aspectos positivos, a respeito da previsibilidade das decisões e da certeza do direito, e não veda a possibilidade de o juiz readequar a tramitação-base a novas exigências, a sobredita reserva não pode deixar de ser levada em conta.

6. Conclusão

Depois da segunda grande guerra do século passado, o corpo de juristas democratas, na sua generalidade, fugiu das cláusulas gerais, como algo aterrador. A experiência jurídica do terceiro *Reich* não permitia outro estado de espírito. Hoje, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*:147.

⁽⁷⁸⁾ *Idem*.

são a *mainstream*. Ambas as fugas, das ou para as cláusulas gerais, não se justificam. Nem o terror que associamos a uma época aberrante, nem a esperança ansiosa na vivificação do direito. Apenas se espera, qualquer que seja a técnica legislativa, que esta cláusula geral se não confunda com um princípio e contribua, sem diminuição de garantias, para o *rejuvenescimento do direito*.

INCIDENTE DE RECUSA DE ÁRBITRO: USO E ABUSO⁽¹⁾

Pelo Dr. Luís Miguel Cortes Martins⁽²⁾

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O quadro legislativo. 3. Algumas questões. 3.1. Dever de revelação e seu âmbito. 3.2. Fundamentos de recusa, em particular a falta de qualificações do árbitro enquanto fundamento autónomo de recusa. 3.3. Tramitação do incidente de recusa e suas consequências no processo arbitral. 3.4. O eventual dever de indemnizar do recusado. 3.5. O eventual dever de indemnizar da parte recusante. 3.6. Os honorários do árbitro recusado. 4. Conclusão.

1. Introdução

Nas palavras de Miguel Galvão Teles “[a] *independência e a imparcialidade de quem julga representam o requisito mínimo de um processo equitativo*”⁽³⁾.

E não constitui qualquer novidade dizer que a questão da independência e imparcialidade dos árbitros é um tema central e, seguramente, um dos mais decisivos da arbitragem: sem garantias de um processo justo

⁽¹⁾ O presente texto tem origem numa comunicação realizada no XII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, em Julho de 2018, passando agora à forma escrita e com ulteriores desenvolvimentos e actualizações.

⁽²⁾ Advogado e Docente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Membro da *Union Internationale des Avocats* (UIA) e da Associação Portuguesa de Arbitragem, onde preside ao Conselho de Prática Arbitral Comercial.

⁽³⁾ GALVÃO TELES, MIGUEL, “Processo equitativo e imposição constitucional de independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, Ano 7, N.º 24, Janeiro-Março de 2010, p. 132.

decidido por árbitros que verdadeiramente reúnam aquelas características não há boa arbitragem.

Esta questão é de há muito incontroversa no domínio do nosso Direito da Arbitragem, disso fazendo eco quer a Doutrina quer a Jurisprudência. E isto é assim já desde a vigência da anterior lei da arbitragem, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Pela sua importância, e certa fundamentação, recorda-se aqui o Acórdão de 12 de Julho de 2011 do Supremo Tribunal de Justiça⁽⁴⁾, onde se pode ler “[d]ecorre da configuração constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros órgãos jurisdicionais a exigência de que, na sua constituição, sejam respeitadas integralmente as notas essenciais que permitem identificar um tribunal, qualquer que seja a sua espécie ou tipo — e que são precisamente a independência e imparcialidade dos juizes — de todos os juizes — que o integram, incluindo os árbitros designados pela parte”.

Daí que também esteja de há muito definitivamente ultrapassada a ideia do “amigo honrado”⁽⁵⁾: o árbitro — mesmo o (incorrectamente) chamado “árbitro de parte”⁽⁶⁾ (terminologia que se crê completamente ultrapassada) — tem de ser independente e imparcial.

A nova lei de arbitragem voluntária, a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (doravante LAV) veio reforçar esse quadro garantístico da independência e imparcialidade dos árbitros, introduzindo um conjunto de disposições inovadoras, entre as quais a que regula a recusa de um árbitro (art. 13.º).

Assim, este incidente fundado na existência de circunstâncias que *objectivamente* possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade é um dos temas que tem suscitado não só maior debate, como dado azo a várias posições doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que a sua suscitação junto dos tribunais judiciais tem sido relativamente frequente.

O tema está, pois, na ordem do dia, é cada vez mais usado nos processos arbitrais e constituiu hoje um dos pontos do Direito da Arbitragem que revelam maior interesse prático.

(4) Proc. n.º 170751/08.7YIPRT.L1.S1 (LOPES DO REGO). Todos os acórdãos citados ao longo do presente artigo estão disponíveis em <www.dgsi.pt>.

(5) Cf. a este propósito MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE “Dever de revelação e direito de recusa de árbitro — Considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2013, Vol. IV, Out-Dez, p. 1266, ss.

(6) Utilizando, contudo, esta terminologia, vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 137.

Pode mesmo dizer-se, sem receio de exagero, que, actualmente, do incidente de recusa de árbitro usa-se e abusa-se! Diga-se, também, que esta tendência é comum a outras jurisdições, não estando, por isso, o nosso Direito isolado nesta matéria.

Mas sendo assim, e tornando-se, de certo modo, inevitável que assim seja, entendemos ser oportuno debruçarmo-nos sobre algumas das questões que se têm vindo a suscitar e abordar alguns temas que temos por menos claros ou, tão somente, como menos estudados.

No presente artigo procuraremos analisar a regulação do incidente de recusa de árbitro, e algumas questões conexas, sobretudo com a preocupação de que sirvam de mote para o debate. Tentaremos ainda abordar algumas questões que não têm merecido a atenção da Doutrina especializada e carecem, a nosso ver, de um maior aprofundamento e densificação.

2. O quadro legislativo

i. A independência dos árbitros

Nos termos do disposto no art. 9.º, n.º 3 da LAV, “*os árbitros devem ser independentes e imparciais*”.

O disposto em tal norma não encerra em si uma novidade no plano dos princípios, mas não encontra paralelo no anterior regime da arbitragem voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto).

ii. Dever de revelação e a Recusa

Como corolário lógico desta regra releva o art. 13.º da LAV que, por um lado, estabelece um dever de revelação a cargo dos árbitros, e, por outro, prevê o direito de recusa de um árbitro em determinadas situações.

Com efeito, quem for convidado para exercer funções de árbitro encontra-se adstrito ao dever de revelar “*todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência*”. Este dever de revelação existe igualmente em relação às circunstâncias supervenientes — objectiva ou subjectivamente — à aceitação pelo árbitro do encargo, uma vez que a obrigação de se manter independente e imparcial perpassa todo o processo arbitral.

E, segundo aquela norma, caso se verifiquem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade ou independência do árbitro, ou ainda se o árbitro não possuir as qualificações que as partes

convencionaram, pode o árbitro ser recusado (cf. respectivo n.º 3). Note-se ainda que, de acordo com este preceito, uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação.

iii. Tramitação do incidente

A tramitação do incidente de recusa pode ser livremente acordada pelas partes, ou seguir o disposto no art. 14.º da LAV.

Dispõe esta norma que “[n]a falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no art. 13.º Se o árbitro recusado não renunciar à função que lhe foi confiada e a parte que o designou insistir em mantê-lo, o tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decide sobre a recusa”.

Por último, prevê-se que “[s]e a destituição do árbitro recusado não puder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto no n.º 2 do presente artigo, a parte que recusa o árbitro pode, no prazo de 15 dias após lhe ter sido comunicada a decisão que rejeita a recusa, pedir ao tribunal estadual competente que tome uma decisão sobre a recusa, sendo aquela insusceptível de recurso. Na pendência desse pedido, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir sentença”.

Cumpra ainda a este propósito referir que um dos fundamentos de anulação da sentença arbitral é a irregular constituição do tribunal arbitral, aí se compreendendo a falta de independência do árbitro [cf. art. 46.º, n.º 3, alínea a), iv) da LAV].

Da análise sumária deste quadro legislativo resultam numerosas questões, de entre as quais nos propomos a enunciar e problematizar as atinentes: (i) ao dever de revelação e seu âmbito, designadamente o problema da sobre-revelação e da densificação da cláusula geral plasmada no art. 13.º, n.º 1 da LAV de “circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”; (ii) aos fundamentos de recusa, em particular à falta de qualificações do árbitro enquanto fundamento autónomo de recusa; (iii) à tramitação do incidente de recusa e suas consequências no processo arbitral; (iv) ao eventual dever de indemnizar do recusado e do recusante; e por fim (v) aos honorários do árbitro recusado.

3. Algumas questões

3.1. Dever de revelação e seu âmbito

i. A densificação da cláusula geral plasmada no artigo 13.º, n.º 1 da LAV de “circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”

Como referido, o art. 13.º da LAV impõe a quem for convidado para o cargo de árbitro que revele todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade⁽⁷⁾.

Este dever de revelação é o instrumento adequado pelo qual o árbitro pode evitar situações de conflitos de interesse, prevenir situações ilegais, ou pelo menos embaraçosas. Na verdade, há que dizê-lo, um incidente de recusa de um árbitro cria sempre uma situação, no mínimo, desagradável e, por vezes, indesejável, não só para o árbitro visado, como para os outros integrantes do Tribunal Arbitral, e até mesmo para todos os intervenientes processuais. Por isso, é sempre preferível evitar situações dúbias ou limite, porquanto as consequências desfavoráveis são sempre mais difíceis de controlar.

É por isso que esta regra da “revelação” é hoje considerada a “norma rainha”, a pedra de toque, que permite *a priori* apreciar os eventuais conflitos de interesse e incompatibilidades.

No âmbito da arbitragem institucionalizada, os centros de arbitragem (v.g. a *Chambre de Commerce Internationale* de Paris — CCI —, ou o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — CAC) têm já formulários de cumprimento do dever de revelação, com um considerável grau de exigência e detalhe.

A LAV não regula a forma que deve revestir o cumprimento deste dever de revelação — mas, por razões de certeza e segurança jurídica, cremos que deverá sê-lo por escrito —, nem densifica o que deve entender-se por “circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”.

Ora, não densificando a norma contida no art. 13.º da LAV o referido conceito, tem competido tal tarefa à Doutrina, à Jurisprudência e mesmo

(7) Sobre as noções de independência e imparcialidade *vide* designadamente GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 251-283; MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE, *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro — Considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, cit., p. 1267, ss.

aos instrumentos de *soft law* [nos quais se incluem as conhecidas *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* da IBA⁽⁸⁾ — International Bar Association, aprovadas em 2004 e revistas em 2014].

Estas regras de *soft law* — que são, aliás, integradas na maioria dos Códigos Deontológicos no âmbito arbitral [v.g. o da Associação Portuguesa de Arbitragem⁽⁹⁾ e o do CAC]⁽¹⁰⁾ —, e as respectivas listas vermelha (irrenunciável e renunciável), laranja e verde (de acordo com o grau de gravidade decrescente das situações concretas aí descritas) contribuem para orientar o juízo acerca da necessidade ou não de revelação de uma determinada circunstância e da existência de uma situação de conflito de interesses⁽¹¹⁾.

No que ao papel da *soft law* respeita, o já referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Julho de 2011⁽¹²⁾, proferido ainda no domínio da anterior LAV, é paradigmático na defesa da aplicação à arbitragem nacional dessas regras. Também no domínio da actual LAV, variada Jurisprudência, fundamentalmente do Tribunal da Relação de Lisboa, tem vindo a aplicar uniformemente as regras de *soft law*, *maxime* as *Guidelines* da IBA, ainda que com diferentes matizes⁽¹³⁾.

Mas esta orientação não é unânime.

Existem pelo menos duas decisões em sentido contrário do Tribunal Central Administrativo Sul⁽¹⁴⁾, decisões estas sobretudo ancoradas na posição de Menezes Cordeiro.

Com efeito, este Autor, sublinhando as diferenças entre a realidade para a qual foram pensadas as referidas *Guidelines*, e a realidade portu-

(8) Que podem ser consultadas em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/104481d2b4/iba-guidelines-conflicts-of-interests-in-intl-arb-2014.pdf>>.

(9) Cf. o respectivo art. 2.º, podendo ser consultado em <<https://arbitragem.pt/pt/conselhos/deontologia/boas-praticas/apa>>.

(10) Cf. art. 1.º, n.º 3, disponível em <https://centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Regulamento_de_Arbitragem/Codigo_Deontologico_2014.pdf>.

(11) Sobre as *Guidelines* da IBA e as respectivas listas, *vide* designadamente CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, *cit.*, pp. 153 e 154 e ALVES, RUTE, “O dever de revelação dos árbitros em Portugal”, in *IX Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 190-198.

(12) Proc. n.º 170751/08.7YIPRT.L1.S1 (LOPES DO REGO).

(13) Cf. designadamente, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Março de 2015, proc. n.º 1361/14.0YRLSB.L1 (MÁRIA ADELAIDE DOMINGOS), de 29 de Setembro de 2015, proc. n.º 827/15.9YRLSB-1 (AFONSO HENRIQUE), de 13 de Setembro de 2016, proc. n.º 581/16.7YRLSB-1 (RÍJO FERREIRA), de 3 de Outubro de 2017, proc. n.º 1177/17.1YRLSB-7 (MÁRIA AMÉLIA RIBEIRO), de 1 de Fevereiro de 2018, proc. n.º 1320/17.0YRLSB-8 (CARLA MENDES), de 22 de Janeiro de 2019, proc. n.º 1574/18.5YRLSB.L1-7 (JOSÉ CAPACETE) e de 23 de Janeiro de 2020, proc. n.º 661/18.4YRLSB-2 (ARLINDO CRUA).

(14) Cf. Acórdãos de 30 de Agosto de 2016, proc. n.º 13580/16 (CRISTINA DOS SANTOS) e de 16 de Fevereiro de 2017, proc. n.º 20011/16.3BCLSB (PAULO PEREIRA GOUVEIA).

guesa, sustenta que “[a]s *Guidelines* são *soft law*: não aplicável, por si. Mas além disso, há que as fazer passar por um *minimum* de adaptações, sob pena de irrealismo. Finalmente, elas correspondem a práticas norte-americanas, discutidas no seu próprio País de origem e que a doutrina europeia propõe sejam restritivamente interpretadas. Com efeito, a realidade jurídica estado-unidense é muito diferente da nossa”⁽¹⁵⁾.

Naturalmente que temos de reconhecer a pertinência das observações de Menezes Cordeiro, designadamente em termos da dimensão, complexidade e dinâmica dos mercados jurídicos que motivaram a elaboração das referidas *Guidelines*. E, por isso, concordamos que a sua aplicação ao nosso direito não deve ser feita de uma forma acrítica e muito menos automática.

Com efeito, tendo em conta a dimensão do nosso mercado, a nossa realidade técnico-jurídica, a aplicação das referidas regras deve ser feita *cum grano salis*, i.e., com as adaptações que se revelarem adequadas aos concretos casos em análise. Necessidade essa que resulta manifesta desde logo, por exemplo, na aplicação da regra 3.1.3. da lista laranja (“*The arbitrator has, within the past three years, been appointed as arbitrator on two or more occasions by one of the parties, or an affiliate of one of the parties*”.) atendendo à dimensão do mercado português e à tecnicidade das matérias em causa.

Neste âmbito, e olhando para a Jurisprudência portuguesa podemos encontrar, designadamente, casos onde foi invocada a conhecida circunstância do *repeat arbitrator*; a própria omissão do dever de revelação, o erro grosseiro de julgamento da matéria de direito, a animosidade para com uma das partes e a autoria de artigos científicos sobre a matéria em apreço no processo arbitral.

Quanto ao primeiro dos referidos casos, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Março de 2015⁽¹⁶⁾, entendeu-se que «[a] nomeação do mesmo árbitro nos 3 anos anteriores, pela mesma sociedade de advogados, em processos de arbitragem necessária no âmbito de litígios abrangidos pela Lei n.º 62/2011, em cerca de 50 arbitragens, sendo que, em 19 delas, a nomeação provém da mesma parte e/ou suas associadas, e relativa à mesma substância ativa, correspondem a circunstâncias, que quer aos “olhos das partes”, que não as conhecia na sua totalidade e extensão, quer objetivamente, são suscetíveis de criarem fundadas dúvidas sobre a independência e isenção do árbitro».

⁽¹⁵⁾ Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, cit., p. 156.

⁽¹⁶⁾ Proc. n.º 1361/14.0YRLSBLI (MARIA ADELAIDE DOMINGOS).

Ao invés, a invocação da existência de uma situação de *repeat arbitrator* não foi procedente nos Acórdãos da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2015, 13 de Setembro de 2016, 3 de Outubro de 2017, 1 de Fevereiro de 2018 e 22 de Janeiro de 2019⁽¹⁷⁾ e do Tribunal Central Administrativo Sul, de 16 de Fevereiro de 2017⁽¹⁸⁾, por aí se ter entendido não ser a mera repetição suficiente para fundar a recusa.

Em relação à invocação da existência de um alegado erro grosseiro de julgamento da matéria de direito como motivo para suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade ou independência do árbitro, entendeu-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Fevereiro de 2015⁽¹⁹⁾, que “[n]ão pode sindicar-se em sede de incidente de recusa de árbitros a actividade decisória destes, não interessando apurar se a decisão proferida é justa, equilibrada ou conforme ao direito. ademais a decisão tomada sobre a excepção da caducidade era e é recorrível” e que “[s]aber se determinada decisão é manifesto e grosseiro erro de julgamento da matéria de direito, e se violou de forma manifesta e grosseira o disposto no direito positivo, já tem a ver com o mérito ou demérito da decisão, a averiguar em sede de legal sindicância”, não constituindo, por isso, aquela invocação fundamento de recusa do árbitro.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Outubro de 2017⁽²⁰⁾, para além da invocação da múltipla nomeação do árbitro visado, a parte recusante invocou ainda que o árbitro em causa revelou animosidade para com a sua posição, invocação esta que a Relação considerou destituída de fundamento, desde logo porque o despacho em causa onde o árbitro alegadamente havia relevado tal animosidade resultou de uma deliberação unânime dos membros do tribunal arbitral, não tendo também a Relação descorrinado a existência de alusões que objectivamente extravasassem “o mero campo consentido pela análise crítica das circunstâncias processuais”.

Por último, quanto ao fundamento de o árbitro ter publicado artigos científicos expressando posições sobre a matéria em causa, entendeu mais uma vez a Relação de Lisboa⁽²¹⁾ que tal não constituía fundamento de recusa, mais ainda quando esteja em causa uma arbitragem num domínio especializado, já que «“a concretização de um dos objectivos precípuos da

(17) Respectivamente, procs. n.ºs 827/15.9YRLSB-1 (AFONSO HENRIQUE), 581/16.7YRLSB-1 (RUI FERREIRA), 1177/17.1YRLSB-7 (MARIA AMÉLIA RIBEIRO), 1320/17.0YRLSB-8 (CARLA MENDES) e 1574/18.5YRLSB.L1-7 (JOSÉ CAPACETE).

(18) Proc. n.º 20011/16.3BCLSB (PAULO PEREIRA GOUVEIA).

(19) Proc. n.º 575/14.7YRLSB.L1-8 (RUI MOURA).

(20) Proc. n.º 1177/17.1YRLSB-7 (MARIA AMÉLIA RIBEIRO).

(21) Cf. Acórdão de 1 de Fevereiro de 2018, proc. n.º 1320/17.0YRLSB-8 (CARLA MENDES).

arbitragem num domínio altamente especializado, seria inviabilizado porquanto, os especialistas nestas matérias, estariam arredados das arbitragens que versam justamente sobre uma das temáticas centrais que elegeram para a sua investigação. Num domínio altamente especializado, inevitavelmente, tais árbitros, verdadeiramente especialistas, já terão reflectido e expresso a sua reflexão sobre questões de direito recorrentes nesta matéria, nomeadamente, sanção pecuniária compulsória, transmissão de AIM, admissibilidade de defesa por excepção através da invocação da invalidade da patente, etc.”».

Da análise da nossa Jurisprudência recente resulta que os Tribunais portugueses têm não só acolhido adequadamente as referidas regras de *soft law*, como decidido acertadamente um conjunto de questões que muito contribuem para a densificação dos conceitos gerais expressos no art. 13.º da LAV. E têm-no feito numa perspectiva de análise rigorosa dos deveres do árbitro, sendo restritivos na concessão da recusa. Temos por boa esta orientação.

Assim, atenta a experiência jurisprudencial que temos, não parece sensato fazer “tábua rasa” das referidas regras de *soft law*. Na verdade, embora não sendo vinculativas, nem pensadas directamente para o mercado português, como já se referiu, constituem um repositório de experiência adquirida que é de muita utilidade na apreciação e avaliação dos casos seja por parte dos árbitros seja pelas partes. Como tem sido salientado nas decisões que analisámos.

Haverá assim que reconhecer que na questão do conteúdo do dever de revelação importa considerar que os respectivos contornos variarão em função das circunstâncias do caso concreto, desde logo, em função da concreta actividade profissional do árbitro, não sendo muitas vezes possível estabelecer regras gerais — v.g. a actividade de um juriconsulto por contraponto à de um advogado, uma vez que, como é evidente, não é igual a situação do advogado que há muitos anos trabalha com uma parte, à do juriconsulto que apenas elaborou a pedido dessa parte determinado parecer (não é por acaso que as *Guidelines* da IBA colocam na lista verde a emissão de opiniões jurídicas anteriores — cf. regra 4.1. — e na lista laranja a existência de relações profissionais entre o árbitro e a parte nos últimos anos — cf. regra 3.4.).

O juízo acerca das circunstâncias que carecem de ser reveladas não é um juízo a ser feito do prisma subjectivo do árbitro, devendo o árbitro analisar a situação “aos olhos das partes”⁽²²⁾. Mas também, a nosso ver, não

(22) Cf. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, em anotação ao art. 13.º da LAV, in AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2019, p. 65.

poderão ser os “olhos das partes” o único critério, uma vez que a utilização da expressão “fundadas dúvidas” remete para um critério de índole mais objectiva⁽²³⁾. O justo limite do dever de revelar haverá, pois, que ser encontrado segundo o critério do “*bonus pater familiae arbitral*” avançado por Menezes Cordeiro⁽²⁴⁾, ou algo similar. Trata-se no fundo do uso da prudência no sentido clássico da *recta ratio agibilium*.

A isto acresce que, o facto de uma circunstância dever ser revelada não significa que seja automaticamente motivo de recusa, porque, embora o art. 13.º da LAV pareça sobrepor os dois casos ao usar o mesmo conceito nos seus n.ºs 1 e 3, para o juízo acerca de se verificar ou não um fundamento de recusa importará um critério objectivo, não se confundindo os critérios de densificação do dever de revelação com os de determinação do direito de recusa⁽²⁵⁾. Como afirmado no ponto 4. da Parte II (“*Practical Application of the General Standards*”)⁽²⁶⁾ das *Guidelines* da IBA, a revelação não implica a existência de conflito de interesses, nem deve, por si só, resultar na recusa do árbitro.

ii. O problema da sobre-revelação

Ainda neste âmbito do cumprimento do dever de revelação, coloca-se a questão relativa ao problema da sobre-revelação, já tratado pela Doutrina⁽²⁷⁾, i.e., a revelação pelo árbitro de factos não essenciais, secundários ou revelados por excessiva cautela ou prudência, o que pode abrir a porta a recusas injustificadas e a devassas indesejáveis. Como se adverte nas

⁽²³⁾ Refira-se que o Código Deontológico da Associação Portuguesa de Arbitragem é mais exigente no art. 7.º, n.º 1: “O árbitro deve revelar todos os factos e circunstâncias que, na perspectiva das partes, possam suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência surgindo tal obrigação no momento em que é convidado a exercer funções e mantendo-se até à conclusão da arbitragem”.

⁽²⁴⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, cit., p. 153.

⁽²⁵⁾ Cf. a este propósito ALVES, RUTE, *O dever de revelação dos árbitros em Portugal*, cit., pp. 204 e 205.

⁽²⁶⁾ “*Disclosure does not imply the existence of a conflict of interest; nor should it by itself result either in a disqualification of the arbitrator, or in a presumption regarding disqualification. The purpose of the disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore further in order to determine whether objectively — that is, from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances — there are justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence*”.

⁽²⁷⁾ Cf. designadamente CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, cit., p. 157 e MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE, *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro — Considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, cit., p. 1274.

Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros⁽²⁸⁾, “[1]a total transparencia genera también el riesgo del abuso. Una parte que quiera torpedear el arbitraje puede utilizar la información facilitada para justificar una recusación improcedente. Por esta razón, los órganos que deben decidir sobre la recusación (árbitros, cortes de arbitraje y, en última instancia, los jueces) deben cerrar el paso a estas tácticas: no toda circunstancia revelada constituye causa válida de recusación, sino que pesa sobre el recusante la carga de probar que, valorando en conjunto todos los aspectos del caso, existe una circunstancia que efectivamente afecta la independencia o imparcialidad del árbitro”.

Também neste sentido, e na Doutrina nacional, Menezes Cordeiro alerta de forma incisiva para os inconvenientes da sobre-revelação: “[n]este ambiente, a disclosure é portão para todas as aventuras. Qualquer elemento publicamente comunicado permite escavar e apurar recusas”⁽²⁹⁾.

Assim, o dever de revelar tem necessariamente limites, não podendo funcionar como um “descargo de consciência”, transferindo o “julgamento” ético-jurídico do árbitro para as partes.

Será sempre, e em última análise, uma decisão do árbitro ainda que, na nossa perspectiva seja aconselhável o critério de que na dúvida deve revelar-se. Não esqueçamos que feita a revelação sem dedução do incidente a questão fica sanada. Daí que numa perspectiva de um processo sem incidentes, ademais desta natureza, mais vale clarificar a situação tão cedo quanto possível (idealmente no momento da aceitação do encargo arbitral) do que lidar com o problema numa fase mais avançada do processo com todos os inconvenientes conhecidos.

iii. Casos de inexistência de matéria a revelar

Outra questão que suscita dúvidas e divergências relativamente ao cumprimento do dever de revelar prende-se com saber se, independentemente de não haver matéria a revelar, devem os árbitros na declaração de aceitação mencionar esse facto. Essa é a regra na arbitragem institucionalizada e constitui a conduta recomendada no Código Deontológico da APA (Associação Portuguesa de Arbitragem), onde é feito constar, no formulá-

⁽²⁸⁾ Disponível em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/49d51ac604/recomendaciones-cea.pdf>>.

⁽²⁹⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, cit., p. 157.

rio de Declaração de Independência e Imparcialidade do Árbitro constante do Anexo Único a esse Código, a opção “*Nada a Revelar. Sou imparcial e independente e tenciono manter-me como tal. Não conheço qualquer facto ou circunstância que deva ser revelado por poder suscitar, na perspectiva das partes, dúvidas sobre a minha imparcialidade ou independência*”⁽³⁰⁾. Já nas arbitragens *ad hoc*, e na ausência de qualquer regra específica a questão é mais comum.

Creemos que a boa orientação deverá ser no mesmo sentido, i.e., no momento da aceitação do encargo o árbitro designado deverá fazer a sua declaração. E cremos que a experiência prática vai nesse sentido.

iv. Omissão do dever de revelação

Por último, não se encontra também definitivamente respondida na lei a questão de saber o que sucede em caso de omissão do dever de revelação: é tal facto, por si só, suficiente para fundamentar a recusa do árbitro?

Na Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa encontra-se uma decisão, embora com voto de vencido, que aponta nesse sentido⁽³¹⁾, tendo-se aí afirmado que «[n]ão tendo o *Ex.^{mo} Árbitro recusado divulgado, aquando da sua indigitação ou nomeação, as suas anteriores participações em arbitragens idênticas ou similares, bem como, o parecer emitido ou quaisquer outras actividades profissionais relacionadas com o mesmo tema, incorreu o mesmo, na violação do dever de revelação, susceptível de criar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade “aos olhos da demandada”*», valorando-se assim como fundamento de recusa a mera omissão do dever de revelação.

Somos, contudo, de opinião contrária: a mera omissão da revelação de circunstâncias passíveis de suscitar dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro não é, por si só, causa para a sua recusa, sendo, como afirmado pelo Tribunal da Relação de Lisboa numa outra decisão, “[...] *necessário que nesse incumprimento se manifestem circunstâncias donde se possam extrair indícios que permitam, objectivamente, fundar um juízo de afectação da independência e imparcialidade. [...] só se configura que o incumprimento do dever de revelação possa constituir desde logo justificação de recusa naqueles casos extremos em que a omissão de*

⁽³⁰⁾ Disponível em <<https://a.storyblok.com/f/46533/x/4d84bde409/apa-ebook-codigos-deontologicos.pdf>>.

⁽³¹⁾ Cf. Acórdão de 29 de Setembro de 2015, proc. n.º 827/15.9YRLSB-1 (AFONSO HENRIQUE).

revelação se refira a circunstância tão fundamental que, por si só, revela afectação da independência ou imparcialidade”⁽³²⁾.

Também no ponto 5 da Parte II (“Practical Application of the General Standards) das *Guidelines* da IBA se afirma “[n]ondisclosure cannot by itself make an arbitrator partial or lacking independence: only the facts or circumstances that he or she failed to disclose can do so”.

Estamos de acordo com esta Doutrina que, aliás, temos como maioritária. O dever de revelação é um acto instrumental, sendo que o relevante é a existência, ou não, de circunstâncias que afectem a independência e imparcialidade do árbitro. Daí que a mera omissão deste acto instrumental não deva ter a mesma sanção que existiria se o árbitro em questão omitisse voluntariamente um facto gerador dessa falta de independência ou imparcialidade.

3.2. Fundamentos de recusa, em particular a falta de qualificações do árbitro enquanto fundamento autónomo de recusa

Conforme já referido supra, uma parte tem também o direito de recusar um árbitro quando este “*não possuir as qualificações que as partes convencionaram*” (art. 13.º, n.º 3 da LAV).

Diga-se, desde já, que não é comum na prática arbitral a existência de uma convenção, pelo menos expressa, sobre tal matéria.

Mas será que tal inexistência formal significa que as qualificações dos árbitros serão pura e simplesmente indiferentes para as partes?

Seguramente que não. Pois se uma das grandes vantagens da arbitragem, se não a maior, consiste precisamente em o litígio poder ser dirimido por peritos na matéria, juristas particularmente qualificados nas questões em disputa, mal se compreenderia que esta não fosse uma questão essencial e que a LAV, bem, considerou como critério de recusa.

Daí que consideremos que as qualificações dos árbitros são um elemento essencial da convenção de arbitragem. E ainda que não exista uma alusão formal a determinadas qualidades ou qualificações, tal circunstância deve ser entendida como vontade tácita das partes desde logo na opção que fazem pela jurisdição arbitral.

⁽³²⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Setembro de 2016, proc. n.º 581/16.7YRLSB-1 (RUI FERREIRA). No mesmo sentido, veja-se, designadamente, o Acórdão do mesmo Tribunal de 11 de Fevereiro de 2020, proc. n.º 1577/18.0YRLSB-1 (RUI TORRES VOUGA), tendo-se considerado neste último acórdão ser o caso dos autos precisamente uma dessas situações limite.

Isto dito, temos para nós que esta questão, em paralelo com a da independência e imparcialidade, é crucial para a arbitragem.

É comum dizer-se que “as arbitragens valem o que valem os árbitros”⁽³³⁾. E, infelizmente, temos experiência de arbitragens em que a manifesta falta de qualificações de um ou mais árbitros, sobretudo se este for o presidente, conduz a maus resultados e processos arbitrais muito difíceis de gerir.

Dáí que entendamos que a questão da qualificação dos árbitros é um verdadeiro pressuposto constitutivo do próprio tribunal arbitral. Independentemente de qualquer convenção expressa nesse sentido. E assim sendo, haverá que enfrentar as devidas consequências deste princípio.

A questão, naturalmente, é sensível e não é isenta de problemas práticos. Desde logo pode existir uma dificuldade em aferir *a priori* se o árbitro domina ou não a matéria, porquanto com exceção dos casos manifestamente óbvios, como v.g. jurisconsultos, ou advogados com experiência pública, ou publicada, sobre a matéria em discussão, não dispõem frequentemente as partes de meios para aferir das qualificações do árbitro, revelando-se essa circunstância apenas no decurso do próprio processo.

Ademais, é um assunto pouco desenvolvido na Doutrina e Jurisprudência, mas apesar das dificuldades referidas, cremos que terá de ser feito um controlo de qualidade mínima, controlo este que poderá ficar facilitado na arbitragem institucionalizada, na medida em que poderá, em certos casos, competir a um terceiro, mormente ao Presidente do Centro de Arbitragem, a designação dos árbitros tendo, nessa circunstância oportunidade de fazer uma avaliação das qualificações.

Infelizmente este é um tema também sempre associado às nomeações de árbitros pelos Tribunais Judiciais. Como é sabido, e salvo raríssimas exceções, o processo é opaco, não tem qualquer participação dos interessados, não há critérios de nomeação e, conseqüentemente, são frequentes as nomeações de árbitros com pouca capacidade ou *know how* para exercer as funções para que foram nomeados.

Esta é uma questão séria e que merece uma reflexão autónoma que não podemos fazer aqui. Mas há que criar mecanismos de triagem, de audição das partes sobre o potencial designado, sendo certo que muito da melhoria do sistema terá de passar pelas Presidências das Relações.

Finalmente, e embora não conheçamos nenhum caso de recusa com este fundamento (o que pode ser explicável pelo extremo melindre que

⁽³³⁾ Cf. JOSÉ MIGUEL JÚDICE, em anotação ao art. 13.º da LAV, in AA.VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed. revista e actualizada, *cit.*, p. 64.

pode causar, ou pelo receio de suscitar a questão relativamente a um presidente de tribunal arbitral), há que ter consciência que a LAV dá um instrumento importante nesta matéria e usá-lo de forma prudente e avisada constitui, estamos certos, um serviço que se presta à arbitragem.

3.3. Tramitação do incidente de recusa e suas consequências no processo arbitral

Relativamente à tramitação processual do incidente de recusa, conforme supra-referido, esta pode ser livremente acordada pelas partes (com exceção do direito de recurso ao tribunal estadual nos termos estabelecidos no n.º 3 do art. 14.º da LAV) — quer na própria acta de instalação do tribunal arbitral, quer no momento em que a questão seja suscitada — ou, na falta de acordo, seguir o disposto na LAV, *maxime* no seu art. 14.º.

Neste último caso, a parte que pretenda deduzir o incidente de recusa deve expor por escrito quais são os respectivos motivos, o que deverá fazer no prazo de quinze dias a contar da data em que tenha conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou das circunstâncias que fundamentam a recusa, sob pena de caducidade do direito a deduzir o incidente (travando-se assim manobras futuras meramente dilatórias).

Pode colocar-se a questão de saber se a dedução deste pedido pode ou não ter um limite temporal — v.g. ser deduzido após a prolação da sentença final pelo tribunal arbitral.

A lei é omissa quanto a este ponto, mas a nossa opinião vai no sentido de considerar que a sentença é um verdadeiro termo *ad quem*, a partir do qual já não será possível deduzir o incidente. Desde logo, porque esse seria um expediente que a parte que não teve vencimento tenderia a usar, com todos os inconvenientes que daí advêm. E, depois, se se vier a demonstrar que existia um fundamento de recusa de que a parte só tem conhecimento após a prolação da sentença, terá sempre recurso à acção de anulação. É certo que com um prazo preclusivo. Mas cremos que a certeza do direito não se compadece com soluções alternativas, sob pena de se estar a introduzir grave incerteza no sistema.

Deduzido o incidente, o árbitro recusado pode renunciar à função — o que não implica o reconhecimento dos motivos invocados para a recusa de acordo com o disposto no art. 15.º, n.º 4 da LAV — ou pode não renunciar e a parte que o designou insistir em mantê-lo. Neste último caso, o

próprio tribunal arbitral será chamado a decidir sobre a recusa, com a participação do árbitro visado.

Proferida decisão pelo tribunal arbitral, a parte que deduziu o incidente pode, novamente no prazo de quinze dias após ter sido notificada da decisão, recorrer ao tribunal estadual competente (art. 14.º, n.º 3 e 59.º, n.º 1, alínea *b*) da LAV) para que aprecie a questão, decidindo este sem possibilidade de recurso.

O pedido ao tribunal estadual competente não tem efeitos suspensivos, podendo, mas não estando a isso obrigado, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro visado, na pendência desse pedido, fazer prosseguir o processo e até mesmo proferir sentença.

Crê-se que a solução da lei não se afigura a mais adequada, devendo ser *de iure condendo* objecto de revisão.

Com efeito, ser o próprio tribunal arbitral, incluindo o próprio árbitro visado, a decidir em primeira instância sobre a recusa coloca-o numa situação delicada e desconfortável, obrigando os outros membros a julgar o seu próprio par e este a intervir numa decisão que a si diz respeito. Pode mesmo falar-se de algum conflito de deveres. A este propósito, Menezes Cordeiro fala também num dever de solidariedade, afirmando: “[*n*]ão havendo renúncia, nem destituição, cabe ao próprio tribunal arbitral, com a participação do visado, decidir. Nessa eventualidade, recomendaríamos ao árbitro não-recusado que apoie o seu colega ou que se abstenha: há uma lógica de solidariedade que se impõe em todas as instituições. O árbitro é designado para decidir um litígio e não para julgar colegas”⁽³⁴⁾. Claro que a solidariedade não pode sobrelevar relativamente ao mérito do incidente, mas esta citação evidencia o dilema com que, frequentemente, os árbitros têm de lidar a este propósito.

É precisamente por isto que a solução da LAV não é a solução acolhida nas arbitragens institucionalizadas, o que configura outra vantagem deste tipo de arbitragem. Por exemplo, nas arbitragens CCI, compete à Corte decidir (art. 14.º, n.º 3 do respectivo Regulamento) e, nas arbitragens no CAC, ao Presidente do Centro (art. 11.º, n.º 3 do respectivo Regulamento de 2021).

Uma vez recusado o árbitro, o art. 16.º da LAV prevê regras para a respectiva substituição, podendo as partes acordar nessas regras ou prescindir da substituição. Como é fácil antever, esta situação será tanto mais inconveniente quanto mais avançado se encontrar o processo, que no

⁽³⁴⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, cit.*, p. 168.

limite pode ter já sentença proferida (como resulta da autorização expressa do art. 14.º, n.º 3 da LAV), casos em que o prosseguimento do processo apenas com os dois árbitros, prescindindo as partes da substituição do árbitro recusado se poderá afigurar a situação preferível na prática.

Feita a substituição do árbitro, o tribunal arbitral decide sobre se algum acto praticado deve ser repetido, tendo em conta o estado do processo. Ao atribuir poderes ao tribunal arbitral (e não ao árbitro substituto) para definir quais os actos processuais que podem ser aproveitados a nossa lei foi no sentido da prática internacional e da regulamentação do direito comparado. A decisão do tribunal nesta matéria terá de respeitar os princípios imperativos do processo arbitral, sendo, por isso, vinculados os poderes do órgão jurisdicional.

3.4. O eventual dever de indemnizar do recusado

Uma questão que se pode suscitar no âmbito do incidente de recusa de árbitro prende-se com a eventual responsabilidade civil do árbitro recusado. Trata-se de uma matéria já referida por Miguel Galvão Teles⁽³⁵⁾, mas que não vimos desenvolvida na Doutrina nem aplicada na Jurisprudência.

A questão poderá enunciar-se nestes termos: — o árbitro que tenha sido recusado pelo tribunal arbitral, ou pelo tribunal judicial, por ter omitido circunstâncias que punham em causa a sua imparcialidade ou independência pode adicionalmente estar adstrito a um dever de indemnizar as partes?

A este respeito, importa notar que a LAV prevê expressamente situações de responsabilidade civil do árbitro perante as partes, a saber: (i) o árbitro que, tendo aceite o encargo, se escusar injustificadamente ao exercício da sua função responde pelos danos a que der causa (art. 12.º, n.º 3); (ii) se um árbitro, por qualquer outra razão, não se desincumbir, em tempo razoável, das funções que lhe foram cometidas, as partes podem, de comum acordo, fazê-las cessar, sem prejuízo da eventual responsabilidade do árbitro em causa (art. 15.º, n.º 2); (iii) os árbitros que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado respondem pelos danos causados (art. 43.º, n.º 4).

(35) GALVÃO TELES, MIGUEL, *A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional*, cit.

Estas previsões legais acentuam, na nossa perspectiva, e independentemente da qualificação que se faça do vínculo existente entre os árbitros e as partes, o lado contratual dessa relação.

Embora não esteja expressamente prevista a possibilidade de o árbitro recusado ser civilmente responsabilizado, designadamente por omissão culposa do dever de revelação, ao contrário do que sucede com as previsões legais expressas referidas, cremos que tal possibilidade decorre das regras e princípios gerais e verificar-se-á se reunidos os respectivos pressupostos da responsabilidade civil: facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade.

Não bastará, naturalmente qualquer lapso, ou omissão sem gravidade, teremos de ter uma omissão dolosa, ou grosseiramente negligente, objectivamente ilícita e apta a gerar um dano.

Como vimos, já Miguel Galvão Teles⁽³⁶⁾ sustentava, na vigência da anterior LAV, que não consagrava expressamente o dever de revelação, que “[e]ntre nós, a LAV refere dois casos de responsabilidade dos árbitros, nenhum deles referente ao conteúdo de decisões: o de o árbitro «se escusar injustificadamente ao exercício da sua função» depois de aceite o encargo (art. 9.º, n.º 3) e o de «injustificadamente obstar [...] a que a decisão seja proferida no prazo fixado». Haverá, pelo menos, um outro caso possível de responsabilidade, sem conexão, pelo menos directa, com o conteúdo da decisão: o de o árbitro ocultar ou não revelar facto susceptível de pôr em causa a sua independência ou imparcialidade”.

Mas admitindo-se o princípio da possibilidade de responsabilização do árbitro, coloca-se, ainda, a questão relativa à natureza da responsabilidade civil em causa e conseqüente regime, mormente em relação à aplicabilidade ou não da presunção de culpa prevista no art. 799.º do Código Civil.

A adoptar uma perspectiva contratualista da relação entre o árbitro e as partes, como nos parece ser o caso, tal presunção deverá ter-se por aplicável, o que implica um ónus acrescido para o árbitro.

Não se conhece nenhum caso na nossa jurisdição em que tenha sido demandado um árbitro com os fundamentos referidos. Naturalmente, esta é uma situação que requer cautela. Até pelo efeito inibidor que pode exercer sobre os potenciais árbitros com efeitos muito negativos para a arbitra-

(36) GALVÃO TELES, MIGUEL, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, *cit.*, p. 274. No mesmo sentido, MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE, *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro — Considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária*, p. 1282.

gem. Mas será algo a ter em conta no momento de aceitar o encargo pelo árbitro designado. E isto numa dupla vertente: *(i)* na da independência e imparcialidade e *(ii)* na das qualificações para exercer a função. E pode suscitar a questão de no limite constituir uma potencial ameaça e poder condicionar a independência e o princípio da irresponsabilidade do árbitro.

Daí que a questão só deva ser ponderada em casos muito limitados e em que seja clara a violação culposa do árbitro dos deveres que se lhe impõem.

3.5. O eventual dever de indemnizar da parte recusante

Mas colocada a questão da possível responsabilidade do árbitro que incumpre gravosamente os seus deveres, é natural que se coloque a hipótese inversa: — não poderá o árbitro visado por um pedido de recusa infundado ou abusivo responsabilizar a parte que suscitou a recusa? É que dessa conduta podem advir seriíssimos e graves prejuízos pessoais e profissionais.

Também aqui a resposta se afigurará, à partida, positiva, se, obviamente, estiverem verificados os pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito.

Cremos que, inclusivamente, poderão ser configuradas situações em que seja colocado em causa directa ou indirectamente o próprio tribunal arbitral. E nesta circunstância, serem os membros do próprio tribunal quem tem legitimidade para agir.

A ilicitude consubstanciar-se-ia na lesão da honra e bom nome pessoal e profissional do visado, ou visados, ou noutras circunstâncias geradoras de danos.

A questão da responsabilização da parte recusante, até pela frequência com que ocorre e por alguma ligeireza com que, por vezes, é suscitada merece reflexão e eventualmente medidas. Trata-se de matéria que exige um maior aprofundamento que aqui não é possível fazermos.

Numa nota final, diga-se que somos também sensíveis ao facto de ser totalmente indesejável que uma arbitragem desemboque num conjunto de litígios envolvendo partes e árbitros. Seria algo incompreensível e não querido pela arbitragem, nem pelo legislador, com elevadíssimos custos em termos de prestígio e reputação.

Haverá, pois, que compatibilizar a questão dos deveres dos árbitros (e das partes) com outros princípios como o fundamental princípio da

irresponsabilidade dos árbitros como garante supremo da dignidade da função jurisdicional que exercem.

3.6. Os honorários do árbitro recusado

Por último, e no itinerário que definimos para este breve estudo, importa saber o que acontece aos honorários do árbitro recusado: — tem direito a honorários? Deve devolver o que já houver recebido? E se sim em que medida?

Creemos que a questão fundamental está na fase processual em que se verificar a recusa. Se, como será muitas vezes o caso, ela for num estágio inicial, idealmente após o momento da aceitação, nada haverá a pagar. Mas se estivermos numa fase processual mais avançada, porventura já perto da decisão final, *quid?*

E, ainda, se, na sequência da recusa houver que repetir actos processuais, e como tal existir um acréscimo do trabalho para os restantes membros do tribunal arbitral, têm estes direitos a uma compensação por essa suplementar actividade processual?

E se sim quem deve suportá-la?

A este propósito, Menezes Cordeiro pronuncia-se no sentido de que os árbitros “[t]êm o direito de ser pagos pelo trabalho e pelas responsabilidades adicionais. Além disso, cabem despesas administrativas”⁽³⁷⁾.

A LAV, e mesmo os regulamentos das instituições de arbitragem, nada dizem⁽³⁸⁾. Daí que caiba à Doutrina e a Jurisprudência ir segregando regras que possam ser justas e adequadas.

Isto significa que a questão terá de ser apreciada caso a caso. Talvez com um critério: o da utilidade da actividade desenvolvida pelo árbitro recusado.

Se, não obstante a recusa, o árbitro desenvolveu ou participou no processo em actos que são válidos e contribuem para o normal decurso do processo, deverá auferir uma remuneração proporcional. Se não for assim não a deverá perceber, e se já a recebeu deverá proceder à competente devolução.

⁽³⁷⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado da Arbitragem — Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro, cit.*, p. 168.

⁽³⁸⁾ Embora os regulamentos de arbitragem admitam a majoração de honorários, a qual pode resolver o problema, atribuindo-se essa majoração apenas ao árbitro substituto, sem que o substituído tenha que devolver qualquer valor.

Quanto aos demais, se a recusa vier a implicar maior trabalho e complexidade, repetição de actos, *maxime*, da audiência final, parece evidente que deverão ter uma compensação nos honorários. E essa compensação terá inevitavelmente de ser paga pelas partes. A existência de incidentes é um risco inerente ao processo, pelo que nos parece natural que as partes tenham de suportar esse encargo adicional. Não seria diferente se um árbitro falecesse, ou se inutilizasse.

O pagamento dos honorários apenas no final do processo, como acontece em regra nas arbitragens institucionalizadas, pode ajudar na gestão deste assunto, designadamente evitando a necessidade de devoluções.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão poderemos dizer que o princípio da imparcialidade e independência dos árbitros está de há muito enraizado na nossa ordem jurídica, em particular no Direito da Arbitragem.

A nova LAV, fiel a essa tendência, reforçou o princípio, e através de uma regulação mais desenvolvida, consagrou especialmente o incidente de recusa de árbitro.

O art. 13.º da LAV vem merecendo a atenção da Doutrina e da Jurisprudência que através de numerosas intervenções têm contribuído para a sua densificação. Designadamente através da aceitação, ainda que mitigada, das *Guidelines* da IBA.

O dever de revelação constitui peça essencial para a sindicância da independência e imparcialidade dos árbitros. O seu conteúdo, limites e excessos captam o interesse e a atenção da Doutrina nacional.

O quadro legal actualmente em vigor na arbitragem clarifica a natureza contratual da relação jurídica estabelecida com os árbitros, acentuando os deveres daí emergentes no seu sancionamento. Ser e manter-se imparcial e independente é o primeiro dever do árbitro e a violação desse dever pode, no limite, ser geradora da obrigação de indemnização das partes pelos prejuízos causados. Esta conclusão, contudo, pressupõe a verificação rigorosa e adequada dos pressupostos da responsabilidade civil. Da mesma sorte, um pedido de recusa de árbitro totalmente injustificado e abusivo deve ser sancionado.

Trata-se de questões que carecem do necessário aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, havendo sempre que ter em conta a preva-

lência do princípio da irresponsabilidade do árbitro (art. 9.º, n.º 4 da LAV), pedra de toque do exercício da função jurisdicional.

E a necessidade de preservar querelas entre árbitros e as partes evitando o desprestígio que daí resultaria para a jurisdição arbitral.

Mas a consagração do instituto da recusa de árbitro, ainda que se reconheça um certo abuso na sua utilização, tem contribuído de forma importante para a evolução e compreensão da Arbitragem, nomeadamente para uma nova visão sobre o papel dos árbitros, e o alinhamento do nosso direito e prática arbitral pelo das jurisdições mais avançadas.

Abril 2021

OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES NA CRISE PROVOCADA PELOS EFEITOS DA PANDEMIA COVID-19 E A SUSPENSÃO DO DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA

Pela Prof. Doutora Maria de Fátima Ribeiro()*

SUMÁRIO:

1. O dever de apresentação à insolvência e a sua suspensão. 2. A suspensão do dever de apresentação à insolvência e os deveres dos administradores quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade. 3. A suspensão do dever de apresentação à insolvência quando a empresa apresente perspectivas de viabilidade. 4. O artigo 7.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei n.º 75/2020 e as dificuldades na determinação dos requisitos necessários para o recurso a um PEVE.

A pandemia COVID-19 levou a sucessivas declarações de estado de emergência e à adopção de medidas que passaram, nomeadamente, pelo encerramento ou limitação dos períodos de funcionamento de empresas que operam nos mais diversos sectores, o que espoletou uma crise económica sem precedentes, atendendo sobretudo ao facto de ainda não ser possível prever quando serão definitivamente abandonadas essas restrições, nem tampouco o seu impacto real.

Estas dificuldades constituem um desafio acrescido aos órgãos de administração das sociedades comerciais em crise; e, por outro lado, reclamam uma intervenção legislativa atempada e equilibrada, com o fim de proporcionar aos seus membros um quadro legal que lhes permita, com

(*) Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

segurança, tomar as decisões mais compatíveis com o respeito pelo dever de cuidado que sempre as deve enformar — e que se revela de uma particular intensidade em tais situações.

Uma das medidas adoptadas em Portugal (a primeira e, durante um longo período, única entre nós) consiste em afastar, na medida do possível, a responsabilidade dos administradores daquelas empresas que vejam a sua viabilidade comprometida em consequência da crise gerada pela pandemia: pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, foi suspenso o dever de apresentação à insolvência⁽¹⁾. Cerca de nove meses depois, pela Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, foi também estabelecida a possibilidade de uma empresa em situação de insolvência actual recorrer a um RERE⁽²⁾ ou a um PEVE (processo excepcional especificamente criado para as empresas que se encontrem nesta situação)⁽³⁾.

Pois bem, cabe então esclarecer se uma empresa em situação de insolvência actual causada pela pandemia nunca está sujeita à obrigação de apre-

(1) Precisamente, na alínea *a*) do n.º 6 do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março (com a alteração que lhe foi introduzida pela referida Lei n.º 4-A/2020) foi determinada a suspensão do prazo de apresentação do devedor à insolvência, aplicável com efeitos retroactivos desde 9 de Março de 2020, por força do disposto no n.º 2 do art. 6.º da mesma. Entretanto, com as alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 16/2020, de 29 de Maio, a suspensão passou a constar da alínea *a*) do n.º 6 do art. 6.º-A da Lei n.º 1-A/2020. Actualmente, por força das alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de Fevereiro, consta da alínea *a*) do n.º 6 do seu art. 6.º-B. Note-se que, tratando-se de uma suspensão, a cessação da vigência de norma que a preveja fará, em princípio continuar a contagem do prazo, se a mesma já se tivesse iniciado antes de 9 de Março de 2020. Todavia, esta solução pode conduzir a resultados problemáticos (cf. a análise de GEORG BITTER, “Weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG, aber nur für die Überschuldung”, in *GmbHRR*, 19/2020, R292-R294, p. R293, para questão semelhante que se coloca à luz da suspensão do dever de apresentação à insolvência no ordenamento jurídico alemão). Noutros países, o leque de medidas adoptadas nesta fase foi bastante mais vasto: desde a não legitimação dos credores para requerer a declaração de insolvência (vejam-se os exemplos alemão, italiano e espanhol), à suspensão da aplicação da regra “recapitalizar ou liquidar”, vigente em determinados países (como Espanha e Itália), ou ao afastamento da regra de subordinação dos suprimentos (foi o caso, nomeadamente, da legislação italiana). Cf. a análise de CATARINA SERRA, “Covid-19 (II)/ Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, insolvência e reestruturação de empresas”, in *Observatório Alameda*, Abril de 2020, disponível in <<https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/09/covid-19-ii-lei-n-o-4-a-2020-de-6-de-abril-insolvencia-e-reestruturacao-de-empresas/>>, STEPHAN MADAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, 318-352, p. 324, ss., e de LUCA ENRIQUES, “Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis”, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, 257-273, p. 258, ss., autor que conclui, *ibidem*, a p. 268, ss., que os países que estão a conseguir debelar melhor os efeitos da crise pandémica são aqueles que actuaram “rapidamente, vigorosamente e sistematicamente” — o que não foi, de modo algum, o caso de Portugal.

(2) Cf. o art. 5.º do referido diploma.

(3) Cf. os arts. 6.º a 15.º do referido diploma.

sentação à insolvência — ou se, ao invés, se pode identificar um leque de situações nas quais essa obrigação subsista, com todas as consequências que resultam do seu incumprimento. E ainda cumprirá apurar se impende sobre a empresa em crise devido aos efeitos da pandemia Covid-19, quando não se tenha (ainda) apresentado à insolvência, o dever de recorrer a um dos meios de recuperação disponíveis.

1. O dever de apresentação à insolvência e a sua suspensão

No art. 18.º do CIRE determina-se que um devedor empresa está obrigado a requerer a declaração da sua insolvência nos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação descrita no n.º 1 do art. 3.º, ou seja, do conhecimento de que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas e, portanto, em situação de insolvência actual. Mas ainda se esclarece que não releva o desconhecimento culposo: aquele prazo começa a correr, ainda que o devedor não saiba que se encontra nessa situação, a partir do momento em que ele devesse conhecê-la — presumindo-se inilidivelmente o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do art. 20.º, que são as seguintes: tributárias; de contribuições e quotizações para a segurança social; dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato; e rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência. Depois, no art. 19.º do CIRE esclarece-se que, nomeadamente no caso das sociedades comerciais, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores.

Importa, então, analisar desde logo a *ratio* da consagração legal deste dever e as consequências da sua violação⁽⁴⁾. A fixação de um prazo no qual uma empresa devedora deve apresentar-se à insolvência deriva da

⁽⁴⁾ Sobre o tema, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, Vol. 14, 2015, p. 70, ss.

presunção de que, a partir do momento em que uma empresa se encontra impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas, a sua situação financeira só pode deteriorar-se, com reflexos bastante negativos para o mercado (o conjunto dos seus actuais e futuros credores). É certo que na exploração de uma empresa se procura gerir a aversão do empresário ao risco, razão pela qual ele recorre a tipos societários que lhe proporcionem a irresponsabilidade pelas obrigações da empresa societária (o chamado benefício da responsabilidade limitada), com a consequência de que a continuação da exploração da empresa nas circunstâncias descritas, agravando-se as perdas, será exclusivamente suportada pelos credores (e não já pelos seus sócios ou administradores). Por outro lado, também é certo que os administradores se sentem normalmente compelidos a prolongar a exploração deficitária, tentando a todo o custo evitar um processo de insolvência e, até, celebrando negócios anormalmente arriscados numa tentativa de o evitar⁽⁵⁾. Por estas razões, entre outras, determina-se que impende sobre eles, que são aqueles que têm o dever de conhecer a todo o tempo a situação económico-financieira da empresa, a obrigação de apresentação da mesma à insolvência — e num prazo (anormalmente) curto.

Tendo em conta o que fica exposto, facilmente se conclui então que a norma que consagra este dever é uma norma de protecção dos credores sociais e que, portanto, a sua violação é geradora de responsabilidade, nos termos gerais do Direito. Porém, o legislador concursal consagrou expressamente, desde 2012⁽⁶⁾, uma forma específica de responsabilidade dos administradores neste contexto, que passaremos a analisar — não sem antes acrescentar que esta não é a única consequência legalmente prevista para essa actuação dos administradores, como se exporá.

O facto de os administradores de uma sociedade comercial não terem cumprido o dever de apresentação à insolvência, nos termos em que ele vem estabelecido no já referido art. 18.º do CIRE (no prazo de 30 dias a contar da data em que souberam ou deveriam ter sabido que a empresa estava em situação de insolvência actual, por se encontrar impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas), leva à presunção de existência de

(5) Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *O Direito*, 142.º, 2010, I, 81-128, p. 84, ss., e “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, 391-413, p. 394, ss.

(6) E na sequência do que já se defendia na doutrina. Cf., entre outros estudos, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *cit.*, p. 120, ss.; e *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 476, ss.

culpa grave nesta sua actuação, nos termos do disposto no art. 186.º, n.º 3, alínea *a*) do CIRE.

Isto significa que a insolvência pode vir a ser qualificada como culposa (e não fortuita; cf. o art. 185.º do CIRE). Existe divergência doutrinal e jurisprudencial quanto ao alcance desta presunção. O que é certo é que se trata de presunção ilidível — pode vir a ser afastada através da prova realizada pelos administradores afectados. Mas enquanto alguns autores (acompanhados por parte das decisões dos nossos tribunais superiores) defendem que a presunção tem o alcance que a letra da lei lhe dá, presumindo-se tão-só a culpa grave, outros, por seu lado, defendem (e em algumas das decisões dos nossos tribunais superiores decide-se) que esta é uma presunção de insolvência culposa⁽⁷⁾.

Passamos a explicar o alcance desta divergência. Para que a insolvência seja qualificada como culposa é necessário que a situação tenha sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (cf. o n.º 1 do art. 186.º do CIRE). Deste modo, considerando-se que se presume na norma estritamente a culpa grave, para que uma insolvência venha a ser considerada culposa por força do incumprimento (ou cumprimento tardio) do dever de apresentação à insolvência será ainda mister que fique provado que essa actuação dos administradores criou ou agravou a situação de insolvência, pois esse nexo de causalção é um dos requisitos necessários para aquela qualificação.

Se porventura se entender que se trata, no n.º 3 do art. 186.º, de presunções ilidíveis de insolvência culposa (e que a única diferença entre as pre-

(7) Na doutrina, defendem tratar-se de uma mera presunção ilidível de culpa grave, entre outros, ADELAIDE LEITÃO, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2013, pág. 275; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 422, ss.; mas defendem que se trata de uma presunção ilidível de insolvência culposa, nomeadamente, CATARINA SERRA, ““Decoctor ergo fraudator?” — a insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, Janeiro/Março 2008, p. 169. Na jurisprudência, veja-se nomeadamente o acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019 (MARIA OLINDA GARCIA), no qual se decidiu que a não demonstração da existência de nexo de causalidade entre a falta de cumprimento atempado do dever de requerer a declaração de insolvência e a criação ou agravamento dessa situação impede a qualificação da insolvência como culposa com fundamento na alínea *a*) do n.º 3 do art. 186.º do CIRE: e, em sentido divergente, o acórdão do mesmo STJ, de 23 de Outubro de 2018 (CATARINA SERRA), no qual se decidiu que, por força do disposto no art. 186.º, n.º 3, alínea *a*), do CIRE, o incumprimento do dever de apresentação à insolvência dá origem a uma presunção (relativa ou *juris tantum*) de insolvência culposa, que abrange a culpa grave e o nexo de causalidade.

sunções constantes no n.º 2, que estabelece presunções inilidíveis de insolvência culposa, e as do n.º 3 é o facto de as primeiras não poderem ser afastadas mediante prova em contrário, ao invés do que acontece com as segundas), então o juiz deverá qualificar sempre necessariamente a insolvência como culposa se tiver havido incumprimento do dever de apresentação à insolvência e não tiver sido afastada a presunção de que houve culpa grave e/ou causação ou agravamento da insolvência quer essa actuação tenha concretamente causado ou agravado a insolvência da sociedade quer não.

Em nosso entender, esta última não é a melhor interpretação, desde logo porque, além de contrariar frontalmente a letra da lei, não faria sentido associar a um comportamento que poderá ter sido inócuo para o mercado (os credores) consequências como aquelas previstas no art. 189.º⁽⁸⁾ — e no labor de fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tal como se impõe no n.º 3 do art. 9.º do Código Civil. Pelo que deverá prevalecer o entendimento de que as presunções do art. 186.º, n.º 3, do CIRE são estritamente presunções ilidíveis de mera culpa dos administradores, de direito e de facto, tornando-se ainda necessária, para que a insolvência possa ser qualificada como culposa, a prova de que a situação de insolvência foi criada ou agravada em consequência dessa actuação, como se exige no n.º 1 do mesmo artigo.

Cabe agora analisar as consequências que decorrem da qualificação de uma insolvência como culposa. Elas estão enumeradas no art. 189.º, n.º 2, do CIRE, nos termos do qual o juiz deve: identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, contabilistas certificados e revisores oficiais de contas, afectadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa; decretar a inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos; declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa; determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos; e condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos

⁽⁸⁾ Mesmo tendo em conta que os afectados poderão vir ilidir a presunção que se considere existir.

não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados.

Como facilmente se percebe, trata-se de consequências de significativo impacto na vida, pessoal e profissional, das pessoas afectadas, com particular destaque para a última: tendo sido a insolvência qualificada como culposa, os administradores (e, eventualmente, outras pessoas) afectados por essa qualificação serão condenados a indemnizar todos os credores do devedor (v.g., da sociedade) declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos — ou seja, no montante correspondente à parte do passivo que a massa insolvente, depois da liquidação, não consiga satisfazer⁽⁹⁾. Acrescenta-se ainda que o limite dessa obrigação é “as forças dos

(9) Também neste ponto existe divergência doutrinária e se identificam orientações distintas nas decisões dos nossos tribunais superiores. Se, por um lado, se defende a interpretação declarativa desta norma, entendendo-se que o tribunal deve sempre, uma vez qualificada a insolvência como culposa, condenar os afectados a indemnizar os credores na totalidade do passivo que a massa insolvente não se mostra capaz de satisfazer (cf., embora com justificações distintas, RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, in *III Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, 151–173, p. 165; J. M. COUTINHO DE ABREU, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interações”, in *IV Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, 181–202, p. 192; ALEXANDRE DE SOUZA MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 332, ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, in *V Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2019, 135–167, p. 149, ss.), por outro lado existem propostas de interpretação restritiva da norma neste ponto, no sentido de se reduzir o montante da indemnização ao grau de culpa dos afectados, ou de se fazer esse montante corresponder ao dano que terá sido causado pela actuação dos administradores que levou à qualificação da insolvência como culposa (sobretudo, partindo da aparente contradição entre o disposto na norma em análise e o teor do n.º 4 do mesmo art. 189.º, na medida em que aqui se determina que, ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença), sobretudo nos casos em que essa qualificação resulta precisamente da atraso na apresentação da sociedade à insolvência (cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores: entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 216, ss., invocando a violação do princípio constitucional da proporcionalidade e a falta de conexão de ilicitude adequada entre uma conduta que apenas agrave a insolvência e uma indemnização no montante de todos os créditos não satisfeitos; cf., ainda, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 161, ss., que parece aderir à tese exposta no acórdão do TRC, de 20 de Maio, no qual se propõe uma leitura da norma em análise com o sentido de ela estabelecer uma dupla presunção, ilidível por todas ou algumas das pessoas afectadas, de que estas causaram danos aos credores e que esse dano corresponde ao montante dos créditos não satisfeitos — ilidida desta forma alguma destas presunções, o sentido do n.º 4 do art. 189.º seria o de permitir ao juiz, em consequência, fixar as indemnizações devidas por cada um dos afectados atendendo ao nexo de causalidade entre a sua actuação e o dano sofrido pelos credores). As decisões dos tribunais superiores adoptam tendencialmente a segunda posição referida, fixando ou admitindo a fixação do valor da indemnização em montante inferior ao que resultaria da interpretação declarativa da norma em análise (cf., por todos, os acórdãos do TRC, de 16 de Dezembro de 2015 (MARIA DOMINGAS SIMÕES) e do TRP, de 27 de Outubro

respectivos patrimónios” e que a responsabilidade é solidária entre todos os afectados (pelo que aquele montante pode ser globalmente exigido a qualquer um dos afectados, independentemente do respectivo grau de culpa, cabendo-lhe depois, em via de regresso, demandar os restantes afectados quanto ao montante correspondente ao grau de culpa de cada um)⁽¹⁰⁾.

Depois de resumidamente exposto o essencial deste regime, facilmente se compreenderá então o especial cuidado que deve enformar a actuação de um administrador quando a empresa societária se encontre em situação de crise — a falta de tempestividade da sua reacção, se ela for devida, pode implicar consequências que se revestem de significativa gravidade.

Esta foi a razão pela qual, como *supra* se expôs, a primeira (e durante demasiado tempo, a única) medida legislativa em matéria estritamente concursal em tempos de pandemia foi a suspensão do dever de apresenta-

de 2020 (VIEIRA E CUNHA), disponíveis in <www.dgsi.pt>). Curiosamente, no ordenamento jurídico francês o legislador sentiu a necessidade de modificar os requisitos para a condenação dos administradores na “responsabilidade por insuficiência do activo” na liquidação da sociedade: pela *loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016* modificou-se o art. L. 651-2 do *code de commerce*, determinando-se assim que não basta uma actuação com “simples negligência” para a responsabilização dos administradores por insuficiência do activo da sociedade, alteração com impacto particularmente relevante quando o que está em causa é o atraso na declaração de cessação de pagamentos — embora a determinação do que possa, neste contexto, extravasar a “simples negligência” tenha vindo a colocar sérias dificuldades aos tribunais [cf. a análise de MAUD LAROCHE, “Le retard à déclarer la cessation des paiements n’est pas une simple négligence. Note sous Cour de cassation, com, 5 février 2020, n.º 18-15.072 (F-D)”, in *Revue des Sociétés*, n.º 7-8, Juillet-Août 2020, 431-434, p. 432, ss.]

⁽¹⁰⁾ O legislador português ter-se-á inspirado essencialmente nas normas que, no ordenamento espanhol, regulam esta matéria — embora afastando-se deste exemplo, em alguns aspectos, e também não acompanhando as sucessivas alterações de que foi objecto o art. 172 *bis* da *Ley Concursal*. Sobre o tema, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, *cit.*, p. 71, ss. Entretanto, com a entrada em vigor do *Texto Refundido de Ley Concursal*, a matéria está regulada no art. 456 (e, também, 461) deste diploma, com modificações relativamente ao regime anterior que procuraremos agora sintetizar. Desde logo, na reabertura do incidente de qualificação da insolvência por incumprimento de plano de insolvência, precisa-se que a condenação na cobertura do passivo pode ser “total ou parcial”. Depois, especifica-se no n.º 1 do art. 456 que o juiz pode condenar “com ou sem solidariedade” as pessoas afectadas, na cobertura total ou parcial do passivo (*déficit*). Finalmente, introduz-se um conceito de *déficit* no novo n.º 2 do art. 456 (“Se considera que existe *déficit* cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”), distinto do conceito de *déficit* resultante da liquidação. Estas últimas alterações gerarão, previsivelmente, debate doutrinal e jurisprudencial, nas palavras de ALBERTO ALONSO UREBA, com a “consequente insegurança jurídica”, dada a acrescida dificuldade em dotar este regime (lá como cá...) de “coerência e unidade”. Cf. ALBERTO ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLCConc”, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2021, n.º 34, 21-58, p. 23.

ção à insolvência: desse modo, os administradores não estarão sujeitos à eventualidade destas consequências enquanto a norma estiver em vigor, mesmo que a empresa se encontre em situação de insolvência actual (desde que essa situação não existisse já antes da sua entrada em vigor — a norma veio apenas suspender um prazo que estivesse em curso).

Mas entre o dia da entrada em vigor dessa lei e o final de Novembro, ou seja, durante mais de oito meses, a situação dos administradores de empresas era insustentável: se por um lado não estavam obrigados a apresentar a empresa à insolvência, por outro estavam impedidos de recorrer a um qualquer meio de recuperação extrajudicial, uma vez que a legislação vigente exigia para o efeito, como se expôs, que a empresa se encontrasse em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, afastando a sua aplicação numa situação de insolvência actual. Acresce ao exposto que o legislador português, quando suspendeu aquele prazo, não cuidou de, simultaneamente, afastar a possibilidade de qualquer credor poder requerer a declaração de insolvência da empresa, como aconteceu em ordenamentos jurídicos muito próximos do nosso.

Então, os administradores não estavam obrigados a apresentar a empresa à insolvência e estavam impedidos de recorrer a um qualquer meio de recuperação extrajudicial — mas continuavam sujeitos a que a empresa fosse declarada insolvente a requerimento de qualquer credor.

É que o facto de um devedor não se apresentar à insolvência não impede a declaração da sua insolvência — existem outros legitimados, (nomeadamente qualquer um dos seus credores, qualquer que seja a natureza do crédito), para o requerer, verificando-se algum dos factos enumerados no n.º 1 do art. 20.º do CIRE: suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas; falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal actividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo; dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruínosa de bens e constituição fictícia de créditos; insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor; incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 218.º; incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias, de contribuições e quotizações para a segurança social, de divi-

das emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, de rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência; manifesta superioridade do passivo sobre o activo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

Mais: o facto de um devedor se encontrar em situação de insolvência (ou seja, sem que tenha — ainda — existido a declaração judicial da sua insolvência) importa a perda do benefício do prazo relativamente às obrigações cujo prazo tenha sido estabelecido a seu favor⁽¹¹⁾, pelo que os respectivos credores passam a poder exigir imediatamente o cumprimento dessas obrigações, nos termos do disposto no art. 780.º, n.º 1, do Código Civil⁽¹²⁾. Pois bem, se os credores, apercebendo-se da insolvência actual do devedor, lançarem mão desta possibilidade de lhe exigirem antecipadamente o cumprimento das respectivas obrigações isso irá, seguramente, agravar a sua insolvência e pôr em causa a viabilidade de uma sua recuperação.

Ora, entre nós (e ao contrário do que aconteceu noutros ordenamentos jurídicos, como se viu *supra*) não se suspendeu a possibilidade de um credor requerer a declaração de insolvência de uma empresa que, comprovadamente, se encontre em situação de insolvência actual devido à pandemia Covid-19. A isto acresce que a suspensão do dever de apresentação à insolvência não afasta a qualificação da insolvência como culposa sempre que se verifique o disposto no n.º 1 do art. 186.º do CIRE ou em qualquer das alíneas do n.º 2 do seu art. 186.º (que, agora sim, estabelece presunções inilidíveis de insolvência culposa)⁽¹³⁾, com particular destaque para o dis-

⁽¹¹⁾ No Código Civil não se admitiu, ao contrário do que se previa na redacção do art. 741.º do Código Civil de 1867, que a mesma solução contemplasse as situações de “justo receio de insolvência” do devedor. Cf. a proposta de VAZ SERRA, “Tempo da prestação. Denúncia”, in *BMJ*, n.º 50, 1955, 49-211, p. 128.

⁽¹²⁾ Note-se que a perda do benefício do prazo não corresponde ao vencimento imediato da obrigação, com a consequente constituição em mora do devedor — o credor pode exigir antecipadamente o cumprimento, devendo para o efeito interpelar o devedor para cumprir imediatamente.

⁽¹³⁾ Nos termos deste preceito, considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham: destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor; criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas; comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em

posto na alínea g): se os administradores, de direito e de facto, prosseguiram, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência — ou seja, quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade, requisito necessário para que ela possa recorrer a um RERE ou a um PEVE, mesmo quando se encontra em situação de insolvência actual.

2. A suspensão do dever de apresentação à insolvência e os deveres dos administradores quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade

Uma interpretação possível da norma que suspende o dever de apresentação à insolvência é a de considerar que qualquer devedor em situação de insolvência actual, tenha ou não recorrido a um meio pré-concursal de recuperação, não está entretanto obrigado a apresentar-se à insolvência, mesmo que essa situação não decorra dos efeitos da pandemia Covid-19. Consequentemente, este devedor não ficará sujeito às consequências do incumprimento do dever de apresentação à insolvência, nomeadamente em termos de responsabilidade, mesmo que a situação de insolvência se tenha agravado com o decurso do tempo.

Este entendimento, se oferece a vantagem de trazer aparentemente segurança jurídica a todos aqueles que em regra estão sujeitos ao dever de apresentação à insolvência, ou seja, os administradores das empresas, não importa necessariamente para estes a definição de linhas claras pelas quais devem orientar as suas decisões na crise presente, como se verá; para mais, não existem dúvidas de que, quando deixar de estar suspenso este dever,

pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação; disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros; exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa; feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto; prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência; incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor; incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do art. 188.º.

serão apresentadas à insolvência empresas em situação bastante mais deficitária do que o teriam sido sem a existência desta intervenção legislativa, com grave prejuízo para os credores e, claro, o mercado.

Analisemos a hipótese de uma empresa, apesar de se encontrar em situação de insolvência exclusivamente em virtude dos efeitos da pandemia, não apresentar já qualquer possibilidade de viabilização. Essa empresa não poderá recorrer a um PEVE, nem a qualquer outro meio de recuperação (pois mesmo o recurso extraordinário a um RERE em situação de insolvência actual, previsto no art. 5.º da Lei n.º 75/2020, apenas é possível se a empresa ainda for “susceptível de viabilização”. Imaginemos que, nesta situação, os seus administradores decidem prosseguir a exploração da empresa, continuando a contrair dívidas e a recorrer a crédito, apesar de saberem de antemão que não existirá a possibilidade de a empresa cumprir estas obrigações. Pense-se, também, que esta situação acaba por ser potenciada pelo facto de, entretanto, a empresa ir beneficiando de um conjunto de moratórias de crédito, concedidas com o único fim de assegurar o reforço da sua tesouraria e liquidez, atenuando os efeitos da redução da sua actividade económica — e não de lhe proporcionar um meio de adiar a declaração da sua insolvência, quando não exista qualquer possibilidade séria e razoável de recuperação. Trata-se de casos em que o défice vai sendo conscientemente agravado, em consequência da inércia aparentemente permitida pela norma que suspende o dever de apresentação à insolvência⁽¹⁴⁾.

Neste caso, não pode qualificar-se a insolvência como culposa através do funcionamento da presunção estabelecida na alínea *a*) no n.º 3 do art. 186.º do CIRE (presunção de culpa grave quando o devedor não tenha cumprido o dever de apresentação à insolvência nos termos do disposto no art. 18.º). Mas não nos parece que deva ficar afastada, em virtude da suspensão do dever de apresentação à insolvência, a possibilidade de qualificação da insolvência como culposa à luz do disposto no n.º 1 do art. 186.º, provando-se que a situação foi criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de

⁽¹⁴⁾ Isto leva ao fenómeno a que se tem chamado, noutras latitudes, proliferação de empresas “zombie”: um número significativo de empresas, já em crise antes da pandemia, ou sem viabilidade, beneficiando de todas as medidas de apoio que têm sido disponibilizadas e do quadro legal favorável, continua em actividade (ainda que, frequentemente, em modo “hibernação”, o que levará a que estas medidas concebidas para combater os efeitos da pandemia Covid-19 acabem por ter o efeito perverso de dificultar a declaração de insolvência de empresas que deveriam ser afastadas do mercado, permitindo-lhes que continuem assim a contrair obrigações que não satisfarão e a absorver recursos que seriam essenciais para a recuperação de empresas com efectiva previsão de viabilidade.

direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Com efeito, não pode deixar de se afirmar a existência de culpa grave dos administradores que, sabendo ou não podendo ignorar que a empresa se encontra em situação de insolvência iminente ou actual, sem perspectiva razoável de recuperação, recorrem aos apoios especificamente estabelecidos para as empresas que apresentam possibilidade de viabilização e aproveitam a suspensão do dever de apresentação à insolvência para prolongar artificialmente a actividade de uma empresa que, sabem com antecipação, não será capaz de cumprir as obrigações entretanto contraídas⁽¹⁵⁾.

Importa lembrar neste ponto que, entre nós (e diferentemente do que aconteceu noutros ordenamentos jurídicos), não se suspendeu a legitimidade dos credores para requererem a declaração de insolvência de empresas em situação de insolvência actual, prevista no art. 20.º do CIRE, mesmo quando essa situação resulte exclusivamente dos efeitos da pandemia COVID-19 — e, portanto, mesmo quando essa empresa estivesse solvente (ou, como duvidosamente se determina na Lei n.º 75/2020, quando o activo fosse superior ao passivo nos termos do art. 3.º do CIRE) em 31 de Dezembro de 2019.

Mais: provando-se que aqueles administradores tenham prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, “não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”, nos termos da alínea g) do n.º 2 do mesmo artigo, fica inilidivelmente presumida a insolvência culposa [desde que provado, naturalmente, que os administradores “sabiam, ou

⁽¹⁵⁾ Atente-se, a este propósito, na eventual necessidade de repensar, na fase pós-*lockdown*, a situação de insolvência actual enquanto pressuposto objectivo da declaração de insolvência, como propõe VITTORIO MINERVINI, “Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il “lockdown”: dal concetto di “insolvenza” a quello di “risanabilità”?”, in *Il Diritto Fallimentari e delle Società Commerciali*, 5/2020, 965-989, p. 976, ss., passando a considerar-se a possibilidade de viabilização da empresa como impeditiva da declaração da sua insolvência. De facto, como resulta da análise de STEPHAN MADAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *cit.*, pp. as excepcionais circunstâncias da crise pandémica afectam, neste âmbito, a pertinência do mero recurso aos tradicionais *balance sheet test* e *cash flow test*. Idêntica preocupação, a nosso ver, terá inspirado as alterações recentemente introduzidas na *Insolvenzordnung*, no ordenamento jurídico alemão: para a verificação da situação de insolvência iminente, de modo a legitimar a apresentação do devedor à insolvência, deve passar a ser em regra considerado, no âmbito da incapacidade para cumprir as obrigações vencidas, um período de previsão de 24 meses (cf. a alteração do § 18 *Absatz 2* da *InsO*); por outro lado, na determinação da situação de sobreendividamento, que existe quando os ativos do devedor “deixam de cobrir as obrigações existentes, a menos que as circunstâncias tornem mais provável que a continuidade da empresa”, acrescentou-se que período a atender para aferir dessa probabilidade é de 12 meses (cf. a alteração do § 19 *Absatz 2* da *InsO*). Cf., para a análise crítica destas alterações, GEORG BITTER, “Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 1.1.2021 in Kraft getreten”, in *GmbHR*, 2/2021, R16-R18, p. R16.

tinham a obrigação de saber, que, agindo desse modo, estavam no caminho da insolvência, pois há que distinguir entre a situação tipicamente prevista na alínea g) e aquela outra em que o devedor ou os seus administradores persistem numa atividade não lucrativa porque acreditam, fundamentadamente, que conseguirão superar um período deficitário e voltar a uma atividade rentável”, como se esclarece no acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019]⁽¹⁶⁾, com a consequente identificação das pessoas afectadas e a respectiva condenação na indemnização dos credores do devedor declarado insolvente, nos termos do art. 189.º do CIRE. O mesmo vale, de resto, para uma qualquer actuação dos administradores que possa subsumir-se a outra das alíneas do n.º 2 do art. 186.º (caso em que existirá presunção absoluta de insolvência culposa) ou à cláusula geral do n.º 1 do mesmo artigo⁽¹⁷⁾.

Uma situação que cabe esclarecer, ainda, é aquela em que já havia decorrido o prazo de 30 dias para apresentação da empresa à insolvência, aquando da entrada em vigor da norma que suspende o dever o fazer. Nestes casos, não deve entender-se que se encontra “sanado”⁽¹⁸⁾ o incumprimento

⁽¹⁶⁾ Acórdão em que é relatora OLINDA GARCIA e que se encontra publicado in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁷⁾ Em Espanha, a mesma questão encontra respostas semelhantes. Resulta da conjugação dos artigos 13 e 6 da *Ley 3/2020* (este último, alterado pela *Disposición Final 10.ª* do *Real Decreto-Ley 34/2020 de 17 de noviembre*), que está suspenso o dever de os administradores promoverem a dissolução por perdas da sociedade (que decorre do art. 363.1 e) do *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, até ao encerramento do exercício de 2021 (em regra, 31 de Dezembro de 2021). Também o dever de apresentação da sociedade à insolvência, em caso de insolvência actual, está suspenso até 14 de Março de 2021. Daqui decorre que os administradores de uma sociedade em situação de insolvência actual podem prosseguir a actividade empresarial, mas ali até sem receio de que os credores possam vir a intentar uma acção de responsabilidade com base no já referido art. 363.1 e), ou possam pedir entretanto a declaração de insolvência da sociedade. Todavia, isso não implica o afastamento da responsabilidade destes administradores, quer com base numa eventual violação do dever de cuidado quer, no plano concursal, com base na qualificação da insolvência como culposa com outro fundamento, nos termos dos arts. 442 e 443 TRLC (note-se que o art. 442 contém uma cláusula geral de qualificação da insolvência como culposa quando ela tenha sido causada ou agravada pela actuação, com dolo ou culpa grave, dos seus administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, dos seus directores gerais e de quem, nos dois anos anteriores à data da declaração de insolvência, tenha exercido alguma destas funções). Para mais desenvolvimentos, cf. CARLOS GÓMEZ ASENSIO, “Los deberes pre-concursales de los administradores sociales”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, 155-172, p. 156, ss. Também à luz da suspensão do dever de apresentação à insolvência no ordenamento jurídico alemão a doutrina alerta para a possibilidade de responsabilização dos administradores com base na violação de outros deveres na crise da empresa. Cf. VOLKER RÖMERMANN, “Insolvenzantragspflicht ausgesetzt — ein kurzes Gesetz mit weitreichenden Folgen, in *GmbHHR*, 10/2020, R148-R149, p. R148, ss.; GEORG BITTER, “Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und Einschränkung der Organhaftung — eine Zwischenbilanz nach vier Monaten COVInsAG”, in *GmbHHR*, 15/2020, 797-807, p. 803, ss.

⁽¹⁸⁾ A expressão é de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34/2021, 89-100, p. 94.

mento do mesmo: o devedor não cumpriu o dever de se apresentar à insolvência quando estava já esgotado o prazo legal para o fazer, pelo que ainda antes da entrada em vigor da norma que suspende o prazo existiria presunção de culpa grave para efeitos da qualificação da insolvência como culposa — nada justificaria uma solução diferente.

3. A suspensão do dever de apresentação à insolvência quando a empresa apresente perspectivas de viabilidade

Cabe então agora responder a outra questão: a de saber se, apresentando a empresa em situação de insolvência actual viabilidade, existe o dever de recurso a um RERE ou a um PEVE⁽¹⁹⁾, como transitoriamente permitido (pois, na ausência das regras que excepcionalmente o permitam, o recurso a um mecanismo pré-insolvencial apenas pode ter lugar desde que a empresa se encontre ainda em situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas já não de insolvência actual)⁽²⁰⁾ — e afastado que está, nestas circunstâncias, o recurso a um PER⁽²¹⁾.

Na crise de uma empresa, é entendimento pacífico que os deveres dos administradores devem ser adaptados a essa nova situação, particularmente apta à transferência de um risco agravado para o mercado, o mesmo é dizer, os credores. Nos termos do art. 64.º do CSC, a actuação dos administradores está vinculada ao respeito pelos deveres de cuidado e de lealdade.

⁽¹⁹⁾ Embora, como se analisará *infra*, exista inadmissível incerteza relativamente aos requisitos para o recurso a este mecanismo, que resulta do art. 7.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei n.º 75/2020.

⁽²⁰⁾ Cf., para o PER, o art. 17.º-A, n.º 1, do CIRE; e, para o RERE, o art. 3.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei n.º 8/2018.

⁽²¹⁾ Note-se que a Lei n.º 75/2020, autorizando o recurso a um RERE nestas circunstâncias, não esclarece se, sendo o acordo de reestruturação no seu âmbito subscrito por credores que representem as maiorias previstas no n.º 1 do art. 17.º-I do CIRE, ou a ele vierem posteriormente a aderir os credores suficientes para perfazer aquela maioria, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação (devendo nesse caso acautelar que este cumpre o previsto no n.º 4 do art. 17.º-I do CIRE), nos termos do disposto no art. 29.º da Lei n.º 8/2018. A esta possibilidade parece obstar, contudo, o disposto no art. 17.º-A, n.º 2, do CIRE (que exige nestes casos que a empresa devedora apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que não se encontra em situação de insolvência actual, à luz dos critérios previstos no art. 3.º), aplicável por força de remissão expressa do art. 17.º-I, n.º 1.

O dever de cuidado pode definir-se, nomeadamente, como o dever de os administradores recolherem, antes de tomarem decisões de gestão, toda a informação a que possam ter acesso e que se relacione com a matéria a decidir. Depois de recolhida a informação necessária à tomada de uma decisão, um administrador deverá optar por uma decisão racional, que possa ser justificada pelas informações obtidas, tendo em vista a prossecução do fim da sociedade. Deste modo, uma das concretizações do dever de cuidado é a obrigação de evitar riscos injustificáveis — o que corresponde, *mutatis mutandis*, ao dever de tomar decisões substancialmente razoáveis⁽²²⁾.

Adaptando o exposto ao risco que normalmente envolve a exploração de uma actividade comercial — e particularmente a uma situação de crise (crise essa que pode, como na actualidade acontece frequentemente, ser causada pelas medidas impostas pelo Estado para conter uma situação de pandemia), torna-se claro que a concretização deste dever de cuidado passa também pelo constante acompanhamento da situação da sociedade e da sua evolução previsível. A actuação com a diligência de um gestor criterioso e ordenado deverá implicar que os administradores identifiquem e até antecipem dificuldades financeiras assim que elas sejam passíveis de identificação. Esta concretização do dever de cuidado é geralmente denominada dever de vigilância ou de monitorização⁽²³⁾.

Por outras palavras: na crise da empresa, densifica-se a obrigação de os administradores obterem e actualizarem constantemente a informação relevante⁽²⁴⁾ e, considerando-a, de ponderarem com especial cuidado

(22) Para usar a nomenclatura de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 21.

(23) A densificação do dever de diligência foi recentemente objecto de uma significativa intervenção legislativa em Itália. Na verdade, o *codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, de 2019 (*D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*), já entretanto alterado (pelo *D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147*) foi profundamente inovador no que respeita à actuação exigida aos administradores relativamente aos credores da empresa, quando ela se encontra em crise: nas palavras de BRUNO INZITARI, “Crisi, insolvenza prospettica, alerta: nuovi confini della diligenza del debitore”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Vol. 118, n.º 2, 2020, 199-225, p. 210, passa a perspectivar-se de outro modo o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, que deixa de estar limitado a uma mera sujeição ao exercício dos direitos dos credores, para passar a abranger comportamentos activos de conservação, no plano funcional, da garantia patrimonial oferecida aos credores — nomeadamente, através do cumprimento dos deveres de identificação da situação de crise e da adopção das medidas idóneas a evitar ou circunscrever os danos que possam derivar, para os credores, da insuficiência patrimonial.

(24) Nas palavras de MICHAEL SCHILLIG, “The transition from corporate governance to bankruptcy governance — convergence of German and US law?” in *European Company and Financial Law Review*, Vol. 7, n.º 1, 2010, p. 133, a situação de crise financeira da sociedade gera a obrigação de os administradores manterem e monitorizarem permanentemente um balanço organizado de acordo com os critérios de avaliação da situação de insolvência e de procurarem assessoria legal e financeira independente.

todas as vantagens e inconvenientes das decisões que se apresentem como possíveis e aptas para a prossecução do fim da sociedade e a salvaguarda dos interesses de todos os *stakeholders* (v.g. sócios, credores sociais, trabalhadores, fornecedores)⁽²⁵⁾.

Assim, caberá em primeiro lugar aos administradores diagnosticar habilmente a situação da empresa e, numa segunda fase, identificar todas as vias que, na situação identificada, se apresentem como legalmente possíveis⁽²⁶⁾. Só depois, analisando e ponderando todos os riscos envolvidos em cada uma das opções, estarão em condições de tomar a decisão que melhor se possa subsumir à actuação de um gestor criterioso e ordenado.

A importância de uma actuação atempada na crise da empresa mereceu também recentemente a intervenção do legislador da União Europeia: nos termos do art. 3.º da recente Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, ainda não transposta, deverão ser criados, por iniciativa dos Estados-Membros, mecanismos de alerta de situações em que exista probabilidade de insolvência, nomeadamente em face da falta de realização atempada de certos pagamentos. Perante a comunicação de algum alerta no âmbito deste sistema, o administrador deverá tomar devida nota da sua recepção e tomar as medidas que se mostrem adequadas — ou fundamentar a sua omissão (possivelmente por discordância com o alerta emitido). E no seu art. 19.º estabelece-se que os Estados-Membros devem assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; a necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e a necessidade de evitar uma

(25) O que, de algum modo, leva a que também se perspetive de modo distinto a concretização do dever de lealdade na crise da empresa. A este propósito, cf. CATARINA SERRA, “Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, 211-258, p. 244, ss.

(26) Na legislação societária portuguesa, impende ainda sobre os administradores um dever específico sempre que resulte das contas de exercício ou de contas intercalares que metade do capital social se encontra perdido (ou existam em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica), ou seja, quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social: o de requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes. Assim, os administradores deverão sujeitar a deliberação pelos sócios, pelo menos, os seguintes assuntos (que deverão constar do aviso convocatório): a dissolução da sociedade; a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade; a realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital (cf. o art. 35.º do CSC).

conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa⁽²⁷⁾.

O regime jurídico resultante da transposição da diretiva deverá ser apto a facilitar o controlo do cumprimento do dever de vigilância da situação financeira da sociedade pelos administradores: sendo detectada uma situação de crise pelo sistema de alerta, será impossível aos administradores invocarem o desconhecimento (não culposo, dado que o desconhecimento culposo nunca lhes aproveitaria) da situação de crise. Eles deverão, então, registar a sua concordância ou discordância com o alerta emitido; em caso de discordância, deverão fundamentá-la; mas em caso de concordância deverão adoptar as medidas correctivas que se afigurem possíveis e adequadas.

Não existe margem para dúvidas: no art. 19.º, alínea *b*) da Directiva (UE) 2019/1023⁽²⁸⁾, ainda não transposta, estabelece-se que o dever de cuidado impõe aos administradores que tomem efectivamente as decisões que se afigurem necessárias, uma vez que, em cumprimento do dever de vigilância, se identifique uma situação de crise⁽²⁹⁾. E a transposição da Directiva levará em breve à introdução deste específico dever na legislação portuguesa.

Cabe esclarecer agora dois pontos. Em primeiro lugar, a existência deste sistema de alerta não substitui a obrigação de vigilância através da recolha e monitorização da informação interna — os dois sistemas deverão coexistir e complementar-se⁽³⁰⁾.

(27) Cf. CARLOS GÓMEZ ASENSIO, “Los deberes preconcursales de los administradores sociales”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, 155-172, p. 156, ss., que analisa aquele que considera um “autêntico regime legal de deveres pré-concursais dos administradores”, estabelecendo para eles “concretos deveres de conduta positivos e negativos” num cenário de crise da empresa.

(28) Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* L 172/18, de 26 de Junho de 2019, acessível in <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>>.

(29) É o seguinte o texto desse artigo: “[o]s Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: *a*) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; *b*) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e *c*) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa”. Tendo em conta este texto, parece que o legislador comunitário caracteriza a situação de “probabilidade de insolvência”, na qual surgem estes deveres, como uma situação em que a insolvência actual ainda pode ser evitada (daí, que os administradores devam tomar medidas para a evitar) e em que a empresa ainda é viável (o que explica que se estabeleça, para os administradores, a obrigação de evitar condutas dolosas ou com negligência grosseira que ameacem essa viabilidade).

(30) Cf. a análise de SABBINA MASTURZI, “Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema dell’allerta”, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 5/2020, 1067-1101, p. 1078, ss.

Mas não pode esquecer-se que a crise que se vive na actualidade surgiu repentinamente e que algumas decisões tiveram que ser tomadas num ambiente de urgência e pressão, sem que tenha sido possível obter toda a informação relevante em tempo útil; mais: ainda hoje não será possível prever sempre, para cada decisão, o seu impacto real, dada a incerteza que apresenta a evolução da situação pandémica⁽³¹⁾. Estas circunstâncias (informação limitada e contexto de excepcional incerteza relativamente ao futuro) deverão ser ponderadas na actual e futura análise *ex post* da actuação dos administradores na reacção à crise pandémica, sempre que esteja em causa a sua responsabilidade, nomeadamente em sede de recurso à *business judgment rule*, sob pena de a aversão ao risco poder vir a conduzir, na presente crise e em crises que venham a surgir em condições análogas, a uma gestão essencialmente defensiva e, portanto, nem sempre apta a prover à desejável recuperação do maior número possível de empresas⁽³²⁾.

Em segundo lugar, não pode concluir-se do exposto que o cumprimento do dever de cuidado deve conduzir obrigatoriamente, numa situação de crise que não se traduza em insolvência actual, ao recurso a um dos meios pré-insolvenciais de recuperação, revitalização ou viabilização da empresa, ou à apresentação à insolvência⁽³³⁾. O que é exigível à luz do dever de cuidado é que os administradores promovam um processo de decisão através do qual identifiquem e avaliem as opções à disposição da sociedade, para escolherem uma delas — que deve ser independente de interesses pessoais alheios aos da sociedade e justificável à luz de critérios de racionalidade empresarial (cf. o art. 72.º, n.º 2, do CSC). Isto significa que, numa situação de crise, podem ser admissíveis várias decisões diferentes, todas elas respeitando o estrito cumprimento do dever de cuidado⁽³⁴⁾.

(31) Para a análise das causas e efeitos, ao nível da gestão de empresas, desta excepcional incerteza, cf. STEPHAN MADDAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *cit.*, p. 320, ss.

(32) Neste sentido, cf. as propostas de LUCA ENRIQUES, “Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis”, *cit.*, p. 267, ss.

(33) Como defende, nomeadamente, Nuno Manuel Pinto Oliveira, que enuncia um “dever de requerer a recuperação da empresa ‘cujos problemas financeiros possam ser ultrapassados’”, mencionando os diferentes instrumentos de recuperação disponibilizados pelo Direito da Insolvência e fazendo referência aos “Princípios Orientadores da recuperação extrajudicial de credores” — constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro. Avançando, com reservas, a possibilidade de estes deveres serem a concretização de um dever mais amplo de minimizar os danos dos credores da sociedade em situação económica difícil, cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores. Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 72, ss.).

(34) Até porque, tal como afirma Nuno Manuel Pinto de Oliveira, a recuperação do devedor é

É importante salientar este segundo ponto, porque se começa a defender a necessidade de impor aos administradores, na crise da empresa, o recurso a um destes mecanismos pré-insolvenciais⁽³⁵⁾ — com o argumento de que o processo de insolvência, embora permita a via da recuperação da empresa, acaba por comprometê-la, dado o estigma associado à necessária declaração de insolvência que a precede. Ora, não é demais repetir que o dever de cuidado vincula a actuação dos administradores no sentido de lhes impor tão-só que, depois de devidamente informados e de ponderadas todas as possibilidades, optem pela solução que se lhes apresente como a mais adequada à situação concreta⁽³⁶⁾.

Cabe ainda notar que quer o dever de cuidado quer o dever de lealdade impõem aos administradores, na crise da empresa, a ponderação dos interesses dos credores: o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis exclui do âmbito das condutas admissíveis nessa fase aquelas que desconsiderem em absoluto os interesses dos credores. Em particular, os administradores estão obrigados a evitar decisões que importem riscos manifestamente excessivos. Do mesmo modo, não pode aceitar-se que, até ao momento da incapacidade de fazer face às suas obrigações vencidas, ou seja, até ao momento em que a empresa societária se encontre numa situa-

um resultado aleatório, pelo que o bem jurídico protegido, nomeadamente para fins de responsabilização cível, é a chance de recuperação e não a recuperação propriamente dita. Cf. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização”, in *II Congresso de direito da insolvência* (coordenação Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, p. 185, ss.

⁽³⁵⁾ Cf., nomeadamente, SÉRGIO ANTÓNIO MARREIROS COIMBRA HENRIQUES, *A Crise Empresarial Enquanto Situação de Pré-insolvência, em Particular a Sociedade de Responsabilidade Limitada em Situação de Pré-insolvência e os Deveres dos Administradores*, tese de doutoramento em Direito apresentada e defendida na Universidade Nova de Lisboa, 2020, p. 361, ss.

⁽³⁶⁾ Na verdade, no Considerando 70 da Directiva 2019/1023 enuncia-se, com carácter exemplificativo, um conjunto de medidas que os administradores devem adoptar com o objectivo de evitar a insolvência da empresa societária, tais como procurar aconselhamento especializado em matéria de reestruturação e insolvência (recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso) e estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva. Pois bem, daqui não pode retirar-se a existência de um dever de os administradores iniciarem um processo de reestruturação preventiva: desde logo, porque se trata de uma exemplificação de comportamentos a adoptar; depois, porque um Considerando não tem carácter normativo; finalmente, porque o texto da alínea *b*) do art. 19.º, apesar de impor aos administradores uma actuação com o fim de evitar a insolvência, não estabelece medidas que devam ser por eles concretamente adoptadas. Assim sendo, consoante a situação específica de cada empresa societária, o recurso a um processo de reestruturação preventiva pode ou não ser a medida mais adequada para evitar a insolvência. Caberá aos administradores decidir quais as medidas que se revelam adequadas, admitindo-se que a sua actuação possa vir a ser apreciada à luz da *business judgment rule* (cf. RECAMÁN GRAÑA, E, “Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 32, 2020, 127-143, p. 134. Certo é que a sua inacção corresponderá à violação culposa do dever de cuidado.

ção de insolvência actual, o órgão de administração de uma sociedade não tenha de considerar os interesses da generalidade dos credores e demais *stakeholders*.

Assim, o dever de cuidado imporá aos administradores, pelo menos, a consideração da hipótese de início de um processo de recuperação pré-insolvential — mas não lhes impõe necessariamente que tomem a iniciativa de optar por um desses meios, se outras soluções se apresentarem como decisão tomada segundo critérios de racionalidade empresarial, depois de devidamente avaliados e ponderados os riscos que cada decisão possível pode comportar. No leque dessas outras decisões pode estar uma medida concreta relativamente a um determinado credor [como a tentativa de negociação do valor do crédito⁽³⁷⁾ ou mesmo a impugnação judicial desse crédito], mas também pode estar, até, a própria apresentação da empresa à insolvência (v.g., com a apresentação de plano de insolvência no qual se preveja a continuidade da empresa) — essa é, de resto, a razão pela qual se estabelece expressamente na legislação insolvential que o devedor pode apresentar-se à insolvência ainda que a situação seja, não a de insolvência actual, mas tão-só a de insolvência iminente. Em síntese, o objectivo da adopção atempada de medidas de recuperação é o de evitar que a sociedade venha a encontrar-se numa situação de insolvência actual, mas essas medidas não se esgotam no recurso a um qualquer dos procedimentos pré-concursais expostos⁽³⁸⁾.

(37) Até por força da existência de um “dever de revelação” formulado por PAULO OLAVO CUNHA, “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades”, in *II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, p. 229: se a empresa “se encontra em situação económica crítica, os gestores têm o dever de revelar essa circunstância e de adotar as medidas que possam conduzir à sua superação. Assim, devem divulgar a real situação da empresa [...] e tomar as medidas indispensáveis para ultrapassar a difícil situação em que a empresa se encontra”.

(38) Atente-se, por exemplo, no caso (frequente) de os créditos vencidos do Estado (v.g., de natureza fiscal) construírem parte muito significativa do passivo da empresa; e de a viabilidade da empresa depender essencialmente da de uma eventual negociação desses créditos. É certo que também no âmbito de um qualquer dos mecanismos de revitalização existe a possibilidade (e, até, necessidade) de negociar com qualquer dos credores. Mas não é menos certo que o credor Estado, independentemente da natureza que se venha a reconhecer ao seu crédito, não se mostra habitualmente disponível para agilizar soluções que impliquem alguma forma de renúncia aos seus créditos ou de flexibilização do respectivo pagamento, o que pode implicar um elevado risco de insucesso das negociações e da própria revitalização da empresa. O princípio da indisponibilidade dos créditos tributários pode, então, levar a que se antecipe que o recurso a um dos possíveis mecanismos de revitalização não será apto a evitar a insolvência da empresa (apesar de, no PEVE, o legislador ter dado um tímido passo em frente, no caminho para a relativização deste princípio no âmbito de uma situação de crise). Os factores que condicionam, neste contexto, a actuação do credor Estado são múltiplos: por um lado, os interesses públicos que representa o seu crédito; por outro, as repercussões económicas e laborais (e, portanto,

Podemos concluir que o facto de a administração de uma empresa em crise estar comprovadamente a monitorizar a situação da empresa e a perspectivar a sua previsível evolução, recolhendo toda a informação relevante e consultando peritos nas matérias em causa, a fim de, atempadamente, tomar as decisões que se demonstre serem as mais aptas à preservação do valor da empresa e à sua conciliação com os interesses dos respectivos *stakeholders* é revelador de uma actuação que plenamente corresponde à diligência de um gestor particularmente criterioso e ordenado.

4. O artigo 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020 e as dificuldades na determinação dos requisitos necessários para o recurso a um PEVE

Finalmente, cabe alertar para os perigos que representa para os administradores de empresas em crise devido à pandemia COVID-19 o texto do art. 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020, que estabelece os requisitos para o recurso ao PEVE, no que respeita à percentagem de credores que devem, com o devedor, assinar o acordo de viabilização⁽³⁹⁾.

O PEVE (processo extraordinário de viabilização de empresas) é uma figura introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 75/

também em sede de interesses públicos) da total indisponibilidade deste crédito; finalmente, ainda, os limites que devem ser respeitados para evitar que o seu comportamento, activo ou omissivo, possa vir a ser considerado auxílio de Estado, proibida pelo art. 107.º, n.º 1, do TFUE. O tema merece abordagem semelhante à luz do ordenamento espanhol e tem merecido a atenção da doutrina. Para o seu desenvolvimento, cf. CAYETANA LADO CASTRO-RIAL, “El crédito tributario ante los institutos preconcursales”, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2021, n.º 34, 123-138, p. 126, ss.

⁽³⁹⁾ Os requisitos para o recurso a este processo merecem ainda outras críticas, que não cabe desenvolver nesta sede, com particular destaque para o facto de se prever que a empresa deve fazer prova de que, em 31 de Dezembro de 2019, apresentava um activo superior ao passivo. Ora, como já tem sido afirmado entre nós, este critério pode, simultaneamente, pecar por excesso (uma empresa poderia nessa data ter um passivo superior ao activo, mesmo depois de aplicados os critérios indicados no n.º 3 do CIRE e, ainda assim, não se encontrar insolvente, por essa superioridade não ser manifesta) e por defeito (uma vez que o facto de o activo ser superior ao activo não implica necessariamente que a empresa se encontrasse capaz de cumprir as suas obrigações). Solução mais equilibrada parece ser aquela adoptada pelo legislador italiano, que passou a prever, com o “*decreto liquidità*” (cf. o art. 7 da *legge 5 giugno 2020, n. 40*) a “cristalização” de um princípio de continuidade da empresa na elaboração do balanço de exercício, com a fim de neutralizar os efeitos da pandemia, desde que a perspectiva de continuidade da empresa resultasse, de modo consistente, do último balanço de exercício anterior a 23 de Fevereiro de 2020. Cf. a análise de MONICA COSSU, “Il diritto e l’incertezza. La legislazione d’impresa al tempo della pandemia”, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 6/2020, 1221-1254, p. 1232, ss.

/2020, de 27 de Novembro (e aí regulada nos arts. 6.º a 15.º): trata-se de um novo processo, com carácter extraordinário e transitório, vigorando, nos termos do art. 18.º, n.º 1, da mesma lei somente até 31 de Dezembro de 2021 (embora esse prazo possa ser estendido por Decreto-Lei, como se prevê no art. 18.º, n.º 2); e ainda com carácter urgentíssimo, dado que assume prioridade sobre a tramitação e julgamento de processos como o processo de insolvência e o PER, já de si processos urgentes (cf. o art. 6.º, n.º 1, da referida lei).

Tratando-se de um processo com estas características e especificamente destinado a potenciar a viabilização das empresas afectadas pela crise económica decorrente da pandemia da doença COVID-19, impunha-se que a sua regulação se pautasse pela certeza e segurança jurídicas, só assim se assegurando e justificando, sempre com respeito pela justiça, a celeridade que se anuncia na Lei n.º 75/2020 e que se revela essencial neste contexto. São, todavia, muitos os aspectos do seu regime legal que põem em causa a razão de ser do PEVE — e um deles respeita, desde logo, aos elementos que devem acompanhar o requerimento para iniciar o processo, a apresentar pela empresa no tribunal competente: o acordo de viabilização.

No art. 7.º da Lei n.º 75/2020 determina-se que o processo se inicia com um requerimento da empresa, acompanhado por um acordo de viabilização assinado por si e por credores que representem, “pelo menos”, as maiorias previstas no art. 17.º-F, n.º 5, do CIRE. Ora, a determinação desta percentagem mínima da participação dos credores no impulso do processo apresenta sérias dificuldades.

A remissão para o n.º 5 do art. 17.º-F, quando se procede às necessárias adaptações, dá azo a algumas perplexidades — é que as normas em causa pressupõem a existência de uma votação, na qual podem participar todos os credores. Então, recordamos que se considera aprovado, no âmbito do PER, o plano de recuperação se: *a*) sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3 e 4 do art. 17.º-D, recolher o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou, em alternativa, *b*) recolher o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto, calculados de harmonia com o disposto na alínea anterior, e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as

abstenções. Sendo que no PEVE não existe votação, mas antes a assinatura do acordo de viabilização por credores que representem pelo menos as maiorias de votos previstas para a aprovação do plano de recuperação no âmbito de um PER, cabe sempre proceder, desde logo, a esta adaptação.

Passemos desde já à análise da segunda possibilidade: o plano considerar-se-á aprovado se recolher o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados. Ou seja: nos termos da remissão para a alínea *b*), exige-se que o acordo seja subscrito por credores que representem mais de 50% dos créditos relacionados com direito de voto, sendo que mais de metade desses créditos devem ser não subordinados. Assim, será necessário pelo menos o acordo de credores titulares de mais de 25% de créditos relacionados não subordinados com direito de voto, se apenas credores relacionados titulares de metade mais um votos subscreverem o acordo. A aplicação das regras relativas a estas maiorias estabelecidas na alínea *b*) não coloca dúvidas [ao contrário do que acontece quanto à remissão para a alínea *a*) do n.º 5 do art. 17.º-F], razão pela qual até se defende entre nós a possibilidade de apenas esta remissão dever ser considerada no âmbito do PEVE, como se verá.

É, então, na remissão para a alínea *a*) que surgem os problemas. Exige-se ali que o plano seja votado por credores que representem pelo menos um terço dos créditos relacionados com direito de voto, embora não seja necessário que pelo menos esse um terço vote no sentido da aprovação do plano — a lei basta-se literalmente, para esse efeito, com o voto favorável de credores que representem pelo menos dois terços dos votos emitidos, ou seja, no mínimo, dois terços daquele um terço de créditos relacionados com direito de voto. Isto posto, *o plano é aprovado ainda que apenas votem favoravelmente credores que representem mais de dois nonos* (ou seja, mais de 22,22%) dos créditos relacionados com direito de voto. Acresce ao exposto que mais de metade destes votos deve corresponder a créditos não subordinados. Por outras palavras, no mínimo mais de metade destes mais de dois nonos deve corresponder a créditos não subordinados.

Então, por força da estrita remissão para o regime do PER, os credores que no âmbito do PEVE deveriam assinar o acordo de viabilização seriam aqueles que representassem mais do que os dois nonos (mais do que 22,22%) dos créditos relacionados com direito de voto — sendo que mais de metade destes (por exemplo, se os credores subscritores representam 25% dos créditos relacionados, mais de 12,5%) deveriam corresponder a créditos não subordinados. Simplesmente, já foi defendido na doutrina que se deve

entender que os credores subscritores do plano deverão, no PEVE, representar no mínimo um terço dos créditos contidos na relação com direito de voto⁽⁴⁰⁾. E também se tem defendido que a alínea *a*) do n.º 5 do art. 17.º-F é inaplicável a este processo, dado pressupor necessariamente uma votação, pelo que a remissão apenas operaria para a alínea *b*), bastante mais exigente, como se viu⁽⁴¹⁾.

Pois bem: existem argumentos que militam a favor de uma e de outras interpretações. Por um lado, uma vez que os efeitos da homologação do acordo de viabilização se estendem a todos os credores relacionados, percebe-se que se sinta a necessidade de acautelar a existência de eventuais recursos abusivos a este mecanismo de viabilização, que afinal se poderia iniciar e fazer prosseguir apenas com a vontade de credores que representam pouco mais de 10% de créditos não subordinados (para além da vontade do devedor e dos credores que representam créditos subordinados).

Mas a favor desta solução, menos exigente, pela qual seria apenas necessária a subscrição por mais de dois terços de um terço do total dos créditos temos a letra da lei e até a sua *ratio*: este é um mecanismo assumidamente extraordinário, estritamente aplicado num contexto verdadeiramente excepcional — e ao qual só podem recorrer empresas que, seguramente, apresentavam um activo superior ao passivo antes de sentirem os efeitos das medidas tomadas para travar a evolução da pandemia. Pelo que se justifica que seja ágil, no sentido de não exigir às empresas infundáveis rondas de negociações, realizadas sem qualquer protecção, nomeadamente, relativamente à prestação de serviços considerados essenciais, a processos de insolvência iniciados pelos credores e a acções judiciais para cobrança de dívidas (uma vez que estes efeitos “protectores” se produzirão apenas em momento ulterior ao da apresentação do requerimento)⁽⁴²⁾. Depois, não é seguro que tenha sido intenção do legislador ser mais exigente com as maiorias necessárias para recorrer ao PEVE do que com aquelas que são necessárias para fazer aprovar um plano de recuperação no âmbito de um PER. Mais: se é certo que na subscrição do acordo de

(40) Cf. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, 2105-2142, p. 2122; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 13, Vol. 25, 2021, 37-55, p. 45, ss.

(41) Cf. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 129, ss.

(42) Diferentemente do que acontece no âmbito do recurso a um PER (cf. o art. 17.º-E do CIRE) ou a um RERE (cf. , nomeadamente, os arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 8/2018).

viabilização não existe necessariamente a intervenção de todos credores afectados, não o é menos que todos têm ao seu alcance a possibilidade de vir ao processo solicitar a não homologação do acordo de viabilização; e que o juiz está vinculado, nessa decisão de homologação ou não homologação, ao disposto nos arts. 215.º e 216.º do CIRE — devendo, nomeadamente, recusar oficiosamente a homologação de plano cujo conteúdo não respeite o princípio da igualdade dos credores da insolvência, nos termos em que vem formulado pelo art. 194.º do CIRE.

Pois bem, os problemas colocados pela remissão para o disposto no n.º 5 do art. 17.º-F no âmbito de um processo com as características do PEVE não acabam aqui. É que, neste processo, a alternativa deixa de fazer sentido, pois, seja qual for a interpretação que se defenda para a aplicação do disposto na alínea *a*) (desde que se considere que ela é aplicável, bem entendido), deixa de fazer sentido a remissão para o disposto na alínea *b*), por as maiorias nela exigidas serem mais exigentes do que as resultam da aplicação da alínea *a*). Por outras palavras, não faz sentido afirmar que o devedor pode apresentar o acordo assinado por credores que representem mais do que uma determinada percentagem de créditos ou, em alternativa, apresentá-lo assinado por credores que representem uma maioria superior a essa, pois esta segunda possibilidade já se encontra necessariamente contida na primeira.

Em síntese: devido à equívoca formulação legal e respectiva remissão, são possíveis várias interpretações quanto às maiorias de créditos que devem estar representados pelos credores que assinam o acordo de viabilização a apresentar pela empresa, o que gerará grande incerteza e insegurança jurídica numa área que reclama, dadas as circunstâncias, especial atenção. Está em causa o próprio recurso ao novo processo de viabilização, que tem carácter urgentíssimo — e as empresas precisariam de conhecer inequivocamente os elementos que devem acompanhar o requerimento a apresentar no tribunal competente, até porque no art. 9.º, n.º 15, da mesma lei se determina que o “termo” do processo extraordinário de viabilização (sem que se esclareça exactamente o alcance desta previsão da norma, nomeadamente, se ela abrange as situações de não homologação do acordo por não estarem respeitadas as maiorias necessárias) impede a empresa de recorrer novamente ao mesmo. Urge uma intervenção legislativa que clarifique (pelo menos) este aspecto de regime.

O DANO INDEMNIZÁVEL NA RESPONSABILIDADE PELO PROSPETO

*Pelos Prof. Doutores Maria de Lurdes Pereira
e Francisco Mendes Correia⁽¹⁾*

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** Dever de divulgar um prospeto, deveres de informação no mercado de capitais e proteção do investidor: breve enquadramento. **III.** Estrutura intermediada do mercado de capitais e intermediação obrigatória. **IV.** O requisito da causação da transação na responsabilidade pelo prospeto. **V.** Opções indiscutíveis do legislador quanto ao cálculo do dano. **VI.** O dano de transação restrito. **VII.** O dano de transação amplo e o dano de «diferença de cotações». **VIII.** O dano da quebra de preço decorrente da correção do prospeto. **IX.** A indemnização por outros danos patrimoniais dos investidores.

I. Introdução

1. O direito português dos valores mobiliários integra, em várias disposições, previsões de responsabilidade civil por informações. Alguns destes preceitos permitem evitar as dúvidas que de outra forma resultariam da aplicação da regra geral de irresponsabilidade por informações prestadas (cf. o art. 485.º, n.º 1, do CC) ao domínio do mercado de valores mobiliários⁽²⁾. No entanto, não resolvem todos os problemas.

⁽¹⁾ Professores Auxiliares da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁽²⁾ É o que se passa quando no CVM são responsabilizadas pela informação prestada pessoas que *não tinham o dever jurídico* de a prestar, embora possam ter o dever de proceder com diligência quando a prestam ou intervêm na sua prestação. Sobre a diferença entre as duas realidades e a sua relevância no art. 485.º do CC, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, Almedina, 334, ss. Sobre a natureza de normas do direito dos valores mobiliários

Uma das maiores dificuldades com que depara o jurista na aplicação e interpretação destes preceitos reside em determinar *se e em que termos podem importar-se para o domínio do direito dos valores mobiliários os quadros gerais da responsabilidade por informações criados no direito civil*. Esta dúvida atinge sobretudo a responsabilidade por informações prestadas fora do contexto de uma relação individualizada. Não afeta tanto a responsabilidade dos intermediários financeiros perante os seus clientes por informações que lhes prestem, quanto a responsabilidade assente em informação dos emitentes, oferentes, intermediários, auditores, etc. *destinada ao público investidor*.

Neste artigo tentaremos identificar e resolver algumas dessas dificuldades que se situam quer no plano da fundamentação da responsabilidade, *i. e.*, no momento do surgimento do dever de indemnizar, quer no plano do preenchimento da responsabilidade, ou seja, no momento da definição e delimitação do prejuízo que o responsável será chamado a eliminar.

2. Concentramo-nos na responsabilidade pelo prospeto (art. 149.º, ss., do CVM). Esta constitui-se no direito português (diversamente do que sucede noutros ordenamentos) como paradigma para a responsabilidade por informações que visem o público investidor no mercado de valores mobiliários. De facto, a responsabilidade por informação periódica ou *ad hoc*, consagrada no art. 251.º do CVM (em conjugação designadamente com os arts. 245.º, 245.º-A, 245.º-B, 246.º, 246.º-A e 248.º-A do CVM) remete para o regime da responsabilidade pelo prospeto. O regime da responsabilidade por informações no mercado primário serve, pois, de modelo para responsabilidade por informações no mercado secundário⁽³⁾. Tal aconselha a que se dê prioridade na solução dos problemas relativos à responsabilidade pelo prospeto, para só depois tratar do tema da sua adaptação a outros contextos.

Por razões de simplificação da exposição, referimo-nos apenas à responsabilidade na venda de valores mobiliários e não na sua aquisição. Vistas as coisas na perspetiva do lesado, tomamos como situação paradigma aquela em que o investidor *acquire* valores mobiliários com base num

que estabeleçam uma responsabilidade por informações como disposições de proteção destinadas à defesa de interesses puramente patrimoniais dos investidores, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil. O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, 1997, Almedina, 42, ss. (embora por referência ao Código pretérito).

⁽³⁾ Note-se, no entanto, que CVM só contempla — pelo menos de forma expressa — a responsabilidade civil por informações prestadas e não pela omissão de informações devidas: cf. o art. 251.º do CVM.

prospeto viciado e não aquela em que os *aliena*. As reflexões que se seguem aplicar-se-ão depois, *mutatis mutandis*, também a este último grupo de hipóteses. A opção serve a concisão do discurso: não traduz qualquer diferença valorativa.

A primeira pergunta a que tentaremos dar resposta consiste em saber se a responsabilidade pelo prospeto supõe que o investidor tenha tomado contacto com a informação viciada, por meio da leitura do prospeto, e que tenha sido por ele influenciado, ao ponto de se poder dizer que não tomaria a decisão se conhecesse a incorreção da informação nele contida. Ou se, diversamente, basta que o prospeto tenha criado um «ambiente favorável ao investimento» e que a decisão do investidor lesado tenha sido influenciada por esse ambiente. A aplicação rigorosa dos pressupostos da responsabilidade por informações, tal como foram desenvolvidos no direito civil, apontaria para a primeira resposta (Parte IV).

A segunda pergunta está em saber como se determina a indemnização a que o investidor tem direito. Depois da enunciação de algumas opções indiscutíveis da lei portuguesa quanto ao cálculo dessa indemnização (Parte V), perguntaremos se o investidor pode, à luz da lei portuguesa, exigir o preço que pagou pelos valores mobiliários adquiridos contra a transmissão dos mesmos para o responsável (no caso de ainda ser seu titular), acrescido das despesas de aquisição (Parte VI). Novamente estamos perante um problema que decorre do confronto da responsabilidade pelo prospeto com os quadros gerais da responsabilidade por informações. No direito civil, tem-se entendido que a revogação do negócio cuja celebração tenha sido inquinada por informação deficiente é uma das espécies de reparação possível que o lesado pode exigir do responsável pela informação prestada. Será este tipo de indemnização ou uma indemnização análoga suscetível de ser reclamada pelos investidores lesados aos responsáveis pelo prospeto? Como se verá adiante, a questão decisiva é, aliás, outra e abrange os casos em que o investidor não conserva os valores mobiliários a que se refere o prospeto inexato: trata-se de saber se pode exigir uma indemnização (em espécie ou em dinheiro) que seja determinada em função da «desistência» da sua decisão de aquisição.

Respondida negativamente esta questão, procuraremos ajuizar o acerto de outras fórmulas alternativas quanto ao cálculo da indemnização devida no âmbito da responsabilidade pelo prospeto. As conclusões da indagação podem ser sintetizadas como se segue. Desde logo, demonstraremos que a indemnização devida em caso de responsabilidade pelo prospeto não visa compensar os lesados pelos investimentos hipotéticos alternativos que teriam feito se não tivessem adquirido os valores mobiliários a

que o prospeto se refere, apesar de ser esta a fórmula sugerida pela filiação da responsabilidade pelo prospeto no quadrante mais vasto da responsabilidade por informações. Depois, veremos que a lei não acolhe igualmente a solução de atribuir ao investidor a diferença entre o preço que pagou pelos valores adquiridos e o que se teria formado no mercado se o prospeto tivesse sido corretamente elaborado (Parte VII). No final, indicaremos a opção que, a nosso ver, foi consagrada no direito português: a indemnização do investidor tem por objeto o montante correspondente à quebra do preço dos valores mobiliários adquiridos que se deva à correção (ulterior) da informação contida no prospeto. A conclusão permitir-nos-á esclarecer dúvidas quanto ao tratamento de certos casos menos evidentes e ainda apontar soluções para certas situações em que se pode dizer que os investidores sofrem um dano, apesar de não se verificar uma diminuição do preço dos valores adquiridos (Parte VIII). Por fim, faremos referência aos casos em que a perda do investidor não consiste apenas ou sequer prevalentemente numa desvalorização do seu património (Parte IX).

Antes de abordarmos estas questões, propomos um breve enquadramento do dever de divulgar o prospeto no quadro mais amplo dos deveres de informação no mercado de capitais (Parte II). Este breve enquadramento permitirá concluir que a proteção do investidor é a finalidade principal das regras em apreço, ainda que o bem jurídico dominante seja o da correta formação dos preços em mercado. O investidor é protegido *através* dos mecanismos estabelecidos para a correta formação dos preços em mercado. Dito de outra forma, o investidor não beneficia apenas de uma tutela reflexa, estando os seus interesses funcionalizados ao serviço da eficiência do mercado (o que — entre outras consequências — dificultaria o recurso aos quadros gerais da responsabilidade por informações criados no direito civil). Depois, ainda no plano introdutório, analisa-se sumariamente a estrutura intermediada do mercado de capitais e as regras da intermediação obrigatória nas ofertas sujeitas a dever de preparar e divulgar prospeto (Parte III). Os dados recolhidos nesta análise serão especialmente úteis para a primeira questão a responder, sobre o requisito da causação da transação na responsabilidade pelo prospeto.

II. Dever de divulgar um prospeto, deveres de informação no mercado de capitais e proteção do investidor: breve enquadramento

3. O dever de preparar e divulgar um prospeto, a cargo do oferente de uma oferta pública de valores mobiliários (art. 134.º, n.º 1, CVM; art. 3.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2017/1129, de 14 de junho de 2017), inscreve-se no quadro mais amplo dos deveres de informação no mercado de capitais.

De entre os vários participantes no mercado, destacam-se a este propósito os emitentes, que estão obrigados a deveres de informação por ocasião da entrada inicial no mercado (dever de divulgar um prospeto), mas também depois, sucessivamente, a divulgar informação relativa a participações qualificadas (arts. 16.º e ss. do CVM), a acordos parassociais (art. 19.º do CVM), a operações de dirigentes (art. 248.º-B do CVM), além da divulgação obrigatória de informação privilegiada. (arts. 248.º e ss. do CVM). Acresce a informação periódica, que deve ser difundida pelos emitentes de forma regular, com especial incidência nos documentos de prestação de contas (arts. 244.º e ss. do CVM)⁽⁴⁾.

4. Como se pode verificar, o quadro europeu dos deveres de informação no mercado de capitais — e o regime jurídico português, que resulta da sua transposição — não está construído com base num conceito unitário de informação, que delimite o âmbito dos factos a divulgar ou os obrigados à sua divulgação, desenvolvendo-se antes em torno de vicissitudes particulares (ex. entrada no mercado, alterações na estrutura acionista), ou de necessidades específicas de informação (ex. transparência na divulgação de informações financeiras)⁽⁵⁾.

Esta dimensão parcelar não tem impedido, no entanto, as tentativas de reconduzir à unidade a fundamentação dos deveres de informação no mercado de capitais. Como principais finalidades das regras que impõem deveres de informação a cargo dos emitentes, contam-se frequentemente a proteção dos investidores, a redução dos custos de agência e a eficiência na alocação dos recursos financeiros pelo mercado⁽⁶⁾.

(4) Sobre estes deveres, previstos na Diretiva da Transparência, entre nós, JOSÉ FERREIRA GOMES/DIAGO COSTA GONÇALVES, *Manual de Sociedades Abertas e de Sociedades Cotadas*, 2018, AAFDL, 107-114.

(5) Rüdiger Veil (ed.), *European Capital Markets Law*, 2.ª ed., 2017, Hart, § 16, 31.

(6) Utiliza-se a tripartição de LUCA ENRIQUES/SERGIO GILOTTA, *Disclosure and Financial Market Regulation*, em NIAMH MOLONEY/EILIS FERRAN/JENNIFER PAYNE, “The Oxford Handbook of Financial Regulation”, 2015, OUP. 513. A bipartição de Hopt é também clássica, contrapondo a proteção da alocação

Uma parte significativa desta discussão, sobre as finalidades dos deveres de informação, tem decorrido em *modo económico*: por economistas, ou por prisms fortemente marcados pela análise económica do direito. A este propósito, cumpre salientar, por um lado, que a análise económica não chegou a consenso quanto à necessidade e justificação de um modelo de divulgação obrigatória de informação ao mercado, muito menos do modelo atualmente existente entre nós⁽⁷⁾. Por outro lado, não é líquido que a análise económica forneça ferramentas úteis, muito menos as únicas que devam ser empregues para determinar a *ratio* das normas que impõem deveres de informação, e, mais particularmente, as que disciplinam a responsabilidade civil pelo prospeto.

Este enunciado demonstra-se através de uma análise muito perfunctória do regime estabelecido nos arts. 149.º e ss. do CVM: trata-se de um regime incompleto, que pressupõe a possibilidade de recurso a regras e princípios gerais (ex. regime da prova do dano), ao mesmo tempo que assume as valorações subjacentes à técnica jurídica da responsabilidade civil (em matéria de culpa, nexo de causalidade, cálculo do dano ou imputação do dano ao lesado, para citar apenas alguns aspetos).

Assim, ainda que se possa ter em conta a discussão económica sobre a necessidade e a eficiência das regras que impõem deveres de informação (nomeadamente para a aproximação ou afastamento da hipótese de um *mercado de capitais plenamente eficiente, do ponto de vista económico*), o regime da responsabilidade pela violação daqueles deveres deve ser interpretado a partir da inserção sistemática das regras em apreço no direito da responsabilidade civil, tendo em conta as valorações e ponderações de interesses que aí se identifiquem.

5. Situada a análise no plano *jurídico*, verifica-se que a interpretação das normas que estabelecem o dever de preparar e divulgar um prospeto beneficia da respetiva integração na ordem mais ampla do direito dos mercados e valores mobiliários, sendo possível estabelecer a este propósito conexões relevantes com os deveres dos intermediários financeiros.

Neste contexto, cumpre distinguir os deveres de informação a que estão obrigados os emitentes — em especial, o dever de divulgar um pros-

eficiente de capitais, no plano institucional, e a proteção do investidor, no plano individual, como duas faces da mesma moeda, quanto ao perfil funcional do regime jurídico do mercado de capitais e, em particular, das normas de informação: KLAUS HOPT, *Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapierhandelsgesetz*, ZHR 159 (1995), 158-159.

(7) LUCA ENRIQUES/SERGIO GILOTTA, *Disclosure and Financial Market Regulation*, cit., 525; Rüdiger Veil (ed.), *European Capital Markets Law*, cit., § 16, 15-24.

peto —, dos deveres de informação a que estão obrigados os intermediários financeiros, nas relações que estabelecem com os seus clientes. Recai atualmente sobre os intermediários financeiros uma *pletora* de deveres de conduta (arts. 304.º, ss. do CVM) e, entre eles, de deveres de informação (arts. 312.º, ss. do CVM).

Porém, os deveres de informação a cargo do intermediário referem-se em particular aos serviços prestados e respetivos custos [alíneas *a*), *f*) e *h*] do art. 312.º, n.º 1 do CVM], a eventuais conflitos de interesse [alínea *c*] do art. 312.º, n.º 1 do CVM] e à qualificação do investidor, atendendo ao respetivo grau de conhecimento e experiência [alíneas *b*) e *c*) do art. 312.º, n.º 1 do CVM].

É verdade que o intermediário financeiro deve também prestar informação sobre os “instrumentos financeiros” e sobre as “estratégias de investimento propostas” [alínea *d*] do art. 312.º, n.º 1 do CVM]. Mas o quadro em que a informação é prestada distingue-se com nitidez do contexto de divulgação do prospeto. O intermediário financeiro deve *transmitir* ao cliente a informação que é divulgada pelo emitente e deve, em muitas ocasiões, avaliar a adequação das operações sobre instrumentos financeiros (cf. art. 314.º do CVM). Porém, o primeiro dever é de mera *seleção e divulgação* de uma *informação preparada por terceiro*. O segundo é um dever primário, do intermediário, de *recolher* a informação necessária — sobre o instrumento e sobre o cliente — para avaliar a adequação da operação ao cliente.

O intermediário financeiro pode assim *confiar* na informação prestada pelo emitente, não tendo o dever de desenvolver esforços autónomos para a sua validação. Mesmo no âmbito do novo regime de *product governance* (arts. 309.º-I, ss. do CVM), o dever de acompanhamento e revisão periódica de instrumentos financeiros distribuídos baseia-se na fiabilidade da informação prestada pelo produtor: o distribuidor deve testar a adequação entre o produto distribuído e as necessidades, características e objetivos dos investidores do mercado-alvo, mas não está obrigado a validar autonomamente (ou a recorrer a terceiros para confirmar) a informação fornecida pelo emitente⁽⁸⁾.

6. Esta divisão de tarefas torna mais nítidas as finalidades subjacentes ao dever de divulgar a informação constante do prospeto. Com a imposição do dever de preparar e divulgar informações muito extensas e deta-

(8) Tenha-se presente, por exemplo, o art. 309.º-L, n.ºs 3 e 4 do CVM e os n.ºs 56, ss. das *Guidelines on MiFID II product governance requirements* da ESMA, de 2018.

lhadas no prospeto não se pretende isentar o investidor do risco de tomar *decisões prejudiciais* de investimento (ex. um investimento com perda total do capital investido) ou decisões desadequadas às suas expectativas e necessidades (ex. uma operação num ativo pouco líquido, quando o investidor precisará de liquidez no curto prazo). Algumas destas finalidades são antes prosseguidas através da imposição de deveres de conduta aos intermediários financeiros. A hipótese de estes deveres estarem funcionalizados ao serviço da eficiência na alocação de recursos pelo mercado de capitais não encontra os necessários pontos de apoio normativos.

A divulgação de informação através do prospeto permite assegurar a *possibilidade* de uma decisão livre e esclarecida do investidor, como aliás é propósito comum dos deveres de informação pré-contratual. É disso revelador o trecho do n.º 4 do art. 149.º do CVM: “as informações fundamentais para permitir que os investidores determinem se e quando devem investir nos valores mobiliários em causa”. Para assegurar as condições desta *possibilidade*, o legislador preocupou-se com a correta formação dos preços no mercado, assegurando simetria de informação — através da divulgação *pública* do prospeto — e intervenção de profissionais na validação, análise e transmissão da informação (como se verá *infra*, III). Se o investidor, pese embora a divulgação de informação insuficiente, conhecer a irregularidade, e mesmo assim investir, não beneficia da proteção conferida pelas normas de responsabilidade civil (art. 149.º, n.º 3 do CVM). Apesar da alocação ineficiente de recursos, teve a *possibilidade* de uma decisão livre e esclarecida.

7. Outro traço que resulta deste enquadramento — e que será depois desenvolvido — é o da intermediação na recolha, análise e transmissão da informação. A divulgação de informação é imposta ao emitente tendo como pressuposto que o investidor irá ser assistido na sua decisão de investimento por um profissional, que recolha e analise a informação, e a contraste com a situação patrimonial e financeira do cliente e os seus objetivos de investimento. Em todo o caso, o investidor não deixa de estar exposto ao risco de mercado, com a divulgação de um prospeto. Pretende-se antes que a sua decisão de investimento seja esclarecida, quer o investidor a tome autonomamente, quer recorra a um intermediário financeiro para o aconselhar.

Está aqui em causa, assim, a proteção individual do investidor e da respetiva decisão de investimento. Esse é o fim dominante das normas em apreço. Os interesses do investidor não estão por isso funcionalizados ao serviço da eficiência do mercado e, no plano mais geral, ao interesse coletivo do desenvolvimento económico.

III. Estrutura intermediada do mercado de capitais e intermediação obrigatória

8. A responsabilidade por deficiências no prospeto convoca problemas análogos aos gerados pela perturbação na prestação de informações, no período anterior à vinculação contratual. No entanto, e ao contrário da estrutura contratual/informacional típica, protagonizada pelas partes do contrato, é essencial aqui — na responsabilidade pelo prospeto — considerar a estrutura *intermediada* do mercado de capitais.

Com efeito, nos mercados de capitais o encontro de vontades entre investidores e emitentes (no mercado primário), e entre investidores (no mercado secundário) faz-se necessariamente através de intermediários financeiros, sendo muito limitadas as instâncias em que os investidores participam pessoal e diretamente em operações sobre instrumentos financeiros⁽⁹⁾. Quando assim aconteça, tratar-se-á — em regra — de investidores profissionais, que se vinculam fora de mercados regulamentados.

9. Entre outras funções relevantes, os intermediários financeiros desempenham um papel crucial na verificação, análise e transmissão da informação, que é essencial à tomada de decisões de investimento⁽¹⁰⁾.

Esta função é especialmente nítida se analisarmos as ofertas públicas sujeitas à obrigação de divulgação de prospeto, de forma integrada. Para o efeito, deve ter-se em conta não só o regime de intermediação obrigatória previsto no art. 113.º do CVM⁽¹¹⁾, mas também o papel desempenhado por intermediários financeiros na execução de ordens, na consultoria para investimento e na gestão de carteiras. A partir desta perspetiva integrada, e de forma esquemática, sobressai o papel que os intermediários financeiros desempenham na *verificação da informação, a montante*, mas também a relevância da *análise e transmissão da informação, a jusante*, nas relações com os investidores. Analisam-se estas duas funções, em maior detalhe, de seguida⁽¹²⁾.

(9) Rüdiger Veil (ed.), *European Capital Markets Law*, cit., § 9, 1; MARKUS LENENBACH, *Kapitalmarktrecht*, 2010, 2.ª ed., RWS, 145.

(10) Para uma análise transversal desta relevância, a partir de uma perspetiva eminentemente económica, por todos, JOHN ARMOUR, et al., *Principles of Financial Regulation*, 2016, OUP, 118-142.

(11) PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2018, 4.ª ed., Almedina, 650.

(12) Não se quer com isto dizer que a responsabilidade do emitente e a responsabilidade do intermediário, nas relações individualizadas com clientes, estão num contínuo normativo e dogmático. Apenas se sugere que para interpretar a responsabilidade pela divulgação de informação deficiente no prospeto se deve identificar quem são os destinatários primários da informação e quais os seus deveres, na análise e transmissão dessa informação aos investidores.

10. Como referido, o regime da intermediação obrigatória vem previsto no art. 113.º do CVM, que impõe a intervenção de um intermediário financeiro nas ofertas públicas em que seja obrigatória a preparação e divulgação de prospeto. Nas ofertas de distribuição, o intermediário deve, pelo menos, intervir na assistência e colocação da oferta, ao passo que nas ofertas de aquisição, a sua intervenção é necessária na assistência e receção de declarações de aceitação [alíneas *a*) e *b*) do art. 113.º, n.º 1 do CVM]⁽¹³⁾.

Em matéria de *verificação da informação*, é especialmente relevante a assistência obrigatória prestada pelo intermediário financeiro, que intervém na elaboração do prospeto e no anúncio do lançamento da oferta, bem como na preparação e apresentação do pedido de aprovação do prospeto junto da CMVM (ou no registo prévio da oferta) [art. 337.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) do CVM]. Confirma-o o n.º 3 do art. 337.º do CVM quando atribui ao intermediário o dever de “assegurar o respeito pelos preceitos legais e regulamentares, em especial quanto à qualidade da informação transmitida”.

A intervenção dos intermediários financeiros nesta fase visa assim, por um lado, promover a aporção da experiência e conhecimentos específicos destes profissionais na preparação e acompanhamento de pedidos de aprovação ou registo prévio de prospetos⁽¹⁴⁾, atribuindo-lhes um dever específico de verificação da qualidade da informação prestada. Os intermediários podem aqui contribuir de forma preventiva para a conformidade do processo de aprovação/registo da oferta.

Por outro lado, a intervenção obrigatória reforça a garantia patrimonial de eventuais pretensões indemnizatórias associadas ao prospeto, que beneficiam assim da acrescida capacidade financeira (dobrada pela sujeição a supervisão) dos intermediários, considerando a respetiva inclusão na lista de responsáveis do art. 149.º, n.º 1 do CVM [alínea *g*)]⁽¹⁵⁾. Esta dimensão de garantia pode também ter repercussões na *verificação da informação* constante do prospeto. Ao assumirem a responsabilidade pelo prospeto, os intermediários tenderão a examinar de forma *interessada* a informação constante do processo, através de processos de *due diligence* ou equivalentes⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ A intervenção de um *outro* intermediário financeiro é dispensada, quando o próprio emittente seja intermediário financeiro, autorizado a exercer as funções de assistência, colocação e receção de ordens (art. 113.º/2, CVM).

⁽¹⁴⁾ Para o direito alemão, em relação a uma norma comparável da *Börsengesetz* [§ 32 (2)], SCHWARK/ZIMMER, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, 2010, 4.ª ed., 336.

⁽¹⁵⁾ SCHWARK/ZIMMER, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, *cit.*, 336.

⁽¹⁶⁾ SCHWARK/ZIMMER, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, *cit.*, 337.

Este incentivo à *verificação da informação* decorre também do risco reputacional que os intermediários financeiros assumem nas funções de colocação dos valores mobiliários que são objeto da oferta, mesmo nos casos que não envolvam tomada firme ou garantia de colocação^(17/18) (i.e., nos casos de colocação simples)⁽¹⁹⁾. Um intermediário financeiro que apenas preste serviços de colocação (i.e., que não preste simultaneamente serviços de assistência) não está *per se* incluído no leque de responsáveis do art. 149.º, n.º 1 do CVM, mas põe — ainda assim — em jogo a sua reputação comercial, sendo por isso de esperar que se empenhe especialmente na *verificação da informação* constante do prospeto. Este empenho será acrescido quando aceite ser nomeado no prospeto como responsável por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se inclua [art. 149.º, n.º 1, alínea h) do CVM]⁽²⁰⁾.

Revela-se assim a importância da intervenção do intermediário financeiro na assistência e colocação de ofertas públicas de valores mobiliários. Na assistência, desempenham uma função de proteção do investidor ao *verificar a informação* constante do prospeto, mas também na *garantia* de pretensões decorrentes da sua irregularidade. Na colocação, através do alinhamento de interesses decorrente da sua intervenção obrigatória, os intermediários têm um incentivo considerável para se envolverem igualmente no acompanhamento do processo de aprovação/registo prévio e, em particular, na verificação da qualidade da informação prestada⁽²¹⁾.

(17) JOHN ARMOUR, *et al.*, *Principles of Financial Regulation*, *cit.*, 123-125; para uma análise destes contratos, entre nós, PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *cit.*, 511-514; RUI PINTO DUARTE, *Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários*, Cad.M.V.M, n.º 7 (2000), 368-372.

(18) Os serviços (de intermediação financeira) de assistência e colocação no contexto de ofertas podem ser prestados por intermediários financeiros diferentes (art. 338.º, n.º 2, CVM).

(19) Recorrendo à distinção de RUI PINTO DUARTE, *Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários*, *cit.*, 369 “na tomada firme o intermediário subscreve necessariamente e imediatamente valores; na colocação com garantia só o faz eventualmente, após o período de subscrição, se os valores não forem integralmente subscritos por terceiros.” Na colocação simples, obriga-se a desenvolver os melhores esforços na distribuição, sem garantir qualquer resultado (art. 338.º, n.º 1 do CVM).

(20) KATJA LANGENBUCHER, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 2015, 3.ª ed., 290; José Ferreira Gomes, em JOSÉ FERREIRA GOMES/DIOGO COSTA GONÇALVES, *Manual de Sociedades Abertas e de Sociedades Cotadas*, *cit.*, 185-186.

(21) A importância destas funções justifica uma apreciação positiva do regime da intermediação obrigatória, como regra geral, justificando-se assim a compressão da liberdade dos emitentes, na medida reflexa. No mesmo sentido, SCHWARK/ZIMMER, *Kapitalmarktrechts-Kommentar*, *cit.*, 337. Entre nós, para uma proposta de revisão, no sentido da reponderação da exigência de intermediação obrigatória, José Ferreira Gomes, em JOSÉ FERREIRA GOMES/DIOGO COSTA GONÇALVES, *Manual de Sociedades Abertas e de Sociedades Cotadas*, *cit.*, 186-187. Manifestando dúvidas quanto à necessidade ou conveniência da exigência de intervenção de um *Emissionsbegleiter*, que participa obrigatoriamente no

11. A ponderação da estrutura *intermediada* do mercado de capitais só fica completa, porém, com a análise do papel desempenhado pelos intermediários financeiros a jusante, nas relações com os investidores. A intervenção neste âmbito também é obrigatória, quando estejam em causa ofertas sujeitas ao dever de preparar e divulgar prospeto. Da interpretação articulada do art. 113.º, n.º 1 com o art. 338.º, n.º 1, ambos do CVM, resulta que nas ofertas de distribuição cabe ao intermediário financeiro a receção das ordens de subscrição ou de aquisição e que nas ofertas de aquisição deve forçosamente receber as declarações de aceitação⁽²²⁾.

Daqui decorre que os negócios celebrados por um investidor que pretenda adquirir ou alienar valores mobiliários em ofertas públicas sujeitas à obrigação de divulgar prospeto serão sempre *intermediados* por um profissional: um intermediário financeiro. Quer porque se trate de colocação simples ou com garantia, e o intermediário receba a ordem de subscrição/aquisição do investidor (sendo as partes o emitente e o investidor); quer porque se trate de uma tomada firme, em que o intermediário aliena os valores mobiliários por si adquiridos, recebendo a ordem do investidor; quer porque se trate de uma oferta pública de aquisição, e o intermediário receba a declaração de aceitação do investidor.

Mas se assim é, os intermediários financeiros que prestem aos emittentes serviços de colocação (e de receção de declarações de aceitação)⁽²³⁾ estabelecem também relações *relevantes* de intermediação com os investidores, prestando-lhes serviços de receção e execução de ordens, pelo menos, a que podem acrescer serviços de consultoria para investimento ou de gestão de carteiras.

Os deveres dos intermediários financeiros nas relações com os investidores irão variar em função do tipo de serviço prestado e da complexidade dos valores mobiliários em causa, entre outros fatores. Mas mesmo nos casos em que os deveres são menos intensos — i.e., na prestação exclusiva de serviços de receção e transmissão ou execução de ordens (art. 314.º-D do CVM) —, o intermediário deve *conhecer* o valor mobiliário objeto da operação, desde logo para o poder qualificar como um instrumento suscetível de *execution-only* [art. 314.º-D, n.º 1, alínea *a*) do CVM], mas também para estar em condições de prestar aos investidores a informação que lhes é devida, nos termos gerais (art. 314.º do CVM).

requerimento para admissão de valores mobiliários em bolsa (§ 32(2), *Börsengesetz*), Wolfgang Groß, *Kapitalmarktrecht*, 2020, 7.ª ed., Beck, 182.

(22) PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, cit., 511.

(23) Que podem acumular, ou não, as funções de assistência à oferta (art. 338.º, n.º 2 do CVM).

12. Pode assim concluir-se que a informação constante dos prospectos, quando seja obrigatória a sua elaboração e divulgação, deve necessariamente ser *verificada* a montante por profissionais, pelas vias acima descritas, e se destina primariamente a profissionais, atendendo à estrutura intermediada do mercado de capitais, e à intervenção obrigatória dos intermediários financeiros também nas relações com os investidores. É assim informação preparada e validada por profissionais, e dirigida a profissionais.

Obviamente que a sua difusão pelo público possibilita o acesso direto à informação por parte de investidores individuais. Mas a participação obrigatória de profissionais na elaboração da informação e no seu tratamento e análise terá forçosamente que ter influência na forma como se aplicam os pressupostos da responsabilidade civil pelo prospecto, em especial o pressuposto classicamente exigido em sede de responsabilidade pré-contratual, de *conhecimento* da informação e de *investimento de confiança* na informação, em relação à parte que invoca tutela ressarcitória.

Com efeito, ao contrário do que sucede nos casos paradigmáticos de responsabilidade pré-contratual, a informação não é preparada e transmitida entre os contraentes, mas antes *entre profissionais*, cuja intervenção é obrigatória.

IV. O requisito da causação da transação na responsabilidade pelo prospecto

13. A lei restringe a qualidade de titular do direito à indemnização com fundamento em responsabilidade pelo prospecto àquele que tenha feito uma aquisição ou venda dos valores mobiliários a que se refere o prospecto (*requisito da transação*). É o que resulta implicitamente do art. 152.º, n.º 1 do CVM quando se toma aí como referente temporal do cálculo do dano o «momento da *aquisição* ou da *alienação dos valores mobiliários*»⁽²⁴⁾.

Menos clara é, contudo, a exigência de uma relação causal entre essa transação e o prospecto (*requisito da causação da transação*). Na lei do prospecto alemã, por exemplo, a responsabilidade é excluída se o responsável pelo prospecto demonstrar que os valores mobiliários não foram adqui-

⁽²⁴⁾ O dano proveniente de outras decisões, ainda que assentes na informação contida no prospecto, não é indemnizável no âmbito da responsabilidade pelo prospecto dos art. 149.º, ss., do CVM (v.g., decisão de conservar e não vender valores mobiliários do mesmo emitente).

ridos com base no prospeto⁽²⁵⁾, o que evoca a necessidade de uma relação causal entre a informação e a decisão do investidor, embora o ónus da prova da (ausência de causalidade) pertença ao responsável, pelo que as dúvidas quanto à existência desse nexa não onerarão o lesado. O direito português omite, contudo, menção análoga.

A lei pretérita, o Código dos Mercado dos Valores Mobiliários (“Cod. MVM”), também não oferecia de forma inequívoca uma resposta ao problema. Contudo, estabelecia que a informação inexata deveria ser capaz de influenciar a decisão de um «investidor normalmente prudente» e uma parte muito relevante da doutrina considerava que essa exigência afastava o requisito da causação da transação. O entendimento era o de que a lei se bastava com a *aptidão abstrata* da informação (inexata) constante do prospeto para influenciar decisões, independentemente de a decisão do lesado ter sido realmente determinada por ela⁽²⁶⁾. No atual Código dos Valores Mobiliários não se encontra regra semelhante. Em preceito algum se prevê explicitamente a necessidade de a informação distorcida do prospeto ser em abstrato apta a motivar a compra ou venda dos valores aí anunciados. Essa omissão tem levado a que a maioria da doutrina reconheça a necessidade de relação causal concreta entre a decisão individual de investimento e o prospeto.

Não há, porém, acordo quanto ao *conteúdo do nexa causal* entre a transação e o prospeto. Para alguns, seria necessário que o investidor *conhecesse* o prospeto e que a *informação (inexata) aí contida* tivesse intervindo (de forma decisiva) no juízo individual que presidiu à decisão de adquirir ou vender. Para outros, pelo contrário, não é necessário que a informação do prospeto tenha sido conhecida pelo investidor, mas antes que ela crie no mercado um *ambiente propício ao investimento* e que este, por seu turno, *dê azo à decisão* do lesado. Pode-se falar a este propósito de uma contraposição entre a exigência de uma causalidade direta e de uma causalidade indireta. Em qualquer caso, não se abdica nunca do requisito da causação da transação.

14. Na responsabilidade por informações «geral», a constituição de uma obrigação de indemnizar requer um efetivo nexa entre a informação inexata e uma ação do lesado. Esse nexa concretiza-se na tripla exigência de que o lesado (titular do direito à indemnização) (1) tenha tido conhecimento

⁽²⁵⁾ É o que estabelece o § 12 (2) 1. da WpPG.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, AMADEU FERREIRA, *Direito dos valores mobiliários*, 1997, AAFDL, 404-405, COSTA PINA, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário dos valores mobiliários*, 1982, Coimbra Editora, 223, e ANA PERES, «Responsabilidade civil da entidade emitente pelo conteúdo do prospecto», Cad.M.V.M., n.º 5 (Agosto 1999), 53-95 (68, ss.). Diversamente, Castilho dos Santos, *O dever de informação sobre factos relevantes na sociedade cotada*, 1998, AAFDL, 99.

da informação inexata, (2) tenha confiado nessa informação, e (3) tenha tomado uma decisão determinado por essa informação (*maxime*, a decisão de celebrar um negócio).

Aplicada à responsabilidade pelo prospeto, esta tese redundaria na imposição de três requisitos: (1) o investidor lesado tem de ter lido o prospeto; (2) o investidor tem de ter acreditado na informação contida no prospeto; (3) a decisão do investidor de comprar ou vender os valores mobiliários tem de ter assentado no prospeto, de tal forma que seria outra se o seu conteúdo estivesse em conformidade com a lei. Com isto teríamos, pois, a exigência de uma «causalidade direta». Em conformidade, no direito português, M. Miranda Barbosa⁽²⁷⁾ e L. Menezes Leitão⁽²⁸⁾ entendem que a responsabilidade pelo prospeto pressupõe que o lesado tenha lido o prospeto e que demonstre que não teria realizado a transação se o prospeto não contivesse informação desconforme com a lei.

O que dizer deste entendimento? Poderá importar-se para a responsabilidade pelo prospeto o que vale em geral na responsabilidade por informações? Em nosso entender, a resposta é negativa. A exigência de um nexos de causalidade entre a decisão do investidor individualmente considerada e o prospeto não é adequada às particularidades do mercado de instrumentos financeiros, em que a informação existente no mercado não é imediatamente dirigida ao público leigo, mas antes, como se demonstrou (*supra*, III), a profissionais. O investidor que lê e sobretudo que é *capaz de compreender* o prospeto ao ponto de basear nele a sua decisão de compra ou de venda é a exceção, não a regra. Na generalidade dos casos, o investidor não saberia o que fazer com a informação constante do prospeto, mesmo que o lesse. Esta particularidade do mercado de valores mobiliários esteve na origem de uma tese, hoje maioritária na doutrina alemã, nos termos da qual basta a existência de uma *causalidade indireta* entre o prospeto e a decisão individual de investimento, sendo esse nexos estabelecido pela via (indireta) de um «ambiente favorável ao investimento»: a *Anlagestimmung* consagrada primeiramente na doutrina jurisprudência alemã e subsequentemente na própria lei⁽²⁹⁾.

(27) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do art. 152.º do Código de Valores Mobiliários», em *Direito Civil e Sistema Financeiro*, 2016, Princípios, 133-156 (145).

(28) L. MENEZES LEITÃO, *Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros*, em AAVV, “Estudos de Direito dos Valores Mobiliários”, II, 2000, Coimbra Editora, 129-156 (155-156).

(29) HABERSACK/MÜLBERT/SCHLITT, *Handbuch des Kapitalmarktinformation*, 2013, 2.ª ed., Beck, 748-749. A presunção de criação de um ambiente favorável ao investimento (*Anlagestimmung*) está de

A nosso ver, deve-se aceitar que a responsabilidade pelo prospeto dispensa uma causalidade direta, bastando-se com a criação do ambiente favorável ao investimento e com umnexo entre este ambiente e a decisão individual de investimento. Este nexopode presumir-se, na generalidade dos casos, mas apenas nos termos de uma presunção judicial.

15. Esta configuração especial da causalidade por informações constantes do prospeto retira a sua legitimação da existência de profissionais (*maxime*, intermediários financeiros) que assimilam e convertem a informação existente no mercado em recomendações de investimento. É certo que se tais profissionais fossem «empregues» pelo investidor deveria ser este a suportar o risco de não conseguir demonstrar que a sua decisão foi guiada pela informação contida no prospeto. A verdade é, contudo, e como se demonstrou, que o envolvimento dos intermediários se faz a montante e a jusante, e que o cerne da sua intervenção na verificação, transmissão e análise da informação não depende da relação que estabeleçam com investidores individuais, e não varia com as suas necessidades específicas de assistência. Com efeito, perante investidores pouco experientes e com poucos conhecimentos (e/ou perante produtos complexos), os intermediários podem até ser obrigados a conhecer mais aprofundadamente a situação e expectativas dos clientes, e a testar a adequação do instrumento financeiro. Mas nunca são dispensados, independentemente do perfil do cliente, de verificar a informação a montante, na assistência à oferta e de a conhecer a jusante, na receção e execução de ordens emitidas por clientes: a informação é-lhes dirigida a eles e não ao investidor comum⁽³⁰⁾.

16. À luz do critério que sustentamos, a aferição do pressuposto da causação da transação depende de uma dupla exigência: por um lado, é necessário que o prospeto tenha criado um ambiente favorável ao investimento e que este se mantenha ao tempo da transação efetuada pelo lesado;

certa forma codificada no atual § 9 (1) da *Wertpapierprospektgesetz* (“WpPG”), que corresponde com alterações ao anterior § 44 da *Börsengesetz* e à anterior redação do § 21 da própria WpPG (para uma história do preceito, por todos, Wolfgang Groß, *Kapitalmarktrecht*, cit., 349-354). Basta ao investidor demonstrar que adquiriu os valores mobiliários após a publicação do prospeto e nos seis meses seguintes à admissão do valor em mercado regulamentado. Os responsáveis pelo dever de indemnizar podem, no entanto, demonstrar que o ambiente favorável ao investimento desapareceu ou não chegou a existir no período relevante: WOLFGANG GROSS, *Kapitalmarktrecht*, cit., 420-423.

⁽³⁰⁾ O argumento, tido como decisivo para a aceitação de uma causalidade indireta, é de KATIA LANGENBUCHER, *Kausalitätsbeziehungen bei der Einschaltung von Finanzintermediären*, em *Festschrift für Karsten Schmidt*, 2009, Otto Schmidt, 1054.

por outro, requer-se que o ambiente seja essencial para a transação, em termos tais que esta não teria sido tomada se o ambiente não existisse.

O ambiente propício pode não ter chegado a verificar-se, *v. g.*, porque a informação depreciativa do emitente existente no mercado à data da publicação do prospeto era tão forte que não permitiu que a informação incorreta nele contida gerasse uma tendência de investimento. Além disso, a «vaga» favorável inicialmente criada pode não subsistir ao tempo da aquisição: circunstâncias supervenientes do mercado podem levar ao esbatemento da tendência. Quanto mais a transação distar temporalmente da publicação do prospeto, mais improvável é a conservação de um ambiente favorável ao investimento em consequência da informação contida no prospeto.

Delicada é a matéria do *onus da prova* de ambos os factos. Pode até afirmar-se que, em circunstâncias normais, o lançamento de uma oferta que não seja acompanhado de dúvidas públicas sobre a veracidade da informação ou de análises que considerem excessivo o preço dos valores mobiliários, cria um ambiente favorável de investimento. Na mesma medida, em circunstâncias normais, pode afirmar-se que uma decisão individual de investimento temporalmente próxima do lançamento de uma oferta e da divulgação do prospeto acompanhada do dito ambiente será causalmente determinada por essas oferta e prospeto. Mas trata-se apenas de presunções judiciais, não havendo norma jurídica que fundamente uma presunção legal⁽³¹⁾.

17. A dispensa de que o lesado tenha lido o prospeto e este tenha sido decisivo para a decisão de fazer a transação não se traduz numa *renúncia* à causalidade, mas apenas na sua *substituição* por uma causalidade indireta.

Além disso, a proposta da *Anlagestimmung* deve ser entendida como a *substituição* da exigência de uma causalidade «direta» por uma causalidade «indireta» e não como uma *presunção* da existência de causalidade

⁽³¹⁾ Entre nós, defendendo que a norma do n.º 1 do art. 149.º do CVM inclui também uma presunção (portanto legal, não meramente judicial) de causalidade fundamentante, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, 2006, Almedina, 112-113. Na lei alemã do prospeto, existe esta presunção: é ao responsável pelo prospeto deficiente que cabe demonstrar que o investidor não adquiriu os valores com base no prospeto, facto que constituirá, assim, uma causa de exclusão da responsabilidade: § 12 (2) 1 da WpPG (cf. sobre esta presunção e o seu alcance, ainda que perante a lei pretérita, cf. ULRICH EHRLICHE, «Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung in Deutschland», em KLAUS HOPT/HANS-CHRISTOPH VOIGT, *Prospekt- und Kapitalinformationshaftung. Recht um Reform in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA*, 2004, Mohr Siebeck, 190-312 (239-240).

«direta». Quer dizer, não está em causa uma *facilitação da prova*, nos termos da qual, provando-se que a informação viciada contida no prospeto teria gerado um ambiente propenso ao investimento, inferir-se-ia o erro do investidor individualmente considerado bem como a sua essencialidade para a transação efetuada⁽³²⁾. De acordo com a tese da *Anlagestimmung*, entendida como substituição de uma causalidade direta entre o prospeto e a transação, não exclui a responsabilidade pelo prospeto (por falta de causalidade) a prova de que o investidor não leu o prospeto ou de que, tendo embora lido, não o compreendeu.

18. Também não se confunde a tese da predisposição favorável ao investimento (*Anlagestimmung*) com a tese que sustenta a aplicação de uma *presunção de atuação conforme com a informação* à responsabilidade pelo prospeto⁽³³⁾. A ideia desta *presunção* faz sentido nos casos em a responsabilidade por informações assente na viciação do conhecimento individual do lesado. Apresenta-se aí como uma «solução» para a dificuldade de provar a essencialidade do vício da informação na tomada da decisão lesado — uma solução ainda assim, controversa⁽³⁴⁾. Mas ela não presta qualquer serviço útil quando justamente é impossível demonstrar que o lesado conhece a informação viciada e confiou nela. E é esta a situação na generalidade dos casos na responsabilidade pelo prospeto.

19. Temos vindo até agora a pressupor sempre a necessidade de umnexo causal entre a transação que é pressuposto do pedido de indemnização e o prospeto viciado. Contudo, uma reflexão mais aprofundada sobre o

⁽³²⁾ Diversamente, MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil por prospeto no direito dos valores mobiliários. O bem jurídico protegido*, Almedina, 2018, 350, afirma que o «pensamento da *Anlagestimmung* (...) apenas fundamenta uma *presunção* (uma *presunção prima facie* ou mesmo uma *presunção legal*) de que a vontade do investidor se alicerçou no conteúdo das informações contidas no prospeto».

⁽³³⁾ JOSÉ FERREIRA GOMES parece aderir a esta construção, admitindo em tese a inclusão de uma *presunção de atuação conforme* na *presunção* mais ampla do art. 149.º, n.º 1 do CVM ou a sua recondução a uma *presunção judicial*, em JOSÉ FERREIRA GOMES/DIOGO COSTA GONÇALVES, *Manual de Sociedades Abertas e de Sociedades Cotadas*, cit., 232.

⁽³⁴⁾ Cf. por todos, na doutrina portuguesa, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, 2008, Coimbra Editora, 1385-1389. Na doutrina alemã, CANARIS, apesar de defender que é ao responsável que cabe provar que a informação prestada foi indiferente para a decisão do lesado e não a este último que compete provar a essencialidade da informação para a sua decisão, considera que tal não resulta de qualquer *presunção*, mas da aplicação das regras gerais de distribuição do ónus da prova. Cf. CLAUD-WILHELM CANARIS, «Die Vermutung "Aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen», em *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag* (org. Franz Häuser et alii), De Gruyter, 3-24.

requisito da causação da transação obriga a que se coloque a questão da sua exigibilidade em face da lei portuguesa. É indispensável à responsabilização dos intervenientes no prospeto a existência de um nexo entre este e a decisão do investidor que depois vem a exercer o direito à indemnização? Não deveria bastar a *aptidão abstrata da informação para influenciar os preços dos valores mobiliários e a verificação de uma deficiente formação dos preços em consequência dela*? Será de abdicar do requisito da causação, ainda que indireta, da transação, em favor da exigência de um nexo entre o prospeto e a distorção do preço dos valores mobiliários em apreço?

A questão é difícil. Propendemos, porém, para a ideia (maioritária na doutrina portuguesa) da necessidade de um nexo causal entre a transação — que é condição da concessão do direito à indemnização — e o prospeto. A tese contrária levaria a que um investidor tivesse direito a uma indemnização mesmo que comprasse num momento em que, apesar de subsistir a distorção do preço dos valores mobiliários gerada pela deficiência do prospeto, já se tivesse desvanecido o ambiente favorável ao investimento naqueles valores mobiliários. Em termos simplificados, dir-se-ia que o investidor seria tutelado sempre que a correção posterior, no mercado, da informação contida no prospeto gerasse uma desvalorização do investimento feito, ainda que o prospeto não tivesse tido papel algum em «encaminhá-lo» para esse «mau investimento».

Na doutrina portuguesa, uma posição algo próxima da que acabamos de identificar é sustentada por M. Azevedo de Almeida. Para a autora, a responsabilidade pelo prospeto não supõe que a informação viciada do prospeto tenha criado uma predisposição para o investimento no público investidor, mas antes, em vez disso, (1) que o *vício do prospeto seja material, i.e.*, a informação em questão deve ser suscetível, em abstrato, de influenciar a decisão de investimento do investidor prudente ou razoável e (2) que a correção subsequente da informação do prospeto no mercado tenha tido um *reflexo negativo nos preços* dos correspondentes valores mobiliários. Em relação à prova deste último pressuposto, a autora afirma que se uma alteração dos preços no mercado ocorre *depois* da correção da informação do prospeto, presume-se ter sido causada por aquela correção⁽³⁵⁾. No entanto, a autora acaba por não prescindir do requisito da causação da transação, apenas o desloca para o momento da «causalidade de preenchimento», já que considera que para o cálculo da indemnização é

(35) Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade, cit.*, 351, ss.

determinante que se demonstre que sem o prospeto o investidor não teria feito a aquisição ou não a teria feito nos mesmos termos⁽³⁶⁾.

20. Duas notas de esclarecimento adicionais são devidas no termo desta divisão sobre o requisito da causação da transação.

A primeira nota é a de que a discussão, acima enunciada, sobre se é necessário que o conteúdo do prospeto seja um elemento presente na formação da decisão individual do investidor e seja essencial à decisão tomada ou se, inversamente, esse conteúdo deve ser antes um elemento presente na formação de um ambiente propício ao investimento o qual, por seu turno, desempenha um papel essencial na decisão do investidor, essa discussão, dizíamos, não respeita ao *critério de aferição da causalidade*, mas antes aos *termos a que se aplica o juízo de causalidade*.

Em ambas as concepções — na que rejeitámos, tanto quanto na que defendemos — o critério para determinar se o prospeto é ou não causa da transação é sempre o mesmo: em ambos os casos, se exige *condicionalidade* ou, por outras palavras, um *juízo contrafactual*. O «teste» da causalidade consiste sempre em saber se, não fora o prospeto inexistente, a transação não teria sido feita. Simplesmente, no primeiro entendimento, o teste respeita à relação entre o conhecimento pelo investidor do conteúdo do prospeto e a sua decisão. No segundo entendimento, pelo contrário o teste respeita à relação entre o conteúdo do prospeto e um ambiente favorável ao investimento e entre este e a decisão do investidor. Por isso, não releva na opção entre as duas fórmulas a controvérsia sobre se a noção de causa, por figurar na previsão de normas jurídicas, deve ser entendida «normativamente» e dispensa, por isso, um juízo de condicionalidade ou contrafactual. Por muito que essa discussão possa ser relevante para a solução de outros problemas, ela não cumpre papel algum no debate que aqui deixámos exposto e sobre o qual tomámos posição.

21. A segunda nota respeita à contraposição entre causalidade «fundamentadora» da responsabilidade e causalidade «preenchedora». A exigência de que a transação seja causada pelo prospeto tem sido, por uma parte dos autores, concebida como uma exigência respeitante à *causalidade «fundamentadora»*⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 320-325 e *passim*. A autora entende coerentemente que o conhecimento pelo investidor da inexistência do prospeto (cf. o art. 149.º, n.º 3, do CVM) traduz uma «quebra do nexo causal» no âmbito da «causalidade de preenchimento» (*idem*, 352).

⁽³⁷⁾ No direito alemão, cf. a título meramente exemplificativo, KNUT SAUER, *Haftung für Falschinformation des Sekundärmarktes*, 2004, Peter Lang, 300-301, ALEXANDER HELLGARDT, *Kapitalmarkt-*

A separação de dois momentos da aferição da causalidade na responsabilidade civil é corrente na doutrina alemã e tem-se vulgarizado nos últimos tempos na doutrina portuguesa, por influência germânica⁽³⁸⁾. Originariamente a distinção visava os delitos em que a produção de um resultado é necessária para considerar-se praticado um ato ilícito. Nesses casos, a causalidade relevaria em dois planos distintos. Por um lado, só se considera que alguém *viola*, por exemplo, o direito de propriedade de outrem se o seu comportamento *causar a deterioração* da coisa pertencente à vítima. A causalidade é, então, fundamentadora, pois sem ela nem sequer se completa uma situação de responsabilidade. Por outro lado, uma vez constituída a obrigação de indemnizar com fundamento na violação do direito de propriedade, há que seleccionar os danos pelos quais o infrator tem de responder, por exemplo, se a indemnização abrange a perda de um lucro de uma venda aprazada, a despesa feita na substituição temporária da coisa, o acidente que o lesado sofreu no regresso da oficina onde tinha posto a coisa a reparar. A causalidade é agora relevante para o «preenchimento» da responsabilidade.

No caso dos delitos de resultado, à distinção entre a causalidade na fundamentação (ou seja, necessária à própria afirmação da ilicitude) e causalidade no preenchimento estaria subjacente o reconhecimento de que os juízos envolvidos nos dois momentos corresponderiam a *critérios* distintos: para efeitos de fundamentação da responsabilidade, bastaria a exigência de culpa para afastar a responsabilização do agente por efeitos muito remotos e improváveis do seu comportamento; no âmbito do preenchimento da responsabilidade, a culpa não desempenharia um papel seletivo dos danos a indemnizar, o qual estaria a cargo de outros critérios como o da adequação do comportamento para causar certo dano ou o da pertença de certo dano ao fim da norma violada⁽³⁹⁾.

O acerto dogmático da distinção entre causalidade fundamentadora e preenchedora tem sido objeto de sucessivas dúvidas. Não é aqui o lugar para resolvê-las. Mesmo aceitando que os dois conceitos possam corresponder a uma diferença de regime, o certo é que a sua aplicação à responsa-

deliktsrecht. Haftung von Emittenten, Bietern, Organwaltern und Marktintermediären — Grundlagen, Systematik, Einzelfragen, 2008, Mohr Siebeck, 519, ss. e HABERSACK/MÜLBERT/SCHLITT, *Handbuch, cit.*, 748-749.

⁽³⁸⁾ Cf., entre outros, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, 2006, Almedina, 100, PAULO MOTA PINTO, *Interesse, cit.*, 640, e 924-929, e M. MIRANDA BARBOSA, «*Haftungsbegründende Kausalität/Haftungsausfüllende Kausalität*. Causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade», *Revista da Faculdade de Direito e de Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 10 (2017), 14-36.

⁽³⁹⁾ Cf. HEIN KÖTZ/GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 2016, 13.ª ed., Vahlen, 85 (quanto ao critério da adequação).

bilidade pelo prospeto e à responsabilidade por informações em geral tem um sentido especial, igualmente problemático. De facto, se se entender que a transação não é em si mesma um dano, a exigência de um nexo entre ela e a informação inexata ou deficiente não pertence ao momento do preenchimento da responsabilidade, *i.e.*, não pertence ao momento da definição ou a delimitação daquilo que o responsável tem de prestar a título de indemnização, mas antes a um momento *anterior*. No entanto, não se pode dizer aí que o dever de verdade no âmbito da divulgação do prospeto só se considere *violado* quando ocorram transações e quando para essas transações tenha sido determinante a informação inexata do prospeto⁽⁴⁰⁾.

V. Opções indiscutíveis do legislador quanto ao cálculo do dano

22. Esclarecida a desnecessidade de leitura do prospeto pelo investidor e de que o erro individual daí resultante (mercê da inexatidão do prospeto) tenha sido essencial para a decisão de aquisição do investidor, interessa agora apurar como se determina a indemnização a que o lesado tem direito. É o art. 152.º do CVM que se ocupa do tema e deste extraem-se, como se verá de seguida, *duas diretrizes* claras respeitantes ao modo de cálculo da indemnização. Porém, estas duas opções respeitam à *exclusão* de certas alternativas no cálculo da indemnização: o legislador, na verdade, deixou ainda algumas variantes *em aberto*. Se é patente o que lei *recusa ao lesado* com fundamento na violação dos deveres relativos ao prospeto, não é, apesar disso, indiscutível o que ela *aceita conceder-lhe*. Neste momento, importa aprofundar as alternativas afastadas pela lei. A explicitação dessas escolhas oferece um arrimo seguro para a reflexão que se fará posteriormente.

23. A primeira das referidas opções respeita à *exclusão de uma indemnização calculada segundo o interesse contratual positivo*. O art. 152.º, n.º 1,

⁽⁴⁰⁾ Considerando que a exigência de que a informação tenha sido determinante para a decisão do lesado pertence, na responsabilidade por informações pré-contratuais, sempre à causalidade preenchedora, cf. HANS GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vortatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, 1997, Beck, 173. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «A questão», *cit.*, 145, afirma que «a estrutura do bem jurídico e a norma violada [na responsabilidade pelo prospeto] acabam por tornar mais difusa a cisão [entre causalidade fundamentadora e preenchedora] que, noutros âmbitos, se afigura essencial».

do CVM estabelece que a indemnização «deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se (...) o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto no art. 135.º». A situação hipotética que constitui o parâmetro para a fixação da indemnização corresponde à situação de o prospeto não conter a concreta informação inexata, desatualizada, subjetiva ou ilícita que está na origem da responsabilidade pelo prospeto e/ou conter a informação completa legalmente imposta. Com isto exclui-se claramente a opção diversa que consistiria em o adquirente de valores mobiliários ser colocado na situação em que estaria se a concreta informação contida no prospeto fosse completa, verdadeira, atual, objetiva ou lícita. A primeira solução corresponde a uma opção pela indemnização do interesse contratual negativo, embora ainda não nos informe sobre se, e em que termos, é relevante o que o lesado faria ou deixaria de fazer na hipótese de o prospeto ter sido elaborado em conformidade com a lei. A segunda corresponde a uma opção pelo interesse contratual positivo e foi afastada no art. 152.º do CVM⁽⁴¹⁾.

24. O par conceptual interesse contratual negativo/interesse contratual positivo é bem conhecido na ciência jurídica civilística portuguesa, ainda que não tenha consagração legal⁽⁴²⁾. O interesse contratual positivo é um interesse do lesado num estado de coisas conforme com determinado contrato, independentemente de esse contrato ter sido celebrado e de ser válido ou eficaz. A indemnização que visa satisfazer este interesse toma como ponto de referência a situação hipotética em que o lesado estaria se o contrato tivesse sido celebrado (quando o não foi), se o contrato fosse válido e eficaz (quando o não é) e se fosse cumprido (quando não foi e seja um contrato com eficácia obrigacional)⁽⁴³⁾. O interesse contratual negativo

⁽⁴¹⁾ L. MENEZES LEITÃO, «A responsabilidade civil de um auditor de uma sociedade cotada», em *Direito dos Valores Mobiliários*, 2006, Vol. IV, 229-239 (238-239) apresenta dúvidas quanto à qualificação da solução legal dentro classificação interesse negativo/positivo. Também PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, cit., 825-826 considera que a lei afastou a solução do interesse negativo (o que levaria, por exclusão de partes, a concluir que o autor qualifica a indemnização devida como referente ao interesse positivo). Na verdade, porém, nenhum destes autores aceita que para efeitos de cálculo indemnização devida no caso de responsabilidade pelo prospeto se *fictione a veracidade e completude* da informação contida no prospeto. Por isso, a diferença está no conceito de interesse positivo de que partem os autores e essa diferença reflete a dificuldade em separar os conceitos no caso da responsabilidade por informações (cf. *infra* no texto).

⁽⁴²⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 863.

⁽⁴³⁾ O interesse contratual positivo inclui, assim, o interesse do lesado em que determinado negócio produza os seus efeitos quando esse negócio não se destine à constituição de obrigações. Por outras palavras, o interesse contratual positivo compreende não apenas o *interesse no cumprimento*, mas ainda o *interesse na eficácia jurídica*.

é o interesse do lesado na não negociação, na não celebração em termos válidos e eficazes e no não cumprimento (quando for caso disso) do mesmo contrato que é pressuposto na definição do interesse contratual positivo. A indemnização que visa satisfazer esse interesse toma como ponto de referência a situação em que estaria o lesado se não tivesse havido negociações (quando existiram) e se o contrato não tivesse sido celebrado (quando o foi).

25. Repare-se que na definição que apresentámos não concebemos o interesse contratual negativo como interesse *na não criação de uma situação de confiança*. O interesse contratual negativo não existe apenas quando o lesado confiou em determinado estado de coisas e essa confiança o levou a tomar certas decisões patrimonialmente prejudiciais (embora não necessariamente prejudiciais à data em que as tomou). No caso de um negócio viciado por coação, é pensável uma indemnização calculada segundo o interesse contratual negativo do coagido, mas não há confiança alguma a tutelar e, por isso, tão-pouco um interesse da vítima em não ter confiado⁽⁴⁴⁾. A quebra de uma ligação entre o conceito de interesse contratual negativo e o interesse em não ter sido criada uma situação de confiança oferece utilidade na responsabilidade pelo prospeto. Os investidores não confiaram na informação contida no prospeto porque não o leram nem é condição do seu direito à indemnização que o tenham feito. Não se pode falar de um interesse do lesado em não ter confiado, mas tem pleno cabimento a ideia de um interesse em não ter adquirido os valores ou eventualmente, em adquiri-los noutros termos. Assim, o interesse contratual negativo é um conceito inteiramente aplicável à responsabilidade pelo prospeto, apesar de esta última não ter como pressuposto a criação de uma situação individual de confiança.

26. Quando esteja em causa a prestação de informações antes da celebração do contrato, a distinção entre interesse negativo e positivo assume uma feição particular. O lesado pode ser tutelado por referência à situação que existiria se a informação tivesse sido prestada *sem deficiências*, ou, diversamente, por referência à situação hipotética de *existência dos factos* difundidos⁽⁴⁵⁾. No primeiro caso, a indemnização é pelo interesse contratual negativo: tivesse sido a realidade *fielmente retratada* e o lesado *não teria celebrado* o contrato ou não o teria celebrado naqueles

(44) Assim, PAULO MOTA PINTO, *Interesse, cit.*, 882.

(45) Por todos, a este respeito, PAULO MOTA PINTO, *Interesse, cit.*, 1383-1384.

termos. Assim, tratando-se da venda de uma participação numa sociedade praticamente insolvente e supondo o adquirente que ela se encontrava em excelente situação financeira, a indemnização do interesse negativo colocá-lo-á na situação em que estaria se não tivesse adquirido a participação ou se não a tivesse adquirido por aquele preço. No segundo caso, a indemnização é pelo interesse contratual positivo: estão em causa *factos que, a existirem*, teriam permitido ao lesado *retirar do contrato um proveito superior àquele que retirou ou, pelo menos, evitar as perdas* sofridas. Assim, tratando-se da venda de uma participação numa sociedade praticamente insolvente e supondo o adquirente que ela se encontrava em excelente situação financeira, a indemnização pelo interesse positivo colocá-lo-á na situação em que estaria se a sociedade em questão estivesse na situação por ele suposta. É de esperar, neste último caso, que a indemnização dê ao lesado, além de uma compensação pelo menor valor da participação social, o valor de dividendos e de outras vantagens a que ele acederia por ser sócio de uma sociedade próspera.

27. A solução consagrada no art. 152.º, n.º 1, do CVM permite, numa espécie de inferência inversa ou invertida, detetar a configuração da própria *situação de responsabilidade* que o legislador teve em mente no âmbito da responsabilidade pelo prospeto. O pressuposto que se assume para esta inferência é o de que o cálculo da indemnização segundo o interesse negativo ou positivo depende da configuração do evento lesivo e da sua conjugação com o critério da causalidade (de preenchimento) do art. 562.º do CC⁽⁴⁶⁾. Na regra de que o investidor deve ser colocado, por via da indemnização, na situação que estaria se o conteúdo do prospeto estivesse conforme com as exigências legais (do art. 135.º CVM) vai implícito que o investidor tem (apenas) direito a uma informação completa, verdadeira, atual, objetiva ou lícita e que é a *violação desse dever de prestar informação com determinadas características*, uma vez reunidos os demais pressupostos, que consubstancia a *situação de responsabilidade pelo prospeto*.

Implícita está ainda a *recusa* de uma interpretação do prospeto como uma *promessa de qualidade dos valores mobiliários a que respeita*. Não é esse o pressuposto de que o legislador português parte quando regula a responsabilidade pelo prospeto e esse entendimento revela-se no momento em que estabelece o cálculo da indemnização: uma promessa de qualidade

(46) É a tese de cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 922, ss., que aqui se acolhe.

dos valores transacionados só seria coerente com uma indemnização que colocasse o lesado na situação em que estaria se a informação contida no prospeto relativamente ao emitente correspondesse à realidade⁽⁴⁷⁾. Portanto, tudo se passaria, do ponto de vista indemnizatório, como se os valores mobiliários se reportassem a um emitente com as qualidades ou características que lhe são atribuídas na informação contida no prospeto. Ou seja, tomar-se-ia a informação do prospeto como critério não apenas *do que são e como são* os valores mobiliários, mas ainda *do que devem ser*. A indemnização visaria «satisfazer» esse «dever ser». A solução legal é, porém, outra. A conclusão é ainda reforçada pela amplitude dos responsáveis na responsabilidade pelo prospeto do Código dos Valores Mobiliários (cf. o art. 149.º, n.º 1, do CVM), os quais são submetidos a disciplina, em grande medida, uniforme (cf., contudo, o art. 150.º do CVM). A promessa de qualidade dos valores, pelo contrário, só poderia imputar-se ao oferente e porventura ao emitente⁽⁴⁸⁾ e não, por exemplo, aos titulares dos órgãos de administração e fiscalização do oferente e do emitente, aos intermediários financeiros intervenientes e aos Revisores Oficiais de Contas. Note-se, por fim, que ou se entende que há uma promessa de qualidade dos valores e o seu autor é responsável por incumprimento (*lato sensu*)⁽⁴⁹⁾ ou se considera que há responsabilidade pela informação pré-contratual, não podendo as duas qualificações coexistir. Isto, por uma razão simples: se há uma promessa de qualidade dos valores mobiliários a *declaração reflete a representação* que o público investidor faz dos valores com base no conteúdo do prospeto, pelo que não há *erro*, mas antes incumprimento dessa promessa⁽⁵⁰⁾. Por isso, nos casos

(47) Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 1462, e MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 190, ss. Em sentido oposto, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 2015, 5.ª ed., Almedina, 195. Afirmando a possibilidade de o prospeto integrar o negócio de investimento, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, Almedina, 183-184. Sem tomar posição, mas enunciando o problema, FERREIRA GOMES, *Responsabilidade*, cit., 234-235.

(48) Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, cit., 195, n. 14

(49) Na verdade, na promessa relativa à transmissão de valores mobiliários, a atribuição patrimonial principal do transmitente não surge sob a forma de uma obrigação, o que nos impede de falar em cumprimento *proprio sensu*. Sobre o conceito mais amplo de *atribuição*, em contraste com o de *obrigação*, MARIA DE LURDES PEREIRA/PEDRO MÚRIAS, «Sobre o conceito e a extensão do sinalagma», em AAVV, *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, 2008, Almedina, 379, ss., e PEDRO MÚRIAS, «Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento», *O Direito*, Ano 140.º (2008), IV, 797-856.

(50) A alternativa é, como se sabe, demonstrada de forma irresponsável por BAPTISTA MACHADO, «Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas», em *Obra dispersa*, Vol. I, Scientia Juridica, 1991, 31-124 (71, ss.). Seguindo-o, por exemplo, CARNEIRO DA FRADA, «Perturbações típicas do contrato de compra e venda», em *Forjar o direito*, 2015 Almedina, 97-126 (123-126).

em que eventualmente se possa afirmar o prospeto integra o contrato celebrado pelo investidor e que circunscreve as qualidades dos valores mobiliários, então a contraparte será responsável, não nos termos dos arts. 149.º, ss., do CVM, mas antes nos termos da responsabilidade obrigacional.

28. A opção fundamental do legislador pelo *interesse negativo* tem o condão de tornar mais claro — ainda que, como veremos, não dissipa *todas* as dúvidas — o quadro jurídico de cálculo do dano, quando comparado com a solução normativa anterior, existente na vigência do Código do Mercado de Valores Mobiliários, de muito difícil interpretação. Aí, o art. 161.º, n.º 3, estabelecia que o dano indemnizável correspondia “à diferença entre o preço de aquisição dos valores mobiliários em causa e o preço líquido por que foram posteriormente vendidos”, atribuindo depois aos responsáveis pela indemnização o ónus de provar que essa diferença se ficara a dever a outras causas, que não à deficiente informação (art. 161.º, n.º 4 do Cod.MVM)⁽⁵¹⁾. A esta diferença acrescia, porém, a “perda de rendimentos justificadamente esperados na base da informação contestada”, com o limite do preço de venda estabelecido na oferta.

Este acréscimo estava necessariamente relacionado com as expectativas geradas pela informação prestada pelo prospeto, pelo que a doutrina excluía a possibilidade de a indemnização abranger lucros cessantes correspondentes a investimentos alternativos⁽⁵²⁾. Mas se o lesado podia reclamar a perda de rendimentos que justificadamente esperava com base na informação prestada, a sua pretensão tinha por referência a situação em que estaria se a informação prestada fosse verdadeira e completa (com o limite do preço de aquisição), correspondendo por isso a uma indemnização pelo interesse contratual positivo.

No confronto com o regime do Cod. MVM pode desde já verificar-se, então, que o legislador do CVM optou claramente pela tutela do interesse contratual negativo, como resulta do art. 152.º, n.º 1 (e do abandono da solução anteriormente existente na última parte do n.º 3 do art. 161.º do Cod.MVM, relativa à “perda de rendimentos justificadamente esperados”).

Adiante (n.º 46), tentaremos demonstrar que a solução atual também exclui a possibilidade de invocação de danos pelo interesse contratual

⁽⁵¹⁾ Perante a letra da lei, sustentavam alguns Autores que se tratava de uma presunção de causalidade, dispensando o lesado de demonstrar que a diferença de preços se ficara a dever à deficiente informação: L. MENEZES LEITÃO, «Actividades de intermediação e responsabilidade», *cit.*, 153-154.

⁽⁵²⁾ CARLOS COSTA PINA, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospecto no mercado primário de valores mobiliários*, 1999, Coimbra Editora, 220-221.

negativo correspondentes a lucros cessantes por investimentos alternativos (*i. e.*, acréscimos que teriam ocorrido se a informação não fosse deficientemente divulgada e o investidor tivesse *reajustado* o seu investimento).

29. A segunda opção tomada, de forma indiscutível, na lei portuguesa respeita à demarcação entre os prejuízos de que o investidor pode desembaraçar-se, imputando-os aos responsáveis pelo prospeto e aqueles outros prejuízos que, não obstante a consumação de uma situação de responsabilidade, continuam a onerar o investidor.

Em resposta à questão a lei aponta para a *recusa da possibilidade de, através da indemnização, o investidor ser exonerado do «risco geral do mercado»*. A indemnização por desconformidade da informação contida no prospeto não pode ter por efeito «cobrir» a quebra das cotações dos valores mobiliários detidos pelo lesado que decorra de factos diversos que não «os vícios da informação ou da previsão constantes do prospeto». Esta solução decorre claramente do n.º 2 do art. 152.º do CVM, entre outros: só está em causa o dano atribuível a vícios de informação ou de previsões contidas no prospeto, continuando o investidor exposto ao risco de desvalorização decorrente de «causas diversas», mormente o risco geral do mercado.

VI. O dano de transação restrito

30. Tendo como ponto de partida a rejeição, na lei portuguesa, de uma solução consistente na compensação do interesse contratual positivo do investidor no domínio da responsabilidade pelo prospeto, importa determinar como se calcula a indemnização devida. Neste momento, sabemos o que o lesado não pode exigir, mas desconhecemos ainda aquilo a que ele tem efetivamente direito.

Vários critérios diferentes se perfilam, em abstrato, para definir o dano ressarcível e, nessa medida, circunscrever a prestação devida a título indemnizatório. O afastamento do interesse positivo sugere que, perante um prospeto deficiente, o interesse protegido daqueles que adquiram os valores mobiliários é o *interesse em não terem feito o investimento ou não o terem feito naqueles exatos termos*. A indemnização seria calculada em função da satisfação desse interesse. A diretriz, que corresponde *grosso modo* ao denominado interesse contratual negativo, é, porém, ainda bastante vaga ou genérica, quer dizer, esconde uma série de opções, as quais são, à primeira vista, igualmente compatíveis com o pressuposto inicial. Uma pri-

meira distinção, e fundamental, separa uma indemnização que faculte ao investidor, em certo sentido, *uma desistência da sua decisão de investimento*, e uma indemnização que suponha, pelo contrário, a *manutenção da decisão de investimento, embora noutros termos*. Dentro de cada uma destas duas orientações básicas há ainda alternativas subsequentes que vão cunhar a concreta forma de calcular o dano. O nosso propósito não é tanto o de determinar a solução que tem a seu favor mais argumentos numa perspectiva substancial e, porventura, no plano do direito a constituir — embora não nos inibamos de o fazer —, quanto o de descobrir a resposta que a lei portuguesa dá a este problema, concretamente no art. 152.º do CVM.

31. Partindo de um critério que considere relevante o interesse do investidor em não ter investido nos valores mobiliários a que se refere o prospeto viciado e que coerentemente veja na indemnização uma forma de o «aliviar» da decisão tomada, há ainda que optar entre uma de duas alternativas:

- a) A primeira consiste em permitir ao investidor uma «*desistência*» *simples* do negócio, sem cuidar de saber o que teria feito ele com o capital investido, na situação hipotética de não ter adquirido os valores em questão. Ao dano indemnizável segundo esta solução daremos o nome de *dano de transação restrito*. A restrição refere-se ao facto de nesta perspectiva *apenas* a transação realizada ser vista como dano suscetível de indemnização e não também a ou as transações não realizadas, mas que o lesado teria feito no caso de omissão da primeira. A indemnização será, por isso, calculada suprimindo (mentalmente) apenas a transação, sem a substituir por outra decisão de investimento alternativa que o investidor teria tomado. Veremos que a transação *por si só* poderá ser considerada *logo no momento inicial* como um dano se for qualificada como um dano não patrimonial. Se, pelo contrário, se procurar remetê-la para a categoria de dano patrimonial, será necessário esperar por um *momento ulterior*, concretamente, pela descida do preço dos valores mobiliários, para que a transação *se torne* nociva. A transação não é só por si um prejuízo patrimonial logo no início, como o revelam os casos em que o investidor aliena os valores adquiridos antes da correção do prospeto, porventura ainda com lucro.
- b) A segunda alternativa está em calcular uma indemnização em função da situação em que o investidor estaria se, além de não ter feito aquele investimento, tivesse optado por outro em lugar dele.

Trata-se, nesta fórmula, de compensar aquilo que designaremos de *dano de transação integral ou amplo*, porque o dano indenizável não corresponde apenas ao interesse em *não ter adquirido* aqueles valores, mas ainda em *ter adquirido* outros. Aqui, não há quaisquer restrições colocadas à situação hipotética a considerar para efeitos indemnizatórios, mas, ao mesmo tempo, na construção dessa situação admite-se que o lesante invoque que a transação alternativa seria tão ou mais ruínosa do que aquela que o investidor fez.

32. Neste ponto, centraremos a nossa atenção na ressarcibilidade do *dano de transação restrito*. A compensação deste dano é o objetivo do critério eleito pelo direito alemão para o cálculo da indemnização na responsabilidade prevista na lei do prospecto. O mesmo critério é ainda aplicado pela jurisprudência e pela doutrina alemãs no âmbito da responsabilidade pelo prospecto não regulada nessa lei especial e sujeita, por isso, às regras gerais do direito civil. Por isso, impõe-se a pergunta: o direito português dos valores mobiliários autoriza, no âmbito da responsabilidade pelo prospecto, a indemnização do dano de transação restrito? Pode o investidor exigir ser colocado na situação em que estaria se não tivesse adquirido os valores do prospecto sem que lhe possa ser oposto, e sem que ele próprio possa invocar, o destino do investimento alternativo que faria?

33. Na lei alemã, as disposições do direito do mercado de capitais relativas à responsabilidade pelo prospecto dão ao lesado o direito de exigir o preço que pagou pelos valores mobiliários adquiridos contra a entrega dos mesmos (no caso de ainda ser seu titular), acrescido das despesas usuais de aquisição. Caso já os tenha alienado, o investidor tem direito à diferença entre o valor que pagou por eles e o valor da venda, acrescido das despesas de aquisição e de venda. O valor de aquisição não pode exceder o valor inicial da oferta [cf. o § 9 (1) e (2) da WpPG]. No entanto, o direito à indemnização é excluído na medida em que o facto sobre o qual versam as informações incorretas ou incompletas contidas no prospecto não tenha contribuído para uma redução do preço dos valores mobiliários [cf. o § 12 (2) 2. da WpPG].

A doutrina e a jurisprudência alemãs têm aplicado a solução da re-aquisição dos valores mobiliários no âmbito da responsabilidade pelo prospecto fundada nas regras do direito civil (*i.e.*, nos casos em que não se aplica a WpPG). Mas com uma diferença importante: o investidor tem direito a reaver o preço de aquisição mesmo quando o preço atual dos

valores mobiliários tenha diminuído em razão de outros factos que não aqueles a que se referem as informações incorretas do prospeto⁽⁵³⁾.

No âmbito da responsabilidade por informações no mercado secundário, a solução de permitir ao investidor a recuperação do montante investido não se encontra consagrada na lei, mas conta com a aceitação da jurisprudência e da doutrina, ainda que não generalizada a todos os casos. Tratando-se da responsabilidade dos emitentes por informação *ad hoc* — seja por a omitirem, seja ainda por divulgarem informação inexata —, o entendimento maioritário (embora não unânime) é de que o investidor que adquiriu valores mobiliários na fase de desinformação do mercado não pode exigir que o responsável os readquira, pagando-lhe o preço que o primeiro deu por eles. Apenas pode reclamar o valor da diferença entre o preço pago e o preço «verdadeiro» dos valores mobiliários (que hipoteticamente se teria formado à luz da informação omitida ou da informação correta, consoante os casos)⁽⁵⁴⁾. Já nos demais casos de responsabilidade por informações no mercado secundário, a que se aplicam as regras gerais do direito civil, a jurisprudência e a doutrina têm apoiado uma indemnização consistente na reaquisição dos valores mobiliários pelo responsável, em troca do preço por que o investidor os adquiriu. Em alternativa o investidor lesado pode exigir, no entanto, a diferença entre o preço de aquisição desembolsado e o preço que se teria formado se o responsável tivesse prestado as informações obrigatórias e/ou informações exatas⁽⁵⁵⁾.

34. Esta breve descrição das soluções aplicadas no direito alemão sugere que um exame não pode cingir-se ao tema do dano de transação res-

(53) A solução surge clara numa decisão do BGH de 1993: o lesado não perde o direito a reaver o preço pago pelos valores mobiliários (contra a sua entrega) ainda que ocorra uma quebra do respetivo preço em consequência de circunstâncias que não se encontram diretamente ligadas àquelas que fazem com que o investidor queira «desistir» da aquisição: cf. GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung im Kapitalmarktrecht», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 495-532 (498). Considera-se que o responsável deve suportar o risco de depreciação dos valores mobiliários no mercado ainda que não relacionado com a deficiente informação porque o investidor não tomou uma decisão negocial verdadeiramente autónoma: cf. MARC-PHILIPPE WELLER, «Fehlerhafte Kapitalmarktinformation zwischen Freiheit und Haftung», (Krieger, Gerd, *et alii*, ed.) *Festschrift für Michael Hoffmann-Bekking zum 70. Geburtstag*, Beck, 2013, 1341-1362 (1355, n. 88).

(54) ASSMANN/SCHNEIDER/MÜLBERT, *Wertpapierhandelsrecht Kommentar*, 2019, 7.^a ed., Otto Schmidt, n.m. 120-130 (1130-1133). Cf. GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung», *cit.*, 499-500, perante os antecessores §§ 37b e 37c da WpHG.

(55) Sobre isto, cf. GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung», *cit.*, 500-504. Uma responsabilidade por informações no mercado secundário construída a partir regras gerais do direito delitual assume grande relevância prática dada a estreiteza da responsabilidade prevista em disposições especiais (inaplicáveis, por exemplo, aos titulares dos órgãos dos emitentes).

trito como critério da indemnização no regime português da responsabilidade pelo prospeto. Importantes são ainda duas outras questões. A primeira, respeita à necessidade de ter ocorrido uma *desvalorização* dos valores mobiliários adquiridos *decorrente do vício do prospeto* para que o investidor tenha direito à indemnização. Esta é uma condição de funcionamento, como acabamos de ver, da responsabilidade «especial» pelo prospeto no direito alemão, mas não já da responsabilidade comum pelo prospeto. Pergunta-se, pois, qual a posição do nosso direito em relação a esta exigência. A segunda questão está relacionada com o tipo de conduta que se exige ao responsável pelo prospeto: no direito alemão, se o investidor conservar os valores mobiliários ao tempo da ação indemnizatória, pode exigir ao responsável que os readquira, pagando ao investidor o preço que este deu por eles, assim como reembolsando-o das despesas (usuais) de aquisição. O direito a que lhe sejam adquiridos os valores — e que não existe evidentemente se o lesado já os tiver alienado — tem sido explicado pela doutrina por se tratar de uma *restauração natural* e por esta preferir à indemnização em dinheiro⁽⁵⁶⁾. Ora, também esta opção deve ser testada à luz do direito português. Assim, se se reconhecer, no âmbito da responsabilidade pelo prospeto do CVM, que o investidor deve ser colocado, por via indemnizatória, na situação em que estaria se não tivesse adquirido os valores mobiliários do prospeto, poderá ele exigir que os mesmos lhe sejam readquiridos pelo responsável poupando-se assim à tarefa de os alienar? A prioridade da indemnização sob a forma restauração natural sobre a indemnização em dinheiro, estabelecida em termos gerais nos arts. 562.º e 566.º, n.º 1, do CC aplica-se também ao direito dos valores mobiliários, ao ponto obrigar o responsável a uma indemnização que vai para além da entrega de uma soma em dinheiro?

35. Na doutrina portuguesa não encontramos sinais de adesão à solução do dano de transação restrito. A posição mais próxima é a de Margarida Azevedo de Almeida, mas esta autora sustenta, na verdade, que o investidor tem direito ao dano de transação integral ou amplo.

Segundo a autora, ao lesado que demonstre que não teria celebrado o negócio caso o prospeto tivesse sido elaborado de acordo com a lei é atribuído o direito a desfazer-se dos valores mobiliários contra o pagamento do preço que deu por eles. O entendimento assenta na prioridade da indemnização por reconstituição *in natura*, consagrada como regra geral

⁽⁵⁶⁾ THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 2015, Franz Vahlen, 939. Para a responsabilidade no mercado secundário, cf. GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung», *cit.*, 507, ss.

do direito civil, a qual se aplica também em sede de responsabilidade por deficiente informação no mercado de valores mobiliários. Margarida Azevedo de Almeida acrescenta, porém, que o lesado não está limitado à exigência da re aquisição dos valores pelo preço por que os comprou, podendo reclamar um dano superior, desde que o demonstre, nos termos do art. 566.º, n.ºs 1 e 2 do CC: à responsabilidade pelo prospeto devem aplicar-se as regras gerais de cálculo do dano (arts. 562.º, ss., do CC). Concretamente, o lesado poderá provar que, não fora o vício do prospeto, teria optado por investir noutros produtos, os quais lhe proporcionariam determinado ganho. Nesta hipótese, portanto, o investidor pode reclamar uma indemnização em dinheiro que repare *todo* o dano e que não consista apenas na recuperação do preço pago (e das despesas de aquisição)⁽⁵⁷⁾.

Mas se entende que o lesado pode «voltar atrás» na sua decisão de aquisição daqueles valores, o certo é que a autora não prescinde de que o preço dos valores mobiliários tenha sido negativamente afetado pelo vício do prospeto. Só nesse caso haverá responsabilidade pelo prospeto no direito português. Assim, para que surja o direito à indemnização é necessário que à inexatidão do prospeto acresça uma desvalorização dos produtos causalmente ligada à correção, num momento subsequente, da informação constante do prospeto⁽⁵⁸⁾.

36. Particularmente clara no sentido oposto à indemnização do dano de transação é a posição de Paulo Câmara. Este autor sustenta que o direito dos valores mobiliários «é avesso à rutura da decisão de investimento». A solução proposta por Paulo Câmara para o cálculo da indemnização devida em caso de responsabilidade pelo prospeto não exclui apenas a opção de impor ao responsável a re aquisição dos valores mobiliários ao lesado, mas também a solução de calcular uma indemnização em dinheiro de acordo com a decisão alternativa que o lesado teria tomado se o prospeto tivesse sido elaborado de acordo com a lei. Para Paulo Câmara a indemnização devida em caso de responsabilidade pelo prospeto é calculada com base no pressuposto de *subsistência da decisão de investimento naqueles valores mobiliários*, apenas se alterando o preço de aquisição ou de venda⁽⁵⁹⁾.

37. Conhecidas as posições que têm sido defendidas na doutrina portuguesa em relação às perguntas acima identificadas (ou em relação a

⁽⁵⁷⁾ Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 290-346.

⁽⁵⁸⁾ Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 330-334.

⁽⁵⁹⁾ Cf. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 825-826.

algumas delas), importa tomar uma posição. Começaremos pela questão de saber se uma queda do preço dos valores mobiliários *resultante* da correção da informação inexata (ou da omissão de informação) do prospeto é *condição* para que se constitua um direito à indemnização a favor dos que os adquiriam. É evidente que o investidor só se sentirá motivado para uma ação indemnizatória quando o seu investimento se revele mal-sucedido e, portanto, em princípio, se o preço dos valores adquiridos descer. Por isso, um dano patrimonial do investidor estará presente em regra numa ação indemnizatória. Pergunta-se, porém, se é necessário que a queda do preço esteja ligada ao vício do prospeto — *rectius*, à retificação subsequente da informação no mercado — ou se é irrelevante a causa da depreciação, que pode assentar, designadamente, em oscilações gerais do mercado.

Ao contrário do que sucede com a lei alemã do prospeto, a exigência não constitui um requisito *a se* do direito à indemnização no direito português. Tal não impede, porém, que se extraiam dele conclusões seguras nessa matéria, como se verá de seguida.

Formulada a questão noutros termos, o que se pergunta é se para a lei portuguesa a transação feita com base no prospeto é vista *por si só e logo ab initio como um dano* ou se diversamente a transação *só posteriormente se torna um dano*, concretamente quando o preço dos valores mobiliários adquiridos desce e, além disso, esse dano — o interesse em não ter feito aquela transação patrimonialmente prejudicial — só seja indemnizável quando represente uma concretização de um risco criado pelo prospeto. O entendimento da transação em si mesma e logo no momento em que é feita como um dano parece só ser possível se se vir nela um *dano não patrimonial*. Se, pelo contrário, se procurar um dano patrimonial, será necessário esperar por um momento ulterior, concretamente, pela descida do preço dos valores mobiliários, mantendo-se a titularidade dos valores, para que a transação *se torne* nociva (um «negócio indesejado»), como o revelam os casos em que o investidor aliena os valores adquiridos antes da correção do conteúdo do prospeto, porventura mesmo com lucro.

38. De facto, a dispensa do requisito da queda do preço dos valores mobiliários ligada à revelação do vício do prospeto poderia tentar encontrar a sua legitimação na ideia de que está em causa *a tutela da autonomia privada dos investidores, de que a lesão dessa autonomia constitui um dano imaterial e de que a eliminação desse dano supõe que o lesado seja libertado de todas as consequências da sua decisão*. Para compensar esse dano, dar-se-ia ao lesado o direito de voltar atrás na sua decisão negocial, independentemente de qualquer reflexo patrimonial negativo decorrente

da falha de informação. Decisivo seria que a informação inexata tivesse causado a decisão de contratar e não que se tivesse repercutido no preço dos valores mobiliários em questão. Nesta perspectiva, o investidor poderia exigir uma indemnização quando, por exemplo, o preço dos valores por ele detidos descesse apenas por causa de perturbações ocorridas no setor de atividade da sociedade emitente que nada tivessem a ver com a falha de informação do prospeto. Tal seria possível por estar em causa a tutela do investidor perante uma decisão não inteiramente livre — porque não inteiramente esclarecida — e a intervenção legal ocorrer em nome da salvaguarda dessa liberdade e nada mais.

Contra o pressuposto desta tese levantam-se, no entanto, várias objeções. Sem dúvida que existem no ordenamento português regras que tutelam a autonomia privada: pense-se nas que, na Parte Geral do Código Civil, regulam a «falta e vícios da vontade». Muitas delas concedem ao afetado o direito a desvincular-se do negócio sem dependência da demonstração de qualquer dano patrimonial e, tão-pouco, de um dano patrimonial conexo com o factor que vicia o processo de decisão. Quando se trata de normas de responsabilidade civil estas têm, contudo, um escopo marcadamente distinto: regulam a imputação de danos. É certo que um *critério de imputação* dos danos a outrem que não o inicialmente atingido pode assentar na violação de um dever que *tem por finalidade a tutela da autonomia de decisão negocial* do potencial lesado. O responsável pela violação desse dever tem então de arcar com os prejuízos daquele cujo processo de decisão foi afetado. Simplesmente, da circunstância de os deveres em questão protegerem a autonomia privada dos eventuais atingidos não se extrai que a perturbação dessa autonomia — e, portanto, a perturbação das condições de liberdade e de esclarecimento em que a decisão é tomada — constitui *de per se* um dano. Não se pode *deduzir o dano diretamente da ilicitude*, confundindo estes dois momentos da responsabilidade. Em suma, a lesão da autonomia pode ser um *critério para a imputação de danos*, mas daí não se segue, sem mais, que essa lesão seja em si mesma um dano (imaterial) e, em particular, um dano indemnizável. Afirmar o contrário encerra um *salto lógico*.

Se não se demonstra em geral que a perturbação da autonomia privada seja *de per se* um dano, concretamente um dano *imaterial*, suscetível de reparação⁽⁶⁰⁾, mais problemático ainda é aceitá-lo no âmbito do mer-

⁽⁶⁰⁾ PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 1395, ss. parece preferir a ideia de que a lesão da autonomia negocial não constitui, mesmo em geral, um dano imaterial indemnizável. O autor condiciona a revogação ou modificação do negócio a título de indemnização devida no caso de responsabilidade por

cado de capitais, em que, como acentua Gerhard Wagner, os produtos são adquiridos pelo investidor *na medida em que* representam um certo valor em dinheiro⁽⁶¹⁾. Também Margarida Azevedo de Almeida afirma que o dever de publicação de um prospeto visa, no direito português, «disponibilizar ao mercado as informações necessárias para que o preço dos valores mobiliários reflita o seu valor intrínseco» e não salvaguardar «uma regular formação da vontade do investidor». Por isso, segundo a autora, a tutela indemnizatória dos investidores não assenta no dano imaterial da perturbação da formação individual da vontade, exigindo-se a verificação de um dano patrimonial e, sobretudo, exigindo-se que esse dano patrimonial proceda da deficiência do prospeto, o que se traduz em a quebra de preço dos valores ser devida à correção do seu conteúdo⁽⁶²⁾.

A tese em análise é, de resto, claramente rejeitada no regime português da responsabilidade pelo prospeto. A opção do art. 152.º, n.º 2, do CVM exclui a ideia de que a indemnização fundada em responsabilidade pelo prospeto visaria a reparação do dano de lesão da autonomia privada, como dano não patrimonial. O preceito exclui, como vimos atrás, que o lesado possa ser compensado por quebras de preço dos valores mobiliários que se devam a «causas diversas dos vícios da informação ou da previsão constantes do prospeto». Ora, uma tutela da liberdade do investidor implicaria que ele pudesse escapar a quaisquer consequências da sua decisão. Pelo contrário, a lei pressupõe que a decisão negocial do investidor *se mantenha em tudo o que não diz respeito à informação viciada contida no prospeto reconhecendo que nessa parte a transação assentou num exercício livre e esclarecido da autonomia do investidor de cujas consequências este não pode nem deve ser libertado*. Digamos que, segundo a opção legal, uma perturbação da autonomia de *parte* da decisão *não contamina* a totalidade da decisão de levar a cabo a transação. A ideia de um dano imaterial de lesão da autonomia negocial é inconciliável com o art. 152.º, n.º 2 do CVM, na medida em que a sua indemnização implicaria necessariamente que o lesado fosse protegido mesmo quando a depreciação dos instrumentos financeiros se devesse a circunstâncias diversas da informação incorreta contida no prospeto, sempre que se demonstrasse que ele não os

(incorreta) informação pré-contratual à circunstância de o negócio ter causado um dano patrimonial à vítima. Em qualquer caso, na p. 1411, n. 3992 deixa a dúvida: «A não ser que se entenda que os danos *não patrimoniais* são tb. compensáveis na responsabilidade por *culpa in contrahendo* e, ainda, que a vinculação devido a indução à celebração do contrato pela lesão da liberdade negativa de contratar e os seus efeitos no caso concreto constitui um *dano patrimonial grave*, que legitima a desvinculação».

(61) Cf. GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung», *cit.*, 510-512.

(62) MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, *cit.*, 313-314 e 330-334.

teria adquirido conhecesse o vício do prospeto. De acordo com aquela conceção, a decisão não teria sido inteiramente livre e para eliminar o «prejuízo» ínsito seria necessário emancipar o investidor dela.

Pode, pois, afirmar-se com segurança que o regime português da responsabilidade pelo prospeto nega qualquer indemnização ao investidor que tenha vendido os valores *antes da correção* no mercado da informação contida no prospeto (ou da informação que deveria constar do prospeto). Por muito que este possa ter sofrido um prejuízo, por ter recebido pelos valores um preço inferior ao que deu por eles, o dano terá, por definição, uma origem diversa da inexactidão do prospeto.

39. Sendo indiscutível que a responsabilidade pelo prospeto no direito português tem como pressuposto uma depreciação do preço dos valores mobiliários em consequência da correção do conteúdo do prospeto, importa agora determinar se a compensação desse dano sofrido pelo investidor opera através de uma indemnização que coloque o investidor *na posição em que estaria se não tivesse adquirido* os mesmos. Demonstrando-se que o investidor não teria celebrado o negócio se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei⁽⁶³⁾, poderá ele exigir ao responsável a reacquirição dos valores, contra o reembolso da quantia por que os comprou, acrescido as despesas de aquisição? Ou se já os tiver alienado — após a correção do prospeto no mercado e do subsequente reflexo no preço —, pode exigir a diferença entre o preço de aquisição e de venda acrescida das despesas de aquisição e de alienação?

A questão, como já se assinalou, encobre na verdade dois problemas. Um deles é o de saber se os responsáveis pelo prospeto podem ser condenados numa indemnização que envolve uma prestação diversa da entrega de dinheiro. Outro está em determinar se a indemnização por inexactidões do prospeto, ainda que condicionada pela sua repercussão no preço dos valores mobiliários, tem por finalidade subtrair o lesado às consequências da decisão de aquisição e, além disso, sem ter de provar (nem lhe podendo ser oposto) o investimento que faria em alternativa.

Analisemos separadamente cada um dos temas.

⁽⁶³⁾ Esta exigência não pressupõe que se demonstre que o investidor não faria a transação se *conhecesse a verdade* e, portanto, se conhecesse o erro do prospeto. Antes pressupõe que o investidor não faria a transação se não se tivesse gerado um ambiente favorável ao investimento nos valores mobiliários a que se refere o prospeto. Além disso, fazendo-se prova de que a informação (falsa, incompleta, etc.) contida no prospeto gerou um ambiente favorável ao investimento, pode presumir-se (presunção judicial) que o investidor não teria adquirido ou vendido fora desse contexto.

40. A solução de re aquisição dos valores mobiliários contra o pagamento do preço que o lesado deu por eles é reconduzida geralmente à categoria da indemnização por *restauração natural* na doutrina alemã⁽⁶⁴⁾. Idêntica qualificação parece-nos inteiramente viável perante o direito português. A prestação consistente na aquisição de um bem pertencente ao lesado, ainda que complementada pelo pagamento de um preço, não é certamente a indemnização a que se refere o art. 566.º, n.º 2, do CC: ela envolve uma conduta do lesante que não se concretiza na mera entrega de uma quantia em dinheiro. Por isso, não parece suscitar dificuldades particulares a sua «arrumação» no conceito de indemnização em espécie.

Note-se que se tem defendido que uma das modalidades da indemnização na responsabilidade por violação de certos deveres pré-contratuais consiste justamente em impor ao responsável a *revogação ou distrate* do negócio como meio de libertar o *deceptus*, o coagido ou a vítima de usura de um negócio indesejado⁽⁶⁵⁾. É evidente que esta solução não pode ser exportada sem mais para o mercado dos valores mobiliários e, em particular, para a responsabilidade pelo prospeto. Numa parte significativa dos casos, os responsáveis pelo prospeto não são partes no negócio de aquisição afetado pela informação viciada, pelo que fica privada de qualquer base uma revogação por via indemnizatória. No entanto, nada se opõe à solução aparentada (*mutatis mutandis*) da re aquisição dos valores pelos obrigados a indemnizar, a qual não deixa de ser uma forma de reconstituir *in natura* a situação em que o lesado estaria se não tivesse celebrado o negócio.

Poder-se-ia pôr em dúvida uma indemnização consistente na re aquisição dos valores mobiliários pelo responsável pelo prospeto invocando a liquidez dos mesmos no mercado. Dir-se-ia que ao lesado seria fácil encontrar um comprador, embora por uma quantia inferior à que despendeu. Ser-lhe-ia permitido exigir a diferença de preço acrescida dos custos de venda dos valores mobiliários, mas não a sua re aquisição pelo lesante⁽⁶⁶⁾. No entanto, essa objeção não teria em conta que um dos propósitos da restauração natural é precisamente libertar o lesado do adiantamento dos custos necessários ao processo de reposição do estado de coisas que existiria sem a lesão, bem como libertá-lo das incertezas inerentes a

(64) THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., 939.

(65) Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 1395-1411.

(66) Cf. ALEXANDER HELLGARDT, *Kapitalmarktdeliktsrecht*, cit., 501-503, que considerou, à luz da lei alemã pretérita de onde constava o regime da responsabilidade pelo prospeto (a *Börsengesetz*), que a indemnização por via de re aquisição dos valores mobiliários só seria devida nestes casos de «falta de um mercado secundário funcional» onde os valores adquiridos pudessem ser transacionados.

esse processo. Este pode exigir que seja o obrigado a indemnizar a tomar o assunto nas suas mãos, ficando dispensado do correspondente esforço, mesmo quando esse esforço seja representado por despesas e que, no final, sempre pudesse exigir o reembolso delas ao lesante. Não se põe em dúvida, por exemplo, que o lesado possa impor ao lesante que seja este a tratar da reparação da coisa danificada por meio do recurso a terceiros especializados mesmo quando isso seja igualmente acessível ao primeiro. A opção encontra-se também implícita no primado que a lei portuguesa dá à indemnização por via da restauração natural: esta não deixa de ser uma indemnização devida pelo lesante⁽⁶⁷⁾.

41. Não vale também contra a solução da re aquisição invocar a segurança jurídica. Margarida Azevedo de Almeida sublinha, com razão, que a solução não traz incerteza ao mercado, na medida em que a *obrigação* de re aquisição dos valores é bem distinta de um desvalor (nulidade/ /anulabilidade) do negócio: só este se repercute em aquisições subsequentes, ao passo que a primeira as deixa intocadas⁽⁶⁸⁾. É indiscutível que o investidor que já tenha alienado os valores não pode reclamar esta indemnização, embora não perca (verificados os correspondentes pressupostos) o direito a uma indemnização em dinheiro.

42. A verdadeira objeção a uma indemnização sob forma de re aquisição dos valores mobiliários pelo responsável pelo prospeto é outra. Pode contrapor-se que ela implica a *exoneração do lesado do risco geral do mercado* relativamente aos produtos adquiridos. Obrigando-se o responsável a ficar com os valores mobiliários e a pagar o montante gasto pelo lesado na aquisição levaria a que este último pudesse aproveitar eventuais

⁽⁶⁷⁾ Questão diversa é a de saber se, apesar de poder exigi-lo, o lesado não poderá prescindir da «colaboração devida» pelo lesante e tomar a seu cargo a restauração natural, reclamando do lesante apenas os respetivos custos. A opção legal é pouco clara, pois falta uma menção expressa ao tema e não foi reproduzido o articulado proposto de Vaz Serra que o resolvia a favor do lesado. A doutrina não é também esclarecedora: recusa-se que o lesado possa optar entre a indemnização em dinheiro e a indemnização por restauração natural, mas não é certo que o custo da reparação de uma coisa ou de um tratamento médico sejam, à luz da classificação pressuposta, uma indemnização em dinheiro (cf., quanto àquela recusa, P. MOTA PINTO, *Interesse*, cit., 1490, n. 4223, e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, Vol. VIII — *Direito das obrigações*, 725-726).

⁽⁶⁸⁾ Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 295-296. Assinale-se que a autora caracteriza a indemnização consistente de re aquisição dos valores mobiliários (contra o preço pago pelo lesado) como uma *revogação do negócio* por via indemnizatória (289 e *passim*). Mas sem razão. A indemnização em apreço não supõe qualquer eliminação dos efeitos do negócio de aquisição ou alienação dos valores, o que não seria possível, de resto, quanto à generalidade dos responsáveis pelo prospeto, que não são partes no negócio.

deficiências do prospeto para se libertar das consequências de um investimento que correu mal e cujo insucesso não se deveu apenas à informação que o prospeto omitiu ou distorceu⁽⁶⁹⁾. Este é um óbice importante e, de resto, como atrás se assinalou, tem apoio direto no regime legal da responsabilidade pelo prospeto, concretamente no art. 152.º, n.º 2 do CVM. Um ponto em que a decisão do legislador português é inequívoca respeita precisamente à proibição de libertar o investidor desse risco geral que em nada está relacionado com o vício do prospeto.

Simplesmente, a crítica não afeta diretamente a indemnização sob a forma de reaquisição dos valores. Na verdade, contestável nesta solução não é impor-se ao obrigado a indemnizar que fique com os valores e que se ocupe — se for caso disso — da sua alienação (*maxime*, suportando os correspondentes esforços ou despesas). O que se censura é que o lesante tenha de devolver ao investidor a *totalidade do preço*, mesmo quando os valores se encontrem depreciados por razões que em nada respeitam ao vício do prospeto. Por outro lado, a crítica da exoneração do lesado relativamente aos riscos gerais aplica-se igualmente à indemnização que consista em atribuir ao investidor que, entretanto, se tenha desfeito dos valores adquiridos, o direito à *diferença* entre o que gastou na sua aquisição e o preço (depreciado) por que os vendeu. Ora, a indemnização pela diferença de valores é indiscutivelmente uma indemnização em dinheiro.

Pelas razões que acabamos de indicar, não vemos obstáculo a que o direito dos valores mobiliários português acolha uma indemnização consistente na reaquisição, ao investidor lesado, dos valores mobiliários a que se refere o prospeto viciado. Trata-se de uma indemnização que, por desonerar o lesado do esforço de «converter» os produtos que comprou em dinheiro, pode dizer-se ainda abrangida pela teleologia da indemnização por restauração natural e pela regra do seu primado (arts. 562.º e 566.º, n.º 1, do CC). E não há razão para que este aspeto do direito geral da obrigação de indemnizar não se aplique ao setor especial do mercado de valores mobiliários. Ponto é, no entanto, que o obrigado a indemnizar não tenha necessariamente de pagar por eles o preço a que os adquiriu o investidor, descontando-se antes desse preço todas as depreciações ocorridas que não remontem à inexatidão do prospeto.

⁽⁶⁹⁾ Cf. o argumento em GERHARD WAGNER, «Schadensberechnung», *cit.*, 512, ss., embora por referência à responsabilidade por informações no mercado secundário. O autor sublinha que os investidores que quisessem furtar-se a uma queda abrupta das cotações como a que teve lugar no início do século com as empresas de tecnologia de informação e de comunicação procurariam com afã quaisquer inexatidões de informação por parte de eventuais responsáveis para assim escaparem ao insucesso da decisão de investimento.

43. A objeção que põe em relevo a proibição de exonerar o investidor do risco geral de mercado afeta, como acabamos de ver, a própria solução de conceder ao lesado uma indemnização que o compense pelo *dano de transação restrito*, independentemente de essa compensação operar por via da reconstituição natural ou por via da indemnização em dinheiro. Com isto, fica dada a resposta à segunda pergunta: o regime português responsabilidade pelo prospeto não é compatível com uma indemnização pelo dano de transação restrito.

É certo que esta indemnização assenta numa fórmula simples: o lesado seria colocado na posição em que estaria se não tivesse adquirido os valores, sendo poupado à demonstração do que teria feito em alternativa. A solução é particularmente sedutora no caso de exercício judicial coletivo de pretensões indemnizatórias relativas a um mesmo prospeto por um conjunto de investidores. A base factual do processo seria homogénea, sem possibilidade de invocação de idiosincrasias. Simplesmente, tal traduzir-se-ia em autorizar uma plena exoneração dos lesados relativamente ao seu risco geral de mercado. Estes não teriam, sequer, de suportar as potenciais perdas associadas a investimentos alternativos que é de supor que fizessem. Ora, já ficou dito acima que uma exoneração deste tipo não é acolhida no direito português. Os responsáveis pelo prospeto podem, nos termos do art. 152.º, n.º 2, do CVM, alcançar uma redução da indemnização devida na medida em que se prove que o prejuízo fica a dever-se também a causas diferentes da inexatidão do prospeto. A ideia é precisamente evitar que a indemnização possa servir de compensação para riscos que os lesados sempre teriam de suportar independentemente de quaisquer falhas de informação. Esse fim é, porém, incompatível com um modo de calcular a indemnização devida que compense os investidores pelo seu dano de transação restrito.

VII.O dano de transação amplo e o dano de «diferença de cotações»

44. Acabamos de afastar um critério de fixação da indemnização no caso de responsabilidade pelo prospeto que permita ao investidor, em qualquer caso, desfazer-se dos valores adquiridos e recuperar integralmente o preço despendido ou que, no caso de já os ter alienado, lhe permita obter a diferença entre o preço desta alienação e o preço da sua aquisição. Sendo assim, o nosso problema permanece em aberto: como se

determina a compensação devida ao investidor? A referência do art. 152.º, n.º 1, do CVM à «situação em que o lesado estaria se (...) o conteúdo do prospeto estivesse conforme» com a lei sugere que a indemnização é fixada a partir de uma *diferença* entre uma situação real e uma situação hipotética: mas qual a situação real e a situação hipotética a considerar? Já sabemos que a situação hipotética a ter em conta não pode consistir exclusivamente na supressão mental da decisão de aquisição dos valores mobiliários, pois isso significaria que, por efeito da indemnização, o lesado seria totalmente exonerado dos demais riscos do negócio, riscos esses que ele deve continuar a suportar. Esta rejeição diz-nos, contudo, apenas qual a situação hipotética que *não pode ser considerada* e não ainda aquela que *deve ser considerada*.

Diferentes concepções quanto à situação hipotética estão subjacentes a *duas fórmulas ou métodos de cálculo* que têm sido propostos neste domínio: a fórmula do «dano de transação amplo» (já atrás mencionada), por um lado, e a fórmula da «diferença de cotações», por outro. A estas, acrescentaremos *uma terceira* que nos parece corresponder à consagrada na lei: a fórmula da depreciação do preço dos valores mobiliários em consequência da correção do conteúdo do prospeto no mercado (abreviadamente, a fórmula da quebra do preço).

Neste ponto, ocupar-nos-emos das duas que rejeitamos, para depois dedicarmos à fórmula que cremos ser a acolhida no direito português uma divisão autónoma. Os dois métodos de cálculo que passaremos a analisar distanciam-se fundamentalmente quanto ao *papel que a decisão de investimento do lesado desempenha* em cada um deles.

45. Uma primeira fórmula proposta para o efeito de determinação do dano indemnizável na responsabilidade pelo prospeto é a que assenta na diferença entre a situação patrimonial do lesado atual e aquela em que estaria se *não tivesse adquirido os valores mobiliários a que se refere o prospeto admitindo-se a demonstração da decisão de investimento alternativa* que o lesado tomaria se o prospeto não tivesse sido elaborado em desconformidade com a lei. Esta fórmula recorre a uma medida que designamos por *dano da transação amplo*. A situação hipotética considerada *abstrai* da decisão do lesado de adquirir os valores mobiliários, mas permite a sua *substituição* pela decisão de investimento alternativa.

Na doutrina portuguesa, este é o critério que Margarida Azevedo de Almeida e Luís Menezes Leitão consideram ter sido consagrado no art. 152.º do CVM. Se a primeira autora sublinha que a consequência da adoção deste modo de cálculo é facultar ao lesado o direito a exigir uma compen-

sação pelos *lucros cessantes* provenientes da oportunidade negocial alternativa que rejeitou no pressuposto da ausência de vícios do prospeto⁽⁷⁰⁾, o segundo autor chama a atenção para o facto de ele conduzir, em princípio, à *relevância negativa de eventuais causas virtuais* do dano. O autor parece, pois, admitir que o responsável possa opor ao lesado que este, em alternativa, teria optado por um investimento tão ou mais ruinoso⁽⁷¹⁾.

À luz desta tese, a lei portuguesa teria optado pelo ressarcimento do *dano da transação amplo ou integral*, proporcionando ao lesado a possibilidade de, por via indemnizatória, ser colocado na situação em que estaria *se não tivesse tomado aquela decisão* de investimento e se, *em vez dela*, tivesse tomado outra.

Note-se que, numa perspetiva de *direito a constituir*, nenhum dos autores concorda com o critério de fazer assentar o cálculo da indemnização na decisão ou decisões que cada investidor individualmente tomaria se o prospeto tivesse sido corretamente elaborado. Apenas constata-se ser essa a solução acolhida no regime português da responsabilidade pelo prospeto. Luís Menezes Leitão acentua, na verdade, que uma indemnização assente no dano «individual» sofrido por cada investidor não se coaduna com o «carácter difuso» do prejuízo, podendo prejudicar a coligação processual da multiplicidade de investidores afetados⁽⁷²⁾. Já Margarida Azevedo de Almeida censura a opção legislativa, por traduzir uma descontinuidade entre o interesse protegido pelo dever de publicação do prospeto e o regime da responsabilidade pelo conteúdo do prospeto. Segundo a autora, com o dever de dar a conhecer ao público as informações contidas no prospeto o legislador pretende assegurar uma regular formação dos preços e, através dela, prosseguir «o interesse público numa eficiente alocação dos recursos», bem como tutelar a confiança dos investidores. O enquadramento teleológico deste dever deveria, depois, refletir-se no regime da responsabilidade civil no caso da sua violação: em vez de uma indemnização marcada pelos interesses individuais dos investidores, deveria limitar-se o ressarcimento ao «dano social», que a autora con-

(70) Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 297-298, 344 e *passim*. Neste sentido também CARNEIRO DA FRADA, *Teoria*, cit., 686, n. 745.

(71) Cf. MENEZES LEITÃO, «Actividades de intermediação», cit., 155-156, Id, «A responsabilidade civil do auditor», cit., 238-239. Textualmente, o autor afirma que o atual art. 152.º do CVM «abre as portas à discussão sobre a eventual admissão nesta sede da relevância negativa da causa virtual». O autor sublinha, aliás, que o facto de o cálculo da indemnização assentar nos danos individualmente sofridos por cada investidor constitui um obstáculo substancial às *class actions* neste domínio.

(72) Cf. MENEZES LEITÃO, «A responsabilidade civil do auditor», cit., 238-239.

sidera corresponder à «diferença entre o preço pago e o valor real dos valores mobiliários»⁽⁷³⁾.

46. Cremos, porém, que a lei portuguesa não optou pela fórmula assinalada, *i. e.*, não consagrou o dano de transação amplo ou integral como dano indemnizável no caso de responsabilidade pelo prospeto. O Código dos Valores Mobiliários não apenas impede a relevância negativa de «causas virtuais», mas veda ainda ao lesado a possibilidade de ser ressarcido dos lucros cessantes provenientes de oportunidades negociais alternativas. Na verdade, é possível encontrar duas concretizações da recusa dessa fórmula na própria *letra da lei*.

Em primeiro lugar, nos termos do art. 152.º, n.º 1, do CVM a indemnização deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto com o art. 135.º do CVM, mas o momento de referência para a determinação da situação hipotética é o *momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários*. Quer dizer, atende-se à situação em que o lesado estaria se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei, mas no exato momento da aquisição (ou da alienação), *sendo irrelevantes desenvolvimentos ulteriores dessa situação hipotética*. Ora, a inclusão das oportunidades negociais alternativas desperdiçadas no cálculo da indemnização exigiria necessariamente a consideração dessas evoluções hipotéticas, sem a qual seria privada de qualquer sentido.

A opção do legislador português é, pois, clara: não é permitida ao investidor a exigência dos lucros cessantes advenientes de um investimento hipotético que faria, se o prospeto contivesse informação verdadeira e completa; em contrapartida, não lhe pode ser oposto que teria optado por um investimento tão ou mais ruinoso do que aquele que efetivamente fez. Pensamos que esta opção se revela na parte do preceito legal em que se toma como referência a situação que existiria ao tempo da aquisição dos valores mobiliários. Para que o cálculo da indemnização não se limitasse a suprimir a decisão de investimento que o lesado tomaria se o prospeto tivesse sido elaborado de acordo com a lei e permitisse ter em conta a decisão de investimento que substituiria essa, quando fosse caso disso⁽⁷⁴⁾, seria necessário tomar-se como referência a situação hipotética *atual, i. e.*, a situação em que o investidor estaria no *momento mais recente*

⁽⁷³⁾ Cf. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade, cit.*, esp.mente 387, ss.

⁽⁷⁴⁾ Na generalidade dos desenvolvimentos hipotéticos, o investidor não se limitaria a «guardar o dinheiro debaixo do colchão», antes escolheria uma aplicação alternativa do seu dinheiro.

que pudesse ser atendido pelo tribunal, como estabelece o art. 566.º, n.º 2, do CC (e que, processualmente, é o momento de encerramento da discussão)⁽⁷⁵⁾. Mas não foi essa a solução acolhida na nossa lei.

Uma segunda concretização da rejeição, pelo legislador português, do dano de transação amplo ou integral pode surpreender-se no n.º 2, do art. 152.º do CVM. Nos termos do art. 152.º, n.º 2, do CVM, do dano apurado nos termos do número anterior é deduzido o valor que se dever a causas diversas do vício da informação contida no prospeto. Ora, esta *dedução* é coerente com a opção do número anterior de tornar irrelevantes os desenvolvimentos da situação hipotética no período que medeia o momento da decisão de investimento e o momento atual. Na verdade, a dedução visa, como já foi assinalado, evitar que o investidor seja exonerado do risco da sua decisão de investimento que não esteja relacionado com a desinformação. Ora, se, à luz do n.º 1 do preceito, fossem considerados todos os desenvolvimentos hipotéticos da decisão de investimento do lesado, esta forma de cálculo já implicaria ter ele de arcar com o risco inerente à decisão hipotética — seja o reflexo da evolução geral do mercado nesse investimento, seja o comportamento específico do preço dos valores que teria adquirido —, pelo que *não faria sentido qualquer dedução* como a que se prevê no n.º 2, do art. 152.º do CVM.

47. Por fim, e no plano estrutural, assinala-se que a escolha do legislador — de excluir o ressarcimento dos lucros cessantes provenientes de oportunidades negociais alternativas — é confirmada pela ponderação do bem jurídico prosseguido pela norma e da estrutura *intermediada* do mercado de capitais, que acima se descreveu. O art. 152.º do CVM estabelece normas de determinação do dano que se reconduza à irregular formação dos preços, em mercado. Como pano de fundo desta função está o conjunto de normas que determina a obrigação de divulgar ao público, através do prospeto, um conjunto necessário e harmonizado de informações, e a forçosa intervenção de profissionais na sua análise e transmissão. A intervenção de profissionais — neste primeiro plano — tem um impacto *homogéneo* nas várias vicissitudes relevantes: o preço da oferta é igual para todos os investidores, e o impacto que a divulgação das deficiências do prospeto tem no preço dos valores mobiliários também é sofrido por todos, na mesma medida. Como se referiu, existe depois a intervenção de intermediários financeiros, num segundo plano, o das relações individuais.

(75) Art. 611.º, n.º 1 CPC.

Aqui, as vicissitudes vão ter um impacto *heterogéneo*, dependendo do perfil e das expectativas de cada investidor. O art. 152.º do CVM está pensado para atuar no primeiro plano, da liquidação de danos que são sentidos de forma homogénea no mercado, mas já não para operar no segundo plano, em que releva a *adequação* das decisões individuais de investimento. Os bens jurídicos afetados neste segundo plano são tutelados no âmbito das relações individuais de intermediação financeira, a jusante. Aí, sim, poderá porventura fazer sentido a invocação de lucros cessantes, provenientes de oportunidades negociais alternativas, já que os efeitos são sentidos de forma heterogénea.

48. Frustrada a tese do dano de transação amplo ou integral, importa confrontar o art. 152.º do CVM com a segunda fórmula atrás enunciada: a que considera ser indemnizável no âmbito da responsabilidade pelo prospeto o que designamos por «dano da diferença de cotações». O critério correspondente — mas não a terminologia — é defendido na doutrina portuguesa por Paulo Câmara. Este autor supõe que a finalidade da indemnização devida na responsabilidade pelo prospeto é de «repor a situação em que o lesado estaria se, *concretizando a sua decisão de investimento*, o prospeto estivesse corretamente elaborado»⁽⁷⁶⁾. A situação hipotética, apurada em função da *manutenção da decisão* de aquisição ou de alienação do lesado, tem como pressuposto que *seria diverso o preço* por que o lesado teria adquirido ou alienado os valores mobiliários se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei, o que é verosímil à luz da *market efficiency hypothesis* (nos termos da qual o preço de um produto reflete toda a informação disponível no mercado acerca dele)^(77/78). Baptizamos esta fórmula com a expressão dano de «diferença

⁽⁷⁶⁾ Cf. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, cit., 826 (itálico do original).

⁽⁷⁷⁾ MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 325 e *passim*, caracteriza o modo de cálculo proposto por Paulo Câmara como correspondendo à diferença entre o preço pago pelo investidor e o *valor real* dos valores mobiliários. Pensamos, porém, que esta fórmula não expressa fidedignamente o critério de Paulo Câmara, que se refere antes ao preço que hipoteticamente se teria formado no mercado caso o prospeto não tivesse vícios. Este preço hipotético não tem de coincidir com o suposto «valor real» dos bens.

⁽⁷⁸⁾ Como alternativa ao cálculo do que designamos dano de transação integral, MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, cit., 318-319, e 387, ss. e *passim*, refere o cálculo da indemnização como diferença entre o preço que o investidor lesado pagou e o «valor real» ou «valor intrínseco» dos bens em questão. A autora afirma que uma indemnização calculada segundo esta diferença só seria possível se a indemnização desempenhasse na lei a função de «instrumento de prossecução do interesse coletivo da regular formação dos preços no mercado». Só nesse caso, se justificaria uma limitação da indemnização ao «estritamente necessário para prosseguir esse objetivo de natureza coletiva»,

de cotações» que constitui uma tradução literal do substantivo alemão *Kursdifferenzschaden*. Este tem servido para designar um critério idêntico aplicado no cálculo da indemnização devida no âmbito da responsabilidade por informações no mercado secundário no direito alemão⁽⁷⁹⁾. O acolhimento da expressão deve ser acompanhado do aviso de que não se refere apenas a valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e com cotações oficiais e, por isso, são usadas aspas. A fórmula da «diferença de cotações» aplica-se a qualquer caso de responsabilidade pelo prospeto e assenta na diferença entre o preço efetivamente pago pelo investidor e o preço hipotético. Cotação aqui é usada como sinónimo de preço por que o valor mobiliário pode ser transacionado no mercado num determinado momento (ou poderia ser transacionado, no caso de uma cotação hipotética) e não no sentido restrito de um preço praticado numa determinada plataforma ou estrutura de negociação e de valores admitidos à negociação nessa plataforma.

49. A favor do dano da «diferença de cotações» poderia invocar-se a sua compatibilidade com a formulação do art. 152.º, n.º 1, do CVM. Neste, como acabamos de ver, assume-se que a indemnização tem por finalidade colocar os lesados na situação hipotética em que estariam se o prospeto fosse conforme com a lei, mas tomando por referência *o momento da aquisição ou da alienação* dos valores mobiliários. Ora, a situação que existiria nesse momento se o prospeto não estivesse viciado pode consistir justamente na oferta dos valores a um outro preço, dado que esse preço, em

concretamente, a limitação da indemnização à parte (excessiva) do preço que implicasse uma ineficiente alocação dos recursos. Não podemos desenvolver aqui uma análise do que seja «valor real» ou «intrínseco» dos valores mobiliários e em que medida este corresponde ou não ao preço hipotético que se formaria se o prospeto fosse conforme com a lei. Seja como for, parece-nos que o cálculo da indemnização devida ao investidor com recurso a um preço hipotético ou ideal dos valores mobiliários não é exclusivo de um sistema que vise o *interesse público* numa alocação eficiente dos recursos económicos (se é que é pensável um sistema destes), sendo inteiramente compatível com o pressuposto de que o fim prosseguido pelo dever de divulgação de informações através do prospeto é a regular formação dos preços e, através dela, a tutela da confiança dos investidores (e, portanto, tutela *interesses privados*). Cf. em sentido idêntico, mas referindo-se aos deveres de informação e à informação prestada por emitentes no mercado secundário, MAIER-REIMER/SEULEN, em HABERSACK/MÜLBERT/SCHLITT, *Handbuch des Kapitalmarktinformation*, cit., 799. Uma indemnização calculada segundo o preço que se formaria se o prospeto estivesse conforme com a lei não traduz em nada a funcionalização ou instrumentalização do direito do lesado à realização de fins de interesse público.

⁽⁷⁹⁾ Cf. MAIER-REIMER/SEULEN, cit., 804-805. No direito alemão discute-se se a responsabilidade por informações no mercado secundário proporciona *apenas* o ressarcimento do *Kursdifferenzschaden* ou se, em *alternativa* a este, o lesado pode exigir em certas condições ao responsável a reacquirição dos valores mobiliários pelo preço que deu por eles.

princípio, incorpora toda a informação existente no mercado acerca dos produtos em questão.

Simplesmente, esta tese defronta-se com objeções: algumas mais formais, relacionadas com a letra da lei; outras, mais substanciais.

50. A primeira objeção é prática e chama a atenção para a dificuldade do cálculo do dano da «diferença de cotações».

Para facilitar o acompanhamento do raciocínio, partimos de um exemplo base: um valor mobiliário vendido numa oferta pública por € 100, em Janeiro; sofre depois uma desvalorização em Março para € 90, resultante de fatores conjunturais, não relacionados com o prospeto (ex. o anúncio do insucesso de negociações comerciais entre dois países); em Maio, sofre nova desvalorização para € 36, mas desta feita por terem sido reveladas deficiências no prospeto da oferta pública; por último, em Agosto, sofre nova desvalorização, devido à divulgação pública de dados sobre uma epidemia de gripe, que pode atingir dimensões mundiais (sem que fosse feita — nem o devesse ser — qualquer alusão a esse facto no prospeto).

Janeiro/Oferta	Março/Fatores conjunturais	Maio/Divulgação de deficiências no prospeto	Agosto/Divulgados dados sobre epidemia de gripe	Cotação atual
€ 100	€ 90	€ 36	€ 26	€ 26

Como o dano da «diferença de cotações» requer que se estabeleça o *preço hipotético* por que seriam transacionados os valores mobiliários se o prospeto contivesse a informação verdadeira e completa, o decisor será confrontado com as incertezas da prova de uma realidade que não chegou a ocorrer. Uma forma de contornar as dificuldades consiste em pressupor que o reflexo que a reposição da verdade — a correção do prospeto — teve *realmente* no mercado representa ou «imita» o impacto hipotético que um prospeto conforme com a lei teria, logo *ab initio*, na formação do preço dos valores mobiliários em questão. Assim, quantificando-se o impacto que a correção *a posteriori* do prospeto teve nos preços *em termos percentuais*, aplica-se a percentagem assim obtida ao preço despendido pelo lesado. O pressuposto é, repete-se, que a quebra de preços posterior à revelação da incorreção do prospeto é fruto de uma avaliação da informação pertinente pelo público investidor que também ocorreria, em medida idêntica, num momento anterior, caso a mesma informação estivesse disponível.

No caso avançado, o valor mobiliário desvalorizou 60% após o anúncio da deficiência do prospeto. Utilizando a fórmula apresentada, aplicar-se-ia idêntica percentagem ao valor de aquisição, concluindo-se que o valor que o investidor teria pago num cenário de conformidade do prospeto seria de € 40. Neste caso, por isso, o dano

indemnizável corresponderia à diferença entre esse valor e o valor de aquisição (€ 100 - € 40 = € 60). Repare-se, no entanto, que a percentagem de desvalorização no exemplo dado é inevitavelmente influenciada por oscilações anteriores (positivas ou negativas), que não estão causalmente ligadas ao vício do prospeto.

A via proposta para contornar as dificuldades em determinar a cotação hipotética apresenta fragilidades. Desde logo, a própria percentagem da desvalorização real decorrente da correção do conteúdo do prospeto nem sempre é fácil de precisar. Com frequência, a verdade não é revelada em termos homogêneos no mercado num só momento, antes vai-se tornando progressivamente acessível a certos intervenientes no decurso de determinado período e só se torna plenamente conhecida no seu termo. Nesses casos, apenas no fim desse espaço de tempo é possível precisar o efeito de determinada informação no mercado.

Mas o obstáculo mais evidente à utilização deste método é o de que o pressuposto em que assenta nem sempre se verifica. Nem sempre a forma como o mercado reagiu à correção do prospeto pode ser usada como representação ou sucedâneo do que ocorreria se o prospeto não fosse inexato. É o que sucede, desde logo, se se verificou uma *sobrerreação* do público investidor à correção do prospeto na qual esteve envolvida, por exemplo, a censura moral aos responsáveis pelo prospeto: essa censura não teria lugar, por definição, se o prospeto fosse conforme com a lei. Aqui, a depreciação real do preço no mercado, na medida em que reflete o «efeito de escândalo», não serve para dar uma ideia do que sucederia se o prospeto não fosse viciado.

Noutros casos, pode ocorrer o fenómeno oposto. Não será difícil pensar em situações em que a correção do prospeto tem, no seio do público investidor, uma *subeficácia*, quer dizer, um impacto mais modesto na depreciação do preço dos valores mobiliários do que seria de esperar se a informação fosse revelada com o prospeto. É o que sucederá quando, por exemplo, uma informação não constante do prospeto — mas que aí devia ter sido incluída — se referia a um risco do emitente que posteriormente não se chegou a concretizar ou não se concretizou na medida esperada. Pense-se na hipótese de a sociedade emitente estar envolvida numa ação judicial de onde poderia resultar uma perda de milhões de euros e que não foi divulgada no prospeto, sendo certo que antes mesmo de essa informação chegar ao mercado a sociedade consegue pôr termo ao litígio através de uma transação judicial muito equilibrada em face do potencial prejuízo. Os preços podem cair após a revelação da transação, já que ela implica uma perda do emitente que não tinha sido refletida ainda no mercado, mas

a queda não é tão significativa quanto o seria a diferença de preço caso a informação relativa risco de perder a ação judicial tivesse sido incluído no prospeto. A não comparabilidade entre os dois momentos pode dever-se ainda a uma alteração das circunstâncias externas: a divulgação de um facto desfavorável ao emitente poderia ter um efeito muito marcado nos preços se fosse feita logo no momento do prospeto, altura em que o mercado de valores mobiliários estava muito agitado, e ter uma repercussão muito mais moderada no momento em que ocorre efetivamente, por se dar no momento em que se verifica uma crise económica grave: num mercado «deprimido» as más notícias são menos nocivas.

51. A crítica mais decisiva à fórmula de cálculo da indemnização que assente na «diferença de cotações» vai, no entanto, além da mera dificuldade prática de demonstrar a evolução hipotética dos preços dos valores mobiliários: atinge esta tese no plano *substancial*. Para expô-la há que ter presentes novamente os exemplos em que a diminuição real do preço dos valores mobiliários decorrente da correção do prospeto não pode ser usada como um sucedâneo ou uma representação de qual seria a diminuição dos preços se o prospeto fosse conforme com a lei. Referimo-nos aos casos em que a correção do conteúdo do prospeto no mercado tem um *sobreefeito* nos preços dos valores ou, pelo contrário, um *sub-efeito*, de tal forma que a desvalorização efetivamente verificada em consequência da correção do prospeto, por um lado, e a diferença entre o preço pago e o preço hipotético que o lesado pagaria pelos mesmos valores, por outro, distam, em termos quantitativos, substancialmente.

Se, por exemplo, a revelação da inexatidão do prospeto gera uma indignação no público investidor, o preço dos valores mobiliários afetados não se formará com base em fatores puramente racionais. A emoção do público e a consequente aversão em investir naqueles produtos poderá gerar uma quebra importante nos preços. A fórmula da «diferença de cotações» ignora a depreciação realmente verificada em consequência da revelação da inexatidão do prospeto, olhando apenas para a parte da despesa que o investidor teria economizado se o prospeto estivesse correto. Ora, a questão reside precisamente em saber se fará sentido ignorar a perda sofrida pelo lesado na sequência da correção do prospeto. A violação do dever de tornar pública certa informação relativa aos valores mobiliários transacionados através de um prospeto deverá *pôr o investidor a salvo do risco de quaisquer perdas decorrentes da falta ou inexatidão dessa informação*. Quando o reflexo da inexatidão do prospeto na cotação *real* dos valores mobiliários for superior ao que se verificaria na cotação *hipotética*,

não se vê por que razão não deverá ser o prejuízo de montante superior e efetivamente sofrido pelo lesado o objeto do seu direito à indemnização.

Mas a fórmula da «diferença de cotações» também merece reservas na situação oposta de esta diferença ser maior do que a desvalorização que vem a ocorrer na sequência da correção do conteúdo do prospeto. Nestes casos, pode dizer-se que a ameaça inicial de depreciação dos valores — o menor preço que à data da aquisição pelo lesado o público investidor estaria disposto a dar por eles — não se vem a concretizar integralmente, por razões variadas. A questão fundamental reside então em saber se a responsabilidade pelo prospeto deve proporcionar ao lesado o maior valor decorrente da diferença entre o preço que pagou e o preço hipotético ou se ele é suficientemente protegido sendo colocado a salvo da depreciação que venha a verificar-se em consequência da inexatidão do prospeto. Ora, parece não existirem razões suficientes para pagar ao investidor a diferença entre o que gastou e o que hipoteticamente gastaria — para adquirir os mesmos valores — se o prospeto fosse conforme com a lei, quando superior à desvalorização ocorrida⁽⁸⁰⁾.

52. Interessa ainda olhar com atenção para os casos em que a desvalorização ocorrida na sequência do prospeto é apta a representar a correção dos preços que teria lugar se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei. Nesses casos, há uma maior proximidade entre o dano de «diferença de cotações» e a desvalorização ocorrida, o que poderia sugerir o acerto de dar ao investidor uma indemnização calculada segundo o preço hipotético. No entanto, nem nestes casos se pode dizer que deva ser indemnizado o primeiro tipo de dano. De facto, a desvalorização dos valores mobiliários adquiridos será inevitavelmente afetada por oscilações entretanto ocorridas no mercado. O preço hipotético é, contudo, imune a tais variações. Por isso, indemnizar o investidor pela «diferença de cotações» implicaria, mesmo que numa medida reduzida, isentá-lo de um risco da sua decisão de investimento que em nada se deve à inexatidão do prospeto.

⁽⁸⁰⁾ Poder-se-ia ainda censurar a tese do dano da diferença de cotações por reconhecer o direito à indemnização no caso de o investidor alienar os valores mobiliários num momento em que ainda não foi revelado ao mercado o vício da informação do prospeto (*i. e.*, num momento em que se mantém o erro do mercado, subsistindo a desinformação). Mas não parece esta seja uma consequência inevitável desta tese, já que o investidor, ao vender antes da correção do prospeto adquire uma *vantagem* causalmente ligada ao facto gerador de responsabilidade que «compensa» integralmente o dano sofrido, já que vende por um preço superior ao que hipoteticamente venderia se o prospeto fosse conforme com a lei. Sendo essa vantagem deduzida do valor da indemnização, o investidor não teria nestes casos, à luz da citada tese, direito a compensação alguma.

Regressemos ao nosso caso. Considerando que o valor mobiliário desvalorizou 60% após o anúncio da deficiência do prospeto, aplicar-se-ia idêntica percentagem ao valor de aquisição, concluindo-se que o valor que o investidor teria pago num cenário de conformidade do prospeto seria de € 40. Neste caso, por isso, o dano de diferença de cotações, se indemnizável, corresponderia à diferença entre esse valor e o valor de aquisição (€ 100 - € 40 = € 60). No entanto, a desvalorização efetivamente ocorrida é inferior: corresponde à diferença entre o preço antes da divulgação de deficiências no prospeto (€ 90) e o valor após essa divulgação (€ 36), ou seja, a € 54.

Janeiro/Oferta	Março/Fatores conjunturais	Maiio/Divulgação de deficiências no prospeto	Agosto/Divulgados dados sobre epidemia de gripe	Cotação atual
€ 100	€ 90	€ 36	€ 26	€ 26

Ora, a questão está em saber se o lesado deve ser compensado em € 60 ou apenas em € 54. A favor de uma indemnização limitada ao segundo montante joga o argumento da proibição de isentar o lesado dos riscos que sempre teria de correr. De facto, a segunda fórmula de cálculo reconhece que, por força de uma desvalorização ocorrida em Março — «fatores conjunturais» —, o dano sofrido pelo investidor acabou por ser menor do que se prenunciava. Receber mais do que a desvalorização verificada seria ignorar as circunstâncias do mês de Março e o seu reflexo negativo no investimento do lesado. Mas o contrário pode igualmente acontecer: a desvalorização ocorrida pode ser superior à diferença de cotações porque, entretanto, os valores mobiliários adquiridos tiveram uma apreciação significativa e a correção do prospeto provocou maiores perdas do que se prenunciava. Nesse caso não se vê também razão para negar ao investidor a compensação desse dano mais elevado.

53. Por fim, não vale a favor de uma indemnização do preço hipotético o argumento de que o *dever de publicação do prospeto* visa assegurar uma *regular formação dos preços* no mercado. É que do reconhecimento desse fim não se pode extrair que a indemnização resultante da sua violação vise dar aos investidores afetados o preço que se teria formado em condições regulares. O contrário seria inferir o dano a partir da ilicitude, o que não é admissível. No direito português, a violação do dever de publicar o prospeto serve de fundamento para a imputação de danos sofridos pelos investidores: o dever e a sua violação circunscrevem os casos em que os investidores podem imputar a outrem os danos que sofram, mas não são eles próprios definidores do dano sofrido pelo investidor e pelo qual ele tem direito a ser compensado.

54. Às críticas substanciais contra a tese do dano da diferença de cotações acrescem considerações extraídas da lei vigente. Não há sinais de que a lei portuguesa consagre o dano de «diferença de cotações» como

dano indenizável na responsabilidade pelo prospeto. Desde logo, este critério não funciona nos casos em que o prospeto contenha um preço fixo e o lesado tenha adquirido por esse valor, na qualidade de primeiro adquirente⁽⁸¹⁾. Na verdade, nestes casos não é possível afirmar que, caso o prospeto tivesse sido elaborado de acordo com as exigências legais, o lesado teria feito a mesma transação, mas por preço inferior. A fórmula do art. 152.º do CVM é, porém, uma só o que sugere uma só solução aplicável a todas as situações.

A esta objeção soma-se uma outra, assente igualmente na letra do preceito. Na verdade, se o n.º 1 do art. 152.º do CVM devesse ser interpretado no sentido de a situação hipotética aí contemplada ser aquela em que estaria o lesado se mantivesse a sua decisão de investimento e a diferença a apurar resultasse da subtração entre preço hipotético e o preço pago, não faria sentido a *redução do dano indenizável* prevista no n.º 2 do preceito. A diferença entre o preço pago e o preço que se teria formado no momento da transação não visa libertar o investidor da sua decisão, antes pressupõe a *manutenção da decisão* e, por isso, não comporta, quando aplicada, o efeito de compensar o investidor por perdas decorrentes de outros fatores que influenciaram posteriormente o preço dos valores mobiliários adquiridos. A regra do n.º 2 do art. 152.º do CVM visa precisamente *evitar ou eliminar esse efeito* e seria incompreensível se o legislador tivesse optado por um cálculo da indemnização que *não tem esse efeito*.

VIII. O dano da quebra de preço decorrente da correção do prospeto

55. O que acabamos de ver quanto à não consagração, na lei portuguesa do prospeto, de um cálculo da indemnização que vise dar ao investidor a diferença entre o que gastou e o preço que hipoteticamente se teria formado se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei aponta já para o prejuízo pelo qual o investidor deve ser compensado: *o dano indenizável no caso de responsabilidade pelo prospeto é a depreciação ulterior do preço dos valores mobiliários adquiridos, mas apenas quando esse dano (a desvalorização) esteja causalmente ligado aos vícios do prospeto, mais exatamente, quando constitua a concretização de um*

(81) A responsabilidade pelo prospeto não se cinge, porém, aos primeiros adquirentes: cf. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, cit., 817.

risco criado pela inexatidão do prospeto. Ora, a desvalorização decorrente da revelação pública da informação ocultada ou distorcida no prospeto — decorrente, numa palavra, da *correção* do prospeto — pode considerar-se a concretização de um risco criado pela deficiência do prospeto. É a quebra de preço dos produtos que se dá em consequência da correção do prospeto — e não a quebra de preço hipotética — que constitui a perda que o investidor pode imputar a outrem, concretamente aos responsáveis pela inexatidão do prospeto. Essa quebra de preço pode ser, como se assinalou, superior ou inferior ao menor preço por que teriam sido comercializados os valores se o prospeto fosse idóneo.

56. A consagração legal do «dano de desvalorização» e da sua imputação aos responsáveis pelo prospeto na estrita medida em que seja uma concretização de um risco criado pelo prospeto deficiente não oferece dúvidas se olharmos com cuidado para a lei. O art. 152.º, n.º 1 do CVM diz-nos que a «indenização deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto com o art. 135.º». O n.º 2 da mesma disposição ordena, no entanto, a redução do montante do dano indemnizável na medida em que o obrigado a indemnizar prove que «o dano se deve também a causas diversas dos vícios de informação ou de previsão constantes do prospeto». Os dois números poderiam parecer, à primeira vista, contraditórios. Numa linguagem que evoca o negócio, dir-se-ia que primeiro permite que o lesado *volte atrás na sua decisão* de investimento, ao passo que o segundo *força-o a manter essa decisão* para o efeito de suportar certos riscos, concretamente o risco de depreciação dos valores mobiliários adquiridos que não esteja relacionado com a informação viciada do prospeto. Na verdade, contudo, não há contradição se se reconhecer que o objetivo do legislador não é dar ao lesado a possibilidade de «revogar» a sua decisão de investimento, mas apenas o de permitir que o lesado não seja onerado com uma desvalorização dos bens adquiridos que constitua a concretização de um risco criado pela violação das exigências legais relativas ao prospeto. O dano indemnizável não é, pois, o dano de transação restrito, mas antes o dano da quebra do preço dos valores mobiliários adquiridos, desde que ocorrida em consequência da revelação da inexatidão do prospeto.

57. Para chegar a uma indemnização que compense o investidor apenas pela quebra de preço verificada em consequência da correção do prospeto, a lei estabelece um modo de cálculo em *dois passos*. No *primeiro*

passo, computa-se a indenização por referência à diferença entre aquilo que valem atualmente os bens (se ainda forem seus) e o preço que o lesado por eles pagou. É este o sentido do art. 152.º, n.º 1, do CVM ao estabelecer que o lesado deve ser colocado na posição em que estaria no momento da aquisição se o prospeto estivesse conforme com a lei. A formulação permite que o investidor recupere o preço pago, já que se pode dizer que se o prospeto fosse correto ele não teria gasto aquele dinheiro. Desse preço deduz-se evidentemente o valor remanescente atual da sua aquisição que se conserve no seu património, já que a lei não pretende colocar o investidor em *melhor situação* do que aquela em que estaria se o prospeto tivesse sido elaborado em conformidade com a lei. Se o investidor lesado tiver entretanto alienado os valores, o cálculo da diferença faz-se entre o preço que deu por eles e o produto dessa alienação. Não se autoriza, no entanto, o investidor a invocar qualquer decisão de investimento alternativa e os seus desenvolvimentos. Esta proibição está contida na referência legal ao *momento da aquisição*: o que conta é a situação em que o lesado estaria *nesse momento* se não tivesse adquirido e não tivesse despendido o correspondente preço e não como estaria *hoje* se, em vez disso, tivesse feito outra coisa qualquer.

Num segundo passo, expurga-se a diferença assim obtida de todas as quebras de preço (que constituem também um dano do investidor) que tenham causas diversas do vício de informação ou de previsão do prospeto. É o que ordena o art. 152.º, n.º 2, do CVM, quando determina: o «*montante do dano reduz-se*» nas circunstâncias nele previstas. Da *diferença* entre preço pago e o preço atual dos valores mobiliários apurada nos termos do n.º 1 são *deduzidas* todas as quantias que se prove corresponderem depreciações não determinadas pela inexatidão do prospeto. Estas quantias não compõem a indenização.

As quebras de preço que têm *causas diversas* são aquelas que ocorrem por força de fatores diferentes da revelação pública das informações que foram omitidas ou distorcidas no prospeto. Podem ter origem em circunstâncias gerais do mercado ou proceder de causas específicas do setor a que pertence o emitente ou ainda, mais restritamente, de causas privadas daquele emitente. Ponto é que não estejam relacionadas com a correção do prospeto. Claro que esta regra força a um exame complexo sobre as causas das oscilações do preço dos valores adquiridos. Quaisquer incertezas nesse domínio oneram, porém, o lesante: dúvidas quanto à etiologia de uma desvalorização dos produtos adquiridos levam a incluir o correspondente montante na indenização. No entanto, a incerteza não atingirá desvalorizações ocorridas *antes da* correção do prospeto no mercado: estas, por definição, não são causadas pelos *correspondentes* vícios.

58. No plano do resultado destes dois passos, chegamos, pois, a um montante que se *cinge à — mas também que inclui toda a — depreciação* dos valores adquiridos em consequência da revelação da informação omitida ou distorcida no prospeto. O dano indemnizável na responsabilidade pelo prospeto corresponde a essa quebra de preço. O dano patrimonial relevante é a depreciação do preço dos valores mobiliários. Mas para que a depreciação seja imputada aos responsáveis pelo prospeto, para que o investidor se possa desembaraçar dela, é necessário que constitua a concretização de um risco criado pela inexatidão do prospeto.

Supomos que esta ideia exprime de forma *clara* a solução da lei, assegurando designadamente a sua *compatibilidade* com o regime geral da obrigação de indemnizar quanto à circunscrição do dano indemnizável. A ideia é de que o dano relevante do lesado é *a depreciação dos valores mobiliários* e de que este é imputável aos responsáveis pelo prospeto e, por isso, *indemnizável*, apenas quando representa a concretização de um risco criado pelo prospeto, o que sucede justamente quando a depreciação decorre da *correção do prospeto*. O nexo de causalidade — exigido pelo art. 562.º do CC — entre a depreciação dos valores mobiliários do lesado e o ilícito consubstanciado na divulgação de um prospeto desconforme com a lei (cf. o art. 135.º e o art. 149.º, n.º 1 do CVM) fica, assim, assegurado. É o vício do prospeto, ainda que conjugado com uma série de outras circunstâncias — a revelação da verdade no mercado, a reação do público, a permanência dos valores mobiliários no património do lesado, etc. — que está na origem do prejuízo do investidor: não fora o vício do prospeto, não teria havido correção e consequentemente aquela desvalorização⁽⁸²⁾.

⁽⁸²⁾ Apesar de algumas diferenças terminológicas, não dista muito, em termos substanciais, a explicação de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «A questão», 149-156, que entende que o dano do investidor é resultado da acumulação de mais do que uma causa e que o n.º 2, do art. 152.º Código dos Valores Mobiliários permitiria, então, uma *redução* da indemnização no caso de acumulação de diversas causas. Segundo a autora, «não é qualquer conjunto de causas que poderá dar direito a uma redução da indemnização» (*idem*, 154). No texto, a par de usarmos uma terminologia assente na divisibilidade do dano (são várias quebras de preço dos valores mobiliários), sublinhamos que só *um* dos danos do investidor, dentro de todos que ele sofre *por causa* do prospeto, é *imputável* aos responsáveis pelo prospeto, porque só ele representa a concretização de um *risco criado* pelo prospeto deficiente. Posteriormente, referindo que o investidor não está protegido contra um risco a que sempre estaria exposto e que se «distribui de modo substancialmente uniforme no tempo e no espaço», cf. da mesma autora, «Causalidade, imputação e responsabilidade por informações», *Revista de direito da responsabilidade*, Ano 2 (2020), 971-1006 (1003). Veja-se ainda no tema, mas a propósito da responsabilidade das agências de *rating* por decisões de investimento, CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade civil das agências de notação do risco (rating)*. Ensaio de uma construção dogmático-crítica, Almedina, 2018, 66.

59. É legítimo perguntar por que razão o legislador optou por uma linguagem que encobre ou que, no mínimo, torna menos evidente a sua opção. A falta de clareza tem contribuído, como neste estudo se descreve, para a existência de entendimentos diferentes quanto ao dano indemnizável em sede de responsabilidade pelo prospeto. Melhor teria sido aparentemente dizer-se que, na responsabilidade pelo prospeto, a indemnização tem como objeto a quebra de preço resultante da correção do conteúdo no prospeto. Simplesmente esta formulação, conjugada com as regras gerais de distribuição do ónus da prova (cf. o art. 342.º do CC) teria uma consequência indesejada para o legislador: o investidor teria de provar a causalidade, *i.e.*, que o dano se devia à correção do prospeto, sendo, por isso, onerado com a incerteza relativamente às causas da depreciação dos valores adquiridos. Ora, pretendeu-se justamente evitar essa oneração do investidor. Se, na sequência de um prospeto ilegal, os valores mobiliários correspondentes sofrem uma quebra de preço do mercado, é aos responsáveis que cabe provar que a quebra procede de causas diversas. Não é ao investidor que cabe provar que a quebra tem origem na deficiência do prospeto⁽⁸³⁾.

A intenção de atribuir o risco da incerteza aos responsáveis, quando esse risco normalmente oneraria o lesado, segundo as regras gerais de distribuição do ónus da prova, é a razão da redação da lei e da sua eventual obscuridade. Mas existe, ainda assim, uma *opção clara* do legislador que se deixa revelar numa leitura cuidada. A lei *repudia* a indemnização do dano de transação restrito, do dano de transação amplo e do dano de «diferença de cotações» e *elege*, em vez disso, a indemnização da quebra de preço dos valores mobiliários adquiridos, desde que a quebra seja gerada pela correção do prospeto.

60. A opção legal de atribuir aos responsáveis pela viciação do prospeto o ónus da prova quanto às causas da quebra de preço dos valores mobiliários para o efeito de reduzirem (ou eventualmente excluïrem) a indemnização coloca o problema de saber se e em que medida a regra é aplicável no caso de o investidor alienar os valores *antes* de ocorrida a divulgação pública da falha do prospeto — antes, portanto, de ter havido oportunidade de os preços dos valores refletirem a correção da informação

⁽⁸³⁾ A tese, defendida por MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, *A responsabilidade*, *cit.*, 356, ss., de que a *constituição* de um direito à indemnização na responsabilidade pelo prospeto supõe uma queda do preço dos valores decorrente da correção do prospeto, ao colocar a prova desse pressuposto a cargo do lesado, parece esquecer a decisão do legislador contida no art. 152.º, n.º 2, do CVM.

contida no prospecto —, mas, ainda assim, com prejuízo. Cremos que nestes casos, assim como naqueles em que o investidor conserva os valores adquiridos, mas em que uma parte da depreciação sofrida é *anterior* à correção da informação contida no prospecto, bastará aos responsáveis demonstrar a data em que essa correção ocorreu, por um lado, e a anterioridade de determinada quebra de preço, por outro, para se considerar provado que a desvalorização se deve a causas diversas do vício do prospecto (nos termos do art. 152.º, n.º 2, do CVM). Não é necessário aqui apurar-se a etiologia concreta de determinada quebra de preço, sendo suficiente que fique acertada a sua prioridade no tempo.

Mas a solução da lei convida ainda a outras precisões. A quebra de preços é um fenómeno *evolutivo*, que pode estender-se *para lá do momento da correção do prospecto*. Esta circunstância merece ser considerada.

Como ponto de partida, o Código dá aos que tenham adquirido valores persuadidos pelo ambiente favorável ao investimento gerado por um prospecto viciado o direito de reclamar a diferença entre o preço que pagaram por eles e o valor atual dos mesmos, caso os conservem. Sabemos que a indemnização pode vir a ser inferior a esta diferença ou ser até, totalmente excluída, mas é aos responsáveis pelo prospecto que cabe demonstrar que a diferença reclamada pelo lesado se deve no todo ou em parte a causas diferentes do vício do prospecto. A estas considerações soma-se o reconhecimento, no plano dos factos, de que aquela diferença pode ir aumentando mesmo depois da correção do prospecto, se o investidor conservar os valores mobiliários, e de que o investidor pode *conter o aumento da diferença — e, portanto, do seu dano —* alienando os valores. Com isto, evita que futuras depreciações o atinjam.

Quando o lesado mantém os valores mobiliários depois da correção (no mercado) do conteúdo do prospecto, ficam os responsáveis pelo prospecto sujeitos a ter que indemnizar depreciações posteriores: não apenas aquelas que representam ainda uma sequela ou um corolário do vício do prospecto, mas também aquelas que já nada têm a ver com o vício do prospecto e cuja causa seja difícil de determinar ou de demonstrar em juízo. Os responsáveis ficam sujeitos a esse risco e *não estão em condições de controlá-lo*: não são titulares dos valores e, por isso, não os podem vender como meio de refrear o valor das compensações que são chamados a satisfazer. Só o investidor lesado está em posição de evitar ou conter a evolução do dano.

Com isto, ficam reunidas as condições que tornam convincente a admissibilidade de um *onus de mitigação* a cargo do investidor lesado. O investidor tem o *monopólio* da atividade de contenção do dano, através da venda dos valores, e, além disso, tratar-se-á em muitos casos de um

dano que não é imputável (objetivamente) aos responsáveis pelo prospeto, porque corresponde a uma desvalorização decorrente de causas diversas do vícios do prospeto, mas cuja verificação estes responsáveis podem ter dificuldade em provar. O regime *geral* da obrigação de indemnizar dá guarida a este ónus, apesar da falta de clareza do texto legal relevante: a regra que disciplina o contributo do *facto culposo do lesado* para o dano, o art. 570.º, n.º 1, do CC⁽⁸⁴⁾.

Não são de excluir, aliás, situações mais graves em que, após a divulgação da inexatidão do prospeto e da sua repercussão no preço dos valores mobiliários, o investidor fica a aguardar a evolução do mercado, sabendo que, se ocorrerem futuras depreciações, poderá, com alguma probabilidade, vir a canalizá-las para os responsáveis pelo prospeto (desde que estes não consigam demonstrar convincentemente que as desvalorizações em apreço não estão ligadas ao prospeto). Ao menos durante os seis meses posteriores ao conhecimento da deficiência do conteúdo do prospeto (cf. o art. 153.º do CVM), o investidor poderia *especular* com o valor da indemnização e em eventual detrimento dos obrigados a pagá-la. A aplicação do art. 570.º do CC permite, em tais hipóteses, uma tutela adequada dos responsáveis pelo prospeto.

Em todo o caso é necessário proceder com cautela relativamente à admissibilidade *em concreto* de um ónus do investidor de vender os valores quando essa venda evite depreciações ulteriores. A lei exige um *facto culposo* do lesado (art. 570.º, n.º 1, do CC) e o requisito deve ser interpretado como uma referência a uma *fasquia de cuidado*, *i.e.*, de diligência consigo mesmo e com os seus bens. Esse cuidado não pode deixar de ter em conta certas características do lesado que, de resto, são igualmente atendíveis quando se trata de aferir a culpa do lesante⁽⁸⁵⁾. Assim, o perfil do investidor tem necessariamente de ser considerado: um conhecimento e compreensão das tendências do mercado, bem como uma reação rápida a uma desvalorização iminente nem sempre serão exigíveis a investidores particulares, ao contrário do que pode acontecer com investidores profis-

⁽⁸⁴⁾ Quanto ao reconhecimento, pela doutrina portuguesa, de um ónus de mitigação do lesado, cf., por todos, BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das obrigações em geral*, 2018, UCE, anot. art. 570.º, n.m. 4, II. Na verdade, a lei portuguesa não tem a clareza, por exemplo, da lei alemã [o § 254 (2) BGB contempla expressamente a mitigação a cargo do lesado] ou do art. 77.º da Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

⁽⁸⁵⁾ Cf. o art. 487.º, n.º 2, do CC, quando se refere à diligência do bom pai de família «em face das circunstâncias de cada caso». Para a defesa de um critério objetivo «flexibilizado» na aferição do cuidado «exigível» ao lesado, cf. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 1997, Almedina, 578, ss.

sionais. É naturalmente aos responsáveis que cabe a prova de que o dever de conter o dano, através da alienação dos valores, se impunha em concreto aos que agora exigem uma indemnização (cf. o art. 572.º do CC). Por isso, o reconhecimento sugerido de um ónus de mitigação a cargo do investidor lesado não atenua substancialmente os desafios probatórios com que se confrontam os responsáveis pelo prospeto. Se não o lograrem, terão demonstrar a falta de nexo de causalidade *preenchedor* da responsabilidade (*rectius*, nexo de imputação objetiva), concretamente que os efeitos da divulgação da inexatidão já tinham cessado e que as depreciações posteriores se ficaram a dever a outras causas, fixando, assim, o momento de inflexão da(s) causa(s) da depreciação dos valores mobiliários. Por fim, uma vez fundamentado o ónus e reconhecida a sua inobservância, a indemnização pedida pelo investidor poderá ser *reduzida* relativamente a quebras de preço ocorridas depois do momento em que lhes era exigível que tivessem vendido (como estatui o art. 570.º, n.º 1, do CC).

61. Regressando agora à fórmula de cálculo da indemnização consagrada no art. 152.º do CVM, recorde-se que o n.º 1 deste preceito estabelece que o lesado deve ser colocado na *exata* posição em que estaria no momento da aquisição se o prospeto estivesse conforme com a lei. Dissemos acima que o cálculo implícito nessa fórmula se traduz em subtrair o que valem atualmente os bens (se ainda forem seus) ao preço que o lesado por eles pagou. Só depois, num segundo passo, há que «libertar» o resultado dessa diferença das quebras de preço que se devam a causas diversas dos vícios do prospeto.

A verdade é, porém, que a descrição que fizemos do primeiro passo constitui uma simplificação que, embora útil a uma primeira compreensão da matéria, deve agora ser aprofundada. Uma vez que o lesado tem, como diz a lei, de ser colocado na situação em que estaria no momento da aquisição se o prospeto tivesse sido corretamente elaborado, isso não implicaria apenas «restituir-lhe» o preço dos valores, mas ainda reembolsá-lo das despesas que teve com a aquisição⁽⁸⁶⁾. Dir-se-ia então que a par da compensação pelo dano da quebra de preço dos valores (que resulta, como vimos, da articulação dos n.ºs 1 e 2, do art. 152.º do CVM), o investidor teria ainda, como complemento, o direito de reclamar os custos de transação. Mas será assim? Terão os lesados à luz do art. 152.º do CVM o direito a esse valor adicional?

(86) A que acrescerão, no caso de ter vendido os valores, as despesas que suportou com a venda.

Se a quantia é pouco relevante perante a magnitude da perda mais significativa dos investidores, a sua pertença ao dano indemnizável não deixa de ter de ser respondida. A fórmula *literal* do art. 152.º, n.º 1, do CVM sugere uma resposta positiva. No entanto, a compatibilidade da solução com as principais opções da lei portuguesa é duvidosa. Uma das diretrizes mais marcantes do nosso direito é a de não onerar os responsáveis pelo prospeto com as perdas do investidor que representem a concretização de riscos que o prospeto não criou nem aumentou. Ou, formulando-o na perspectiva do lesado: pretende-se que os investidores continuem a suportar os riscos das suas decisões em tudo o que não respeite à desinformação. Ora, os custos de transação são despesas inerentes à sua condição de investidores, portanto, não conexas com aquele específico prospeto. Por isso, segundo a mesma lógica, deveriam permanecer na sua esfera. Além disso, na generalidade dos casos, nem se pode dizer que, após a correção do prospeto no mercado, aqueles gastos fiquem *integralmente inutilizados* na medida em que a lei parte do princípio de que a decisão de investir do lesado, em tudo o que não é afetado pela incorreção do prospeto, se mantém e não pode ser «revogada». Como, porém, os custos são unos e não se pode atribuir uma parcela dos mesmos à «parte» da decisão de investimento afetada pelo vício do prospeto e outra parcela à «parte» da decisão não atingida não é possível alcançar aqui uma solução de compromisso.

Em suma, cremos que a fidelidade ao equilíbrio de interesses que a lei estabelece no art. 152.º do CVM impõe que a quantia que o lesado despendeu para adquirir os valores não seja coberta pela indemnização. Por muito que se possa dizer que a *concreta* despesa foi causada pelo prospeto — motivada pelo ambiente favorável ao investimento gerado pelo prospeto — trata-se de um montante que, de acordo com a opção fundamental da lei de manter o investidor responsável pela sua decisão de investimento, deve permanecer na esfera do lesado.

62. A tese que defendemos quanto ao dano indemnizável na responsabilidade pelo prospeto sugere ainda uma outra questão: não será a fórmula por que o legislador optou no art. 152.º do CVM insuficiente para abranger a heterogeneidade das situações em que pode ocorrer o dano em concretização de um risco criado pelo prospeto? Suponha-se que são adquiridos valores mobiliários com base num prospeto desconforme com a lei. O preço dos valores vai subindo ao longo do tempo, mercê de condições de mercado favoráveis. No momento em que o mercado toma conhecimento da informação verdadeira — omitida ou distorcida no prospeto —, o preço

dos valores cai significativamente, mas, ainda assim, é superior ao pago pelo investidor na aquisição. Poderá ele exigir aos responsáveis uma compensação por essa quebra? A letra da lei não dá guarida a esta indemnização, já que o investidor está, mesmo depois da correção do prospeto, *melhor* do que estaria no momento da aquisição dos valores se o prospeto estivesse conforme com a lei. Os valores mobiliários valem hoje mais do que o preço que ele deu por eles e a lei só autoriza, aparentemente, que seja tutelado o investidor que está pior atualmente do que estaria no momento da aquisição se o prospeto fosse conforme com a lei (cf. o art. 152.º, n.º 1, do CVM). No entanto, há, sem dúvida, uma quebra de preço que é a concretização de um risco criado com o prospeto e que, tendo afetado o investidor, em coerência, deveria ser suportada pelos responsáveis. Cremos que, de acordo com a «norma que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema» (art. 10.º, n.º 3, do CC), é devida uma indemnização também nestes casos aos adquirentes de valores mobiliários: o ónus da prova do nexo causal entre a quebra de preços e a correção do prospeto cabe, contudo, ao lesado.

63. Vale a pena recordar as diferenças entre a solução aqui defendida e as anteriores. Relativamente ao dano de transação restrito, a diferença é evidente. Já acima referimos que a lei portuguesa não permite ao lesado que «volte atrás» na sua decisão de investimento, *apenas assegura que ele não suporte os riscos dessa decisão causalmente ligados ao vício ou vícios do prospeto*. Os demais riscos da decisão de investimento continuam a onerar o lesado e ele não pode pretender libertar-se deles por via da indemnização que lhe é concedida com base na responsabilidade pelo prospeto.

Recuperando mais uma vez o nosso caso, o dano de transação restrito corresponderia aqui à diferença entre os € 100 inicialmente investidos e os € 26 que correspondem à cotação atual do valor mobiliário (*i. e.*, € 74). Repare-se que neste cenário, o investidor seria isento de duas desvalorizações (a de Março e de Agosto) que não têm relação com a informação constante do prospeto, e que também afetariam a cotação do título se a informação fosse perfeita, ou se o investidor tivesse adquirido outro valor mobiliário.

Nos termos do art. 152.º do CVM, a indemnização corresponde à diferença entre o preço antes da divulgação de deficiências no prospeto (€ 90) e o valor após essa divulgação (€ 36), ou seja, € 54. No entanto, este cálculo parte do pressuposto de que se encontra provado que a desvalorização ocorrida em Agosto se deve à divulgação de dados sobre uma epidemia de gripe. Se assim não for, *i. e.*, se existirem dúvidas quanto a saber que essa desvalorização não se deve ainda à correção do conteúdo do prospeto, então a correspondente quantia integrará a indemnização devida (que seria, assim, de € 64).

Janeiro/Oferta	Março/Fatores conjunturais	Maiio/Divulgação de deficiências no prospeto	Agosto/Divulgados dados sobre epidemia de gripe	Cotação atual
€ 100	€ 90	€ 36	€ 26	€ 26

64. A indemnização devida nos termos do art. 152.º do CVM também não se confunde com uma compensação pelo dano de «diferença de cotações». Como se viu acima, esta não é a solução manifestamente acolhida no preceito, pois a parte em que nele se ordena que sejam deduzidas ao dano as quebras de preço *ocorridas* que tenham causas diversas da inexistência do prospeto é incompatível com um modo de cálculo que pretenda proporcionar ao lesado a aquisição por um preço que se teria hipoteticamente formado se o prospeto fosse conforme com a lei. De resto, o dano de «diferença de cotações», apesar de apelar à percentagem de desvalorização pós-divulgação da deficiência, ao aplicá-la ao preço pago pelo investidor ignora as oscilações posteriores, que afetaram o preço pré-divulgação, e que não são causalmente relacionadas com o prospeto. Por isso, à semelhança do dano de «transação restrito», ele não obedece a uma das valorações dominantes subjacentes à norma, que é a de isolar o dano decorrente da deficiência do prospeto das demais oscilações inerentes ao risco de mercado.

De novo, regressamos ao nosso caso. O valor mobiliário desvalorizou 60% após o anúncio da deficiência do prospeto. Para calcular a preço hipotético (que está na base do dano de «diferença de cotações»), aplica-se idêntica percentagem ao valor de aquisição: o valor que o investidor teria pago num cenário de conformidade do prospeto seria de € 40 e o dano «diferença de cotações» corresponde à diferença entre esse valor e o valor de aquisição (€ 100 - € 40 = € 60). Com isto, porém, torna-se irrelevante a desvalorização ocorrida posteriormente à aquisição, mas antes da correção do prospeto e o facto de ela ter *suavizado o impacto* da desvalorização subsequente devida ao vício do prospeto: essa cifrou-se apenas em € 54 (diferença entre o preço antes da divulgação de deficiências no prospeto — € 90 — e o valor após essa divulgação — € 36).

Janeiro/Oferta	Março/Fatores conjunturais	Maiio/Divulgação de deficiências no prospeto	Agosto/Divulgados dados sobre epidemia de gripe	Cotação atual
€ 100	€ 90	€ 36	€ 26	€ 26

65. Por último, o dano de transação amplo ou integral não se compatibiliza com a metodologia estabelecida pelo legislador — a de *manter* a transação para efeitos de cálculo do dano — e, ao permitir a ponderação de

investimentos alternativos, apela a considerações individuais, e necessariamente heterogêneas, que podem ser resolvidas no contexto das relações individuais de intermediação, mas que estão deslocadas no âmbito da responsabilidade pelo prospecto.

66. Uma derradeira dificuldade quanto ao dano indenizável na responsabilidade pelo prospecto: há casos em que *o dano sofrido pelo investidor não se resolve numa quebra de preço* dos valores adquiridos.

Tenha-se em mente a subscrição de obrigações com base num prospecto que omite factos relativos ao emitente que comprometem a sua solvabilidade. A correção do prospecto pode reduzir o preço a que os títulos são negociados no mercado secundário. Num caso, porém, suponha-se que a verdade quanto à solvabilidade do emitente é apenas conhecida quando ele é declarado insolvente, o que coincide com a data do vencimento («maturidade») das obrigações. O investidor nada recebe ou recebe uma quantia insignificante. Poderá exigir uma indemnização pelo remanescente aos responsáveis pelo prospecto? Pensamos que sim.

Deve, no entanto, começar por notar-se que a situação paradigmática que o art. 152.º do CVM tem em vista não é deste tipo. O preceito é formulado tomando como modelo o dano de desvalorização: é o que sugere o seu n.º 2, já que o prejuízo do investidor que possa dever-se, consoante os casos, a vícios de informação ou previsão do prospecto ou a «causas diversas» só pode corresponder à quebra de preço dos valores mobiliários.

Apesar desta dificuldade, a *falta de reembolso* das obrigações é, sem dúvida, um *dano* do investidor. Além disso, se o prospecto devesse conter informação relativa ao risco de incumprimento e se a omitiu ou distorceu, justifica-se a *imputação* daquele dano aos responsáveis pelo prospecto. Alguma dificuldade em justificar esta solução, comparando-a com os casos em que a deficiência do prospecto se reflete numa quebra de preços, está em que na situação de falta de reembolso de obrigações o dano não é a concretização de um risco criado pelo prospecto: o risco de insolvência existia antes e independentemente do prospecto. Não há causalidade entre a falta de reembolso das obrigações e o vício do prospecto. Contudo, há causalidade entre a *perda daquele investidor* e o vício do prospecto, na medida em que se possa dizer que o investidor foi *levado a correr inadvertidamente esse risco em consequência do prospecto*. Que o prospecto deficiente seja determinante para a sujeição do investidor a um risco de prejuízo não é, porém, ainda suficiente — de outra forma, qualquer perturbação do investimento feito seria suportada pelos responsáveis pelo prospecto e já vimos que não é assim (art. 152.º, n.º 2, do CVM). No caso da subscrição

de obrigações cujo prospeto omite ou distorce informações relevantes sobre o património do emitente, a insolvência do mesmo e a consequente a falta de reembolso dos credores obrigacionistas representa a concretização de *um risco que o dever de divulgação do prospeto pretende evitar que os investidores corram sem o conhecerem*, ou seja, um risco para o qual o dever de divulgação do prospeto *tem o fim de alertar* os potenciais subscritores. A conjugação destes dois pressupostos — um respeitante ao *nexo causal* entre o dano daquele investidor e o prospeto, o outro respeitante à inscrição do dano causado no *fim da norma violada* — parecem justificar a imputação do correspondente dano — a falta de reembolso — aos responsáveis pelo prospeto⁽⁸⁷⁾.

IX. A indemnização por outros danos patrimoniais dos investidores

67. Mas há outras constelações de casos em que o investidor sofre um *dano patrimonial diferente* do dano consistente na diferença de cotações, i.e., que não se refere a características computadas direta ou indiretamente no valor objetivo do valor mobiliário. Estamos a pensar naqueles casos em que o investidor adquire um valor mobiliário tendo em conta cer-

(87) Para MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «A questão», *cit.*, 147, os casos de subscrição de obrigações revelam que a solução consagrada no âmbito da responsabilidade pelo prospeto «anda longe de um pensamento de tipo causalista» e não «exige que o prejuízo patrimonial seja causado (no sentido puro do termo) pelo prospeto». Prescinde-se da causalidade, segundo a autora, quando um sujeito subscreva «uma obrigação, tendo em conta as informações e previsões constantes do prospeto, e posteriormente se venha a revelar que a situação financeira da entidade emitente do empréstimo obrigacionista o cumprimento do contrato por aquela entidade»; nesses casos, o «dano principal» do investidor estaria no incumprimento da entidade emissora e esse, em si mesmo, não é causado pelo prospeto, mas por uma condição anterior ao prospeto. Como resulta do texto, embora acompanhemos inteiramente a autora quanto ao dever de os responsáveis pelo prospeto indemnizarem este tipo de danos, pensamos que a solução não representa qualquer desvio à exigência geral de causalidade para o efeito de imputar de prejuízos ao lesante. De facto, os subscritores de obrigações só poderão exigir uma indemnização quando o prospeto deficiente os tenha levado a investir, ainda que essa causação seja intermediada pela criação de um ambiente favorável ao investimento. A insolvência do emitente e a falta de reembolso não são evidentemente causadas pelo prospeto, mas tem de ser por causa do prospeto que o investidor é exposto ao correspondente risco e, por isso, sofre o correspondente dano (tal como, por exemplo, o acidente de viação não é a causa da epidemia a cujo risco a vítima vem a ser exposta no hospital onde foi internada apenas por causa dos ferimentos e, portanto, do acidente; no entanto, isso não impede o reconhecimento de que entre a conduta do responsável pelo acidente e os danos decorrentes do contágio intercede ainda um nexo causal, pelos quais ele poderá ser responsável: sobre estes casos, veja-se LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I *Allgemeiner Teil*, 1987, 14.^a ed., Beck, 438).

tas características identificadas no prospeto, que se vêm a revelar falsas, mas que objetivamente não implicam qualquer perda de valor.

Pense-se, por exemplo, nos casos em que os investidores adquirem um valor mobiliário no pressuposto erróneo — e baseado no prospeto — de que o emitente não desenvolve certas atividades económicas, consideradas nocivas, e que por isso está alinhado com a sua política de investimento. No caso de investidores institucionais, o alinhamento dos ativos adquiridos com uma determinada política de investimento divulgada ao público pode até ser um elemento diferenciador de *outros* valores mobiliários, emitidos pelos investidores. Quando a deficiência do prospeto for revelada publicamente, o preço do valor adquirido pode até não sofrer oscilações, mas é possível que o investidor sofra danos patrimoniais, *diferentes* do dano de *preço*. Nestes casos, o investidor adquire o valor mobiliário não apenas na *medida em que* representa um certo valor em dinheiro, mas também porque tem certas características — não avaliadas em dinheiro pelo mercado, objetivamente — que lhe são interessantes.

Se estes casos são atualmente raros, a tendência parece ser para o seu aumento. O debate mais amplo sobre a responsabilidade social das empresas tem vindo a aumentar também no sector financeiro, sendo frequentes hoje os *fora* e os documentos recomendatórios onde são tratados e discutidos princípios de *atividade financeira responsável* (“responsible finance”) e, em particular, sobre *investimento responsável* (“responsible investment”)⁽⁸⁸⁾. Algumas destas iniciativas visam assegurar a responsabilidade social de forma indireta, promovendo a ponderação de fatores sociais ou ambientais na análise de risco levada a cabo por bancos e seguradoras⁽⁸⁹⁾. Noutros casos, porém, os aderentes de determinadas iniciativas comprometem-se a *não* investir (*negative screening*) em emitentes que desenvolvam a sua atividade em determinadas indústrias (ex. armamento, tabaco, energia atómica, etc.)⁽⁹⁰⁾. Para ilustrar a questão, pense-se no seguinte caso: a empresa de telecomunicações A investe parte dos seus excedentes de tesouraria em obrigações emitidas pela empresa B, que desenvolve a sua atividade no sector das energias renováveis. No prospeto de emissão, a empresa B declara ter alienado todas as suas centrais de produção de energia a partir de carvão. As obrigações assim emitidas estão alinhadas com a política de

⁽⁸⁸⁾ BIRGIT SPIESSHOFER, *Responsible Enterprise*, 2018, Beck/Hart/Nomos, 268, ss., em especial 273, ss. (sobre *responsible finance*) e 285 e ss. (sobre investimento responsável).

⁽⁸⁹⁾ BIRGIT SPIESSHOFER, *Responsible Enterprise*, cit., 286. Em França, as sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo e outros investidores institucionais devem tornar pública a informação sobre a forma como estão alinhados — por exemplo, na sua análise de risco —, com os objetivos estabelecidos na lei francesa para a transição energética. Um dos aspetos mais relevantes é a obrigação de informar o modo como a análise de risco ambiental influencia a composição dos seus portfolios, ou dos portfolios sob gestão: RÜDIGER VEIL, *Climate-related financial disclosure*, em Vassilios Tountopoulos/Rüdiger Veil (eds.), *Transparency of Stock Corporations in Europe*, 2019, Hart, 129-141.

⁽⁹⁰⁾ BIRGIT SPIESSHOFER, *Responsible Enterprise*, cit., 288.

investimento de A, que tornou público o seu compromisso a apenas investir em empresas empenhadas na descarbonização da economia. Meses mais tarde, vem a descobrir-se que a empresa B tinha apenas iniciado o processo de venda das centrais, e que continuaria a produzir energia elétrica de fontes poluentes no médio/longo prazo. A empresa A pode sofrer danos patrimoniais neste caso (ex. perda de clientela), que não estão relacionados com o *preço* das obrigações emitidas pela empresa B, mas antes por *outras* características dos valores mobiliários em questão.

68. Cremos que o art. 152.º do CVM está pensado para os casos paradigmáticos, em que os valores mobiliários são adquiridos pelo investidor *na medida em que representam um certo valor em dinheiro*. A solução para o cálculo do dano está pensada, como ficou demonstrado *supra*, para determinar diferenças de preço e não *outros* danos patrimoniais resultantes da integração do valor mobiliário na esfera do investidor.

Embora a norma não se aplique diretamente, não vemos porém razão para excluir a aplicação dos *princípios* subjacentes também a estes casos de fronteira: (a) a indemnização visará tutelar o interesse negativo e não colocar o investidor na posição em que estaria se a informação fosse verdadeira; (b) o investidor só estará tutelado pelo dano resultante da informação deficiente, não ficando isento dos riscos de mercado.

Da adaptação da solução normativa a esta constelação de casos resultará também a possibilidade de afirmar uma obrigação de reaquisição dos valores mobiliários, a título de indemnização, que não terá por limite o *preço* pago na oferta pública. Por outro lado, o investidor não beneficiará da possibilidade de invocar uma causalidade indireta, devendo demonstrar os pressupostos exigidos na responsabilidade por informações (*supra*, IV).

COVID-19 E ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Pela Prof. Doutora Mariana Fontes da Costa()*

SUMÁRIO:

§ 1. Considerações introdutórias. § 2. O problema prévio da qualificação. § 3. Os três elementos subjacentes aos artigos 437.º e 438.º do Código Civil. § 4. O direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade. § 5. Considerações finais: ainda prognose e não epílogo.

§ 1. Considerações introdutórias⁽¹⁾

Desde que se começou a conformar com maior clareza o atual cenário, o instituto da alteração superveniente das circunstâncias tem vindo a ser invocado, com frequência, para a correção das graves perturbações negociais ocorridas em consequência da pandemia. E bem.

Estamos a viver hoje a materialização de um dos mais nefastos exemplos de escola em matéria de perturbações da grande base do negócio, para usar a designação tradicional de G. Kegel⁽²⁾.

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigadora do CIJE.

(1) O presente texto corresponde, com algumas alterações e desenvolvimentos, à comunicação apresentada no *webinar* “Entre a impossibilidade da prestação e a alteração das circunstâncias em contexto da pandemia de Covid-19”, organizado pela Direcção-Regional Norte da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, no dia 30 de abril de 2020, publicado no correspondente ebook “Entre a impossibilidade da prestação e a alteração das circunstâncias em contexto da pandemia de Covid-19”, org. da Direcção-Regional Norte da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Edição Ciclo de Webinars da DRNorte, ebook, ISBN 978-989-755-550-3, 2020, pp. 22-38.

(2) G. KEGEL, *Empfiehl es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Lei-*

A pandemia de Covid-19 é, indubitavelmente, uma perturbação de largo espectro, que afetou e afeta de modo particularmente violento todo o equilíbrio da vida social, pondo em causa o modo de vida das comunidades, com reflexos numa multiplicidade de sujeitos, setores económicos e relações negociais⁽³⁾.

Naqueles casos em que a sua ocorrência afetou de tal ordem a execução dos contratos anteriormente celebrados que fez desaparecer a identidade de esforço que lhes era inerente, pode e deve ser avaliada a possibilidade de reconformação ou extinção da equação contratual com recurso ao instituto da alteração superveniente das circunstâncias.

No entanto, reconhecer a adequação da figura da alteração superveniente das circunstâncias para dar resposta a algumas das situações de perturbação de execução contratual geradas pela pandemia não significa — de todo — elevar, sem mais, este instituto a mecanismo primeiro de eleição na solução das inúmeras dificuldades com que os operadores negociais se têm deparado no cumprimento das suas obrigações⁽⁴⁾.

Quando se fala de alteração superveniente das circunstâncias, é importante ter presente que estamos a falar de um instituto de natureza tendencialmente subsidiária, com requisitos de aplicação profundamente exigentes e de muito difícil prova, caracterizado por uma inevitável insegurança ao nível das consequências da sua aplicação⁽⁵⁾.

Estas dificuldades exigem, de facto, uma especial cautela na invocação e recurso ao instituto da alteração superveniente das circunstâncias,

stungsverweigerungsrecht), in Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, Mohr Siebeck, Tübingen, 1953, p. 138, ss., e já anteriormente, em termos menos aprofundados, G. KEGEL, H. RUPP e K. ZWEIGERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Walter de Gruyter, Berlin, 1941.

⁽³⁾ MARIANA FONTES DA COSTA, *A atual pandemia no contexto das perturbações da grande base do negócio*, Observatório Almedina, 1 de abril de 2020, disponível online em <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/01/a-atual-pandemia-no-contexto-das-perturbacoes-da-grande-base-do-negocio/>>. No mesmo sentido, M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19: teses e reflexões para um diálogo*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 80, Vols. I e II, 2020, p. 154; A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Alteração das circunstâncias*, in 1.º videocast: Novo coronavírus e gestão da crise contratual — estratégias jurídicas, 9 de abril de 2020, pp. 32-33, transcrição disponível online em <www.cidp.pt> e MARC-PHILIPPE WELLER, MARKUS LIEBERKNECHT e VICTOR HABRICH, *Virulente Leistungsstörungen — Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, Neue Juristische Wochenschrift, 15, 2020, pp. 1017 e 1021.

⁽⁴⁾ Sublinhando igualmente esta questão, por todos, THOMAS RIEHM, *Corona und das Allgemeine Leistungsstörungenrecht*, in Vertragsrecht in der Coronakrise, org. de Daniel Effer-Uhe e Alica Mohnert, Nomos E-library, Baden-Baden, 2020, p. 15.

⁽⁵⁾ Sublinhámos já esta ideia em MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 370.

mas não devem ser impeditivas da aplicação dos arts. 437.º a 439.º às situações que efetivamente neles cabem.

E, não obstante reconhecermos a maior adequação tendencial de uma intervenção legislativa específica em fenómenos com repercussões alargadas sobre diversas relações contratuais, como é o caso da presente pandemia⁽⁶⁾, este não pode ser um argumento suficiente para eximir os tribunais da apreciação casuística da possível aplicação do regime da alteração superveniente das circunstâncias a cada contrato individual que perante eles é suscitada.

Não só é impossível ao legislador assegurar uma intervenção legislativa exaustiva na regulação de todos os possíveis impactos da pandemia sobre os contratos em curso, como deve prevalecer sobre as preocupações de instabilidade económica e social que uma decisão judicial possa gerar — veja-se o exemplo paradigmático da recente jurisprudência em matéria de *swaps* na sequência da crise económico-financeira de 2007 — a tarefa de assegurar a cada cidadão o acesso pleno à justiça no seu caso particular, nas situações em que a legislação excecional não fornece, à data em que o problema se coloca e o afeta, soluções especialmente ajustadas⁽⁷⁾.

§ 2. O problema prévio da qualificação

O impacto da pandemia de Covid-19 nas relações negociais e as perturbações prestacionais daí decorrentes não se esgotam no instituto da alteração superveniente das circunstâncias, cabendo a sua resposta, com frequência, a outros institutos centrais do direito dos contratos.

(6) Neste sentido, por todos, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil. Vol. IX. Direito das obrigações. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 693, nota 2509 e PAULO MOTA PINTO, *O contrato como instrumento de gestão do risco de “alteração das circunstâncias”*, in *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, coord. de A. Pinto Monteiro, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 109-110. Salientando os pontos de dissenso entre diferentes soluções legislativas adotadas no contexto da pandemia de Covid-19 e os requisitos de aplicação tradicionalmente atribuídos ao instituto da alteração superveniente das circunstâncias, tal como consagrado nos arts. 437.º a 439.º CC, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Os desafios da legislação COVID-19 à aplicação do regime da alteração das circunstâncias previsto no Código Civil*, in *Contratos e Pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*, coord. de Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, Almedina, Coimbra, 2021, p. 44, ss.

(7) No mesmo sentido, A. ALMEIDA SANTOS, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo Código Civil*, Minerva Central, Lourenço Marques, 1972, pp. 97-98 e M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19, cit.*, p. 159.

Daí que a primeira questão a que o intérprete tem de dedicar a sua atenção, quando pondera a aplicação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias ao caso em análise, é a de saber se a situação em causa não caberá em algum dos inúmeros outros institutos que o nosso ordenamento jurídico consagra para responder a questões relacionadas com perturbações da execução das prestações contratuais⁽⁸⁾, como sejam a impossibilidade; a frustração do fim da prestação em obrigações finalizadas⁽⁹⁾; a mora do credor; a interpretação do contrato, entre outros⁽¹⁰⁾.

Assim, por exemplo, caberão na impossibilidade superveniente muitos dos casos em que a atividade em que se consubstanciava a prestação contratual foi proibida por lei em consequência da pandemia.

Um instituto pouco mencionado, mas que nos parece que poderá ser chamado aqui a desempenhar um papel relevante é o da resolução por justa causa objetiva, consagrado no art. 30.º, b) do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho relativo ao contrato de agência. Nos termos deste artigo, será possível a resolução do contrato “*se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia*”.

Está aqui em causa a ocorrência de circunstâncias não imputáveis a qualquer das partes, por força das quais a realização do fim visado com o contrato fica impossibilitada ou fortemente comprometida. Apesar de constar apenas do regime jurídico do contrato de agência, tem-se entendido — e bem, parece-nos — que se trata de um princípio geral, suscetível de aplicação analógica a outros contratos duradouros. Esta extinção por justa causa objetiva de contratos duradouros foi, aliás, elevada a regra geral, na recente reforma do direito das obrigações alemão, constando agora do §314 do BGB.

(8) Fazendo um ilustrativo exercício de subsunção das perturbações mais comumente geradas pela pandemia de Covid-19 nos contratos de compra e venda, empreitada e prestação de serviços aos respetivos institutos jurídicos, THOMAS RIEHM, *Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht*, cit., p. 16, ss.

(9) Sobre a figura da frustração do fim da prestação, em especial em obrigações ditas finalizadas, por todos, J. BAPTISTA MACHADO, *Risco Contratual e Mora do Credor (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada)*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 269, ss., e anteriormente, também abordando este tópico, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 145, ss.

(10) A distinção e delimitação de fronteiras entre estas figuras e o instituto da alteração das circunstâncias é objeto de análise no nosso, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 210, ss. e *passim*.

Encontrando-se cumulativamente preenchidos os requisitos para subsunção do caso ao art. 30.º, b) do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho e aos arts. 437.º e 438.º entendemos que deve ser dada precedência à modificação do contrato, sempre que esta tenha sido requerida em juízo por alguma das partes e seja possível e adequada. Nos restantes casos, consideramos que deve ser dada prioridade à resolução por justa causa objetiva, consagrada no art. 30.º, b) do Decreto-Lei n.º 178/86, dado se tratar de norma especial face ao regime da alteração das circunstâncias⁽¹¹⁾.

Note-se que, dada a natureza tendencialmente subsidiária, mas também complementar do instituto da alteração das circunstâncias, não é descabido pensar em situações em que a solução resultante da aplicação de algum dos institutos *supramencionados* conduz a uma situação de inexigibilidade potencialmente coberta pelo regime da alteração superveniente das circunstâncias. Pensemos, por exemplo, nos custos em que incorreram inúmeros devedores presos a vínculos negociais que não podiam extinguir por cumprimento, devido a proibições legais ao exercício das atividades envolvidas na execução das prestações a que se encontravam vinculados, mas que igualmente se não extinguiram por impossibilidade, por se tratar de impedimentos meramente temporários⁽¹²⁾.

§ 3. Os três elementos subjacentes aos artigos 437.º e 438.º do Código Civil

Recorrendo a uma divisão dogmática proposta por Dieter Medicus⁽¹³⁾ para o §313 BGB, é possível, entendemos, reconduzir os pressupostos e requisitos de relevância da alteração das circunstâncias no direito português a três elementos: o elemento real; o elemento hipotético e o elemento normativo.

⁽¹¹⁾ J. BAPTISTA MACHADO, «Denúncia-modificação» de um contrato de agência. Anotação ao acórdão do STJ de 17 de Abril de 1986, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 120.º, 1987, pp. 190-191 e VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.ª ed., C. H. Beck, München, 2005, pp. 468-469.

⁽¹²⁾ Abordando igualmente este aspeto, ainda que em termos não inteiramente coincidentes com os que propugnamos, RUI ATAÍDE, *O Direito dos contratos privados face à presente crise pandémica. Alguns problemas, em especial, a impossibilidade económica temporária*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, n.º 1, 2020, p. 697.

⁽¹³⁾ D. MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 19.ª ed., Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 108-109.

Começando pelo elemento real, este corresponde ao pressuposto de que depende a aplicação do regime geral da alteração superveniente das circunstâncias e traduz-se na ocorrência de uma perturbação do contexto em que se insere o contrato, com reflexos no equilíbrio deste⁽¹⁴⁾. No contexto a que nos referimos, essa perturbação corresponderá à pandemia e/ou às medidas que foram tomadas em resposta à mesma.

Embora o âmbito natural de verificação deste pressuposto se restrinja às perturbações ocorridas durante a vigência do contrato e invocadas antes da execução da prestação devida, este limite temporal não constitui princípio irrefutável, podendo a boa fé impor, excepcionalmente, um alargamento deste âmbito mesmo a alterações ocorridas apenas após a execução parcial ou completa do contrato. Isto será particularmente relevante no caso paradigmático dos contratos cujo fim contratual só se realiza no futuro, tornando-se, por força da pandemia, inatingível⁽¹⁵⁾. Será o caso de muitas operações económicas complexas, que são construídas com base em ligações de contratos, unidos por uma relação de interdependência funcional que leva a que a perturbação sofrida por um contrato posterior se reflita nos negócios anteriores já integralmente cumpridos, pondo em causa a sua função e utilidade económica⁽¹⁶⁾.

O segundo elemento corresponde ao elemento hipotético e prende-se com a configuração e relevância da base do negócio no nosso ordenamento jurídico⁽¹⁷⁾.

Nos termos do disposto no art. 437.º, n.º 1 do Código Civil, apenas são relevantes as alterações supervenientes que incidam sobre as “*circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar*”.

Esta exigência remete o intérprete para uma vontade que não é possível identificar a partir das declarações negociais (caso contrário estaríamos perante um problema de interpretação e não de alteração das circunstâncias), podendo essa vontade nem sequer existir, porque as partes não previram a hipótese da ocorrência.

⁽¹⁴⁾ Sobre este elemento, de forma desenvolvida, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 329, ss.

⁽¹⁵⁾ Parafraसेamos aqui a expressão de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., C. H. Beck, München, 1987, p. 329.

⁽¹⁶⁾ Por todos, J. SINDE MONTEIRO, *Venda CIF, contrato de transporte marítimo e seguro de carga; sobre a qualidade de “segurado”*. Anotação ao acórdão do STJ de 22 de junho de 2004, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 141.º, 2011, p. 110, e J. CALVÃO DA SILVA, *Contratos ligados, venda em garantia e promessa de revenda*. Anotação ao acórdão do STJ, de 16 de maio de 2000, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 133.º, 2000, p. 85.

⁽¹⁷⁾ Sobre este elemento, de forma desenvolvida, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 337, ss.

À semelhança da técnica legislativa utilizada no art. 2187.º, n.º 1 do Código Civil, respeitante à interpretação do testamento, julgamos defensável admitir que o art. 437.º, n.º 1 consagra uma remissão implícita para a vontade hipotética das partes. Contudo, essa vontade hipotética é, neste contexto, chamada a desempenhar uma função sindicante e não uma função integradora: a alteração superveniente das circunstâncias afetará a força vinculativa do contrato apenas na medida em que resulte que o mesmo não teria sido concluído nos termos adotados se as partes tivessem representado a possibilidade daquela alteração⁽¹⁸⁾.

Tendo presente esta premissa, a natureza bilateral (ou plurilateral) do contrato impõe um juízo dúplice (ou plúrimo) na aferição da vontade hipotética das partes em contexto de base do negócio.

Por conseguinte, e colhendo influências diretas de Manuel de Andrade⁽¹⁹⁾, quanto à parte lesada deve aferir-se se esta teria recusado a celebração do contrato nos termos originais, caso tivesse representado possível a ocorrência da perturbação. Diferentemente, o juízo relativo à vontade da contraparte tem como função inquirir se esta conhecia ou devia conhecer a essencialidade daquelas circunstâncias para a parte lesada e se haveria concordado com um condicionamento do contrato à não ocorrência da alteração. A resposta negativa a qualquer uma destas questões implica o não preenchimento da exigência respeitante à essencialidade das circunstâncias afetadas pela alteração superveniente, afastando, deste modo, a aplicação do instituto ao caso concreto.

Parece de admitir que quando a perturbação da grande base do negócio afeta a própria prestação contratual, será mais facilmente comprovável o preenchimento do requisito da base do negócio, na medida em que, pela dimensão dos seus efeitos, dificilmente se colocará a questão do desconhecimento ou não cognoscibilidade da essencialidade daquelas circunstâncias pela parte contrária. Assim, por exemplo, se o encerramento das fronteiras obriga o empreiteiro a adquirir material a preços claramente inflacionados a um fornecedor nacional.

Porém, um problema que se colocou já a propósito da crise financeira de 2007⁽²⁰⁾ e que será expectável que se coloque novamente, com maior

⁽¹⁸⁾ *Idem, ibidem*, p. 339, ss.

⁽¹⁹⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol. II, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 406-407. Reproduzindo igualmente este raciocínio na determinação do preenchimento do requisito da base do negócio, por todos, PAULO MOTA PINTO, *O contrato como instrumento de gestão do risco*, *cit.*, p. 80.

⁽²⁰⁾ Veja-se o acórdão do STJ de 23-jan-2014 (processo n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1), disponível online em <www.dgsi.pt>.

acuidade, diz respeito aos casos em que a perturbação gerada pela pandemia não se reflete diretamente na prestação contratual, mas no grau de esforço exigido do devedor por força da alteração de circunstâncias que lhe são pessoais: o caso paradigmático será uma situação de desemprego.

Ora, se é verdade que as circunstâncias subjetivas da esfera exclusiva do lesado não se refletem, tendencialmente, sobre a base do negócio, sendo como tal irrelevantes, parece-nos que a resposta não poderá ser a mesma quando essa circunstância assume uma dimensão social endêmica, de proporções elevadas, por consequência direta da perturbação exterior que lhe deu causa⁽²¹⁾.

Na determinação da vontade hipotética das partes para aferição da base do negócio, defendemos que o intérprete deve procurar identificar todos os elementos subjetivos disponíveis que possam contribuir para aproximar o seu juízo da vontade real das partes⁽²²⁾. Como refere Thomas Finkenauer, a referência à mundividência dos contraentes impede decisões judiciais que coloquem no lugar da vontade das partes a conceção do juiz quanto à solução contratual mais justa⁽²³⁾.

Porém, considerando a ligação central do instituto a preocupações de justiça comutativa, este juízo não pode nem deve assentar exclusivamente numa vontade hipotética de natureza probabilística, mas deve ser encontrado também com recurso a elementos normativos axiologicamente comprometidos com o sentido da ordem jurídica, corporizado no art. 437.º do Código Civil pela referência à boa fé.

Parafraseando Mario Schollmeyer, a base do negócio subjetiva de Oertmann deu atualmente lugar à base do negócio “subjetivo-normativa” da jurisprudência dos valores⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Abordando esta questão sob a ótica de uma “impossibilidade económica temporária”, no contexto da incapacidade financeira dos promitentes-compradores para o cumprimento de contratos-promessa celebrados previamente à pandemia, em raciocínio cujas conclusões não acompanhamos integralmente, mas que expõe de forma vívida os contornos do problema a que nos referimos *supra* e para o qual entendemos haver cabimento legal, nos termos excecionais que procurámos sublinhar no texto, à luz do art. 437.º CC, RUI ATAÍDE, *O Direito dos contratos privados face à presente crise pandémica*, *cit.*, p. 697, ss.

⁽²²⁾ Em sentido distinto quanto à relevância da vontade hipotética das partes em sede de determinação da base do negócio (ainda que com resultados não necessariamente incompatíveis), sublinhando o papel de promoção da justiça contratual objetiva do instituto da alteração superveniente das circunstâncias, sobretudo em cenários sociais como o correspondente à atual pandemia, M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*, *cit.*, p. 155.

⁽²³⁾ THOMAS FINKENAUER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, Schuldrecht — Allgemeiner Teil, §§241-432, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2016, §313, para. 16.

⁽²⁴⁾ MARIO SCHOLLMAYER, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage. Zurechnung und Haftung bei Geschäftsgrundlagenstörungen gemäß §313 BGB*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 71.

Centrando a atenção no último elemento — o elemento normativo — a sua função é a de densificar o elemento hipotético, nele sendo possível discernir os requisitos cumulativos do não cabimento da alteração nos riscos próprios do contrato, da sua imprevisibilidade, da inimputabilidade do lesado e da inexigibilidade do cumprimento⁽²⁵⁾.

A avaliação do não cabimento da alteração nos riscos próprios do contrato depende necessariamente de uma análise casuística, assente na identificação da equação de equilíbrio de esforço que resulta do contrato. Para este efeito, deverá o intérprete atribuir especial relevância à distribuição de riscos que resulta de cláusula contratual ou diretamente da lei, mas também ao tipo contratual em causa, aos usos do setor (sobretudo nos contratos bilateralmente comerciais) e às motivações individuais com reflexos na distribuição do esforço prestacional entre as partes⁽²⁶⁾.

Regra geral, as perturbações geradas pela pandemia de Covid-19 representam riscos que excedem claramente os riscos típicos associados à grande maioria dos contratos⁽²⁷⁾.

Aliás, conforme reconheceu W. Flume⁽²⁸⁾, tratando-se da materialização de um exemplo paradigmático de perturbação da grande base do negócio, será mesmo de admitir que, em regra, a distribuição dos riscos negociais feita através de norma legal ou cláusula do contrato não está pensada para a situação que nos encontramos a viver, salvo quando interpretação diversa seja imposta pelo seu teor específico⁽²⁹⁾.

Em matéria de distribuição de riscos por norma legal, será expectável que um dos principais desafios em sede de delimitação do âmbito de apli-

⁽²⁵⁾ Sobre este elemento e os requisitos a ele associados, de forma desenvolvida, MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 373, ss.

⁽²⁶⁾ *Idem*, *ibidem*, pp. 383-384.

⁽²⁷⁾ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao art. 437.º*, in *Novo coronavírus e crise contratual*. Anotação ao Código Civil, coord. de Catarina Monteiro Pires, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, p. 67 e MARIANA FONTES DA COSTA, *A atual pandemia*, cit.

⁽²⁸⁾ WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, 3.ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1979, pp. 523 ss. No mesmo sentido, M. CARNEIRO DA FRADA, *Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 69, Vol. III/IV, 2009, p. 682 e mais recentemente, especificamente a propósito da aplicação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias a perturbações geradas pela pandemia de Covid-19, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*, cit., p. 155.

⁽²⁹⁾ Sobre a questão da distribuição legal e contratual de riscos e as suas implicações à luz da atual pandemia, em raciocínio que maioritariamente acompanhamos, ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato*, in *Contratos e Pandemia: resolução, suspensão e modificação dos contratos em tempos de pandemia*, coord. de Gonçalo Malheiro e Luís Barreto Xavier, Almedina, Coimbra, 2021, p. 30, ss.

cação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias a perturbações geradas por efeito da pandemia seja a conjugação e articulação entre o regime consagrado nos arts. 437.º a 439.º com a legislação excecional aprovada em resposta à pandemia.

A resposta terá de ser dada caso a caso e dependerá de um cuidado exercício de hermenêutica para identificar a *ratio legis* inerente às soluções legislativas adotadas e o seu conseqüente âmbito de regulação⁽³⁰⁾. Poderá dar-se o caso, por exemplo, de o legislador apenas ter pretendido fornecer respostas de alívio imediato e temporário à parte contratual e/ou socialmente mais débil, sem com isso efetuar uma verdadeira distribuição do risco prestacional, como nos parece ter sido o caso das moratórias nos contratos de arrendamento. Nestes casos, será de admitir a possibilidade de a parte lesada preferir recorrer a outros instrumentos de reequilíbrio do contrato e no limite, se assim o justificar a natureza subsidiária e complementar do instituto, ao próprio regime geral da alteração das circunstâncias.

Questão interessante será a de avaliar se a contraparte poderá recorrer ao regime geral dos arts. 437.º, ss., invocando que a alteração das circunstâncias provocada pela legislação excecional a colocou numa posição de inexigibilidade face à manutenção do cumprimento da sua prestação. A resposta será tendencialmente negativa, mas não nos parece poder ser afastada neste contexto a possibilidade casuística de resposta distinta, por força da dimensão de proteção da justiça comutativa inerente ao instituto da alteração das circunstâncias⁽³¹⁾.

Da redação do art. 437.º, n.º 1 resulta ainda, na posição propugnada, a imposição ao lesado de dois importantes ónus: o ónus de se precaver contra o que é previsível e o ónus de se precaver contra os danos emergentes da alteração, na medida em que lhe é possível e exigível⁽³²⁾.

No que respeita à exigência de imprevisibilidade⁽³³⁾, poucas dúvidas existirão de que a pandemia de Covid-19 apanhou de surpresa a esmagadora maioria dos contraentes que se vincularam a contratos celebrados até

⁽³⁰⁾ A este propósito, defende A. BARRETO MENEZES CORDEIRO que a resposta depende de as medidas legislativas efetivamente conseguirem repor o equilíbrio das posições contratuais ou não. — A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Alteração das circunstâncias*, cit., p. 33.

⁽³¹⁾ Neste sentido, também, M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*, cit., pp. 159-160.

⁽³²⁾ MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 434.

⁽³³⁾ Referimo-nos aqui à imprevisibilidade não como característica abstrata do evento, mas como característica concreta, umbilicalmente ligada ao juízo de “anormalidade” para que remete a letra do art. 437.º, n.º 1. — Neste sentido, M. CARNEIRO DA FRADA e MARIANA FONTES DA COSTA, *Sobre os efeitos de crises financeiras na força vinculativa dos contratos*, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2017, p. 185, ss., em especial p. 187.

ao final do ano de 2019. Maiores dificuldades de delimitação abstrata dos termos de preenchimento do requisito se colocam, sobretudo, a partir de meados de fevereiro de 2020, com o agravamento da situação em Itália, sendo que dificilmente se poderá propugnar a imprevisibilidade do fenómeno quanto a contratos celebrados depois do dia 11 de março, data em que a OMS declarou oficialmente a pandemia⁽³⁴⁾.

Não poderá, em regra, valer-se do instituto da alteração das circunstâncias o lesado que, conhecendo ou devendo conhecer a ocorrência do evento perturbador, opta voluntariamente por renovar um contrato anterior, ou por proceder à sua renegociação com vista precisamente a fazer face a essa perturbação, pois perante o contrato renovado ou renegociado não mais é possível invocar a imprevisibilidade do evento⁽³⁵⁾.

Deve, porém, ressaltar-se que o juízo de imprevisibilidade não se esgota na ocorrência do evento, recaindo igualmente sobre a dimensão expectável das suas consequências e o modo como se desenvolve. Deste modo, não seria imprevisível a repetição das medidas adotadas para resposta à pandemia na primeira vaga aquando da ocorrência da segunda e até mesmo da terceira vaga, mas já poderia justificar um juízo afirmativo de imprevisibilidade em contratos celebrados, renovados ou renegociados após o dia 11 de março, por exemplo, um prolongamento da pandemia e das medidas de contenção da mesma muito para além do que apontam as previsões oficiais⁽³⁶⁾.

No que concerne ao ónus do lesado se precaver contra os danos emergentes da alteração é expectável que as questões se coloquem, sobretudo, ao nível do grau de diligência que lhe era exigível na adoção de medidas de mitigação destes mesmos danos⁽³⁷⁾.

Nesta matéria poderão surgir questões muito relevantes, como por exemplo, a de avaliar se o lesado poderá recorrer à alteração das circunstâncias, requerendo a modificação ou extinção de um dado contrato, quando tinha acesso a linhas de crédito a que voluntariamente não recorreu, assim contribuindo para o grau de esforço financeiro a que está sujeito; ou ainda a

(34) MARIANA FONTES DA COSTA, *A atual pandemia*, cit.

(35) Vejam-se, a este propósito, o acórdão do STJ, de 10-jan-2013 (processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1) e o acórdão da Relação de Lisboa, de 19-set-2014 (processo n.º 400/14.9YRLSB.L1-2), ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

(36) Aludindo a este elemento omnipresente de possível imprevisibilidade do desenvolvimento da pandemia, com potencial impacto numa múltipla convocação do instituto da alteração superveniente das circunstâncias, M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*, cit., p. 157.

(37) MARIANA FONTES DA COSTA, *A atual pandemia*, cit.

de saber se o lesado tinha o dever de adaptar a atividade empresarial em função das limitações legais, como no caso da permissão da atividade de *take away* por parte dos estabelecimentos de restauração.

Nos casos regra em que a aferição subjetiva do preenchimento dos requisitos da imprevisibilidade e inimputabilidade é impossível ou inconclusiva, deve o intérprete recorrer ao critério do bom de pai de família, tendo por base a capacidade de previsão e a conduta que adotaria um sujeito razoavelmente diligente, colocado nas circunstâncias concretas do contraente lesado⁽³⁸⁾.

Por fim, a imposição de que *a exigência das obrigações assumidas afete gravemente os princípios da boa fé* parece remeter o intérprete para um critério de inexigibilidade⁽³⁹⁾.

Na determinação do juízo de inexigibilidade, o intérprete tem de ter em consideração todas as circunstâncias que foram relevantes para as partes na fixação do equilíbrio prestacional associado ao contrato.

O primeiro elemento a ter em consideração é o acréscimo do grau de esforço no cumprimento, que recai sobre o contraente que foi lesado com a alteração.

Se estiver em causa um contrato de longa duração, a avaliação do prejuízo do lesado tem de ter em consideração a relação jurídica integral e não apenas os contornos que a mesma assume após a ocorrência da perturbação⁽⁴⁰⁾. Deste modo, não haverá prejuízo relevante resultante da alteração das circunstâncias se os lucros já alcançados anteriormente forem a ele superiores.

Para que o dano seja relevante, é ainda necessário que atinja uma intensidade suficiente para concluir pela oposição grave da exigência de cumprimento à boa fé e que a alteração das circunstâncias verificada tenha para com ele uma relação de causalidade.

Esta questão da causalidade poderá colocar desafios particularmente difíceis, sobretudo, ao nível do reconhecimento de relevância negativa à existência de causa virtual, quando resulte dos elementos disponíveis e das regras da experiência que, ainda que não tivesse ocorrido a pandemia, o lesado teria, com toda a probabilidade, enfrentado igualmente o dano com que se confronta⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ *Idem*, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, *cit.*, pp. 449-450.

⁽³⁹⁾ *Idem*, *ibidem*, p. 457, ss.

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.^a ed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017, p. 223.

⁽⁴¹⁾ MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, *cit.*, pp. 467-468. *Vide*, a este propósito, o acórdão do STJ de 10-jan-2013 (processo n.º 187/10.4TVLSB.L2.S1), *cit.*

Nos termos do art. 438.º do Código Civil, fica precluída a possibilidade de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias se o lesado se encontrava em mora no momento em que a perturbação se verificou⁽⁴²⁾.

Trata-se, aqui, em essência, de uma densificação do requisito da inimputabilidade *suprarreferido*, pelo que o art. 438.º deve ser interpretado no sentido de apenas se aplicar quando existe uma relação causal entre a situação de atraso no cumprimento em que o lesado se encontrava e o impacto da perturbação ocorrida no esforço de cumprimento⁽⁴³⁾. Ou seja, não será causa de exclusão do regime da alteração de circunstâncias a situação de mora do lesado que nenhuma conexão causal apresenta com o impacto da perturbação ocorrida sobre o equilíbrio prestacional do contrato. Acresce que, nos casos em que a alteração das circunstâncias é anterior à mora do devedor, não é o facto de este incorrer em mora que o impede de pedir a resolução ou modificação do contrato⁽⁴⁴⁾.

Considerando a teleologia da norma, defendemos que a mesma será de aplicar quer aos casos de *mora debitoris*, quer às situações de *mora creditoris*, desde que o contraente em mora seja, em simultâneo, o contraente lesado⁽⁴⁵⁾.

§ 4. O direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade

Preenchidos o pressuposto e os requisitos dos arts. 437.º e 438.º do Código Civil, pode a parte lesada pela alteração das circunstâncias requerer a resolução do contrato, ou a sua modificação segundo juízos de equidade.

(42) Este artigo é objeto de uma importante exceção em matéria de execução específica do contrato-promessa, nos termos do art. 830.º, n.º 3, *in fine* do Código Civil. Sobre o fundamento e críticas a esta solução legislativa, por todos, J. ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 165, ss., e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, 14.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 144.

(43) Conforme defende J. Oliveira Ascensão, a letra do art. 438.º é excessivamente ampla, pelo que a norma deve ser objeto de interpretação restritiva, tendo em consideração a sua teleologia. — J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. III, Relações e situações jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 206.

(44) Por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 416.

(45) Em sentido distinto, defendendo que o art. 438.º diz respeito exclusivamente à mora imputável ao devedor, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, reimpressão com nota de atualização, Quid Juris, Lisboa, 2001, p. 292.

Defendemos que se trata de um direito do contraente lesado que não admite conhecimento oficioso pelo tribunal⁽⁴⁶⁾.

Da leitura conjugada dos números 1 e 2 do art. 437.º do Código Civil resulta que a opção entre a modificação ou a resolução do contrato recai, num primeiro momento, sobre o contraente lesado.

Contudo, e nos termos do n.º 2, caso o lesado tenha optado pela resolução, pode a contraparte opor-se ao pedido, *declarando aceitar a modificação*. Entendemos que a solução oposta não é admissível, não tendo a contraparte o direito de se opor ao pedido de modificação, declarando aceitar a resolução⁽⁴⁷⁾.

Resulta, assim, do art. 437.º, n.º 2 um princípio de *favor negotii*, assente na preferência da modificação sobre a resolução do contrato. Esta modificação deverá ser, porém, afastada sempre que, no caso concreto, se revele impossível ou inadequada⁽⁴⁸⁾.

No entanto, parece-nos que se o lesado optar pela resolução do contrato e a parte contrária a tal se não opuser nos termos do art. 437.º, n.º 2, não pode o juiz decretar *ex officio* a modificação do contrato⁽⁴⁹⁾.

Nos casos em que esteja em causa a modificação judicial do contrato, deverá o juiz chegar a um resultado que promova a distribuição equitativa dos danos resultantes dos riscos não cobertos pelo contrato por ambos os contraentes, tendo como propósito a eliminação da situação de inexigibilidade de cumprimento em que se encontra o lesado e como limite a não colocação da contraparte numa situação de inexigibilidade de cumprimento em consequência da modificação⁽⁵⁰⁾. Não se pretende, portanto,

(46) No mesmo sentido, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao art. 437.º, cit.*, p. 66.

(47) Neste sentido, por todos, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 346, nota 316 e A. ALMEIDA SANTOS, *A teoria da imprevisão, cit.*, p. 110. Em sentido oposto, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Almedina, Coimbra, 2007, p. 529.

(48) Nas palavras de J. Ribeiro de Faria, a escolha das consequências da alteração superveniente das circunstâncias não poderá ser livre, dependendo sempre da sua adequação para neutralizar a oposição à boa fé. — J. RIBEIRO DE FÁRIA, *Direito das obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, p. 350, nota 1. Sobre os contornos da impossibilidade e desadequação da modificação, o nosso *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias, cit.*, pp. 491-492.

(49) No mesmo sentido, por todos, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 165 e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Efeitos da alteração das circunstâncias*, O Direito, I/II, 2013, p. 196.

(50) Alertando igualmente para a necessidade de considerar o impacto que a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias terá para o interesse do credor em sede do próprio preenchimento do requisito da inexigibilidade do cumprimento. — ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Pandemia de COVID-19 e riscos próprios do contrato, cit.*, p. 29.

colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a perturbação, mas apenas assegurar a repartição do prejuízo excessivo gerado por essa ocorrência. Nas palavras de W. Flume, está em causa a *repartição dos riscos da realidade*⁽⁵¹⁾.

Considerando a natureza equitativa do juízo, deve o tribunal atender a todos os fatores que entender relevantes na identificação da solução mais justa para o caso concreto⁽⁵²⁾.

Aqui se incluem, desde logo, elementos como a vontade real das partes, manifestada através do pedido de modificação do contrato e através da contestação a esse pedido; a vontade hipotética das partes, traduzida no equilíbrio contratual que as partes provavelmente teriam fixado se houvessem previsto a possibilidade de ocorrência da pandemia; o comportamento das partes e os investimentos feitos pelo lesado para atenuar a dimensão dos danos; os custos irrecuperáveis feitos para cumprimento ou na expectativa de cumprimento do acordo negocial; o impacto dos custos incorridos com a perturbação na vida e na atividade empresarial e/ou profissional do lesado⁽⁵³⁾...

Conforme sublinha M. Carneiro da Frada, os critérios associados à capacidade para suportar e externalizar o risco têm necessariamente de ser complementados com outros critérios, como a imposição de um tratamento igual a todos os clientes e a necessidade de assegurar as condições mínimas de subsistência, imposta pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁽⁵⁴⁾.

Como resulta, aliás, também manifestado nas opções que o legislador nacional adotou ao nível da legislação excecional, sempre que for possível e adequado entendemos que deve o julgador dar prioridade à fixação de uma moratória no cumprimento do contrato sobre outras medidas que impliquem uma maior interferência sobre o conteúdo da disciplina negocial⁽⁵⁵⁾. Com o mesmo propósito, deve igualmente ser dada preferência à modificação quantitativa das prestações sobre a sua modificação qualitativa, sempre que aquela seja adequada e suficiente⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵¹⁾ WERNER FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, cit., p. 208 e *Allgemeiner Teil, II*, cit., p. 500.

⁽⁵²⁾ Sobre o alcance deste juízo equitativo, vide M. CARNEIRO DA FRADA e MARIANA FONTES DA COSTA, *Sobre os efeitos de crises financeiras*, cit., p. 200, nota 51, bem como as indicações bibliográficas aí constantes.

⁽⁵³⁾ MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 501, ss.

⁽⁵⁴⁾ M. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19*, cit., p. 158.

⁽⁵⁵⁾ MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, cit., p. 505.

⁽⁵⁶⁾ *Idem*, *ibidem*.

Quando esteja em causa a resolução do contrato, é nossa opinião que a mesma pode ser requerida em juízo, ou operar por declaração extrajudicial, nos termos gerais do art. 436.º, n.º 1 do Código Civil⁽⁵⁷⁾.

Consideramos, ainda, que, em regra, a resolução por alteração superveniente das circunstâncias deverá ter uma natureza não retroativa. Trata-se da solução que melhor salvaguarda a estabilidade contratual e os investimentos feitos pela contraparte, sendo que a solução contrária beneficiaria o contraente lesado que demorasse mais tempo a invocar o direito de resolução⁽⁵⁸⁾.

Esta solução deverá ser, contudo, afastada, sempre que a atribuição à resolução de efeitos retroativos seja necessária para eliminar a situação de inexigibilidade em que se encontra o lesado. Serão, por exemplo, os casos já mencionados *supra* em que o contrato perde o sentido se “cindido da sua execução futura”⁽⁵⁹⁾, bem como os restantes casos em que se deva admitir a aplicação do regime da alteração superveniente das circunstâncias a prestações já cumpridas⁽⁶⁰⁾.

§ 5. Considerações finais: ainda prognose e não epílogo

Decorrido pouco mais de um ano desde o início da pandemia de Covid-19 e menos de um mês sobre o fim do segundo regime de suspensão de prazos processuais e procedimentais, não é ainda possível tirar conclusões sobre o real impacto que a pandemia terá na aplicação e eventual posterior conformação prática do instituto da alteração superveniente das circunstâncias e de outros institutos congéneres.

É expectável que ocorra um aumento significativo de ações judiciais, com vista à modificação ou resolução de contratos com fundamento em alteração superveniente das circunstâncias, do mesmo modo que, em menor grau, se verificou já no contexto da crise económico-financeira de 2007: trata-se de um instituto especificamente pensado para dar res-

(57) Sobre os argumentos que nos parecem decisivos para a admissibilidade da resolução extrajudicial, *idem, ibidem*, p. 508, ss.

(58) No mesmo sentido, M. CARNEIRO DA FRADA e MARIANA FONTES DA COSTA, *Sobre os efeitos de crises financeiras*, *cit.*, p. 201.

(59) J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”*, *cit.*, p. 529.

(60) MARIANA FONTES DA COSTA, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias*, *cit.*, p. 512, ss.

posta a situações de crise no ambiente que envolve o contrato, com impacto nefasto na equação económica deste⁽⁶¹⁾.

Não obstante, temos algumas reservas quanto a admitir que esse aumento exponencial de ações judiciais com fundamento em alteração superveniente das circunstâncias será acompanhado de um aumento proporcional da procedência de pedidos com este fundamento nos tribunais judiciais. Como referimos no início deste texto, estamos perante um instituto tendencialmente subsidiário, com requisitos profundamente exigentes e de prova difícil e os tribunais portugueses têm adotado posturas de especial cautela na sua utilização, mesmo num contexto tão profundamente disruptivo como o do 25 de abril de 1974.

Ao contrário do que sucedeu no contexto da crise económico-financeira de 2007, parece-nos de admitir que o debate sobre a procedência da modificação ou resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, em sede da pandemia de Covid-19, se deslocará do cabimento da perturbação nos riscos próprios do tipo contratual em causa e da imprevisibilidade do evento perturbador (ainda que este último elemento possa ser especialmente relevante nos contratos renegociados ou renovados já em contexto pandémico), para os contornos efetivos da subsidiariedade do instituto face a institutos congéneres e, sobretudo, à autodesignada “Legislação Covid-19” (em si geradora de problemas diretamente relacionados com a própria distribuição de riscos) e para os limites da inexigibilidade e suas fronteiras com a causalidade e a inimputabilidade.

Ao nível da própria conformação contratual, admitimos que um efeito direto da pandemia poderá ser uma densificação negocial dos efeitos associados à ocorrência de eventos exteriores que perturbem o equilíbrio das prestações, nomeadamente através do recurso mais frequente a cláusulas de adaptação do conteúdo contratual, ou, no outro extremo do espectro, a cláusulas mais amplas e restritivas de distribuição de riscos.

A este propósito, e não negando a essencial relevância que a inclusão de uma cláusula deste teor tem na fronteira entre alteração das circunstâncias e interpretação, bem como na delimitação dos riscos próprios do contrato, importa não esquecer que, no limite, a mesma terá de ser sujeita ao crivo da racionalidade limitada e da inexigibilidade, que se encontram no

(61) Assinalando que a pandemia de Covid-19 tem o potencial de se tornar o novo exemplo de eleição dos manuais jurídicos em matéria de alteração superveniente das circunstâncias, MARC-PHILIPPE WELLER, MARKUS LIEBERKNECHT e VICTOR HABRICH, *Virulente Leistungsstörungen*, cit., p. 1021.

cerne da consagração do instituto da alteração superveniente das circunstâncias. Nas célebres palavras de A. Vaz Serra: “[a] *própria cláusula de exclusão da resolução é susceptível de resolução ou modificação por alteração das circunstâncias, nos termos gerais*”⁽⁶²⁾.

Porto, abril de 2021

⁽⁶²⁾ A. VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 68, 1957, p. 321.

A TRIBUTAÇÃO DAS AQUISIÇÕES *MORTIS CAUSA* NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Pela Dra. Micaela Monteiro Lopes(*)

SUMÁRIO:

I. Resenha histórica. II. A Reforma Fiscal de 2003-2004. III. Pequena nota crítica. IV. Considerações finais. V. Bibliografia.

Resumo:

Entre nós, a moderna tributação das aquisições *mortis causa* pode fazer-se remontar ao século XIX — mais exatamente, ao reinado de D. Maria II e à Carta de Lei de 21 de fevereiro de 1838. Desde então, diversas cambiantes tem a mesma apresentado, revestindo-se de especial importância o Decreto-Lei n.º 41.969, de 24 de novembro de 1958, que aprovou aquele que viria a ser o Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, em vigor até ao final de 2003. Nesse ano, o Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, acabaria por levar a cabo uma reforma da tributação do património, caracterizada pela eliminação de todo o tipo de progressividade do sistema de tributação das transmissões gratuitas e pela inevitável abolição do antigo imposto sobre as sucessões e doações. As transmissões *mortis causa* — e as gratuitas *inter vivos* — estão hoje regulamentadas no Código do Imposto do Selo. Os herdeiros legitimários encontram-se isentos, sendo a única e verdadeira responsável pelo cumprimento desta obrigação fiscal a própria herança — à qual se aplicará uma taxa de 10% —, e não já a quota hereditária. Todavia, tais alterações não escapam a algumas observações críticas, que aqui pretendemos expor, de forma sucinta.

Palavras-chave:

Tributação; aquisição *mortis causa*; imposto do selo; imposto sobre as sucessões e doações.

(*) Advogada. Doutoranda em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

I. Resenha histórica

Falarmos de aquisição de bens *mortis causa*, no que ao direito português diz respeito, significa estudarmos não só as transmissões gratuitas, nas quais se incluem as sucessões por morte, como ainda o antigo imposto sobre sucessões e doações e o atual imposto do selo, tendo sempre em consideração as peculiares características dos diferentes ramos jurídicos aqui trazidos à colação — essencialmente, o direito civil (e, no seu seio e muito particularmente, o direito da família e o direito das sucessões) e o direito fiscal.

As transmissões *mortis causa*, devido à sua gratuitidade, têm como consequência um acréscimo patrimonial para aqueles que delas beneficiam, os quais, sem qualquer contrapartida de carácter económico, veem a sua esfera patrimonial sofrer um enriquecimento líquido. É este aumento da capacidade contributiva do sujeito passivo que justifica o facto de desde há muito tais transmissões serem tributadas⁽¹⁾. Em Portugal, a Carta de Lei de 21 de fevereiro de 1838 introduziu um imposto sobre transmissões de propriedade que se verificassem por doação, legado, sucessão testamentária ou legítima, universal ou singular, ou por outro qualquer título puramente benéfico⁽²⁾. Os graus de parentesco eram, para tal efeito, contados

⁽¹⁾ Repare-se em que diversos diplomas legislativos que, ao longo dos tempos, regularam este tipo de transmissões não se eximiram a consignar nos seus textos a importância da capacidade contributiva como razão justificativa da tributação. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o Decreto com força de lei de 24 de maio de 1911, publicado no *Diário do Governo*, n.º 121, de 25 de maio do mesmo ano, no qual se diz que, para que a ação compensadora do tributo seja exercida eficazmente com equidade e justiça, seria preciso «[q]ue todas as transmissões [fossem] atingidas, como é obvio, excluindo-se apenas as de valor ínfimo, operadas entre pessoas sem capacidade tributaria, para as quaes a conservação ou acumulação de bens representa, por via de regra, o cerceamento voluntario da subsistencia propria». Assim, também JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 488.

⁽²⁾ «DONA MARIA, por Graça de Deos, e pela Constituição da Monarchia, RAINHA de Portugal, e Algarves, d'aquem e d'além Mar, em Africa, etc. Faço saber a todos os Meus Subditos que as Côrtes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa Decretaram, e Eu Sancionei a Lei seguinte: / As Côrtes Geraes, Extraordinarias, e Constituintes da Nação Portuguesa Decretam o seguinte: / Artigo 1.º As transmissões de propriedade, que depois da publicação desta Lei se verificarem por titulo de doação, legado, successão testamentaria ou legitima, universal ou singular, ou por outro qualquer titulo puramente benefico, serão sujeitas a um imposto regulado e pago pela fôrma seguinte: / § 1.º Se a transmissão se verificar entre collateraes, parentes no segundo gráu, e fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de dous por cento; e de tres por cento se fôr entre primos coirmãos: os outros parentes no mesmo gráu não estão sujeitos a este imposto. Se a transmissão se verificar entre collateraes parentes no terceiro e quarto gráu, o imposto será de quatro por cento; e entre parentes mais remotos ou entre estranhos, o imposto será de seis por cento. / § 2.º Na transmissão dos bens vinculados em Capellas e Morgados, o imposto será de um por cento entre descendentes e ascen-

segundo o direito canónico, e o pagamento do imposto encontrava-se dependente de os bens a transmitir serem bens livres ou vinculados em capelas e morgados. Os filhos adotivos e os afins eram considerados estranhos, e as transmissões entre cônjuges nada pagavam⁽³⁾.

Das inúmeras alterações que esta lei viria a sofrer⁽⁴⁾, destacamos a que foi efetuada pela Carta de Lei de 30 de junho de 1860, regulamentada por Decreto de 12 de outubro do mesmo ano, a qual veio modificar a nomenclatura, não só do imposto em referência, que foi crismado de «*contribuição de registo a título gratuito*», mas também a da *sis*a, que passou a denominar-se «*contribuição de registo a título oneroso*»⁽⁵⁾. Acompa-

*dent*es; e bem assim no primeiro e segundo gráu da linha collateral entre irmãos, ou de tios para sobrinhos. Quando a transmissão fôr de sobrinhos para tios, o imposto será de tres por cento; e de sete por cento quando fôr entre primos co-irmãos, e mais gráus subsequentes. / § 3.º Se a transmissão por qualquer dos sobreditos titulos se verificar de Nacionaes em favor de Estrangeiros, o imposto será o dobro. / § 4.º Os gráus de parentesco serão contados segundo o Direito Canonico, e os adoptivos e affins são reputados estranhos para os effeitos desta Lei: os conjuges porém nada pagarão das transmissões que de uns para outros tiverem logar (...). No § 1.º do art. 2.º, vertia-se o seguinte: «[e]ste imposto será calculado sobre o valor de todos os bens transmitidos, deduzida a importancia das dividas, e de quaesquer encargos com que estiverem onerados, ainda quando a pessoa em quem a transmissão se verificar seja a mesma que tem direito sobre a divida ou encargo (...).»

(3) «Nas transmissões de bens livres, pagavam imposto as transmissões de sobrinhos para tios, entre primos e co-irmãos, entre colaterais no terceiro e quarto grau e outros parentes mais remotos e estranhos. Ficavam isentas as transmissões entre ascendentes, descendentes, entre irmãos, de tios para sobrinhos e entre cônjuges. Nas transmissões de bens vinculados pagavam imposto as realizadas entre ascendentes e descendentes, entre irmãos, de tios para sobrinhos ou de sobrinhos para tios e entre primos e co-irmãos e mais graus subsequentes». Porém, se a transmissão fosse a favor de pessoa estrangeira, o imposto seria o dobro. Cf. LUIZ GONZAGA DE ASSIS TEIXEIRA DE MAGALHÃES, *Da sisa e do imposto sobre as sucessões e doações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1935, p. 25.

(4) A Carta de Lei de 12 de dezembro de 1844 alterou as taxas vigentes e procedeu a algumas isenções de índole subjetiva. Em 22 de abril de 1845, foram publicadas as «*instruções para a fiscalização e arrecadação do Imposto de Transmissão*». A Carta de Lei de 23 de abril do mesmo ano veio determinar, pela letra do seu art. 1.º, que «[a]s disposições da Lei de doze de Dezembro de mil oitocentos quarenta e quatro são inteiramente applicaveis á cobrança e liquidação dos impostos e multas de transmissão de propriedade, cujos processos se não achassem ultimados ao tempo da publicação da mesma Lei», sendo excetuados, por força do § único do mesmo artigo, «(...) os pagamentos que tiverem sido realizados, em todo ou em parte, as liquidações já feitas, e todos os actos de processo consummados». Era, outrossim, o Governo autorizado a «(...) fazer a despeza que fôr indispensavel, assim como a adoptar os Regulamentos, que fôrem adequados, para que se ultimem em termo breve os processos de transmissão instaurados segundo a Lei de vinte e um de Fevereiro de mil oitocentos trinta e oito» (art. 2.º).

(5) A propósito da fusão, operada pela Carta de Lei de 30 de junho de 1860, do imposto de transmissão e das sisas na «contribuição de registo», como «contribuição de registo por título gratuito» e «contribuição de registo por título oneroso», dizia Oliveira Salazar: «[a] regulamentação especial d'este imposto que se pretendeu ligar ao "registo" geral dos actos que operam transmissão da propriedade, explica suficientemente a denominação genérica e uniformemente adoptada para dois impostos que, apesar de idêntico nome, continuaram no fundo bem diferentes nos seus elementos constitutivos». V. ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, «A lei reguladora da contribuição do registo por título gratuito (Direito

nhando as alterações que aconteciam ao nível do direito civil, impulsionadas pelos trabalhos preparatórios daquele que viria a ser o primeiro Código Civil português (o denominado «Código de Seabra»), aprovado em 1867, os graus de parentesco passaram a contar-se pelas regras do direito civil. Os ascendentes, descendentes, cônjuges ou esposos, que se viram, nesta altura, isentos de contribuição de registo a título gratuito, voltariam, cerca de dez anos depois, a cair na incidência deste imposto⁽⁶⁾.

A título de parêntesis, repare-se nesta curiosidade: na reforma tributária de 1929, introduzida pelo Decreto n.º 16.731, de 13 de abril desse ano, o Prof. Doutor Oliveira Salazar, já em exercício do cargo de Ministro das Finanças, defendendo uma melhor representatividade e expressividade da incidência de ambos os impostos que acabámos de referir, procedeu a uma nova modificação das respetivas designações. A «*contribuição de registo por título oneroso*» passou a chamar-se «*sisa sobre a transmissão de imobiliários por título oneroso*» — continuando a designar-se, vulgarmente, *sisa* —, e a «*contribuição de registo por título gratuito*» transmudou-se no «*imposto sobre as sucessões e doações*», denominação que se manteve inalterada até 2003⁽⁷⁾.

Voltando aos finais do século XIX, e em sede de legislação régia, cumpre, outrossim, ter presente a Carta de Lei de 29 de julho de 1899, que,

positivo português — Os antecedentes do art. 5.º do decreto de 24 de maio de 1911», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano V, n.ºs 47, 48, 49 e 50, 1918-1919, pp. 432-485 (cf., in *casu*, p. 440, in *fine*).

(6) O que ocorreu através da Carta de Lei de 31 de agosto de 1869 (regulamentada pelo Decreto de 30 de junho de 1870), que, para além de introduzir modificações nas leis anteriores, considerou como estranhos, para efeitos de tributação, os filhos espúrios.

(7) Reparemos no que se encontra vertido no relatório do Decreto n.º 16.731, de 13 de abril de 1929: estes dois impostos haviam já sofrido algumas alterações por força do Decreto n.º 15.291, de 30 de março de 1928, nomeadamente no que concerne às suas taxas. Acontece que a comissão nomeada em 1926 para estudar as bases da reorganização do sistema tributário — e em cujo estudo assentou o Decreto n.º 15.291 — tinha já evidenciado os principais defeitos de ambos os impostos sob o ponto de vista fiscal e da sua repercussão na economia do país. Considerou-se até que eles poderiam estar condenados, em virtude de atingirem o capital. Existiam indícios de que a *sisa* estaria a contrariar «(...) *fortemente a mobilidade da propriedade* (...)»; já o imposto sobre as sucessões e doações seria um «(...) *obstáculo sério à capitalização* (...)». Relativamente a ambos, havia ainda uma «(...) *deficiência na matéria colectável e um exagêro de taxas, elevadas directa ou indirectamente* (...)», com eventuais consequências lesivas para a economia do país, e convidando à fraude e à corrupção. Assim, no imposto sobre as sucessões e doações, baixaram-se as taxas, que passavam, agora, a variar entre 2% (nas transmissões de valor compreendido entre 100\$01 e 1.000\$00 a favor de descendentes) e 35% (nas transmissões de valor superior a 1.000.00\$00 entre «outras quaisquer pessoas»). Concluiu o relatório em apreço que «[n]ão era possível favorecer mais as transmissões para descendentes, que dão ao Estado um terço de toda a contribuição e representam dois terços de todos os valores transmitidos, sem agravar desmedidamente todas as outras taxas, e correr riscos maiores ainda na receita; mas equipararam-se oc cônjuges aos descendentes, quando até aqui suportavam taxas bastantes superiores».

para além da redução das taxas, introduziu importantes inovações⁽⁸⁾, e, bem assim, o *Regulamento para a liquidação e cobrança da contribuição de registo*, de 23 de dezembro do mesmo ano, o qual incidiria sobre todos os atos que importassem transmissão perpétua ou temporária de propriedade por título gratuito ou oneroso.

Em 1911, já na Primeira República, foram estabelecidas taxas progressivas, não só em relação ao grau de parentesco, mas também em relação ao valor da transmissão, atingindo a taxa máxima de 17,75%⁽⁹⁾. A progressividade das taxas encontra o seu motivo justificativo na convicção de que o património objeto da sucessão teria sido adquirido com a participação dos familiares do *de cuius*. A probabilidade de cooperação, por parte dos adquirentes, na acumulação de riqueza transmitida seria tanto maior quanto mais próximo fosse o grau de parentesco⁽¹⁰⁾. Assim, determinou-se que a tributação subisse de forma gradual à medida que o parentesco se afastava, até atingir o seu máximo nas pessoas estranhas ao autor da herança⁽¹¹⁾.

Já em 1958, é aprovado, pelo Decreto-Lei n.º 41.969, de 24 de novembro desse ano, o *Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e*

⁽⁸⁾ Equiparou-se, no art. 1.º, o direito de habitação ao direito de usufruto, «(...) *para os efeitos de liquidação e forma de pagamento da contribuição de registo, que por elle for devido*». E o art. 6.º dispunha que «[o]s juros, dividendos, partilha de lucros e amortização, ou outro qualquer pagamento de títulos da dívida do estado ou de corporações administrativas, e de acções ou obrigações de companhias, ou quaesquer associações, transmittidas por herança ou legado, não poderão ser satisfeitos por qualquer forma, sem que se mostre o pagamento effectivo, ou efficazmente assegurado, da contribuição de registo devida, excepto emquanto correr o inventario nos termos permittidos na lei civil (...)». Aliás, o mesmo preceito postulava que a sua inobservância «(...) *obriga[va] pessoalmente os chefes de repartições publicas, gerentes, directores ou administradores de corporações administrativas e de companhias ou associações, a indemnizarem a fazenda dos prejuizos que lhe causaram*». Cf., a propósito, LUIZ GONZAGA DE ASSIS TEIXEIRA DE MAGALHÃES, *ob. cit.*, pp. 28-29.

⁽⁹⁾ V. a tabela referente às taxas de contribuição de registo constante do Decreto com força de lei de 24 de maio de 1911, publicado no *Diário do Governo*, n.º 121, de 25 de maio de 1911. A taxa máxima de 17,75% seria atingida nas transmissões de valor superior a 50.000\$000 réis, efetuadas entre «*outras quaesquer pessoas*» que não descendentes, ascendentes, cônjuges, irmãos ou «*parentes collateraes no 8.º grau*».

⁽¹⁰⁾ O preâmbulo do referido Decreto com força de lei de 24 de maio de 1911 considerava ser necessário «[q]ue, á semelhança do que está estabelecido em todos os povos avançados, as respectivas taxas variem progressivamente, não só com os graus de parentesco, mas tambem com o valor da transmissão». Já «[q]uanto á progressão segundo os graus de parentesco, isto é, segundo a maior ou menor afinidade que exista entre os que adquirem e aquelles de quem provem a transmissão, afinidade com a qual variam as probabilidades de cooperação por parte dos adquirentes na accumulção da riqueza transmittida (...)», referia-se que já existia «(...) *ha muito na legislação nacional e desnecessario se torna, por tanto, justificá-la*».

⁽¹¹⁾ Encontrava-se, assim, justificado o facto de a taxa da sisa ser uniforme, contrariamente ao que se verificava com o imposto sobre as sucessões e doações, cuja taxa variava consoante o grau de parentesco e tendo em consideração o enriquecimento do sujeito passivo.

Doações, que entra em vigor no Continente e Ilhas Adjacentes no dia 1 de janeiro de 1959. A publicação deste Código, marco inicial de uma importante reforma dos impostos diretos, foi exigida pelo elevado número de diplomas avulsos que continham preceitos aplicáveis à sisa e ao imposto sobre as sucessões e doações, dado que a tal dispersão acresciam as inerentes dificuldades de interpretação. Era o caso frisante do já referido *Regulamento para a liquidação e cobrança da contribuição de registo*, que, contando então quase sessenta anos, apresentava disposições que haviam já sido completadas, alteradas ou, na sua maioria, revogadas.

No Código de 1958, o imposto sobre as sucessões e doações era responsável por tributar todas as transmissões gratuitas, *inter vivos* ou *mortis causa*, efetuadas a favor de pessoas singulares ou de pessoas coletivas. Estávamos, portanto, perante um sistema de tributação generalizada das transmissões gratuitas.

Até 1958, a tributação das transmissões por morte era proporcional, com taxas a variar entre 10% e 42%, dependendo do grau de parentesco e do valor dos bens transmitidos. Estas características foram mantidas no Código de 1958. Todavia, procedeu-se a uma subdivisão dos escalões e a uma atualização das taxas, com o intuito de desagrar as liberalidades de pequeno montante e de onerar mais fortemente as de grande vulto. As taxam iam, agora, dos 3% aos 52%(12).

Note-se que a tributação das transmissões *mortis causa* se caracteriza por incidir sobre o enriquecimento individual dos seus beneficiários, e apenas na medida desse enriquecimento. A Constituição da República Portuguesa de 1976, no n.º 3 do seu art. 107.º, veio estabelecer a função redistributiva deste imposto com vista à promoção da igualdade entre os cidadãos, dizendo: «[o] imposto sobre sucessões e doações será progressivo, de forma a contribuir para a igualdade entre os cidadãos, e tomará em conta a transmissão por herança dos frutos do trabalho».

(12) «Como se vê, são nitidamente beneficiadas as transmissões pequenas (...)» e «Quanto às restantes, o agravamento depressa se torna se torna considerável, mas, apesar de se atingirem os 52 por cento nas transmissões de mais de 50 000 contos a favor de colaterais além do 3.º grau ou de estranhos, ainda se fica longe dos níveis de tributação correntes na maior parte dos países». V. F. PINTO FERNANDES e J. CARDOSO DOS SANTOS, *Código da sisa e do imposto sobre as sucessões e doações: anotado e comentado*, 2.ª ed., Rei dos Livros, Lisboa, 1990, pp. 17-18. A este propósito, veja-se também a obra AA.VV., *Reformas da Tributação Automóvel e do Património — Anteprojectos*, Almedina, Coimbra, 2002.

II. A Reforma Fiscal de 2003-2004

Muito aconteceu desde a aprovação do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações. A economia portuguesa, cada vez mais aberta ao exterior e integrada nos mercados internacionais — primeiro na Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA), depois na Comunidade Económica Europeia (CEE) e, por fim, na União Europeia (UE)⁽¹³⁾ —, facilitava a mobilidade de capitais para estes, o que conduziu a uma intensa evasão fiscal. Ao mesmo tempo que os cofres do Estado viam diminuída a receita arrecadada com a tributação da riqueza, Portugal perdia competitividade internacional. De igual forma, a tributação do património, que era caracterizada por possuir bases tributáveis de valores elevados, às quais se aplicariam taxas também elas elevadas, fomentava uma arquitetura fiscal com o único intuito de os sujeitos passivos se subtraírem à incidência do imposto.

Foi este contexto histórico-económico que orientou o legislador para, já no novo milénio — mais concretamente, em 2003 —, proceder a uma nova reforma da tributação do património, que se caracterizou por uma substancial diminuição das taxas, pela eliminação de todo o tipo de progressividade do sistema de tributação das transmissões gratuitas e pela simplificação dos procedimentos administrativos de liquidação do imposto^(14/15).

⁽¹³⁾ No dia 4 de janeiro de 1960, Portugal, Áustria, Dinamarca, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça assinaram, em Estocolmo, a Convenção que instituiu a Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA). (V. *Diário do Governo*, I Série, n.º 96, de 25 de Abril de 1960, e n.º 146, de 25 de Junho de 1960). Portugal acabou por abandonar a EFTA em 1986, por ter passado a integrar a Comunidade Económica Europeia (hoje União Europeia). Portugal é membro de facto da União Europeia desde 1 de janeiro de 1986, tendo apresentado a sua candidatura a 28 de março de 1977 e assinado o acordo de pré-adesão a 3 de dezembro de 1980. O tratado de adesão foi firmado em 12 de junho de 1985, em cerimónia solene realizada no Mosteiro dos Jerónimos.

⁽¹⁴⁾ O que aconteceu por força do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de novembro, que procedeu à reforma da tributação do património, aprovando os novos Códigos do Imposto Municipal sobre Imóveis (CIMI) e do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT). O referido diploma alterou ainda o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), o Código do Imposto do Selo (CIS), o Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) e o Código do Notariado (CN). Na antecâmara da reforma de 2003, defendia-se, entre outras coisas, que o antigo imposto sobre as sucessões e doações era altamente injusto. V. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, «A eliminação do imposto sobre as sucessões e doações», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129, n.º 3863, Junho de 1996, pp. 34-35.

⁽¹⁵⁾ Defende-se que «(...) os impostos sobre o património passaram a ser fundamentalmente impostos reguladores, com taxas muito baixas de tributação, que além da sua função financeira servem também para os Estados controlarem a circulação de riqueza e, a partir dela, poderem controlar também os rendimentos que gera». Cf. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *ob. cit.*, p. 490.

A verdade é que esta reforma trouxe consigo uma panóplia de transformações no que à tributação das transmissões *mortis causa* diz respeito. A taxa do imposto sofreu uma forte redução, passando a consistir apenas em 10% do valor global da herança, e o imposto sucessório por avença foi suprimido. Por sua vez, a tributação das transmissões gratuitas a favor de pessoas coletivas passou a ser feita em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, integrando as variações patrimoniais positivas do lucro das empresas ou, para as restantes pessoas jurídicas, o rendimento global a título de incrementos patrimoniais. Esta exclusão, que representa outra das alterações profundas introduzidas por esta reforma, é reafirmada nas normas de incidência subjetiva, nas quais se determina que apenas as pessoas singulares são sujeitos passivos.

Por fim, e com reflexos mais significativos, as transmissões gratuitas *mortis causa* a favor dos herdeiros legitimários (cônjuge ou unido de facto, ascendentes e descendentes) ficaram isentas de tributação. Acontece que esta isenção de índole subjetiva reveste uma enorme importância pelo seu alcance, uma vez que, na prática, eliminou o tradicional e antigo imposto sucessório relativamente a uma parte muito significativa dos seus contribuintes.

Por força destas alterações, a incidência subjetiva do imposto viu-se bastante reduzida, o que tornou injustificável a manutenção de um Código que se destinaria a tributar somente as transmissões gratuitas a favor de pessoas físicas que não tinham qualquer grau de parentesco relativamente ao autor da transmissão (ou que, a existir, seria somente em linha colateral). Foi então que o poder legislativo decidiu que todas as transmissões gratuitas passariam a integrar o Código do Imposto do Selo, sendo regulamentadas e tributadas em sede desse imposto.

Esta reforma não se limitou a introduzir no Código do Imposto de Selo as normas do antigo imposto sobre as sucessões e doações, que se viu, por esta via, abolido. Para além das alterações que enunciámos, no que concerne à incidência objetiva do imposto, indicaram-se expressamente quais os bens ou direitos não sujeitos a imposto de selo: agora não mais se tributam as transmissões de bens de uso pessoal ou de uso doméstico, nem de dinheiro que não se encontre depositado, deixando de aplicar-se as antigas presunções da existência deste tipo de bens nas heranças e eliminando-se as complexas regras destinadas à determinação do seu valor⁽¹⁶⁾. Dividendos de ações, donativos efetuados nos termos da Lei do

(16) V. art. 1.º, n.º 5, do Código do Imposto do Selo: «Para efeitos da verba 1.2 da tabela geral, não são sujeitas a imposto do selo as seguintes transmissões gratuitas: a) O abono de família

Mecenato ou donativos de bens ou valores monetários até ao montante de 500 euros, certificados de reforma e fundos ou créditos de seguros de vida sobre as pensões e subsídios também não pagam imposto de selo.

Verificou-se, no entanto, que a adaptação do Código do Imposto do Selo à incorporação de um verdadeiro imposto autónomo sobre as transmissões gratuitas não foi suficiente para fazer face à falta de identidade e unidade concetual do regime legal do imposto, que passou a ter uma dupla natureza, desdobrando-se, na prática, em dois impostos distintos: o imposto de selo propriamente dito e o imposto de selo sobre as transmissões patrimoniais gratuitas a favor de pessoas singulares⁽¹⁷⁾.

Até à reforma de 2003-04, o antigo imposto sucessório era um imposto cuja obrigação de liquidação recaía sobre cada um dos herdeiros. Previamente, procedia-se ao apuramento da respetiva quota hereditária, isto é, do valor dos bens concretamente recebidos por cada um, ao qual se aplicaria a respetiva taxa, que, como dissemos, era variável em função do referido valor e do grau de parentesco. Para isso, tornar-se-ia indispensável a prévia realização da partilha, ou, não existindo partilha, o cálculo da quota ideal de cada herdeiro e do valor tributável correspondente.

Atualmente, e mantendo o legislador a intenção de que o imposto de selo seja um encargo do titular do interesse económico revelado nas situações sobre as quais incide, o sujeito passivo é a herança, representada pelo cabeça-de-casal^(18/19).

em dívida à morte do titular; os créditos provenientes de seguros de vida e as pensões e subsídios atribuídos, ainda que a título de subsídio por morte, por sistemas de segurança social; b) De valores aplicados em fundos de poupança-reforma, fundos de poupança-educação, fundos de poupança-reforma-educação, fundos de poupança-acções, fundos de pensões ou fundos de investimento mobiliário e imobiliário; c) Donativos efetuados nos termos da Lei do Mecenato; d) Donativos, conforme os usos sociais, de bens ou valores não incluídos nas alíneas anteriores, até ao montante de (euro) 500; e) Transmissões a favor de sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, ainda que dele isentas; f) Bens de uso pessoal ou doméstico».

⁽¹⁷⁾ Nas transmissões gratuitas *inter vivos* (doações), devemos realçar esta dinâmica, uma vez que, contendo o Código do Imposto do Selo a disciplina jurídica de dois impostos diferentes, «[a] mesma situação tributária [pode] integrar o âmbito de incidência de ambos os impostos, havendo lugar à cumulação destes, sem que estejamos perante uma dupla tributação». Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 617, ss.

⁽¹⁸⁾ Cf. art. 2.º, n.º 2 [e sua alínea a)], do Código do Imposto do Selo, em que se estipula o seguinte: «[n]as transmissões gratuitas, são sujeitos passivos do imposto as pessoas singulares para quem se transmitam os bens, sem prejuízo das seguintes regras: / a) Nas sucessões por morte, o imposto é devido pela herança, representada pelo cabeça-de-casal, e pelos legatários». Quanto ao cabeça-de-casal, vejam-se os arts. 1.º, 3.º, n.º 3, alínea a), 25.º e 26.º, todos do Código do Imposto do Selo.

⁽¹⁹⁾ Repare-se em que «o regime de tributação das transmissões gratuitas instituído no Código do Imposto do Selo tem uma pretensão de maior simplicidade que o antigo Imposto Sucessório. Enquanto que este último sujeitava a imposto o enriquecimento líquido de cada um dos beneficiá-

Repare-se em que à opção legislativa de tributar a herança ou as quotas hereditárias subjazem distintos fundamentos. A tributação do acervo da herança terá como objetivo primordial a diminuição do montante das fortunas no momento em que estas são transmitidas aos herdeiros, de forma a combater a concentração de riqueza que se acumulou nas mãos do autor da sucessão, e contribuindo para o nivelamento de patrimónios⁽²⁰⁾. Por sua vez, a tributação das quotas hereditárias considerará o acréscimo patrimonial verificado na esfera de cada um dos herdeiros em função do grau de parentesco existente entre estes e o *de cujus* e do valor dos bens transmitidos⁽²¹⁾.

O nascimento da obrigação tributária coincide com a data da abertura da sucessão⁽²²⁾, incumbindo ao cabeça-de-casal a responsabilidade de, até ao final do terceiro mês seguinte à morte do autor da sucessão, participar o óbito ao serviço de finanças por via da apresentação do Modelo 1, ao qual anexará a relação dos bens transmitidos, com a indicação do valor de cada um deles⁽²³⁾. De seguida, proceder-se-á ao apuramento do valor agregado dos bens transmitidos, tendo sempre em consideração que o valor tributável de cada tipo de bem (bem imóvel, móvel sujeito a registo, participações sociais ou outros, tais como obras de arte e direitos de autor) será determinado de acordo com regras específicas⁽²⁴⁾. Resta apenas determi-

rios das transmissões, calculando-se um imposto por cada um deles, o Imposto do Selo tributa numa só liquidação todo o acervo da herança»; portanto, «[o] Imposto do Selo é um imposto único sobre todo o valor da herança deixada pela pessoa que faleceu, pelo que é sempre mais simples o procedimento da sua liquidação e pagamento». Neste sentido, v. JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *ob. cit.*, p. 501.

⁽²⁰⁾ Teixeira Ribeiro defende que isso ocorrerá «(...) tanto mais eficazmente quanto mais progressiva for a taxa (...)». V. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 302-303.

⁽²¹⁾ Todavia, ser-nos-á possível admitir que na tributação das quotas hereditárias o imposto não obedecerá de forma estritamente rigorosa à função que a nossa Constituição, no seu art. 104.º, n.º 3, lhe atribui: contribuir para a igualdade entre os cidadãos. V. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 303.

⁽²²⁾ Como se encontra estipulado no art. 5.º, n.º 1, alínea p), do Código do Imposto do Selo: «[a obrigação tributária considera-se constituída nas] sucessões por morte, na data da abertura da sucessão».

⁽²³⁾ Para além da certidão de óbito do *de cujus*, do seu documento de identificação e de testamento ou escritura de doação (caso existam), o cabeça-de-casal deverá fazer-se acompanhar dos cartões de cidadão dos herdeiros. Simultaneamente, deverá ser entregue a relação dos bens deixados pelo *de cujus*, o que se fará através do Anexo 1.

⁽²⁴⁾ O n.º 1 do art. 13.º do Código do Imposto do Selo consagra o seguinte: «[o] valor dos imóveis é o valor patrimonial tributário constante da matriz nos termos do CIMI à data da transmissão ou o determinado por avaliação nos casos de prédios omissos ou inscritos sem valor patrimonial». O n.º 2 do mesmo preceito dispõe que, «[n]o caso de imóveis e direitos sobre eles incidentes cujo valor não seja determinado por aplicação do disposto neste artigo e no caso do art. 14.º do CIMI, é o valor declarado ou o resultante de avaliação, consoante o que for maior». Por sua vez, o

nar o valor do imposto de selo que recairá sobre a herança: para isso, bastará multiplicar a taxa de 10% pelo valor tributável da totalidade dos bens. Ao tributar-se numa só liquidação todo o acervo da herança, sem que, para isso, se exija partilha prévia, ainda que ideal, tanto o procedimento de liquidação como o pagamento do imposto se tornaram bastante mais simples e desburocratizados.

Hoje, os herdeiros legitimários encontram-se isentos, sendo a única e verdadeira responsável pelo cumprimento desta obrigação fiscal a própria herança⁽²⁵⁾, à qual será atribuído oficiosamente um número de identificação fiscal. Note-se, contudo, que, no antigo imposto sucessório de 1958, se estabelecia já uma isenção subjetiva, que se encontrava dependente dos valores dos bens transmitidos. Os descendentes ficavam isentos se o valor dos bens transmitidos para cada um não fosse superior a 100.000\$00 (cem mil escudos). Os ascendentes no primeiro grau e o cônjuge sobrevivente ficavam isentos se o valor dos bens não excedesse 20.000\$00 (vinte mil escudos).

Refira-se, ainda, que em momento algum nos encontramos perante um caso de substituição tributária⁽²⁶⁾, nem o dever acessório de participação na transmissão de bens que incumbe aos herdeiros, nos termos do art. 26.º do Código do Imposto do Selo, os torna sujeitos passivos da obrigação principal.

Na hipótese de existirem legados instituídos em testamento, o imposto de selo é determinado de forma específica para cada um dos legatários, relativamente aos bens que lhes foram deixados⁽²⁷⁾.

Atente-se que ao valor da transmissão de bens será deduzido o montante dos encargos e dívidas constituídos a favor do autor da herança até à data da abertura da sucessão, mediante atos ou contratos que onerem os

valor tributável de participações sociais, títulos de crédito e valores monetários deverá ser determinado de acordo com as regras estipuladas no art. 15.º do mesmo Código.

⁽²⁵⁾ Encontramo-nos, por isso, perante uma isenção subjetiva explicitamente consagrada no art. 6.º, alínea e), do Código do Imposto do Selo: «[são isentos de imposto do selo, quando este constitua seu encargo: o] cônjuge ou unido de facto, descendentes e ascendentes, nas transmissões gratuitas sujeitas à verba 1.2 da tabela geral de que são beneficiários». Note-se que a redação desta alínea foi alterada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2009); até então, rezava o seguinte: «[o] cônjuge, descendentes e ascendentes, nas transmissões gratuitas de que forem beneficiários».

⁽²⁶⁾ Como é possível verificar pela leitura dos arts. 20.º («Substituição tributária») e 28.º («Responsabilidade em caso de substituição tributária»), ambos da Lei Geral Tributária.

⁽²⁷⁾ Nas transmissões por morte, havendo legados instituídos em testamento, o imposto será determinado para cada um dos legatários tendo em consideração o valor dos bens transmitidos. Nesta situação, e uma vez que nos encontramos perante bens específicos transmitidos para pessoas identificadas, incidirá uma taxa de 10% sobre o valor de cada um desses bens. Cf. o art. 2.º, n.º 2, alínea a), do Código do Imposto do Selo.

bens relacionados, bem como dos impostos cujo facto tributário tenha ocorrido até àquela data^(28/29).

Quanto à territorialidade, mantém-se a regra de tributar as transmissões de bens situados em território nacional, seja qual for a residência dos beneficiários dessas transmissões e do respetivo autor. Porém, quando os bens transmitidos forem direitos sobre pessoas coletivas, limita-se a sujeição aos casos em que também os adquirentes tenham domicílio em território nacional⁽³⁰⁾.

III. Pequena nota crítica

Numa visão retrospectiva, é-nos possível afirmar que o antigo imposto sucessório, na forma por que vigorou de 1958 até à reforma de 2003-04, era um imposto de sobreposição⁽³¹⁾, na medida em que, ao recair sobre o patri-

(28) Sobre a dedução de encargos, veja-se o art. 20.º do Código do Imposto do Selo: «[a]o valor da transmissão de bens deduz-se o montante dos encargos e dívidas constituídos a favor do autor da herança até à data da abertura da sucessão mediante actos ou contratos que onerarem os bens relacionados, bem como dos impostos cujo facto tributário tenha ocorrido até àquela data».

(29) Veja-se, a propósito, e a título de paralelismo, a seguinte consideração (remontante à década de 1920) de Oliveira Salazar: «[d]o valor da herança deduzem-se os legados, sobre os quais se liquida a contribuição de registo por título gratuito a pagar pelos legatários, e o valor da pensão, sobre o qual se liquida também a contribuição por título gratuito devida pelo pensionista. O encargo do pagamento desta pertence ao proprietário, isto é, ao herdeiro, mas a sua importância é anualmente abatida na pensão. Sobre o excesso dos bens em relação ao valor dos legados e da pensão liquida-se a contribuição de registo por título gratuito, devida pelo herdeiro». Cf. ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, *Estudos de Direito Fiscal*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1963, p. 237.

(30) Para melhor compreensão da domiciliação em Portugal, o art. 4.º, n.º 5, do Código do Imposto do Selo remete-nos para o art. 16.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

(31) Há quem admita que o abolido imposto sobre as sucessões e doações, para além de ser um imposto estadual, seria, ainda, um imposto dinâmico, sintético e direto. Neste sentido, v. NUNO SÁ GOMES, *Tributação do Património: Lições proferidas no 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2004)*, Almedina, Coimbra, 2005. Relativamente aos impostos de sobreposição, cumpre esboçar uma pequena nota. Nas palavras de Teixeira Ribeiro, um «[i]mposto de sobreposição é um imposto sobre o património, mas para atingir o rendimento, o rendimento-produto», devendo referir-se que «não se trata, contudo, de um imposto sobre o rendimento, pois a sua matéria colectável é o património. Tanto assim que o rendimento pode variar e o imposto manter-se, como sucederá se o património se mantiver». Quanto aos impostos parcelares, afirma o mesmo Autor o seguinte: «encontramos mais impostos sobre a fortuna que visam igualmente atingir o rendimento ou podem ser pagos com ele, mas que recaem (...) sobre parcela do património[;] é o caso do imposto sobre aquisições a título gratuito, que também é muitas vezes pagável com esse rendimento». Cf. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 329-331.

mónio, seria liquidado através do rendimento produzido pela herança⁽³²⁾. Teoria que se encontrava alicerçada no § 1.º do art. 3.º do antigo Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, que determinava que não se considerava, para efeitos de tributação, a existência de uma transmissão *mortis causa* enquanto não se verificasse a transmissão real e efetiva dos bens⁽³³⁾.

Nas palavras de Galvão Telles, «(...) *juridicamente dá-se sucessão quando uma pessoa fica investida num direito ou numa obrigação ou num conjunto de direitos ou de obrigações que antes pertenciam a outra pessoa, sendo os direitos e obrigações do novo sujeito considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais*»⁽³⁴⁾.

À época, existia, no direito fiscal, um conceito próprio de transmissão, que divergia, em vários pontos, da figura civil da transmissão, e segundo o qual a obrigação do imposto nasceria somente no momento da transmissão real e efetiva dos bens, ou do seu aproveitamento pelo uso ou pela alienação. Era um conceito especial, que encontrava a sua *ratio* em razões de ordem económica e nos princípios basilares do próprio imposto sucessório. Na maioria das situações, a transmissão fiscal coincide com a transmissão civil, mas o que verdadeiramente interessava ao direito fiscal era o momento a partir do qual o contribuinte passaria a dispor de certas utilidades com valor económico. A transmissão equivale à aquisição derivada, a que, por sua vez, corresponde uma perda relativa do direito correspondente^(35/36). A expressão «*qualquer que seja o título por que se ope-*

(32) O art. 120.º do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações determinava o seguinte: «[o] imposto sobre as sucessões e doações será pago em prestações, vencendo-se a primeira no mês seguinte àquele em que tiver terminado o prazo referido no § 2.º do art. 87.º e cada uma das restantes seis meses depois do vencimento da anterior». Este preceito foi mantido, no essencial, no atual art. 45.º do Código do Imposto do Selo, consagrando o seu n.º 1 que «[o] imposto liquidado nas transmissões gratuitas é pago pela totalidade até ao fim do segundo mês seguinte ao da notificação ou durante o mês em que se vence cada uma das prestações».

(33) Determinava-se que o imposto sucessório incidiria sobre as transmissões gratuitas (nas quais se incluíam também as transmissões *inter vivos*). O art. 3.º plasmava que «[o] imposto sobre as sucessões e doações incide sobre as transmissões a título gratuito de bens mobiliários e imobiliários», estatuidando o seu § 1.º que «[s]ó se considera transmissão, para efeitos deste imposto, a transferência real e efetiva dos bens; e, assim, não se verificará a transmissão nas disposições sob condição suspensiva, sem se realizar a condição, nas doações por morte e nas doações entre casados, enquanto não falecer o doador ou, no último caso, o donatário não alienar os bens, e nas sucessões ou doações de propriedade separada do usufruto, sem este acabar ou sem a propriedade ser alienada».

(34) Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões — Noções Fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 23. Estaremos, portanto, perante uma aquisição derivada, na medida em que um indivíduo ocupará a posição de outro num determinada relação jurídica preexistente e que se conservará no futuro.

(35) Acerca das transmissões efetivas, v. JOSÉ MANUEL MOREIRA CARDOSO DA COSTA, *A invalidade dos negócios jurídicos no Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações*, Centro de Estu-

rem», do art. 1.º do antigo *Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações*, implicava que todas as translações gratuitas de bens que envolvessem o enriquecimento do transmitente estivessem sujeitas a imposto, mesmo que não se cumprissem os requisitos formais, como, por exemplo, para o caso dos imóveis, a existência de título escrito da transmissão.

O seu procedimento de liquidação encontrava-se, assim, estritamente dependente da consolidação dessa transmissão, pelo que o transmissário só liquidaria o imposto quando pudesse dispor dos rendimentos gerados pelos bens que lhe haviam sido transmitidos, princípio este que vinha já consagrado no art. 72.º do *Regulamento para a liquidação e cobrança da contribuição de registo* de 23 de dezembro de 1899, e segundo o qual «[a] obrigação do imposto nascia no momento da transmissão real e efetiva dos bens, ou do seu aproveitamento pelo uso ou alienação»⁽³⁷⁾.

Acontece, porém, que estes princípios não foram tidos em consideração no atual imposto de selo. Se, anteriormente, a liquidação do imposto se suspenderia até ao momento em que a aquisição gratuita se traduzisse num autêntico aumento do património, ou se consolidasse a nua propriedade transmitida, nos dias de hoje tal não se verifica.

Relativamente a bens onerados com o direito de usufruto, também o regime de suspensão do procedimento de liquidação foi eliminado. Algo que foi permitido pela inovação de o sujeito passivo passar a ser a massa hereditária e já não a quota hereditária de cada herdeiro.

Esta situação não será, no entanto, imune a um juízo crítico.

Considere-se, a título de exemplo, o caso de a herança ser preenchida essencialmente por bens em nua propriedade, que, por isso, não produzem rendimentos para os seus transmitentes. O *de cuius*, no limite da legítima, poderá legar a nua propriedade dos seus bens a determinados beneficiários e o seu usufruto a outros⁽³⁸⁾. Todavia, todos eles se encontram obrigados a

dos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, 1976, pp. 22-26. E, em especial sobre a mobilização de conceitos de direito privado para o direito fiscal (do que resulta, amiúde, uma divergência de sentido), v. JOSÉ MANUEL MOREIRA CARDOSO DA COSTA, *Curso de Direito Fiscal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1972, p. 116, ss.

⁽³⁶⁾ Era esta a razão que justificava que a aquisição originária não fosse passível de imposto, tal como não era devido imposto pela usucapião ou pela violação dos direitos de propriedade relativamente aos quais não se encontra presente o elemento de transmissão.

⁽³⁷⁾ V. F. PINTO FERNANDES e J. CARDOSO DOS SANTOS, *ob. cit.*, p. 77, ss.

⁽³⁸⁾ Cf., a propósito, o art. 1305.º do Código Civil. Sobre as formas por que pode constituir-se o usufruto, veja-se também o art. 1440.º do mesmo Código. Note-se que o direito de usufruto e o direito de propriedade (ou nua propriedade) são dois direitos distintos; assim, podendo eles existir em separado, será possível «(...) também dar-se, em separado, a sua transmissão onerosa ou gratuita». V. *Lição do Imposto sobre as Sucessões e Doações — Curso de Formação de Quadros Directivos e*

pagar o imposto de selo, incluindo os beneficiários da nua propriedade^(39/40).

E no caso de esse usufruto ser transmitido com encargo de pensão ou renda vitalícia ou temporária a favor de terceiro? Esta situação origina três factos tributários sujeitos a imposto: a) a transmissão gratuita da *nua propriedade*⁽⁴¹⁾; b) a transmissão do *usufruto*⁽⁴²⁾; e, c) a transmissão da *pensão ou renda vitalícia*⁽⁴³⁾. Esta múltipla tributação sobre o mesmo bem não deixa de nos parecer anómala, não sendo justificável com o argumento baseado na isenção dos herdeiros legitimários e na diminuição da taxa de imposto⁽⁴⁴⁾.

Técnicos Intermédios da Administração Fiscal Nível II — 013.08, D.G.C.I. — Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional, Dezembro de 1986, pp. 54-55.

⁽³⁹⁾ V. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de junho de 1990 (Processo n.º 005584; Relator: Girão Cardoso), no qual se determina que «[a] transmissão, por renúncia gratuita, do usufruto é passível da liquidação do imposto sobre sucessões e doações»; «[n]esta hipótese, o valor a aproveitar para a liquidação será sempre o da propriedade plena, apenas importando saber se o usufruto é vitalício ou temporário, isto em obediência ao constante do n.º 1 do art. 22.º do CSISD, dispositivo expressamente aplicável ao caso». V. também a anotação que ao referido acórdão fez José JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO — «Anotação ao Acórdão de 20 de Junho de 1990, do Supremo Tribunal Administrativo», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 126, n.ºs 3829 e 3830, pp. 114-115.

⁽⁴⁰⁾ «Deixada por morte a propriedade de certos bens separada do usufruto, deu-se em 1959 a consolidação do usufruto com a propriedade e, portanto, a transmissão dos bens para efeito do imposto sobre as sucessões e doações» — V. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, «Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1971, do Supremo Tribunal Administrativo (Contencioso das Contribuições e Impostos)», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105, n.º 3467, pp. 29-32.

⁽⁴¹⁾ O art. 21.º do Código do Imposto do Selo remete para o art. 13.º, alínea a), do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, que determina o seguinte: «[s]ão ainda aplicáveis à determinação do valor tributável do IMT, as regras constantes das alíneas seguintes: / a) O valor da propriedade, separada do usufruto, uso ou habitação vitalícios, obtém-se deduzindo ao valor da propriedade plena as seguintes percentagens, de harmonia com a idade da pessoa de cuja vida dependa a duração daqueles direitos ou, havendo várias, da mais velha ou da mais nova, consoante eles devam terminar pela morte de qualquer ou da última que sobreviver (...). Se o usufruto, uso ou habitação forem temporários, deduzem-se ao valor da propriedade plena 10 % por cada período indivisível de cinco anos, conforme o tempo por que esses direitos ainda devam durar, não podendo, porém, a dedução exceder a que se faria no caso de serem vitalícios».

⁽⁴²⁾ Cf. art. 19.º, n.º 3, do Código do Imposto do Selo: «[q]uando o usufruto for transmitido com o encargo de pensão ou renda vitalícia ou temporária a favor de terceiro, o imposto relativo à aquisição do usufruto incide sobre o valor igual ao da propriedade, sendo vitalício, e, sendo temporário, sobre o produto da 20.ª parte do valor da propriedade por tantos anos quantos aqueles por que o usufruto foi deixado, sem que exceda 20, deduzido daquelas importâncias».

⁽⁴³⁾ Uma vez mais, o art. 21.º do Código do Imposto do Selo remete para o art. 13.º, alínea c), do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, do teor seguinte: «[o] valor da pensão ou renda vitalícia determina-se aplicando ao produto da pensão ou renda anual por 20 as percentagens indicadas na alínea a), conforme a idade da pessoa ou pessoas de cuja vida dependa a subsistência da pensão ou renda e, se for temporária, o seu valor actual determina-se multiplicando seis décimas partes da pensão ou renda anual pelo número de anos por que deva durar, não podendo, porém, esse valor exceder o que a pensão ou renda teria se fosse vitalícia».

⁽⁴⁴⁾ Numa posição mais extremista, há quem chegue mesmo a defender a inconstitucionalidade

E se estes casos já suscitam profundas questões jurídicas, o que dizer da eventualidade de a herança poder não dispor de rendimentos para pagar os 10% do imposto devido sobre a sua totalidade, mesmo considerando a possibilidade do seu pagamento em prestações? Não podemos ignorar que os poderes atribuídos pela lei civil ao cabeça-de-casal são meros poderes de administração⁽⁴⁵⁾, sendo-lhe vedada a disposição dos bens da herança, e somente se encontrando prevista a possibilidade de o cabeça-de-casal vender os frutos não deterioráveis ou bens deterioráveis para aplicar o produto na satisfação das despesas do funeral e sufrágios, ou no cumprimento dos encargos da administração da herança.

O cabeça-de-casal encontra-se impedido de vender os bens da herança com o propósito de liquidar o imposto de selo que sobre ela recai. E também não poderá exigir aos herdeiros o pagamento, pelos seus bens próprios, desta obrigação fiscal. Parece que, em *ultima ratio*, não escapará a herança a um processo de execução fiscal, o que coloca em causa a quota hereditária dos herdeiros^(46/47).

Pese embora, as aquisições *mortis causa* seja uma matéria que imponha uma forte estabilidade jurídica, exigindo-se que as intervenções legislativas sejam de carácter excepcional, verificamos que o Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis e o Código do Imposto Municipal sobre Imóveis têm sido alvos de sucessivas modificações. A mais recente reporta-se à Lei do Orçamento do Estado para o

dade deste tipo de tributação. Neste sentido, v. NUNO SÁ GOMES, «Inconstitucionalidade do novo imposto do selo sobre transmissões gratuitas de bens», in AA. VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 518, ss.

⁽⁴⁵⁾ Cf. art. 2079.º do Código Civil: «[a] administração da herança, até à sua liquidação e partilha, pertence ao cabeça-de-casal». Sobre o cabeça-de-casal, v., por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.ª edição renovada (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, *maxime* p. 40, ss., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 5.ª ed., revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 452, ss., e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Lex-Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, p. 67, ss.

⁽⁴⁶⁾ Não se olvide que os bens imóveis da herança se encontram ainda sujeitos ao Imposto Municipal sobre Imóveis, recaindo a responsabilidade da sua liquidação sobre o cabeça-de-casal.

⁽⁴⁷⁾ Poder-se-á trazer à colação a afirmação de Teixeira Ribeiro sobre a progressividade da taxa do imposto sobre as sucessões e doações, à época ainda em vigência, uma vez que cremos que a mesma se encontra atual e se mostra de suma importância para a melhor compreensão do problema *sub iudice*: «[a tributação,] apesar de progressiva, ainda não alcançou autêntico carácter pessoal, pois atende ao montante das heranças ou das quotas hereditárias, mas não à situação económica dos herdeiros. Estes, se for a mesma a importância recebida e o mesmo o grau de parentesco, pagam todos idêntico imposto, qualquer que seja o património ou o rendimento global de cada um». V. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.ª ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 303.

ano 2021 que veio levar a efeito algumas alterações em sede de imposto municipal sobre imóveis, no que a este tema diz respeito⁽⁴⁸⁾. Ao art. 11.º-A do CIMI, que isenta deste imposto «*prédios de reduzido valor patrimonial de sujeitos passivos de baixos rendimentos*», foram acrescentados os n.ºs 10 e 11 que determinam o seguinte: «*[s]e o sujeito passivo for uma herança indivisa, relativamente aos prédios urbanos que estejam efetivamente afetos a habitação permanente dos herdeiros, a isenção é aplicada à quota-parte dos herdeiros que estejam identificados na matriz predial e relativamente aos quais, ou a cujos agregados familiares, se verificarem os pressupostos da isenção*» (n.º 10); e, «*[p]ara efeitos do número anterior, na determinação do valor patrimonial tributário global pertencente ao herdeiro ou ao seu agregado familiar é incluído o valor correspondente à quota-parte do herdeiro no prédio da herança que esteja afeto à sua habitação permanente*» (n.º 11).

IV. Considerações finais

Autores há que, perante tais factos, defendem que o atual imposto de selo sobre as transmissões gratuitas *mortis causa* deixou de ser um imposto de sobreposição sobre o património para ser um imposto sobre o património capaz de amputar o próprio rendimento. Face às situações apresentadas, e numa posição mais extremista, levantam-se vozes defendendo até a inconstitucionalidade do imposto. Alicerçam a sua posição defendendo a inexistência de capacidade contributiva nos casos que enunciámos. Capacidade contributiva essa que decorre dos princípios da legalidade e da igualdade, consagrados nos arts. 103.º, n.º 2, e 13.º, n.º 2, respetivamente, da nossa Constituição, e, ainda, na Lei Geral Tributária, a qual, no seu art. 4.º, n.º 1, sob a epígrafe «*Pressupostos dos tributos*», determina a necessidade de existir «*capacidade contributiva revelada, nos termos da*

(48) Cf. art. 392.º da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2021). Os arts. 9.º («*início da tributação*»), 39.º («*valor base dos prédios edificados*»), 41.º («*coeficiente de afetação*»), 45.º («*valor patrimonial tributário dos terrenos para construção*») e 112.º («*taxas*») do CIMI foram, também alterados. Porém, a Proposta de Lei n.º 61/XIV, no seu art. 239.º, somente sugeria a alteração do art. 11.º-A do CIMI. Repare-se, ainda, que a Lei do Orçamento do Estado para 2021 modificou os arts. 2.º («*incidência objetiva e territorial*»), 12.º («*valor tributável*») e 17.º («*taxas*») do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, o que foi ao encontro do aconselhado no art. 240.º da Proposta de Lei.

lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património» para que possa haver tributação⁽⁴⁹⁾.

Além disso, em 2016 soaram alarmes quando o Governo discutiu a possibilidade de o imposto sobre as sucessões e doações voltar a ser instituído, com o propósito de se tributarem as grandes heranças. O número de doações plenas ou com usufruto aumentou, e esta transmissão antecipada de património abrangeu essencialmente bens empresariais e imóveis, mas também ativos financeiros. Muitas sociedades comerciais por quotas, receando aquela possibilidade, transformaram-se em sociedades anónimas com ações ao portador. Porém, o intuito de contornar a incidência de uma eventual futura tributação viu-se frustrado, uma vez que, desde 2017, só são permitidas ações nominativas⁽⁵⁰⁾.

Estamos convictos de que a família é a base de qualquer sociedade, razão pela qual defendemos que a estabilidade e a previsibilidade exigidas ao direito sucessório deverão ser ainda maiores do que aquelas que hão de pautar os restantes quadrantes jurídicos. Consequentemente, cremos que a segurança jurídica subjacente a este ramo do direito civil deverá ser pouco permeável a intenções político-partidárias direcionadas, na maioria dos casos, tão-só para a arrecadação de receita fiscal.

⁽⁴⁹⁾ Nuno Sá Gomes defende que nos encontramos perante uma violação do direito de propriedade privada, consagrado no art. 62.º da Constituição da República Portuguesa, cujo n.º 1 determina que *«[a] todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição»*. Cf. NUNO SÁ GOMES, «Inconstitucionalidade do novo imposto do selo sobre transmissões gratuitas de bens», in AA. VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 507-511.

⁽⁵⁰⁾ O que ocorreu por força da Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, que veio proibir a emissão de valores mobiliários ao portador e criar um regime transitório destinado à conversão, em nominativos, dos valores mobiliários ao portador existentes à data da sua entrada em vigor. Os valores mobiliários ao portador seriam convertidos em nominativos no prazo de seis meses após a entrada em vigor da lei, ficando, desde esse momento, proibida a transmissão de valores mobiliários ao portador e suspenso o direito a participar em distribuição de resultados associado a valores mobiliários ao portador (cf. os arts. 1.º, n.º 1, e 2.º, n.ºs 1 e 2, da referida lei). Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 123/2017, de 25 de setembro, foi responsável por estabelecer as disposições necessárias à execução da Lei n.º 15/2017, de 3 de maio, sendo possível ler no seu preâmbulo que *«[a] conversão dos valores mobiliários ao portador em nominativos implica alterações, designadamente, aos contratos de sociedade dos emitentes e aos documentos relativos às condições de emissão de valores mobiliários. Com vista à simplificação dos procedimentos, prevê-se que estas alterações podem ser deliberadas pelo órgão responsável pela administração da sociedade, sem que as mesmas necessitem de ser aprovadas pela assembleia geral»*.

V. Bibliografia

- AA.VV., *Reformas da Tributação Automóvel e do Património — Anteprojectos*, Almedina, Coimbra, 2002.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil — Sucessões*, 5.^a ed., revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, Lex-Edições Jurídicas, Lisboa, 1993.
- COSTA, JOSÉ MANUEL MOREIRA CARDOSO DA, *A invalidade dos negócios jurídicos no Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, 1976.
- _____, *Curso de Direito Fiscal*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 1972.
- FERNANDES, F. PINTO; SANTOS, J. CARDOSO DOS, *Código da sisa e do imposto sobre as sucessões e doações: anotado e comentado*, 2.^a ed., Rei dos Livros, Lisboa, 1990.
- GOMES, NUNO SÁ, «Inconstitucionalidade do novo imposto do selo sobre transmissões gratuitas de bens», in AA. VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- _____, *Tributação do Património: Lições proferidas no 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2004)*, Almedina, Coimbra, 2005.
- _____, *Lição do Imposto sobre as Sucessões e Doações — Curso de Formação de Quadros Directivos e Técnicos Intermédios da Administração Fiscal Nível II — 013.08*, D.G.C.I. — Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional, Dezembro de 1986.
- MAGALHÃES, LUIZ GONZAGA DE ASSIS TEIXEIRA DE, *Da sisa e do imposto sobre as sucessões e doações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1935.
- NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019.
- PIRES, JOSÉ MARIA FERNANDES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA, «A eliminação do imposto sobre as sucessões e doações», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129, n.º 3863, Junho de 1996, pp. 34-35.
- _____, «Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1971, do Supremo Tribunal Administrativo (Contencioso das Contribuições e Impostos)», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105, n.º 3467, pp. 29-32.
- _____, «Anotação ao Acórdão de 20 de Junho de 1990, do Supremo Tribunal Administrativo», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 126, n.ºs 3829 e 3830, pp. 114-115.
- _____, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- SALAZAR, ANTÓNIO DE OLIVEIRA, «A lei reguladora da contribuição do registo por título gratuito (Direito positivo português — Os antecedentes do artigo 5.º do decreto de 24 de maio de 1911)», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano V, n.ºs 47, 48, 49 e 50, 1918-1919, pp. 432-485.

_____, *Estudos de Direito Fiscal*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1963.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. II, 3.^a ed. renovada (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Sucessões — Noções Fundamentais*, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

DOS JUROS VINCENDOS SOBRE A OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO

Pelo Dr. Pacôme Ziegler⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II. Do direito a juros indemnizatórios.** **A.** Da importância de distinguir obrigações de indemnização e obrigações pecuniárias. **B.** O fundamento do direito a juros sobre a obrigação de indemnização. **C.** Compatibilidade dos juros indemnizatórios com o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil. **III. Da taxa dos juros indemnizatórios.** **IV. Do ponto de partida dos juros indemnizatórios.** **V. Do tipo de juros indemnizatórios: simples ou capitalizados.** **VI. Conclusão.**

I. Introdução

Os juros que vencem sobre a obrigação de indemnização — os chamados juros indemnizatórios — têm recebido escassa atenção da doutrina nacional, não tendo o autor encontrado qualquer artigo que se debruce exclusivamente sobre o tema. Também não foram objeto de qualquer tratamento individualizado nem aprofundado nas monografias ou artigos dedicados quer à obrigação de indemnização⁽²⁾, quer à obrigação de

⁽¹⁾ Sócio fundador da DELALOA; Advogado inscrito na Ordem dos Advogados de Portugal e de Paris. O autor agradece ao Dr. José-Miguel Júdeice pelos seus comentários à minuta do presente artigo, que o tornaram mais pertinente, bem como ao João Pedro, funcionário da biblioteca da Ordem dos Advogados, que permitiu que este artigo visse a luz do dia ao compilar a respetiva matéria prima em condições adversas resultante da pandemia de covid-19. Os erros que porventura permaneçam no artigo são da responsabilidade exclusiva do autor.

⁽²⁾ Veja-se, por exemplo, ADRIANO PÄES DA SILVA VAZ SERRA, “*Obrigação de indemnização (colocação, fontes, dano, nexa causal, extensão, espécies de indemnização)*”. *Direito da abstenção e de remoção*”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 84, 1959, p. 251, ss.; FRANCISCO DA CUNHA MATOS, IÑAKI

juros⁽³⁾, ou às taxas de juros⁽⁴⁾. A jurisprudência nacional recente é, do mesmo modo, praticamente omissa quanto à figura dos juros indemnizatórios, o que refletirá o desuso em que a figura terá caído entre os utentes do sistema judicial, nomeadamente os advogados. A falta de interesse na figura entre nós não deixará de ser surpreendente e contrasta nitidamente com a profusão de estudos sobre a questão fora de Portugal, particularmente na literatura dedicada à arbitragem internacional⁽⁵⁾.

Não será por falta de relevância prática que a figura dos juros indemnizatórios terá caído em desuso, conforme ilustrado pelo exemplo que se segue. Pressupomos que, em 2014, a sociedade Alfa celebrou com a sociedade Beta um contrato de prestação de serviços com uma duração de dez anos e sujeito ao Direito português. Em 2017, Beta resolveu culposa e ilícitamente o referido contrato, levando Alfa a instaurar um processo no qual peticionou pelo ressarcimento dos seus lucros cessantes. Dois anos depois, em 2019, o tribunal declarou que a resolução do contrato por Beta era ilícita e culposa, acolhendo ainda o pedido de indemnização pelo interesse positivo de Alfa. Ora, além da remuneração dos serviços deixados de auferir ao abrigo do contrato, terá Alfa direito a ser compensada pela oportunidade perdida de aplicar ou investir esses lucros e de usufruir do rendimento desta aplicação ou investimento? Qualquer agente económico é suscetível de ter estado na situação de Alfa, e de se ter colocado esta questão. O que torna ainda mais surpreendente o facto de a figura dos juros indem-

CARRERA, “*Pode o Tribunal condenar no pagamento de juros de mora se o autor não formulou o correspondente pedido na petição inicial? — Da relação axiológica entre o Princípio do Pedido e a função sócio-jurídica da obrigação de indemnizar*”, RDC I (2016), 2, 437-450. Este artigo tece considerações muito pertinentes sobre os juros vincendos sobre a obrigação de indemnização, mas assemelha-os em minha opinião erroneamente aos juros de mora (ver, designadamente, a p. 444 do artigo).

(3) Veja-se, por exemplo, ADRIANO PÃES DA SILVA VAZ SERRA, “*Obrigação de juros*”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 55, abril de 1956, p. 159, ss.; FRANCISCO CORREIA DAS NEVES, *Manual dos Juros*, 2.ª ed., Almedina, 1969.

(4) Veja-se, por exemplo, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “*As novas taxas e juro do Código Civil*”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 305, abril, 1981, p. 13, ss.

(5) Veja-se, por exemplo, HERBERT SCHÖNLE, “*Intérêts Moratoires, Intérêts Compensatoires et Dommages-Intérêts de Retard en Arbitrage International*”, in *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a.M. 1993, p. 649, ss.; THIERRY J. SÉNÉCHAL, “*Present-Day Valuation in International Arbitration: A Conceptual Framework for Awarding Interest*”, in *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*, 219, 2008; MANUEL A. ABDALA, et al., “*Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration*”, 5 *World Arb. & Mediation Rev.* 1 (2011); A. DOLGOFF, T. DUARTE-SILVA, “*Prejudgment Interest: An Economic Review of Alternative Approaches*”, *Journal of International Arbitration* 33, no. 1 (2016): 99-114; IRMGARD MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2017, ver nomeadamente o capítulo sobre “*pre-award interest*”, pp. 337-392.

nizatórios — porque é deles que se trata no exemplo *supra* — ter caído em desuso.

Conforme se estabelecerá *infra*, o decaimento da figura entre nós será atribuível a um erro conceptual e a desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais contraproducentes, os quais terão conduzido à “canibalização” da noção pela figura dos juros de mora. O presente artigo reafirmará a autonomia e relevância da figura dos juros indemnizatórios no Direito português, o que implicará, em primeiro lugar, elucidar os alicerces do direito a juros indemnizatórios (**Secção II**). Passar-se-á de seguida a analisar as questões da taxa, do ponto de partida, e do tipo — simples ou capitalizado — dos juros indemnizatórios (**Secções III, IV e V**, respetivamente).

II. Do direito a juros indemnizatórios

Não se pode esclarecer o fundamento do direito a juros sobre a obrigação de indemnização (**Secção B**) sem antes distinguir esta das obrigações pecuniárias (**Secção A**). Da mesma forma, a demonstração seria incompleta sem uma análise da articulação — *rectius*, da compatibilidade — do direito a juros sobre a obrigação de indemnização com a norma contida no número 2 do art. 566.º do Código Civil (**Secção C**).

A. Da importância de distinguir obrigações de indemnização e obrigações pecuniárias

Dispõe o art. 806.º do Código Civil que:

1. *Na obrigação pecuniária a indemnização corresponde aos juros a contar do dia da constituição em mora.*
2. *Os juros devidos são os juros legais, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal.*
3. *Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indemnização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco.*

Ou seja, se a obrigação de indemnização for uma obrigação pecuniária, o direito a juros sobre a mesma encontrar-se-á regido por esta disposição. Será o caso? Respondemos pela negativa.

Antes de nada, repare-se que as “*obrigações pecuniárias*” por um lado e, pelo outro, as “*obrigações de indemnização*”, constituem duas das nove “*modalidades das obrigações*” identificadas no capítulo III do Livro II do Código Civil, dedicado ao “*Direito das Obrigações*”. Isto indica que os dois tipos de obrigações são concetualmente diferentes. A doutrina confirma esta intuição.

Segundo o Professor Antunes Varela, “*diz-se pecuniária (de pecunia) a obrigação que, tendo por objecto uma prestação em dinheiro, visa proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies possuam como tais*”⁽⁶⁾. O ilustre Professor explica ainda que “[*o*] fim essencial da obrigação pecuniária consiste em proporcionar ao credor o valor incorporado nas espécies monetárias ou nas notas”⁽⁷⁾. Acrescenta o Professor Menezes Leitão que “[*e*]stes dois requisitos são cumulativos. Se a obrigação tem dinheiro por objecto, mas não visa proporcionar ao credor o valor dele (ex: entrega de determinadas moedas e notas, para integrar uma colecção) não estaremos perante uma obrigação pecuniária”⁽⁸⁾.

Coloca-se logo a questão de saber se uma obrigação de indemnização em dinheiro não encaixará precisamente nesta definição, por ter “*por objecto uma prestação em dinheiro, [que] visa proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies possuam como tais*”⁽⁹⁾. A resposta deve ser negativa. O objeto (mediato) da obrigação de indemnização é o dano, o qual, apesar de ser suscetível de avaliação pecuniária, não consubstancia uma “*prestação em dinheiro*”. Esta observação é aliás extensível a uma obrigação de indemnização resultante do incumprimento definitivo de uma obrigação pecuniária, tal como, por exemplo, a obrigação de pagar uma fatura. É que a obrigação de indemnização, nascida do incumprimento definitivo, é uma figura jurídica cuja natureza transcende o tipo de prestação da qual dimana.

Contudo, a obrigação de indemnização transforma-se em obrigação pecuniária quando for liquidada em sentença. O Supremo Tribunal de Justiça afirmou-o claramente: “[*a*] obrigação de indemnização [...] uma vez fixada em dinheiro, converte-se em obrigação monetária”⁽¹⁰⁾. É que, con-

⁽⁶⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a ed., Almedina, 2000, p. 845.

⁽⁷⁾ *Idem*, p. 848.

⁽⁸⁾ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 5.^a ed., Almedina, 2018, pp. 150-151.

⁽⁹⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 845.

⁽¹⁰⁾ Veja-se, ainda, Supremo Tribunal de Justiça (PINTO DE ALMEIDA), processo n.º 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, acórdão de uniformização de jurisprudência de 14/05/2015 (“[*A*] obrigação de

forme referido pelo Professor Antunes Varela, “*é inquestionável a existência de casos em que o pensamento da lei conduz, excepcionalmente, à fixação do montante da prestação num momento posterior à constituição da obrigação, mais próximo da época do cumprimento. É esse, por exemplo, o caso típico da obrigação de indemnizar, quando a indemnização se faz em dinheiro (art. 566.º)*”⁽¹¹⁾.

Ou seja, é normal existir uma desconexão temporal entre a constituição da obrigação de indemnização e o momento em que esta obrigação se converte em obrigação pecuniária, através da sua liquidação em sentença. Neste intervalo, o devedor da obrigação de indemnização não se encontra em mora na medida em que a obrigação de indemnização ainda não foi liquidada. Será só *após* a liquidação da obrigação de indemnização que o devedor estará em mora, sempre que não cumprir atempadamente a sentença.

É importante reconhecer o desfasamento temporal entre a constituição da obrigação de indemnização e a sua transformação em obrigação pecuniária, desde logo porque o direito a juros no referido intervalo e após a liquidação em sentença não assenta nas mesmas normas nem princípios. Passar ao lado desta realidade gera confusões dogmáticas, com consequências bem reais.

Por exemplo, a Dr.^a Maria Graça Trigo dedicou um artigo ao “*incumprimento da obrigação de indemnizar*”, referindo as “*regras gerais da responsabilidade civil em caso de mora do devedor no cumprimento da obrigação de indemnização*”. Os tribunais também usam esses termos⁽¹²⁾. Contudo, não há mora possível no intervalo entre a constituição da obriga-

indemnização por equivalente visa reparar os danos efectivamente sofridos pelo lesado; com a sua liquidação, através da teoria da diferença, converte-se, no fundo, numa obrigação pecuniária[.]”). Disponível, tal como os acórdãos portugueses citados *infra*, em: <<https://www.dgsi.pt/>>; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 151; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 43 (“*[T]em que se distinguir, primeiro, a obrigação ex delicto e, depois, ao intervir a respectiva execução por equivalente, a sua conversão em obrigação pecuniária[.]*”) (ênfase no original).

⁽¹¹⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 859 (ênfase no original).

⁽¹²⁾ Veja-se, por exemplo, Tribunal da Relação de Coimbra (HENRIQUE ANTUNES), processo n.º 793/07, acórdão de 21/03/2013 (“*No tocante à responsabilidade do devedor no caso de mora no cumprimento da obrigação de indemnização, importa distinguir duas regras fundamentais: de um lado, o critério fundamental comumente designado pela teoria da diferença; de outro, a regra específica relativa às obrigações pecuniárias, de harmonia com a qual a reparação do dano sofrido pelo credor com o retardamento no cumprimento consiste nos juros legais (arts. 566.º, n.º 2, 804.º n.ºs 1 e 2 e 806 n.º 1 do Código Civil). [...] [A] obrigação de reparar o dano com o atraso no cumprimento da obrigação de indemnização é exigível, em princípio, desde o momento em que o devedor se considera constituído em mora (arts. 804.º, n.ºs 1 e 2 e 806.º, n.º 1 do Código Civil). E esse momento é o da sua citação para a acção (art. 805.º, n.º 3 do Código Civil)*”).

ção de indemnização e a sua liquidação em sentença. Isto é, o devedor não pode estar em mora no cumprimento da obrigação de indemnização, nem mesmo incumpri-la⁽¹³⁾. Pode é não pagar atempadamente a sentença que vier a liquidar a sua obrigação de indemnização, em qual caso se aplicará o art. 806.º do Código Civil e não as “*regras gerais da responsabilidade civil*”, tal como sugere a referida autora.

Mais, certos autores pretendem distinguir a obrigação de indemnização das obrigações pecuniárias ao referir que aquela não visa “*proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies possuam como tais*”⁽¹⁴⁾ mas sim “*um valor económico (de um determinado objecto ou de uma componente do património)*”⁽¹⁵⁾. Neste caso, conforme explica o Professor Menezes Leitão, “*falar-se-á antes em dívida de valor, a qual se caracteriza por ter por objecto um valor fixo, que não sofre alteração em caso de desvalorização da moeda, não suportando assim o credor o risco correspondente*”⁽¹⁶⁾.

Ora, a noção de dívida de valor foi construída pela doutrina com o objetivo de tornar o rigor do princípio nominalista, o qual prevê que “[*o*] cumprimento das obrigações pecuniárias faz-se em moeda que tenha curso legal no País à data em que for efectuado e pelo valor nominal que a moeda nesse momento tiver, salvo estipulação em contrário”⁽¹⁷⁾. Portanto, a ideia por detrás desta construção doutrinária era a de proteger o credor contra a inflação, a qual afeta o valor real do seu crédito. E é com esse fim, também, que é utilizada pelos juízes⁽¹⁸⁾.

⁽¹³⁾ A este respeito, veja-se JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, pp. 33-34 (“*Primo, só existe mora depois de fixado, em definitivo, pelo tribunal, o quantitativo da indemnização: enquanto tal não suceda, ou seja, enquanto durar a acção (3, 4, 5 anos ...) não há «liquidação» da dívida. Acentua-se: embora o pedido possa ser líquido, não o é a indemnização e, portanto, não há mora do devedor, nos termos do art. 805.º-3 do Cód. Civil[.]*”)

⁽¹⁴⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 845.

⁽¹⁵⁾ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 151.

⁽¹⁶⁾ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 151. Ver, ainda, no mesmo sentido FRANCISCO DA CUNHA MATOS, IÑAKI CARRERA, *ob. cit.*, p. 441.

⁽¹⁷⁾ Art. 550.º do Código Civil.

⁽¹⁸⁾ Veja-se, por exemplo, Supremo Tribunal de Justiça (PINTO DE ALMEIDA), processo n.º 1520/04.3TBPBL.C1.S1-A, acórdão de uniformização de jurisprudência de 14/05/2015 (“*É certo que a obrigação de indemnização por equivalente, como dívida de valor, não sujeita, por isso, ao princípio nominalista[.]*”); Supremo Tribunal de Justiça (SOUSA LEITE), processo n.º 601/2002.C1.S1, acórdão de 22/05/2012 (“*Ora, apesar da omissão do legislador sobre a qualificação jurídica da dívida do património próprio de qualquer dos cônjuges à respectiva massa comum, parece que a mesma não pode deixar de ser considerada, não como uma obrigação pecuniária propriamente dita, mas sim como uma dívida de valor[.] [...] E não se enquadrando as dívidas de valor, na esteira do antecedentemente explanado, no âmbito das obrigações pecuniárias, as mesmas mostram-se subtraídas ao princípio nominalista constante do estatuído no art. 550.º do CC[.]*”) (sublinhado acrescido); Tribunal da

Contudo, salta imediatamente à vista que a figura da dívida de valor nasceu torta. É que a figura foi desenvolvida com o fim de afastar das obrigações de indemnização o princípio nominalista, apesar de este não se aplicar àquelas, na medida em que as obrigações de indemnização *não são* obrigações pecuniárias. Ou seja, a figura da dívida de valor foi criada para resolver um problema que não existia.

Este equívoco resulta do errado entendimento da natureza jurídica da obrigação de indemnização, bem como da desconsideração do desfazamento temporal entre a constituição da obrigação de indemnização e a respetiva conversão em obrigação pecuniária, mediante liquidação em sentença. Este mau entendimento foi identificado pelo Professor Antunes Varela, que escreveu que “[o] problema que está verdadeiramente em causa nas situações em regra destacadas pelos [proponentes da teoria da dívida de valor] é o de saber a que momento deve atender-se na fixação do montante da obrigação”⁽¹⁹⁾. Aliás, um dos mais eminentes proponentes da figura da dívida de valor em Portugal, o Professor Almeida Costa, escreveu que “[a]specto característico reconhecido à referida espécie de obrigações [isto é, as dívidas de valor] é o de que se encontra nela em causa um valor actual e não reportado ao momento da constituição do vínculo”⁽²⁰⁾. Ora, por força do número 2 do art. 566.º do Código Civil, é também aspecto característico da obrigação de indemnização de nela se encontrar um valor actual, calculado à “data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal”, e não no momento da constituição do vínculo.

A figura da dívida de valor afigura-se, assim, totalmente redundante. Mas é também nefasta, na medida em que acarreta a ideia errónea de que o valor do dano se fixa aquando da constituição da obrigação de indemnização, faltando apenas *atualizá-lo* para a data da sua liquidação, de forma a neutralizar a desvalorização monetária ocorrida no intervalo. Isso leva a erros conceptuais, os quais têm repercussões no cálculo do dano. Por exemplo, numa arbitragem sujeita ao Direito de um país lusófono com

Relação de Coimbra (HENRIQUE ANTUNES), processo n.º 793/07, acórdão de 21/03/2013 (“[A] obrigação de indemnização por equivalente não é uma pura obrigação pecuniária — mas uma obrigação de valor: o dinheiro é apenas o substituto ou sucedâneo do objecto inicial da prestação, porquanto é o valor que determina a quantidade. Por esse motivo, não lhe é aplicável o princípio nominalista, o seu cômputo é feito segundo a denominada teoria da diferença e não lhe é aplicável o juro moratório (arts. 550.º e 562.º do Código Civil”).

⁽¹⁹⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 859.

⁽²⁰⁾ MARIA JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2018, p. 736.

grandes similitudes com o Direito português⁽²¹⁾, uma parte invocou a figura da dívida de valor para defender a tese de que a desvalorização da moeda do país em questão ocorrida após a constituição da obrigação de indenização, em 2014, não podia ser levada em consideração no cálculo dos danos. Esta desvalorização tinha reduzido drasticamente a rentabilidade da empresa objeto do litígio e, reflexivamente, o valor das ações da parte lesada, as quais constituíam a base de cálculo da indenização solicitada. Ora, não se tratava no caso de atualizar uma dívida nascida em 2014 para a data mais recente atendível pelo tribunal, mas sim de calcular os danos a esta data, por referência ao valor da empresa objeto do litígio nessa data, à luz de todos os eventos relevantes ocorridos desde 2014. Era, assim, *contra legem* desconsiderar o impacto das flutuações da moeda na economia real e na rentabilidade da empresa.

B. O fundamento do direito a juros sobre a obrigação de indenização

Conforme adiantado *supra*, o art. 806.º do Código Civil não estabelece o direito a juros sobre a obrigação de indenização. Antes, a base legal do referido direito é o art. 562.º do Código Civil e o princípio da reparação integral do dano a este subjacente.

A fundamentação do direito a juros indemnizatórios no art. 562.º do Código Civil foi feita, mais ou menos explicitamente, por vários autores, começando pelo Professor Vaz Serra, já nos anos 50⁽²²⁾. Em 1969, no seu Manual dos Juros, o Dr. Francisco Correia das Neves dedicou um subcapítulo à questão do “[i]nício dos juros no caso particular da obrigação de indenização”⁽²³⁾. O autor refere os juros indemnizatórios como sendo um “*caso particular*” para distinguir o regime aplicável aos mesmos do regime decorrente do art. 805.º do Código Civil, isto é, relativo à mora no cumprimento das obrigações.

No respetivo manual, o autor começa por sublinhar que, se se aplicasse o art. 805.º do Código Civil aos juros indemnizatórios, então em

(21) Várias peças processuais apresentadas pelas partes na arbitragem em questão estão disponíveis em: <<https://www.jusmundi.com>>.

(22) ADRIANO PÃES DA SILVA VAZ SERRA, “Obrigação de juros”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 55, abril de 1956, p. 166 (“O valor das despesas a indemnizar deve produzir juros a partir do momento, em que elas se fizeram, pois, se assim não fosse, não seria também completa a indemnização[.]”); ADRIANO PÃES DA SILVA VAZ SERRA, “Obrigação de indenização (colocação, fontes, dano, nexos causal, extensão, espécies de indenização). Direito da abstenção e de remoção”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 84, 1959, p. 251, ss., pp. 248-249.

(23) FRANCISCO CORREIA DAS NEVES, *ob. cit.*, p. 106.

regra só poderia haver juros a partir da liquidação da obrigação de indemnização, através da sua liquidação em sentença, “já que na maioria das hipóteses de tal género será, praticamente [sic.], impossível ao devedor saber com precisão quanto deve indemnizar”⁽²⁴⁾. Esta solução impor-se-ia em virtude da primeira parte do número 3 do art. 805.º, a qual dispõe que “se o crédito for ilícido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor”.

Contudo, continua o autor, “o problema não é tão simples como parece”:

É que, como dissemos, a obrigação de indemnizar vence-se no preciso momento da prática do facto, e deve abranger, para ser completa, não só o prejuízo causado (dano emergente), como os benefícios que o lesado deixa de obter em consequência da lesão (lucros cessantes) — art. 564.º, n.º 1, do Cód. Civil, devendo corresponder, quando em dinheiro [...], «à diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos» — art. 566.º, n.º 2, do mesmo Código⁽²⁵⁾.

E o autor conclui como se segue:

Assim, parece razoável que a indemnização vença juros legais desde a prática do facto, pois, a partir de então, o lesado sempre poderia usufruir esse lucro, e só assim a indemnização será completa. Simplesmente, esses juros não se deverão reputar como juros de mora, mas antes como juros compensatórios ou indemnizatórios, isto é, fazendo parte ainda da indemnização devida, sua parte integrante, para que resulte completa e perfeita: são, assim, também capital. Em suma: o Juiz, ao ponderar o quantitativo da indemnização, entrará com mais esse factor, e incluirá os juros no total a pagar⁽²⁶⁾.

Pelas razões expostas *infra*, discorda-se da conclusão de que os juros sobre a obrigação de indemnização terão de vencer à taxa legal. A referência aos “juros legais” parece denotar alguma dificuldade conceptual do autor em distinguir claramente os juros indemnizatórios dos juros de mora. Mas concorda-se plenamente com a concepção dos juros como componente da indemnização, e não como acessório da mesma.

⁽²⁴⁾ *Idem*, p. 107 (ênfase no original).

⁽²⁵⁾ FRANCISCO CORREIA DAS NEVES, *ob. cit.*, p. 108. No mesmo sentido, JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 34 (“Secundo, os juros remuneratórios que devem ser pagos ao indemnizando são o correspondente da utilização do seu próprio dinheiro para ocorrer às despesas causadas pelo dano ou, inclusive, o preço do crédito que teve de obter para o mesmo fim (danos emergentes); de todo o modo; fundamentam-se os juros remuneratórios na ideia — que é um princípio do nosso direito (arts. 566.º-2, 563.º e 564.º-1 do Cód. Civ.) — de que deve o lesado ser reposto na situação em que actualmente estaria o seu património se não fora a respectiva lesão: teoria da diferença”) (ênfase no original).

⁽²⁶⁾ FRANCISCO CORREIA DAS NEVES, *ob. cit.*, p. 108 (sublinhado acrescido).

No exemplo da introdução, a resolução ilícita e culposa do contrato causou a Alfa pelo menos dois prejuízos distintos, os quais se fizeram sentir imediatamente aquando da resolução: em primeiro lugar, a privação dos lucros que Alfa auferia ao abrigo do contrato; em segundo lugar, a privação da oportunidade de usufruir desses lucros. Concretamente, se, nos anos 2018 e 2019 era expectável Alfa auferir 1 milhão de euros e 1,5 milhões de euros, respetivamente, ao abrigo do contrato, Alfa deverá receber estes montantes, acrescidos de juros calculados sobre estes montantes a partir da data em que deveriam ter sido auferidos e até à data da sentença que liquide a indemnização. É que se Alfa tivesse recebido a respetiva remuneração contratual, poderia ter aplicado este dinheiro no mercado financeiro, ou mesmo deixar o dinheiro depositado no banco, onde teria vencido juros à taxa aplicável à conta em questão. Alfa poderia ainda ter sofrido um terceiro prejuízo na sequência da resolução ilícita e culposa do contrato por Beta: o custo do empréstimo que poderia ter devido subscrever para compensar a remuneração contratual deixada de auferir⁽²⁷⁾.

Seja como for, e conforme frisado por um autor, “[a]o contrário, porém, dos juros moratórios que são forfaitaires (i.e., tanto monta ter havido mais como menos danos, ou até nenhuns...), estes juros remuneratórios correspondem a danos concretos acarretados ao indemnizando no período que intercede entre o facto danoso e a fixação da indemnização”⁽²⁸⁾. Os “danos concretos” em questão correspondem aos custos, suportados pelo credor, decorrentes da retenção do seu dinheiro.

Antigamente, os tribunais diferenciavam claramente os juros indemnizatórios, que vencem sobre a obrigação de indemnização, dos juros moratórios, que derivam do facto ilícito da mora. Segundo um autor⁽²⁹⁾, esta distinção foi feita pela primeira vez num acórdão de 12/03/1968 do Supremo Tribunal de Justiça, e foi subsequentemente acolhida em outras decisões do mesmo Tribunal bem como das Relações⁽³⁰⁾. Concretamente,

(27) Ver, ainda, no mesmo sentido, FRANCISCO DA CUNHA MATOS, IÑAKI CARRERA, *ob. cit.*, p. 444.

(28) JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 34. No mesmo sentido ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 102.º, p. 85, ss., anotação ao acórdão do supremo Tribunal de Justiça de 12/03/1968, p. 89 [“Os direitos do credor, entre o momento da prática do facto constitutivo de responsabilidade (o facto ilícito extracontratual; a falta de cumprimento da obrigação; a violação do contrato; etc.) e o cálculo da indemnização, são definidos, como já vimos, pela regra geral (arts. 563.º, 564.º e 566.º, 2) que manda computar na reparação a que o devedor se encontra adstrito todos os danos causados (sub specie iuris) pelo facto. Mas neste cômputo entram apenas os danos reais, concretamente verificados — e não, como no caso de mora das obrigações pecuniárias (líquidas), os danos abstracta ou uniformemente estereotipados na lei.”] (ênfase no original).

(29) JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 33.

(30) Tribunal da Relação do Porto, recurso n.º 10 014, acórdão de 04/10/1972, Boletim do

os acórdãos desta linha jurisprudencial distinguiram os juros de mora, devidos desde a constituição em mora do responsável, à taxa legal, dos juros remuneratórios (ou indemnizatórios), devidos desde a ocorrência do facto danoso, à taxa legal *ou não*⁽³¹⁾.

Na jurisprudência portuguesa recente, a distinção entre os juros moratórios e os juros indemnizatórios continua a ser feita. Por exemplo, num acórdão de 2003, o Tribunal Constitucional afirmou o seguinte:

[P]ese embora a indefinição dos mais variados preceitos legais, existe uma espécie de juros que, doutrinariamente, são designados como juros compensatórios ou de indemnização (cf. Correia das Neves, Manual dos Juros, 1989, designadamente 27 a 35; cf., ainda, Vaz Serra, ob. citada, 112, e 244, que se reporta aos juros compensativos ou compensatórios como não representando uma retribuição do capital ou uma indemnização pelo atraso), e cujo escopo, justamente, é o de completar a indemnização devida “compensando o prejudicado do ganho perdido até que tenha conseguido a reintegração do seu direito” (palavras do segundo autor), pelo que eles representam um capital suplementar que ainda se funda no dano que o lesado sofreu em virtude da lesão⁽³²⁾.

Contudo, os acórdãos mais recentes aplicam aos juros indemnizatórios as normas aplicáveis aos juros moratórios, nomeadamente os arts. 805.º e 806.º do Código Civil, desconsiderando, assim, na prática, a diferença entre os dois tipos de juros.

Por exemplo, no caso supra-referido, competia ao Tribunal Constitucional decidir da natureza — indemnizatória ou moratória — dos juros ven-

Ministério da Justiça n.º 220, 205 (“III — Sendo, por regra, ilíquido o crédito de indemnização, só a partir da liquidação, com trânsito em julgado, vencerá ele juros moratórios. IV — Quanto aos compensatórios, apenas terão cabimento, se o peticionante alegar e provar que certo capital, por virtude do acidente, deixou de produzir rendimentos que, se não fora ele, produziria.”); Tribunal da Relação do Porto, recurso n.º 12 286, acórdão de 15/01/1975, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 247, 213 (“IV — Os juros compensatórios sobre os montantes atribuídos a título de danos patrimoniais, só são de determinar desde que o respectivo credor articule e prove factos respeitantes aos prejuízos a compensar; bem como a respectiva taxa, que não tem que ser, necessariamente, a legal, não podendo aqui funcionar supletivamente o disposto pelo art. 559.º do Código Civil.”); Tribunal da Relação de Évora, recurso n.º 77/77, acórdão de 12/01/1978, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 275, 288 (“I — Os autores — em acção de indemnização, com processo especial, nos termos do disposto no art. 68.º do Código da Estrada — enquanto credores de uma indemnização ilíquida só têm direito aos juros moratórios concedidos à forfait pela lei, a partir do momento em que o Tribunal fixou o montante da indemnização e a tornou líquida. II — Como credores de indemnização, têm os autores direito aos chamados juros compensatórios, desde que incluídos no cálculo da reparação por danos emergentes ou lucros cessantes. III — Para que o Tribunal possa condenar nestes juros, é essencial a sua alegação e prova dos prejuízos ou lucros cessantes que deveriam ser reparados com os juros”).

⁽³¹⁾ JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 33.

⁽³²⁾ Tribunal Constitucional (OLIVEIRA GUIMARÃES), processo n.º 740/02, acórdão 170/2003 de 28/03/2003.

cidos sobre uma indemnização por danos sofridos em consequência de um acidente de trânsito. Se se concluísse pela natureza indemnizatória dos juros, então estes constituiriam “*uma parte da expressão monetária do quantitativo indemnizatório*”⁽³³⁾, não sendo por isso tributáveis em sede de IRS. Caso contrário, isto é, se os juros fossem “*uma forma de compensação da mora no não pagamento de um montante indemnizatório devido*”⁽³⁴⁾, então representavam rendimentos de capitais, sujeitos a tributação em IRS.

Para responder a esta pergunta, o Tribunal Constitucional afirmou que “[t]udo dependerá da decisão judicial condenatória do responsável”⁽³⁵⁾ e lançou-se na análise do teor do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sob revista com o fim de estabelecer se a decisão inicial tinha “*perspectivado*” os juros como pertencendo à primeira ou à segunda categoria. Contudo, esta análise era supérflua — e desembocou no resultado errado — na medida em que os juros em questão tinham sido concedidos ao abrigo do art. 805.º, n.º 3 do Código Civil, e aplicados em consonância com esta disposição — isto é, a partir da citação. Os juros eram, assim, moratórios. Se fossem indemnizatórios, teriam vencido a partir do evento ilícito e danoso.

Esta decisão insere-se numa tendência, generalizada no contencioso nacional, de confusão entre os juros indemnizatórios e os juros moratórios, confusão essa causada pela qualificação errónea da obrigação de indemnização como obrigação pecuniária. Ao partirem deste pressuposto errado, os tribunais, bem como os advogados, estendem indevidamente o âmbito de aplicação dos arts. 806.º e 805.º do Código Civil aos juros indemnizatórios. Pior ainda, esta confusão impede o desenvolvimento, entre nós, de uma verdadeira teoria dos juros indemnizatórios.

Esta confusão tem duas explicações possíveis. Em primeiro lugar, os demandantes podem ter pouco incentivo em pugnar pela aplicação de juros indemnizatórios a partir da data do evento ilícito e danoso, em vez de pedir a aplicação de juros de mora, à taxa legal, a contar de uma data posterior (como, por exemplo, a data da citação). É que, no contexto atual de baixa inflação e de *yields* diminutos, poderá ser mais vantajoso para o demandante pedir a aplicação da taxa legal — que é a taxa por defeito nas obrigações pecuniárias — mesmo que a partir de uma data posterior, visto a taxa legal ser superior em vários pontos percentuais às taxas em vigor no mercado monetário. Em segundo lugar, não é de todo evidente a distinção

⁽³³⁾ *Idem.*

⁽³⁴⁾ *Idem.*

⁽³⁵⁾ *Idem.*

entre os juros indemnizatórios e os juros moratórios, visto ambos terem a mesma finalidade, isto é, compensar a parte lesada pela privação temporária do gozo do seu crédito⁽³⁶⁾. É aliás frequente os tribunais sublinharem a natureza indemnizatória dos juros de mora. Conforme sublinhou o Tribunal Constitucional no supra-referido caso: “*Os juros moratórios exercem a função de indemnização pelo retardamento de uma prestação pecuniária (art. 806.º, n.º 1), sendo, assim, devidos a título de indemnização*”⁽³⁷⁾.

Contudo, os dois tipos de juros devem ser diferenciados porque o respetivo direito nasce de dois ilícitos bem diferentes: o incumprimento definitivo no caso dos juros indemnizatórios e a mora no caso dos juros moratórios. Conforme realçado por um autor já citado:

A obrigação sobre a qual se calculam juros de mora à taxa legal é a que deriva do facto ilícito da mora. Portanto, a que se segue à primitiva e diferente obrigação de indemnizar que resulta do facto ilícito danoso. Esta obrigação ora referida não tem por que ser calculada em termos idênticos: há que alegar e provar quais são os danos concretamente causados (e não presuntivamente, como é normal estatuir-se para os juros de mora) pelo facto ilícito constitutivo da responsabilidade de que se trata⁽³⁸⁾.

(36) Veja-se, a este respeito, Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 04/09/2014, Processo C-336/13 P, *Comissão Europeia c. IPK International — World Tourism Marketing Consultants GmbH*, § 77 (“*O primeiro refere-se à distinção entre juros compensatórios e juros de mora. É incontroverso que a jurisprudência faz uma distinção muito clara entre juros compensatórios e juros de mora, sem, todavia, explicitar os critérios que servem de base a essa distinção. Ora, esta distinção não é evidente, pois que, do ponto de vista funcional, parece que os juros têm sempre a mesma função, que consiste em compensar a perda sofrida pelo credor que é privado do gozo do seu crédito*”). (sublinhado acrescido). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-336/13&language=PT>>.

(37) Tribunal Constitucional (OLIVEIRA GUIMARÃES), processo n.º 740/02, acórdão 170/2003 de 28/03/2003. Veja-se, ainda no mesmo acórdão: “*Nem se diga que a cumulação de juros e correcção monetária poderia encontrar fundamento na função não meramente indemnizatória (e de correcção monetária) dos juros de mora, mas também na componente sancionatória que lhes corresponderia. É que, por um lado, e tal como se disse, a ideia que presidiu à retroacção da mora, nos casos dos créditos ilíquidos provenientes de responsabilidade civil por facto ilícito e pelo risco, não teve origem em qualquer pretensão sancionatória ou punitiva, visando tão-somente combater os efeitos nefastos da inflação. Acresce, por outro, que a referida vertente punitiva não é de todo conciliável com a responsabilidade pelo risco*”.

(38) JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 43. Veja-se, ainda, as Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot apresentadas em 04/09/2014, Processo C-336/13 P, *Comissão Europeia c. IPK International — World Tourism Marketing Consultants GmbH*, § 77 (“*Sabemos, porém, que os juros compensatórios constituem uma reparação complementar em matéria indemnizatória, na medida em que compensam o decorrer do tempo até à avaliação judiciária do montante do prejuízo, independentemente de qualquer atraso imputável ao devedor, ao passo que os juros de mora indemnizam de modo forfetário as consequências do atraso no pagamento do crédito pecuniário, permitindo ao credor receber aproximadamente o que obteria se tivesse aplicado os fundos*”).

Por outras palavras, apesar da similitude funcional dos dois tipos de juros, será fácil distingui-los atendendo-se à natureza do ilícito e à base do respetivo direito. Se se tratar de mora, os juros serão moratórios e sujeitos aos arts. 805.º e 806.º do Código Civil. Se se tratar de um incumprimento definitivo, os juros serão indemnizatórios e sujeitos aos arts. 562.º e 566.º do Código Civil.

Repare-se que o reconhecimento da inaplicabilidade dos arts. 805.º e 806.º do Código Civil aos juros indemnizatórios é crítico para estes puderem chegar a ocupar o lugar que lhes pertence. Com efeito, o *quantum* indemnizatório só será fixado aquando da liquidação da obrigação de indemnização através da sentença. Por outras palavras, o crédito resultante da obrigação de indemnização só será líquido aquando da prolação da sentença que o liquide. Assim sendo, se se admitisse a aplicabilidade do princípio “*in illiquidis non fit mora*”, acolhido no número 3 do art. 805.º do Código Civil, não haveria direito a juros indemnizatórios até à prolação da sentença no domínio da responsabilidade contratual⁽³⁹⁾, ou até à citação⁽⁴⁰⁾ no domínio da responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco.

C. Compatibilidade dos juros indemnizatórios com o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil

Dispõe o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil que “[s]em prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. Esta disposição implica que, na avaliação dos danos sofridos pela parte lesada, se atenda a “*todas as circunstâncias conhecidas à data em que se faz o confronto ordenado no n.º 2 do art. 566.º e não apenas as conhecidas ao tempo em que o facto se verificou*”⁽⁴¹⁾. É o que por vezes se chama abordagem *ex post* à avaliação dos

⁽³⁹⁾ Supremo Tribunal de Justiça (AZEVEDO RAMOS), processo n.º 04A1526, acórdão de 01/06/2004 (“*Estamos no domínio da responsabilidade contratual. Se o crédito for ilíquido, não há mora enquanto se não tornar líquido, salvo se a falta de liquidez for imputável ao devedor — art. 805.º, n.º 3, 1.ª parte, do C.C. [...] Líquido ou específico será apenas o pedido formulado, mas não a obrigação [...]. Consequentemente, os juros moratórios são devidos apenas desde a data da sentença da 1.ª instância que fixou o valor da obrigação*”). No mesmo sentido, veja-se, por exemplo, Supremo Tribunal de Justiça (NORONHA DO NASCIMENTO), processo n.º 99B183, acórdão de 01/07/1999.

⁽⁴⁰⁾ Sujeito às considerações vertidas no Acórdão fixador de jurisprudência n.º 4/2002 de 27/06/2002 do Supremo Tribunal de Justiça (JOSÉ AUGUSTO SACADURA GARCIA MARQUES) (*in* Diário da República, 1.ª Série-A, de 27 de junho de 2002).

⁽⁴¹⁾ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 910 (ênfase no original).

danos, por oposição à abordagem *ex ante*, a qual atende apenas às circunstâncias conhecidas aquando da ocorrência do evento ilícito e danoso.

Ora, após a introdução, pelo Decreto-Lei n.º 262/83 de 16 de junho, da segunda parte do número 3 do art. 805.º do Código Civil, a qual permite, no tocante apenas à responsabilidade civil extracontratual, que juros de mora vençam a contar da citação e não apenas da prolação da sentença mesmo quando o crédito for ilíquido, colocou-se a questão de saber se o cômputo dos danos mediante a abordagem *ex post* por um lado, e, pelo outro, a aplicação de juros de mora a contar da citação, não conduziria a uma dupla indemnização no intervalo entre a citação e a prolação da sentença. Após mais de uma década de acórdãos contraditórios, o Supremo Tribunal de Justiça resolveu fixar a jurisprudência, o que fez através do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 4/2002 de 27/06/2002.

No acórdão em questão, o Supremo Tribunal de Justiça determinou que, na medida em que as indemnizações atribuídas em conformidade com o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil “*leva[vam] já em conta não só todos os danos alegados, mas também a correcção monetária*”, a “*aplicação simultânea do n.º 2 do art. 566.º e do art. 805.º, n.º 3, conduziria a uma duplicação de benefícios resultantes do decurso do tempo*”, isto é, a uma dupla indemnização. Nestas circunstâncias, o Supremo Tribunal de Justiça determinou que “*o n.º 3 do art. 805.º cederá quando a indemnização for fixada em valor determinado por critérios contemporâneos da decisão*”⁽⁴²⁾. Desde então, esta decisão tem sido acatada pelas jurisdições nacionais.

Ora, as razões que levaram o Supremo Tribunal de Justiça a proibir o vencimento de juros de mora antes da prolação da sentença quando a indemnização é fixada à luz dos critérios contemporâneos à decisão não serão extensíveis aos juros indemnizatórios? Ou seja, haverá alguma incompatibilidade entre a norma contida no art. 566.º, n.º 2 do Código Civil e o direito a juros indemnizatórios?

A resposta deve ser negativa. No caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, a “*duplicação de benefícios resultantes do decurso do tempo*” resultava da consideração da inflação na fixação dos danos patrimoniais — por exemplo, a pensão anual vitalícia atribuída à vítima pelo tribunal de primeira instância já tomava em conta a inflação entre a data da lesão e a data da sentença — por um lado, e, pelo outro, do vencimento de juros de mora a contar da citação, os quais se destinavam a “*contrabalançar a desvaloriza-*

⁽⁴²⁾ Acórdão fixador de jurisprudência n.º 4/2002 de 27/06/2002 do Supremo Tribunal de Justiça (JOSÉ AUGUSTO SACADURA GARCIA MARQUES) (*in* Diário da República, 1.ª Série-A, de 27 de junho de 2002).

ção monetária”(43). Por outras palavras, o prejuízo objeto de ambas medidas corretoras era o decorrente da erosão monetária (ou inflação) e do seu impacto no valor real da indemnização conferida à vítima.

Contudo, a inflação prevalecente entre a constituição da obrigação de indemnização e a sua liquidação em sentença é apenas um dos prejuízos suscetível de se configurar. Por exemplo, no caso que deu lugar ao acórdão uniformizador de jurisprudência em questão, os danos sofridos pelas vítimas incluíam as remunerações deixadas de auferir na sequência de um acidente de trânsito. As remunerações em questão tinham sido calculadas com base na informação disponível contemporânea à decisão de primeira instância, incluindo a evolução do índice geral de preços até então e as projeções do mesmo para o futuro. Neste sentido, os danos computados pelo tribunal de primeira instância eram *atualizados* à data da respetiva decisão, isto é, levavam em consideração a inflação ocorrida entre a data da lesão e a data da decisão. Contudo, os danos assim calculados não levavam em consideração o prejuízo decorrente da privação do gozo das remunerações deixadas de auferir.

É que não se deve esquecer que o art. 566.º, n.º 2 do Código Civil não implica apenas *atualizar* a indemnização à luz da taxa de inflação entre a data da lesão e a data de cálculo dos danos. Implica, antes, avaliar o dano à luz de *toda a informação* disponível nessa data, incluindo os fenómenos monetários. Outro relator do Supremo Tribunal de Justiça, o Dr. Afonso Correia, lembrou-o nos seguintes termos, meros dias após a prolação do acórdão uniformizador de jurisprudência em questão (e numa crítica explícita do mesmo):

Face ao critério da lei na fixação da indemnização, inspirado na chamada teoria da diferença, não pode deixar de ser considerado no seu cômputo o facto notório da desvalorização da moeda entretanto ocorrida entre a data da ocorrência do dano e a data do encerramento da discussão da matéria de facto na 1.ª instância, seja ou não invocado pela parte interessada, embora com o limite nominal do respectivo pedido adrede formulado. Não se trata, na realidade, de uma actualização em sentido técnico, mas do cálculo do valor da indemnização à luz do princípio da diferença patrimonial afectante da esfera jurídica do lesado, que decorre do disposto no art. 566.º, n.º 2, do Código de Processo [sic.] Civil, por referência ao mencionado momento actual, embora a doutrina e a jurisprudência qualifiquem, não raro, a situação em causa como se de mera actualização se tratasse (Ac. de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 4/2002, de 9.5.2002, Diário da República, 1 Série A, de 27 de Junho de 2002, pp. 5057 a 5070)(44).

(43) *Idem.*

(44) Supremo Tribunal de Justiça (AFONSO CORREIA), PROCESSO n.º 02A4727, acórdão de 11/07/2002 (sublinhado nosso).

Com a sua lucidez característica, o Professor Vaz Serra antevira já essa questão. Em 1959, o Professor discutia a articulação entre a abordagem *ex post* ao cálculo da indemnização e o vencimento de juros entre a data do ilícito e a data da sentença. E concluiu pela existência do direito a juros (indemnizatórios) neste intervalo, caso a privação da coisa tenha dado lugar a um dano reparável desta forma:

Mas, se o juiz toma, para base da avaliação, o dia da sentença, não é razoável que sejam devidos juros a partir do facto ilícito. É o que se dá no exemplo de há pouco do título que valia 100 e vale hoje 150. Não seria aceitável que, devendo A pagar 150 como indemnização, tenha de pagar também juros legais desta quantia (que não era o valor do título na data da subtracção) a partir do furto.

O juiz deve, portanto, neste caso, atribuir juros a contar da data da sentença. Mas, como o lesado esteve privado da coisa durante algum tempo, pode o tribunal reconhecer-lhe também uma indemnização por esse motivo, se ele deu lugar a um dano reparável. Assim, se o título vencia juros ou dividendo, que A deixou de receber, está aí um outro dano a reparar pelo responsável.

Avaliado o dano com referência à data da sentença, o responsável deve juros da quantia em que ele foi avaliado, a partir dessa data. O lesado continua privado da coisa e da indemnização e, como agora é devida a indemnização, compensa-se essa privação mediante os juros. A função destes é, portanto, indemnizatória⁽⁴⁵⁾.

Fora de Portugal, o direito a juros indemnizatórios a contar do evento ilícito, culposo e danoso é reconhecido, mesmo quando os danos forem calculados mediante uma abordagem *ex post*. Por exemplo, numa arbitragem regida pelo direito venezuelano, o tribunal arbitral devia quantificar os danos resultantes da nacionalização ilícita de duas sociedades produtoras de petróleo⁽⁴⁶⁾. As sociedades em questão tinham sido confiscadas em maio de 2007. Os danos sofridos pelas sociedades demandantes consistiam nos fluxos de caixas deixados de auferir desde então⁽⁴⁷⁾.

Reconhecida a existência de uma obrigação de indemnização, ambas as partes concordavam que a abordagem *ex post* à avaliação dos danos era a que melhor se adequava ao Direito venezuelano⁽⁴⁸⁾. Por conseguinte, o

⁽⁴⁵⁾ ADRIANO PÃES DA SILVA VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização (colocação, fontes, dano, nexa causal, extensão, espécies de indemnização). Direito da abstenção e de remoção”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 84, 1959, p. 248 (sublinhado acrescido).

⁽⁴⁶⁾ Caso CCI n.º 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited Conocophillips Petrozuata B.V. c. Petróleos de Venezuela, S.A., Corpoguanipa, S.A., PDVSA Petróleo, S.A.*, Sentença Final de 24/04/2018. Disponível em <<https://www.italaw.com>>.

⁽⁴⁷⁾ *Idem*, § 586.

⁽⁴⁸⁾ *Idem*, § 563 (“[B]oth Parties argued in favor of an *ex post* date-of-award valuation as the most appropriate standard for the calculation of damages under Venezuelan law”).

tribunal avaliou os danos à data mais recente a que pudesse atender, no caso, no dia 27/05/2016⁽⁴⁹⁾. Mais, o tribunal determinou que os danos patrimoniais das demandantes eram duplos. Consistiam (i) nos “*lost historical cash-flows*”, isto é, os fluxos de caixa deixados de auferir entre a data do ilícito (maio de 2007) e a data da avaliação (27/05/2016); e (ii) os “*future cash-flows*”, isto é, os fluxos de caixa que as demandantes deveriam ter auferido entre a data de avaliação e o termo contratual, se o ilícito não se tivesse verificado⁽⁵⁰⁾. Notar-se-á, em particular, que o tribunal aplicou juros (indenizatórios) sobre os “*lost historical cash-flows*” numa base anual e às taxas contratuais⁽⁵¹⁾, de forma a os “*bring [them] forward to present value*”⁽⁵²⁾. Isto é, não hesitou em combinar juros indenizatórios com a abordagem *ex post* à avaliação dos danos.

Da mesma forma, o tribunal arbitral no caso *Quiborax c. Bolivia*⁽⁵³⁾ teve de decidir se, em virtude do Direito internacional público, eram devidos juros indenizatórios sobre os lucros que as sociedades demandantes teriam auferido se não tivessem ocorrido as expropriações ilícitas das respectivas concessões mineiras. No caso, as expropriações ilícitas tinham ocorrido em junho de 2004. Contudo, o tribunal resolveu avaliar os danos à data mais recente a que pudesse atender, no caso, em junho de 2013. Mesmo assim, o tribunal determinou que o princípio da reparação integral dos danos mandava que estes vencessem juros (indenizatórios) a contar da data do ilícito. Afirmou-o nos seguintes termos:

With respect to pre-award interest, the Tribunal has already determined that, as part of an ex post valuation, past losses must be brought to present value through the application of an interest rate. Such interest compensates the fact that the Claimants were not in possession of the funds to which they were entitled and thus had either to borrow funds at a cost or were deprived of the opportunity of investing these funds at a profit⁽⁵⁴⁾.

Os dois últimos casos não foram decididos à luz do Direito português. Contudo, em ambos os casos, o tribunal seguiu uma abordagem *ex post* à avaliação do dano, orientando-se pelo princípio da reparação integral do dano. Um tribunal encarregado de indemnizar danos ao abrigo do

⁽⁴⁹⁾ *Idem*, § 585.

⁽⁵⁰⁾ *Idem*, § 587.

⁽⁵¹⁾ *Idem*, § 1014.

⁽⁵²⁾ *Idem*, § 587.

⁽⁵³⁾ Caso ICSID No. ARB/06/2, *Quiborax S.A. e Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Sentença de 16/09/2015. Disponível em <<https://www.italaw.com>>.

⁽⁵⁴⁾ *Idem*, § 513 (sublinhado acrescido).

Código Civil português estará adstrito a normas e princípios equivalentes, sendo assim de esperar que a decisão vá na mesma direção, nomeadamente quanto à questão do direito a juros indemnizatórios.

Em resumidas palavras, nada se opõe a que, entre nós, a parte lesada receba (i) juros indemnizatórios a contar do dia de ocorrência da lesão e até à sentença que liquide a obrigação de indemnização, e (ii) juros moratórios, a contar da prolação da sentença.

III. Da taxa dos juros indemnizatórios

Decorre do princípio da reparação integral do dano que os juros indemnizatórios devem vencer a uma taxa que permita compensar a parte lesada pela privação do gozo do seu dinheiro. Se assim não fosse, não se reconstituiria a situação em que a parte lesada se encontraria se o ilícito não tivesse ocorrido. Conforme frisado *supra*, tal privação pode acarretar dois tipos de prejuízos: (i) os rendimentos que a parte lesada teria auferido sobre o capital retido; e (ii) o custo do financiamento que a parte lesada pode ter tido de subscrever para compensar os lucros deixados de auferir na sequência do ilícito.

No que diz respeito à primeira componente, isto é, os rendimentos de capital deixados de auferir, a questão fulcral é a de saber quanto risco deve ser levado em consideração. Nomeadamente, deve pressupor-se que, no cenário contra factual, a parte lesada teria aplicado os respetivos lucros em instrumentos isentos de risco? Ou deve antes pressupor-se que a parte lesada teria assumido algum risco, e, se sim, quanto? Não há consenso a este respeito entre os tribunais, economistas, ou peritos financeiros⁽⁵⁵⁾. Note-se que, entre os economistas e peritos financeiros, há quem defenda a aplicação de uma taxa sem risco⁽⁵⁶⁾, a aplicação do custo de oportunidade do capital da parte lesada⁽⁵⁷⁾, ou do custo de endividamento da parte lesada⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Veja-se, por exemplo, A. DOLGOFF, T. DUARTE-SILVA, *Prejudgment Interest: An Economic Review of Alternative Approaches*, Journal of International Arbitration 33, no. 1 (2016): 99-114.

⁽⁵⁶⁾ Veja-se, por exemplo, F. M. FISHER, R. C. ROMAINE, *Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages*, Journal of Accounting, Auditing & Finance, Vol. 5, n.º 1, inverno de 1990, 145-157, pp. 146-148.

⁽⁵⁷⁾ MANUEL A. ABDALA ET AL., *Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration*, 5 World Arb. & Mediation Rev. 1 (2011).

⁽⁵⁸⁾ S. KNOLL, J. M. COLON, *The calculation of Prejudgment Interest*, University of Pennsylvania Law School, Faculty Scholarship, (2005), paper 114.

Julgando pelos acórdãos livremente disponíveis na internet, a jurisprudência nacional não se pronunciou sobre esta questão. Quanto à doutrina, conforme referido *supra*, um dos raros autores a ter abordado a questão — Francisco Correia das Neves⁽⁵⁹⁾ — pronunciou-se em favor da aplicação da taxa legal. Mais recentemente, dois autores defenderam a tese de que competirá ao juiz determinar a taxa “*por referência a juízos de equidade dentro dos limites do que decidir por provado, conforme o disposto no art. 566.º, n.º 3 do CC*”⁽⁶⁰⁾. A Lei Geral Tributária adotou a mesma posição, mandando aplicar a taxa legal do art. 559.º do Código Civil aos juros indemnizatórios devidos na eventualidade de um contribuinte não ter pago os respetivos impostos, ou de a administração fiscal ter cobrado impostos a mais⁽⁶¹⁾.

Ora, à data deste artigo, a taxa (anual) dos juros legais civis é de 4%⁽⁶²⁾, e a aplicável aos créditos detidos por empresas comerciais varia entre 7% e 8%⁽⁶³⁾, consoante a transação em questão ser ou não comercial nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio. Estas taxas são elevadíssimas em comparação às taxas consideradas isentas de risco no mercado financeiro. Por exemplo, à data desta publicação, a taxa de juros dos títulos das obrigações do tesouro português com maturidade em até 10 anos é *negativa*, sendo de apenas 0,742% para obrigações com maturidade em cerca de 17 anos. Daí resulta que a taxa legal não reflete em absoluto as condições do mercado financeiro, não podendo, assim, servir de critério para a fixação da taxa de juros indemnizatórios.

Em nossa opinião, *em princípio*, os juros indemnizatórios devem vencer à uma taxa isenta de risco, pelas razões expostas num artigo de 1990 dos economistas M. Fisher e R. C. Romaine⁽⁶⁴⁾, frequentemente referido no âmbito da arbitragem internacional. Em resumidas palavras, tal taxa justifica-se porque, ao optar-se pela indemnização em dinheiro em vez da reconstituição natural, dispensa-se a parte lesada de suportar os riscos do projeto frustrado. Esta posição também leva em consideração que “*o dinheiro rende sempre, por ser fácil a sua colocação*”⁽⁶⁵⁾.

(59) FRANCISCO CORREIA DAS NEVES, *ob. cit.*, p. 108.

(60) FRANCISCO DA CUNHA MATOS, IÑAKI CARRERA, *ob. cit.*, p. 444.

(61) Lei Geral Tributária, art. 35.º, n.º 10.

(62) Portaria n.º 291/2003, de 8 de abril.

(63) Aviso n.º .../2021, de 4 de janeiro (1.º semestre de 2021).

(64) M. FISHER, R. C. ROMAINÉ, *ob. cit.*, pp. 146-148.

(65) FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 66. Ver, ainda, FRANCISCO DA CUNHA MATOS, IÑAKI CARRERA,

Contudo, uma taxa mais elevada poderá ser justificada caso a parte lesada prove que teria beneficiado de um *spread* superior, por exemplo ao demonstrar que, à data do ilícito, não tinha necessidades de financiamento e uma política estabelecida de aplicar o excesso de tesouraria em instrumentos arriscados, ou de usar esses valores como capital próprio em outros projetos.

Mais, a taxa isenta de risco aplicável deverá ser a do mercado financeiro relevante para a parte lesada. Se o mercado relevante para a parte lesada for Portugal, poderá usar-se a taxa de juros sobre as obrigações do tesouro alemão, que é o país da zona euro considerado mais seguro. Pelo contrário, usar o custo de oportunidade do capital da parte lesada como referência para fixar a taxa dos juros indemnizatórios será dificilmente justificável ao abrigo do Direito português. Só se poderá usar caso a parte lesada prove que (i) teria reinvestido os lucros deixados de auferir em outro empreendimento cujo retorno seria igual ao retorno médio dos empreendimentos da parte lesada, e (ii) não poderia ter financiado este outro empreendimento (contra factual) sem os lucros deixados de auferir. Se tal prova não for feita, não se poderá usar o custo de oportunidade do capital da parte lesada como referência para fixar a taxa dos juros indemnizatórios, pelo facto de a perda alegada não revestir um grau de certeza suficiente nem ser estabelecida causalidade adequada entre esta e o ilícito.

Nos processos apensos C-104/89 e C-37/90, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) abordou a questão da taxa dos juros indemnizatórios à luz de princípios congruentes com o Direito português. Nestes casos, os demandantes — produtores de leite e de produtos derivados dos Países-Baixos e da Alemanha — peticionaram danos indemnizatórios a uma taxa destinada a “*reparar as suas perdas resultantes, por um lado, da desvalorização monetária ocorrida desde a verificação dos prejuízos e, por outro, da indisponibilidade dos lucros que deveriam retirar, segundo a ordem normal das coisas, da actividade leiteira*”⁽⁶⁶⁾. Os demandantes arguíam que a taxa dos referidos juros devia ser fixada por referência à “*taxa dos empréstimos de Estado aplicada pelas autoridades neerlandesas*”⁽⁶⁷⁾ a partir da data de ocorrência do dano e até ao pagamento.

ob. cit., p. 442 (“[É] sempre possível obter um rendimento anual a partir da disponibilidade de qualquer montante pecuniário que não se utilize na compra de bens de consumo ou em investimento”).

⁽⁶⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça (sexta secção) de 27/01/2020, nos processos apensos C-104/89 e C-37/90, § 214. (disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CJ0104\(01\)&qid=1606665680294&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CJ0104(01)&qid=1606665680294&from=EN)>).

⁽⁶⁷⁾ *Idem*, § 12.

O TJUE começou por lembrar que “[n]o que respeita aos prejuízos causados pela indisponibilidade dos benefícios obtidos com a produção leiteira, deve referir-se o princípio, comum aos Estados-Membros, da reconstituição integral do património lesado”, em aplicação do qual, “apenas o prejuízo realmente sofrido é susceptível de reparação”⁽⁶⁸⁾. Aplicando este princípio, o TJUE indeferiu o pedido dos demandantes referente à taxa dos juros indemnizatórios, por considerar que, no cenário contra factual, não teriam obtido qualquer rendimento adicional sobre os lucros deixados de auferir. O TJUE determinou o que se segue:

[D]eve obviamente admitir-se que os rendimentos que os demandantes teriam obtido com uma actividade de produção leiteira teriam sido destinados a prover essencialmente às suas necessidades quotidianas e às da sua família. Os demandantes não apresentam qualquer indício que permita refutar esta análise.

A este respeito, embora não se possa excluir totalmente que uma parte, ainda que mínima, dos rendimentos seja disponibilizada para uma aplicação bancária ou uma outra forma de poupança, tal não pode ser tido em conta uma vez que os demandantes, a quem incumbe o ónus da prova na matéria, não forneceram quaisquer indícios circunstanciados a esse respeito⁽⁶⁹⁾.

Em consequência, o TJUE fixou a taxa dos juros indemnizatórios por referência à taxa de inflação nos Países-Baixos entre a data de superveniência do prejuízo até à data de prolação da sentença, por ser “razoável e economicamente apropriado que — para atenuar o prejuízo causado pela desvalorização monetária — a indemnização total que os demandantes podem reclamar seja acrescida de juros à taxa anual de 1,85% [que era a taxa anual média no período em questão] a contar da data em que cada um deles teria podido, segundo a ordem normal das coisas, recomeçar a produção de leite até à data da prolação do acórdão interlocutório”⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ *Idem*, § 216.

⁽⁶⁹⁾ *Idem*, §§ 218-219.

⁽⁷⁰⁾ *Idem*, § 221. No mesmo sentido, ao abrigo do Direito francês, Cour d’appel de Paris, processo n.º 17/23041, acórdão de 17/06/2020 (“A E., que não justifica que a indisponibilidade dos montantes de que foi privada conduziu-a quer a limitar a sua atividade sem conseguir arranjar financiamentos alternativos através de empréstimos ou fundos próprios, quer a renunciar a projetos de investimentos devidamente identificados que eram suscetíveis de render o equivalente do custo médio do capital, não tem legitimidade substantiva para obter a indemnização dos montantes à taxa do WACC [weighted average cost of capital]”). (Tradução livre de: “E qui ne justifie pas que la non disponibilité des sommes dont elle a été privée l’a conduite soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d’investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l’équivalent du coût moyen du capital, n’est pas fondée à obtenir l’indemnisation des sommes au taux WACC ARCEP et doit être déboutée de sa demande en réparation de son préjudice financier au taux WACC.”) Em sentido oposto (fixação da

Repare-se que a taxa aplicada pelo TJUE — isto é, a taxa de inflação no período pertinente — corresponderá *em teoria* à taxa isenta de risco, pois esta se destina meramente a compensar a desvalorização da moeda pelo efeito da inflação; por outras palavras, corresponde ao retorno mínimo que um investidor razoável esperará de um investimento.

Contudo, no mundo atual em que cada vez mais títulos de dívida vencem juros *negativos* tem-se colocado em questão o pressuposto de que a taxa de juros isenta de riscos reflete a taxa de inflação. É que, à data da publicação deste artigo, certos investidores mostram-se dispostos a *pagar* para aplicar o seu dinheiro em instrumentos que consideram seguros, especialmente na zona euro. Nestas circunstâncias, a taxa de inflação já não corresponde à taxa de retorno mínimo esperada pelos investidores. Significa isto que a uma parte lesada cujo mercado de referência seja a zona euro não se deve necessariamente conceder juros indemnizatórios a uma taxa que reflita a taxa de inflação no período relevante. A taxa adequada — a que permita a reparação integral do prejuízo — poderá ser inferior. Por exemplo, note-se que, no final de 2019, o *yield* de um obrigação do tesouro alemão com maturidade a um ano era negativa — em aproximadamente -0,5% — ao passo que a taxa de inflação anual na Alemanha era de 1,45%⁽⁷¹⁾.

No que diz respeito à segunda componente do custo associado à indisponibilidade dos lucros, isto é, os custos do financiamento que a parte lesada pode ter tido de obter para compensar os lucros deixados de auferir, os princípios delineados *supra* também valem. Concretamente, a parte lesada terá direito a juros indemnizatórios a uma taxa que reflita os respetivos custos do financiamento, desde que prove o nexo de causalidade entre os lucros deixados de auferir e a subscrição do financiamento. A parte lesada poderá ter dificuldades em fazer esta prova, visto a decisão de tentar obter financiamento poder ter várias causas concorrentes. Contudo, talvez seja suficiente que a parte lesada prove que (i) o financiamento obtido era indispensável para fazer face às suas dívidas de curto prazo, e (ii) podia ter satisfeito tais dívidas sem se endividar ou angariar fundos próprios se não fosse pelos lucros deixados de auferir.

As duas componentes do custo da indisponibilidade dos lucros são cumulativas. Isto é, a parte lesada pode ter direito a juros indemnizatórios tanto pelo facto de não poder ter gozado do uso dos lucros deixados de

taxa dos juros indemnizatórios por referência ao custo do capital médio do sector, sem prova das perdas supostamente sofridas por causa da indisponibilidade do capital), Cour d'appel de Paris, processo n.º 13/08975, acórdão de 14/12/2016. (Disponíveis em <<https://www.dalloz.fr>>).

(71) Segundo o site <<https://www.inflation.eu>>.

auferir como pelo facto de ter suportado custos para remediar a indisponibilidade dos referidos lucros. Os juros em questão podem vencer sobre montantes diferentes — na medida em que a parte lesada possa ter arranjado financiamento num montante inferior aos lucros deixados de auferir — e a taxas diferentes — na medida em que o custo do financiamento possa ser diferente do *yield* das aplicações que não terão podido ser feitas. Claro está: a parte lesada terá de fazer prova de ambas as vertentes do respetivo prejuízo.

IV. Do ponto de partida dos juros indemnizatórios

Conforme referido *supra*, o princípio que orienta o cômputo dos juros indemnizatórios é o da reparação integral do dano vertido no art. 562.º do Código Civil. Daí advém que os juros indemnizatórios vencem a contar da data em que a obrigação de indemnização se constituiu ou, por outras palavras, aquando o prejuízo foi sofrido. Para que não subsistam dúvidas, a disposição que rege a questão do ponto de partida dos juros de mora, isto é, o art. 805.º do Código Civil, não é aqui aplicável.

Ora, quando os prejuízos consistem em lucros deixados de receber, os quais, no cenário contra factual, a parte lesada teria de forma contínua ao longo do ano, fixar o ponto de partida dos juros indemnizatórios não é tarefa fácil. Na prática, os peritos em avaliação de danos torneiam o problema ao seguirem convenções admitidas na indústria: presumem que os lucros são auferidos quer no final de cada semestre, quer no final do ano. Essas datas servirão também de pontos de partida para os juros indemnizatórios vencidos sobre os respetivos lucros.

V. Do tipo de juros indemnizatórios: simples ou capitalizados

A capitalização dos juros é regulada pelo art. 560.º do Código Civil. A regra vertida no número 1 da referida disposição é no sentido de a produção de juros por juros vencidos estar sujeita (*i*) a convenção posterior ao vencimento ou (*ii*) a notificação judicial feita pelo credor ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização. O termo “*notificação judicial*” visada nesta disposição tem

sido interpretado como sendo uma referência à notificação judicial avulsa a que se reportam os arts. 261.º a 263.º do Código de Processo Civil, daí decorrendo que “*não basta a mera citação para a acção em que o credor pede a condenação do devedor no pagamento de juros capitalizados*”(72). Por conseguinte, raros serão os casos em que a parte lesada atua de forma a ter direito a capitalizar os juros indemnizatórios.

Nas arbitragens internacionais, é frequente os demandantes alegarem que não serão ressarcidos integralmente se não tiverem direito a capitalizar os juros vencidos sobre os respetivos lucros deixados de auferir, arguindo que tais lucros teriam sido depositados numa conta bancária com juros capitalizados. Este tipo de argumentação levanta a questão da articulação entre as restrições ao anatocismo previstas no art. 560.º do Código Civil por um lado, e, pelo outro, o princípio da reparação integral decorrente do art. 562.º do mesmo Código.

O tribunal arbitral do supra-referido caso CCI n.º 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM) lidou com esta questão. No caso, os demandantes arguíam que tinham direito a capitalizar os juros vencidos entre a data da lesão e a data da sentença em virtude do princípio da reparação integral(73) e porque tal “*refletia a realidade económica dos tempos modernos*”(74). A demandada, por sua vez, defendia que o art. 530.º do Código Comercial da Venezuela — cujos termos são parecidos aos do art. 560.º do Código Civil português(75) — restringia o anatocismo. O tribunal deu a razão à demandada. Citando o perito jurídico da demandada, o tribunal frisou que “*a referência aos princípios gerais no que diz respeito aos juros parece incorreta. Com efeito, os ‘critérios relativamente à capitalização dos juros’ estabelecidos pela Corte Suprema venezolana parecem ‘prevalecer sobre qualquer outro argumento relativo à sua aplicabilidade em virtude do princípio da reparação integral’*”(76). Esta conclusão também será válida entre nós.

(72) Supremo tribunal de justiça (SALVADOR DA COSTA), processo n.º 07B1165, acórdão de 03/05/2007. No mesmo sentido, Tribunal da Relação do Porto (GUERRA BANHA), processo n.º 6474/03. 0TVPR.T.P.I, acórdão de 14/06/2010.

(73) Caso CCI No. 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited Conocophillips Petrozuata B.V. v. Petróleos de Venezuela, S.A., Corpoguanipa, S.A., PDVSA Petróleo, S.A.*, Sentença Final de 24/04/2018, § 1010.

(74) *Idem*, § 1001 (tradução livre de: “*reflect[ed] [the] economic reality [of] modern times*”).

(75) Dispõe o art. 530.º do Código Comercial venezolano que: “*No se deben intereses sobre intereses mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados*”.

(76) Caso CCI No 20549/ASM/JPA (C-20550/ASM), *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited Conocophillips Petrozuata B.V. v. Petróleos de Venezuela, S.A., Corpoguanipa, S.A., PDVSA*

VI. Conclusão

Haverá espaço, no direito Português, para a eclosão — *rectius*, a redescoberta — de uma teoria dos juros indemnizatórios. Para tal será crítica a reafirmação da diferença conceptual entre a obrigação de indemnizar e as obrigações pecuniárias, bem como o reconhecimento de que os juros indemnizatórios não estão sujeitos aos arts. 805.º e 806.º do Código Civil.

Repare-se que o interesse da figura não é apenas teórico. É que em todos os casos em que o crédito da parte lesada contra a parte lesante não é líquido — o que abrange um vasto leque de situações —, os juros de mora só podem vencer, na melhor das hipóteses, a contar da citação, em virtude do número 3 do art. 805.º do Código Civil. Ora, os juros indemnizatórios não estão sujeitos a esta limitação, pois vencem a contar da superveniência do ilícito. É no intervalo entre esta data e a data da citação que reside o interesse prático da figura: caracterizar corretamente os juros como sendo indemnizatórios e não moratórios permitirá à parte lesada pedir uma indemnização mais próxima do seu prejuízo real. Quando o capital em jogo for avultado, os montantes suscetíveis de serem reclamados a título de juros indemnizatórios poderão chegar a representar uma quota relevante da indemnização total.

Petróleo, S.A., Sentença Final de 24/04/2018, § 1010 (tradução livre de: “*reliance on general principles with respect to interest seems incorrect. Indeed, the ‘criteria regarding compound interest’ held by the Venezuelan Supreme Court appears to ‘take precedence over any argument regarding its applicability under the principle of integral reparation’*”).

*Pareceres sobre as
Iniciativas Legislativas*

ORDEM DOS ADVOGADOS

**Parecer sobre o Projeto de Decreto-Lei
n.º 960/XXII/2021 para criação do Mecanismo
Nacional de Anticorrupção (MENAC) e Regime
Geral da Prevenção da Corrupção(RGPC)**

Sumário:

I — Por Ofício n.º 679 (P. 1027/2021), datado de 06 de maio de 2021, o Ex.^{mo} Senhor Dr. Juiz Desembargador Henrique Ataíde Rosa Antunes, Ilustre Chefe de Gabinete de S. Excelência a Ministra da Justiça, solicita parecer escrito sobre a seguinte matéria:

Projeto de Decreto-Lei n.º 960/XXII/2021 para criação do Mecanismo Nacional de Anticorrupção (MENAC) e Regime Geral da Prevenção da Corrupção (RGPC);

II — Por despacho do Ex.^{mo} Senhor Bastonário Professor Doutor Luís Menezes Leitão, de 06 de maio de 2021, é pedido, com carácter de urgência, ao ora Relator a emissão de parecer, para o que se facultou cópia do projeto de diploma em apreço.

Parecer:

As propostas ora em análise, surgem na senda legislativa que nos últimos anos têm implementado uma série de medidas destinadas à prevenção e punição do fenómeno da corrupção em nosso país, destacando-se a nível

exemplificativo as MEDIDAS DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO, o REGIME JURÍDICO DO REGISTO CENTRAL DO BENEFICIÁRIO EFETIVO ou a própria ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO.

Assim,

Na sequência desta ótica legislativa, nada obsta ou se tem contra o estabelecimento de programas de cumprimento normativo, com a inclusão de planos de prevenção ou gestão de riscos, com a criação e imposição de códigos de ética e de conduta, de programas de formação.

Aliás, tal lógica de conduta já se encontrava a ser implementada na prática através do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC).

A novidade introduzida pelo MENAC é a sua vertente punitiva ao preverem-se sanções, nomeadamente contraordenacionais, aplicáveis quer ao setor público, quer ao setor privado, com implementação obrigatória de sistemas de controlo interno que garantam a efetividade dos instrumentos integrantes do programa de cumprimento normativo, bem como a transparência e imparcialidade dos procedimentos e decisões adotadas.

O MENAC assume a natureza de entidade administrativa independente, com personalidade jurídica de direito público e poderes de autoridade, dotada de autonomia administrativa e financeira, e que tem por missão a promoção da transparência e da integridade na ação pública e a garantia da efetividade de políticas de prevenção da corrupção e de infrações conexas, assumindo em simultâneo a dupla vertente preventiva e punitiva.

O MENAC passa a deter assim poderes de iniciativa, de controlo e de sancionamento indo mais além do que a vertente iminente civil e didática do CPC.

Saliente-se que o CPC associa-se às diversas campanhas que têm sido promovidas pelas Nações Unidas no âmbito da Prevenção da Corrupção, divulgando-as junto da sociedade civil e dos organismo públicos, cumprindo a sua função de promover a difusão dos valores da integridade, probidade, transparência e responsabilidade.

Ao pretender-se impor uma vertente sancionatória de atuação, muito se estranha no RGPC as exceções de não aplicabilidade aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, da Assembleia da República, dos

Tribunais e do Ministério Público e respetivos órgãos de gestão e outros órgãos independentes, aos gabinetes de apoio dos titulares dos órgãos de soberania e dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas e das autarquias locais, bem como, ao Banco de Portugal, que não se encontra sujeito ao disposto presente regime no que respeita aos serviços e matérias referentes à sua participação no desempenho das atribuições cometidas ao Sistema Europeu de Bancos Centrais.

Ou seja, de fora fica a essência prática da atividade do poder público e, em contrapartida, na vertente de aplicação no setor privado, constata-se a imposição de um sistema contraordenacional com a introdução de um regime sancionatório de valor pecuniário elevado.

Ora, do diploma em análise, resulta pouco claro qual o período de transição e de implementação gradual e faseada no setor privado, com a criação de novas obrigações documentais e burocráticas para um tecido empresarial já de si martirizado por exigências públicas constantes, sendo, assim, uma matéria que carece de algum esclarecimento da necessária suavização de aplicação num momento imediato de saída de uma crise provocada por uma pandemia mundial e de começo de uma fase de recuperação económica e social.

Não se pode “obrigar” toda uma classe empresarial e/ou profissional a agir de uma determinada forma imediata e nova, sem um trabalho prévio de sensibilização e de formação de condutas que se devem implementar.

A obrigação resulta excessiva quando a transformação civilizacional deve nascer da consciencialização do problema e da vontade intrínseca de o combater.

A intenção de prevenir representa um trabalho que tem de envolver a sociedade no seu todo nas suas mais diversas vertentes de educação, sistema de ensino, práticas empresariais e de todas as profissões de consulta e aconselhamento técnico (ex: advogados, economistas, contabilistas certificados, gestores financeiros, mediadores, etc.), sendo de louvar a missão executada até ao momento pelo CPC, que merece a nossa apreciação positiva no seu global.

O MENAC enquanto entidade autónoma que agrega competências e detém poderes de iniciativa, de controlo e de sancionamento, afigura-se um objetivo paralelo ao sistema de controlo da legalidade assente na atuação do Ministério Público e das funções da sua fiscalização exercidas pelos Tribunais, não devendo tal organismo, em bom rigor, exceder competências de conhecimento e de acompanhamento do fenómeno e de implementação de políticas de prevenção.

No nosso entendimento, a repressão, a sanção e o castigo são matérias de competência exclusiva da Justiça e dos órgãos de polícia criminal que atuam sob orientação das magistraturas e não de uma autoridade de caráter administrativo e governamental.

É o nosso parecer.

Lisboa, 17 de maio de 2021

PEDRO TENREIRO BISCAIA
Vice-Presidente

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL DE 21/01/2021

Recurso jurisdicional de ação administrativa especial
de impugnação de ato administrativo, instaurada contra
a Ordem dos Advogados

Processo n.º 428/12.3BEALM

Descritores:

Processo Disciplinar;
Violação das normas éticas e deontológicas do Advogado;
Artigo 91.º do EOA.

Sumário:

I. O quadro normativo aplicável aos Advogados, previsto no seu respetivo Estatuto, consagra no seu art. 91.º o *dever de comunicação*, à luz da Lei n.º 15/2005, de 26/01.

II. Apurando-se que a ora Recorrente não dirigiu qualquer comunicação à advogada autora da ação, não a informando quer da apresentação da contestação, quer da dedução do pedido reconvenicional, está verificada a prática da infração disciplinar por violação do art. 91.º do EOA.

III. Essa comunicação não se pode ter por realizada em consequência da comunicação a um outro advogado, informando-o de que contra ele seria deduzido o incidente de intervenção provocada, ainda que esse advogado seja colega de escritório da advogada e de tais advogados serem casados entre si.

IV. A comunicação é *pessoal* e não feita por interposta pessoa, pelo que, qualquer comunicação feita a um certo advogado só produz efeitos

em relação a ele e não em relação a qualquer outro, de modo que a comunicação dirigida ao advogado colega de escritório e marido da participante não a informa que vai ser apresentada contestação e, menos ainda, de nela ir ser deduzido pedido reconvenicional.

V. Tanto mais, por a *reconvenção* consistir num contra-pedido ou numa contra-ação que o réu deduz contra o autor, de forma a que, a partir desse momento, a primitiva instância processual deu lugar a pedidos ou ações cruzadas entre os respetivos sujeitos processuais.

VI. O art. 91.º do EOA tem aplicação ao advogado não apenas quando atue como advogado do autor, mas também quando atue como advogado do réu, visto o preceito legal abranger *toda e qualquer diligência judicial promovida pelo advogado contra outro advogado* ou magistrado.

VII. A norma do art. 91.º do EOA adota uma formulação suficiente abrangente para incluir no dever de comunicação prévia entre advogados *qualquer procedimento judicial ou de qualquer outra natureza e qualquer diligência judicial promovida contra outro advogado*, sem introduzir quaisquer diferenciações.

VIII. Por princípio, no âmbito do processo disciplinar não pode, em regra, o juiz sindicar a medida da pena, salvo nos casos de erro grosseiro ou clara violação do princípio da proporcionalidade.

Votação: UNANIMIDADE

Decisão Texto Integral

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

I. RELATÓRIO

E....., devidamente identificada nos autos, veio interpor recurso jurisdicional da sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, datada de 07/06/2018, que no âmbito da ação administrativa especial de impugnação de ato administrativo, instaurada contra a **Ordem dos Advogados**, julgou a ação improcedente, mantendo o acórdão do Conselho Superior, de aplicação da pena disciplinar de censura.

Formula a aqui **Recorrente** nas respetivas alegações, as seguintes conclusões que *infra* e na íntegra se reproduzem:

A. A aqui Recorrente informou a Participante do Processo Disciplinar, que iria contestar ação de honorários, proposta pela referida Participante, contra o ex-marido da sua filha, o Senhor N.....

B. A Advogada do Senhor N....., desde 2005, sempre foi a Dra. E....., aqui A./Recorrente (a este propósito rememore-se o ponto oito dos factos provados do Acórdão do Conselho Superior da R. e ainda a tabela inserta no articulado da A. de 2012/11/26, *item* n.º 11, que aqui se dá por integralmente reproduzido) e portanto, se a Participante, Dra. M....., intenta ação contra o Senhor N....., seguramente, seria a sua Advogada, Dra. E....., quem poderia deduzir Contestação.

C. Acresce a isto o facto de, em 2006/01/24, a A. ter dirigido *fax* para o escritório da Participante, Dra. M....., relativamente à ação de honorários, informando que iria contestar a ação de honorários e requerer a intervenção principal do Ex.^{mo} Sr. Dr. J.....

D. Destes dois factos, não controvertidos nestes autos, forçoso é concluir, até pelas regras de experiência comum, que a Dra. M..... sabia que a A. ia contestar a ação de honorários que aquela interpusera.

E. Destarte, a A./Recorrente cumpriu assim o dever previsto no art. 91.º do E.O.A., estando completamente salvaguardados os deveres que a *ratio* do artigo prevê com o envio da comunicação remetida em 24.01.2006 para o escritório da participante: “*deveres de solidariedade, cordialidade, urbanidade e honorabilidade*”, assim como a “*possibilidade de trocar esclarecimentos e explicações...*” (cf. p. 29 do acórdão do Conselho de Deontologia do Conselho Distrital de Évora da Ordem dos Advogados).

F. Sem conceder quanto ao supra exposto e mesmo que se entendesse que a Participante do processo disciplinar não foi notificada previamente, **o que não se aceita**, mas que à cautela se verte, necessário se torna salientar que, em sede de contestação, não há lugar ao cumprimento do disposto neste artigo.

G. A obrigação decorrente do art. 91.º dos E.O.A. não abrange o caso da subscrição de um articulado de contestação, mas apenas o acto de iniciativa judicial. Ora, neste caso, a acção estava já proposta e proposta pela Participante.

H. Na verdade, a interpretação operada pela R. do art. 91.º do EOA, no sentido adoptado, quando confrontada com o princípio da subsidiariedade (ou princípio da máxima restrição das penas) e princípio da proporcionalidade, bem como com o respeito, em geral, pelos direitos, liberdades e garantias, que a Constituição da República consagra, mostra-se inconstitucional, ultrapassando os limites imanentes consagrados no n.º 2 do art. 18.º da CRP.

I. Deverá ser declarada, por esta razão, a Inconstitucionalidade Material do art. 91.º do EOA, quando interpretado no sentido de abarcar o dever de comunicação, no caso específico da dedução de Contestação, por violação dos princípios supra elencados, questão que expressamente se coloca à consideração deste Tribunal, solicitando-se a sua pronúncia, até para efeitos do art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional.

J. Paralelamente, refira-se que o art. 110.º do EOA apenas considera como infração disciplinar a ação ou omissão dolosa ou culposa, salientando-se que estamos perante um caso em que se operou uma mudança legislativa, com a entrada em vigor do novo EOA, em 2005.

K. Dos autos, nada permite concluir, com segurança (ou até mesmo indiciariamente), que a A./Recorrente agiu de forma dolosa ou com culpa, o que sai reforçado pelo facto de em causa estar uma omissão, cujos requisitos para a verificação de responsabilidade disciplinar, são mais exigentes.

L. Desta forma, inexistindo quaisquer factos que evidenciem a existência do elemento volitivo pela aqui A. (lembre-se que a A. até avisou o colega de escritório (e marido) daquela, de que iria contestar e nessa contestação suscitar a intervenção deste último.

M. Salvo superior entendimento, a conclusão plasmada pela R., no acto administrativo aqui impugnado, acerca da alegada culpa da A., excede claramente os limites do art. 351.º do Código Civil — regras de experiência comum — já que não será da exposição e debate argumentativo em sede de peças processuais que se aquilatará do íntimo da A., mormente do seu processo mental no cumprimento ou não do dever consagrado no art. 91.º do EOA.

N. A sustentar-se o contrário, no respeito pelo princípio da estrutura acusatória, também ele aplicável em sede de processo disciplinar, caberia à R. demonstrar tal intuito doloso, tal intenção “propositada” de violação do dever deontológico, o que não logrou fazer.

O. Não é verdade que a A. tenha, intencionalmente, querido omitir o cumprimento do dever do art. 91.º do EOA.

P. Este facto, que constitui o fulcro da decisão, foi dado como provado ao arrepio das mais elementares regras de prova, maxime dos limites em que é admissível recorrer a presunções, conforme ao disposto nos arts. 349.º e 351.º do Código Civil.

Q. Como tal, o douto acórdão impugnado aplicou erradamente a lei, violando aqueles preceitos e o disposto nos arts. 110.º do EOA e 13.º a 15.º do Código Penal (*ex vi* art. 121.º do EOA), já que, falhando na atuação da A. os momentos representativo e volitivo relativamente ao resultado que consubstanciará a ofensa, não poderá ela, caso se entenda que essas suas condutas são objetivamente violadoras de deveres impostos por normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, ser atribuída, senão a título de negligência.

R. Dispõe o art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo que «são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção».

S. Ao concluir-se pela conduta dolosa da A., sem apoio fáctico que o legitimasse, violou aquelas normas, em conexão com os preceitos dos arts. 91.º, 110.º, 126.º, 127.º e 128.º do EOA, em que fundamentou a punição cominada ao autor.

T. Subsidiariamente, caso feneça a tese ora sustentada, o que apenas se ressalva por imperioso dever de patrocínio e sob pena de preclusão de tal direito, deverá ser aplicada a figura de dispensa de pena, ao abrigo do disposto no art. 121.º, alínea a) e art. 74.º do Código Penal.

U. Ora, no caso *sub judicio*, a ilicitude e culpa, a existirem, são bastante diminutas, o dano não ocorreu (e portanto nem tampouco se deverá aquilatar deste requisito e, mesmo que se admitisse o contrário, o dano foi reparado, até porque a Advogada Participante soube, *ab initio*, mesmo antes da notificação judicial da Contestação, que iria ser a aqui A. a patrocinar o ali R. Senhor N.....) e, por fim, à dispensa da pena não se opõem razões de prevenção, porquanto este tipo de ilícito disciplinar não teve qualquer repercussão, nem tampouco se trata de infracção frequente.

V. Caso este Tribunal entenda não aplicar a figura da dispensa da pena, sempre deverá ser reconsiderada a dosimetria da medida concreta da pena, porquanto, mesmo considerando cometida infracção ao art. 91.º do EOA (hipótese que se coloca, reforce-se, por mero dever deontológico), a pena aplicada é desproporcional, considerando os critérios previstos no n.º 1 do art. 126.º do EOA.

W. A A./Recorrente nunca foi alvo de uma sanção disciplinar, por mais leve que fosse.

X. A sua culpa, a admitir-se a tese da R. (o que se faz por mera cautela de patrocínio judiciário), é bastante diminuta, tampouco tendo representado a violação do art. 91.º do EOA e as consequências da infração foram nulas, porquanto a Advogada Participante tomou conhecimento de que a aqui A. iria contestar a ação judicial interposta, já que disso deu nota ao marido da Participante, também ele advogado.

Y. Há ainda a considerar todas as circunstâncias atenuantes nesta matéria, como a conduta mantida desde sempre no processo disciplinar, fiel à verdade e não procurando obstaculizar a descoberta da verdade material, colaborando, inclusive, com a R. e nunca procurado de alguma forma demonstrar que afinal dirigiu, diretamente, à Advogada Participante a comunicação em causa.

Z. Por tudo isto, mostra-se manifestamente desproporcional a aplicação da pena de censura.

AA. Em bom rigor, estamos na presença de uma falta leve no exercício da profissão de Advogado, que não teve quaisquer consequências

nefastas, que deve implicar apenas uma advertência para que não se repita, como aliás se cuida de referenciar no art. 126.º, n.º 2 do EOA.

BB. Note-se que a escolha da pena de censura implica, nos termos do art. 11.º, n.º 1 do EOA, a impossibilidade da aqui A. poder ser eleita ou designada para qualquer órgão da Ordem dos Advogados, o que redundaria na cumulação com uma verdadeira pena acessória, coartando a A./Recorrente de poder ser eleita ou designada para o desempenho de funções de dirigente, junto da Ordem dos Advogados, o que denota a desproporcionalidade e excesso da pena de censura.

CC. Deverá este douto Tribunal declarar a prescrição do procedimento disciplinar movido pela R. contra a A., ora Recorrente, com as devidas e legais consequências.

DD. Verificou-se a prescrição do procedimento disciplinar na data de 06 de Junho de 2014.

EE. Outra forma de contagem do prazo prescricional seria simplesmente considerar se o prazo de um ano e meio de suspensão da prescrição e o prazo máximo de prescrição (no qual se incluem causa de interrupção) de sete anos e meio (art. 117.º, n.º 5 do EOA).

FF. Datando o alegado facto ilícito de 24/01/2006 e somando nove anos, teremos que a prescrição ocorreu no dia 24 de Janeiro de 2015.

GG. Neste contexto, deverá este Tribunal declarar a prescrição do procedimento disciplinar movido pela R. contra a A., ora Recorrente, com as devidas e legais consequências”.

Pede que o recurso seja julgado procedente, revogando-se a sentença recorrida e julgando-se em substituição, ser anulado o acórdão do Conselho Superior da Ré, no sentido da absolvição da Autora da violação disciplinar de que foi condenada ou, subsidiariamente, revogar a pena de censura aplicada, substituindo-a pela pena de advertência e, deverá ser declarada a prescrição do procedimento disciplinar.

A ora **Recorrida**, notificada da admissão do recurso, apresentou contra-alegações, tendo formulado as seguintes conclusões:

“**A.** A Recorrente não impugna a decisão da matéria de facto constante na sentença, pelo que, a apreciação do recurso, com a consequente

aplicação do Direito, terá de ser feita de acordo com a matéria de facto dada como provada na sentença.

B. O dever específico de comunicação previsto no art. 91.º do EOA 2005 não foi cumprido pela Recorrente em relação à Dra. M.....

C. Tal dever, imposto pelo art. 91.º do EOA 2005 (Decreto-Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro), é aplicável tanto no caso do advogado representar a parte activa, que vai instaurar um processo ou procedimento contra advogado, como no caso de representar a parte passiva, contestando ou respondendo a um procedimento instaurado por advogado, nem sequer existindo qualquer dúvida quando na contestação é deduzido pedido reconvenicional, como ocorreu no caso em apreciação.

D. Em face da expressão «antes de intervir», as dúvidas que existiam quanto à interpretação do art. 88.º do EOA 2001 (Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de março com a redacção da Lei n.º 80/2001, de 20 de julho) ficaram resolvidas, passando o seu sentido a abarcar situações de comunicação em qualquer um dos casos, sendo que esse já era o entendimento adoptado pela maioria da jurisprudência.

E. E este é o entendimento que adopta a interpretação que melhor se adequa à finalidade do dever em causa, pois o elemento relevante está na intervenção e não no tipo de intervenção ou de iniciativa.

F. Aliás, nem o entendimento da jurisprudência invocada pela Recorrente abona a favor da sua actuação, pois no acórdão do Conselho Superior de 09/09/2003, proferido no âmbito do processo R-123/2002, entende-se que a dedução de reconvenção está abrangida no conceito de “promover diligências judiciais” e na contestação apresentada pela Recorrente foi deduzida reconvenção, pois esta formulou pedido de condenação da Sra. Dra. M..... no pagamento de uma indemnização por litigância de má fé.

G. A interpretação adoptada pela sentença recorrida e pelo acórdão impugnado nos autos não viola, por isso, os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, nem os direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente consagrados, pelo que não é inconstitucional.

H. A Recorrente sabia e não podia ignorar que o seu comportamento era proibido e punido por lei, tendo agido livre, voluntária e conscientemente.

I. O entendimento errado ou alegado desconhecimento da Lei não justifica, nem afasta ou exclui a ilicitude do comportamento, *maxime* de um advogado.

J. Não se verifica a nulidade ou anulabilidade do acórdão do Conselho Superior da Recorrida, alegadamente por não se ter pronunciado ou decidido em sentido oposto ao acórdão do Conselho de Deontologia de Évora, inexistindo nos autos qualquer tipo de situação subsumível a excesso ou falta de pronúncia, uma vez que a Recorrente foi condenada a título de negligência, com base nos factos provados e de forma sustentada, não existindo, por isso, e em suma, qualquer aplicação errada ou violação de lei.

K. O grau de culpa, *in casu*, negligência, patenteado na conduta adoptada pela Recorrente e respectivas circunstâncias, revela uma atitude particularmente censurável de descuido ou leviandade, evidenciando uma irresponsabilidade e insensatez reprováveis num advogado.

L. Do balanço das circunstâncias atenuantes com o grau de culpa da Recorrente, das exigências de prevenção geral e especial e dos valores deontológicos em causa, é adequada e suficiente a pena de censura, de acordo com os arts. 26.º, 127.º e 128.º, do EOA 2005.

M. O termo do prazo de prescrição do procedimento disciplinar ocorre com a prolação da decisão do recurso hierárquico da decisão disciplinar, pelo que nem a situação de tempestividade de impugnação contenciosa nem a pendência de acção administrativa especial de impugnação do acto administrativo constituem fundamento de prescrição do procedimento disciplinar.

N. A prescrição do procedimento disciplinar não corre durante a pendência da respectiva acção de impugnação judicial (cf. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 27-01-2010, processo 0551/09, relator Jorge de Sousa e de 22-05-2015, processo 0471/15, relator São Pedro, disponíveis em <www.dgsi.pt>).

O. Pelo exposto, não se verifica a prescrição do procedimento disciplinar cuja decisão definitiva, proferida atempadamente, é objecto dos presentes autos.

P. Compulsado o teor da sentença recorrida constata-se que a mesma deu como provados os factos relevantes para a decisão da causa, de acordo com a prova documental junta, aplicando correctamente as normas

jurídicas aos factos provados, de forma sustentada e fundamentada, não padecendo, por isso, e em suma, de qualquer vício”.

Pede que o recurso seja julgado totalmente improcedente e seja mantida na íntegra a sentença recorrida, por não merecer qualquer reparo e ter interpretado e aplicado corretamente a lei.

Notificado o **Ministério Público**, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 146.º do CPTA, foi emitido parecer no sentido da improcedência do recurso e da confirmação da sentença recorrida.

II. Delimitação do objeto do recurso — questões a apreciar

Cumpra apreciar e decidir as questões colocadas pela Recorrente, sendo o objeto do recurso delimitado pelas conclusões das respectivas alegações, nos termos dos arts. 635.º, n.º 4 e 639.º, n.º 1, 2 e 3, todos do CPC *ex vi* art. 140.º do CPTA, não sendo lícito ao Tribunal *ad quem* conhecer de matérias nelas não incluídas, salvo as de conhecimento oficioso.

Segundo as conclusões do recurso, as questões suscitadas pela Recorrente, resumem-se, em suma, em determinar se a decisão judicial recorrida enferma de:

1. Erro de julgamento, em relação à interpretação do art. 91.º do EOA, por ter sido comunicado que iria contestar a ação e tal preceito não se aplicar ao articulado da contestação, mas apenas ao ato de iniciativa judicial, estando a ação já proposta, não sendo violado qualquer dever, sob pena de inconstitucionalidade material, por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP, em violação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade;

2. Erro de julgamento, em relação à interpretação e aplicação do art. 110.º do EOA, por não se demonstrar a atuação dolosa ou com culpa, tanto mais por estar em causa uma omissão, cujos requisitos são mais exigentes, não se verificando os momentos representativo e volitivo relativamente ao resultado que constitui a ofensa, excedendo-se os limites do art. 351.º do CC, em violação dos arts. 91.º, 110.º, 126.º, 127.º e 128.º do EOA;

3. *Subsidiariamente*, deve ser aplicada a dispensa da pena, ao abrigo dos arts. 121.º, a) e 74.º, do Código Penal, por a ilicitude e a culpa serem muito diminutas e o dano não ter ocorrido;

4. Se não for aplicada a dispensa da pena, erro de julgamento por violação do princípio da proporcionalidade, considerando os critérios previstos no art. 126.º, n.º 1 do EOA, devendo aplicar-se a mera advertência, por estar em causa uma falta leve;

5. Erro de julgamento, por prescrição do procedimento disciplinar.

III. Fundamentos

DE FACTO

O Tribunal *a quo* deu como assentes os seguintes factos:

“A) Em 24/01/2006, a Autora, na qualidade de advogada de N....., apresentou contestação no processo n.º 9458/05.0TBSTB, que correu termos no Tribunal da Comarca de Setúbal, tendo deduzido incidente de intervenção provocada do Dr. J..... e, ainda, deduziu “reconvenção” contra M....., por ser

«...patente a má fé da A. ao intentar a presente ação, o que, nos termos dos arts. 456.º e 457.º do CPC, a obriga a indemnizar o R. no montante correspondente ao reembolso das despesas com o pleito e ao pagamento dos honorários da mandatária deste, indemnização essa a fixar segundo o prudente arbitrio do Tribunal, mas nunca inferior a € 3.250,00» (cf. fls. 8 a 16 do PA);

B) Em 24/01/2006, a Autora remeteu ao Dr. J....., advogado, um fax com o seguinte teor:

«Ex.ª Colega,

Serve o presente para, nos termos dos Estatutos da Ordem dos Advogados, comunicar que o M. Constituinte no âmbito de ação declarativa (“de honorários”) em que é R. e A. a Ex.ª Sra. Dra. M..... vai requerer a intervenção principal provocada de V. Ex.ª, em virtude de procuração emitida a V. favor. O processo corre seus termos no 2.º Juízo Cível, sob o n.º 9458/05 do Tribunal Judicial de Setúbal.

Sem outro assunto de momento, apresento os meus melhores cumprimentos, A Colega Attª e Obgada.» (cf. fls. 74 do PA);

C) Em **25/05/2006**, a Advogada Dra. M..... apresentou participação contra a Autora *«por violação dolosa dos deveres e princípios gerais consignados nos artigos do Estatuto da Ordem dos Advogados, designadamente os contidos nos arts. 84.º, 90.º, 91.º, 106º, 107º, n.º 1, als. a) e d), 105.º, n.º 1 e 110.º»* (cf. fls. 1 a 6 do PA);

D) Em **06/06/2006**, foi instaurado processo disciplinar contra a Autora, ao qual foi atribuído o n.º 101/D/2006 (cf. fls. 19 do PA);

E) Em **03/12/2007**, foi deduzida acusação no processo disciplinar n.º 101/D/2006, de cujo teor se extrai, nomeadamente, o seguinte:

«7. Os factos acima descritos nesta acusação apontam para a infração disciplinar pela violação do dever estipulado no art. 91.º, aplicável ex vi do art. 110.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei 15/2005 de 26 de Janeiro, nos termos do qual deve o Advogado, antes de intervir em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra um colega ou um magistrado, comunicar-lhes por escrito a sua intenção, apresentando as explicações que entenda necessárias, salvo tratando-se de procedimentos que tenham natureza secreta ou urgente.

8. Às infrações acima referidas são aplicáveis, em abstrato e em alternativa, as penas de advertência, censura, multa e suspensão, nos termos dos arts. 125.º e 126.º do atual EOA» (cf. fls. 145 a 154 do PA);

F) Em **04/12/2007**, o Conselho de Deontologia de Évora dirigiu à Autora o ofício n.º 011166, com talão de registo datado de 06/12/2012, pelo qual se comunica o despacho de acusação e o prazo de 20 dias para se pronunciar por escrito (cf. fls. 155 do PA);

G) Em **07/01/2008**, a Autora interpôs recurso do despacho de acusação (cf. fls. 157 a 172 do PA);

H) Em **09/01/2008**, a Autora apresentou a sua defesa por escrito (cf. fls. 174 a 197 do PA);

I) Em **13/11/2008**, foi elaborado o relatório final no processo disciplinar n.º 101/D/2006 (cf. 237 a 267 do PA);

J) Em **13/11/2008**, o Conselho de Deontologia da Ordem dos Advogados deliberou aplicar à Autora a pena de censura, pela prática da infra-

ção do dever estipulado no art. 91.º do EOA, o que fez, nomeadamente, com os seguintes fundamentos:

«(...)

Relatado que está todo o expediente importa agora, após análise da prova constante dos autos, enunciar os factos com relevo para esta decisão:

1. *Correu termos no 2.º Juízo Cível do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal uma ação declarativa de processo sumaríssimo, aí registado com o n.º 9458/05.0TBSTB, em que figura como Autora e Advogada em causa própria, a Sra. Dra. M....., participante nestes autos e Réu, o Sr. N.....*

2. *Na referida ação, a Sra. Advogada participante reclama o pagamento de despesas e honorários referentes a dois processos judiciais em que a mesma, alegadamente, terá representado o ali Réu N....., que aparece naqueles autos patrocinado pela Sra. Advogada arguida.*

3. *No âmbito desse patrocínio, a Sra. Advogada subscreveu e fez dar entrada, no dia 24 de Janeiro de 2006, ao articulado de contestação, junto aos autos a fls. 8 a 16.*

4. *Sem que antes tivesse comunicado ou apresentado qualquer explicação à Sra. Advogada Participante.*

5. *Sabia a Sra. Advogada e não podia ignorar que o seu comportamento era proibido e punido por lei.*

6. *Em tudo agiu a Sra. Advogada livre, voluntária e conscientemente.*

Mais se apurou que,

7. *Em 24 de Janeiro de 2006, a Sra. Advogada participada remeteu ao Sr. Dr. J....., fax comunicando que iria requerer a sua intervenção provocada no âmbito do processo 9458/05 do 2.º Juízo do Tribunal Judicial de Setúbal.*

8. *A Sra. Advogada participada patrocina o Sr. N....., desde o ano de 2005 em processos judiciais (de divórcio e de regulação do poder paternal litigiosos), nos quais é parte a filha da Sr^a Advogada participante, representada pelo Sr. Dr. J.....*

Enunciada que está toda a matéria com relevo para esta decisão, importa agora fazer o enquadramento jurídico da situação por confronto

com as disposições do EOA, com vista a aferir da conformidade da conduta da Sra. Advogada com os deveres aí consagrados, analisando cada uma das questões suscitadas pela Sra. Advogada participada.

Antes de mais e no que toca à apontada invalidade da acusação, desde já diremos que a mesma não padece de nenhum vício, obedecendo a todos os requisitos legais.

Ao contrário do que refere a Sra. Advogada, o despacho de acusação (constante de fls. 152 a 153) dos autos, encontra-se redigido de forma articulada, sendo composto por nove artigos, contendo a identificação completa da Sra. Advogada participada (nome completo e nome profissional), o número de cédula profissional, bem como, a referência ao seu domicílio profissional. Contém a descrição dos factos e a indicação das normas legais infringidas e o prazo para apresentação da defesa, tudo em conformidade com o disposto nas alíneas a), b), c) e d) do art. 148.º do EOA, pelo que não tem qualquer fundamento a matéria alegada pela arguida nos arts. 24.º e 25.º da sua defesa.

Quanto ao requerimento apresentado pela Sra. Advogada a fls 203, apenas se dirá que a pretensão já tinha sido objeto de despacho de indeferimento, por se considerar a diligência manifestamente desnecessária para o apuramento dos factos da responsabilidade da arguida.

De facto, em causa nestes autos está a apreciação da conduta deontológica da Sra. Advogada arguida e não, a conduta da Sra. Advogada participante, pelo que nenhum relevo tem a questão de saber se a Sra. Advogada participante ao apresentar participação disciplinar contra a Sra. Advogada arguida lhe comunicou previamente o seu propósito.

Na verdade, o dever de comunicação prévio, plasmado no art. 91.º do nosso EOA, visa tutelar interesses pessoais, do advogado ou magistrado a quem não tenha sido feita aquela comunicação. Assim, não tendo sido apresentada participação disciplinar pela Sr^a Advogada arguida contra a Sra. Advogada Participante, carece este Conselho de Deontologia de legitimidade para apreciar tal factualidade, a qual extravasa manifestamente o objeto destes autos.

Isto posto, cumpre agora apreciar a conduta da Sra. Advogada face ao Estatuto da Ordem dos Advogados.

Da apreciação da prova e qualificação da conduta

Nos termos do art. 110.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, comete infração disciplinar o Advogado ou Advogado Estagiário que, por

ação ou omissão, violar dolosa ou culposamente algum dos deveres consagrados no presente Estatuto, nos respectivos regulamentos e demais disposições legais aplicáveis.

A atuação culposa abrange tanto o dolo como a mera culpa.

Os factos anteriormente enunciados consubstanciam a prática de infração disciplinar pela violação do dever estipulado no art. 91.º, aplicável ex vi do art. 110.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei 15/2005 de 26 de Janeiro, nos termos do qual deve o Advogado, antes de intervir em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra um colega ou um magistrado, comunicá-lhes por escrito a sua intenção, apresentando as explicações que entenda necessárias, salvo tratando-se de procedimentos que tenham natureza secreta ou urgente.

Com efeito, e conforme admitiu nestes autos, a Sra. Advogada contestou a ação de honorários apresentada pela Colega participante, sem lhe apresentar qualquer explicação ou dar conhecimento prévio, em clara violação do citado preceito.

Na defesa que oportunamente deduziu nestes autos, referiu a Sra. Advogada que não violou o citado preceito, porquanto o mesmo apenas obriga à referida comunicação nos casos de propositura de ação, e não nos casos de contestação.

Admite-se que até à nova formulação daquele dever com a alteração agora introduzida pelo art. 91.º do EOA (Lei 15/2005, de 26 de Janeiro), disposição em vigor ao tempo da prática dos factos, não era pacífica a questão de saber qual era a interpretação que melhor se ajustava ao conteúdo normativo do art. 88.º do EOA, sendo certo que, o entendimento maioritariamente sufragado na jurisprudência, ia interpretando extensivamente aquele normativo, no sentido de que a contestação se integrava no conceito de “promover quaisquer diligências judiciais contra outros advogados ou magistrados”, conforme referia aquele preceito.

Todavia, a atual redação da norma que contempla este dever termina com as dívidas anteriormente existentes, passando a referir que: “O Advogado, antes de intervir em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra colega deve comunicar-lhe por escrito a sua intenção...”. O que significa que independentemente da qualidade em que intervém, ou seja, quer intervenha como advogado do autor, propondo a ação, ou como advogado do Réu, contestando essa ação, deve o advogado dar cumprimento àquele dever. Neste sentido, veja-se Ac. Conselho Deontologia do Porto n.º D64/2005 de 10 de Março, em que foi relator Augusto Cardoso.

Ora, no caso em apreço, não restam dúvidas que a Sra. Advogada não cumpriu o mencionado dever.

O alegado desconhecimento deste dever, por parte da Sra. Advogada, não justifica, nem afasta a ilicitude da sua conduta, podendo apenas relevar em sede de escolha e medida da pena, já que lhe é exigível o conhecimento das regras do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Por outro lado, afigura-se-nos que o facto de a Sra. Advogada ser mandatária do Réu noutras demandas, não dispensava o cumprimento deste dever, já que em nenhuma dessas demandas a Sra. Advogada Participante figura como parte, ou sequer, como mandatária.

Sendo que a única relação de proximidade que tem com essas demandas, lhe advém do facto de ser mãe de uma das partes em litígio e esposa do mandatário. Ora, tal facto na nossa perspectiva não a desobriga do cumprimento deste dever.

Por outro lado, refira-se que os anteriores litígios em que a Sra. Advogada foi mandatária, nenhuma relação ou conexão têm com a ação 9458/05.0TBSTB do 2.º Juízo do Tribunal de Setúbal.

As primeiras demandas em que a Sra. Advogada representou o seu cliente, são processos divórcio e de regulação do poder paternal. Esta última (processo 9458/05.0TBSTB) visa a cobrança de honorários.

Tratam-se de litígios substancialmente distintos. Pelo que se impugna o cumprimento do dever consagrado no art. 91.º do EOA.

É que a ratio deste preceito vai muito além do que refere a Sra. Advogada.

Com efeito, salvaguardando deveres de solidariedade, cordialidade, urbanidade e honorabilidade, tem esta norma, não só a preocupação de prevenir o colega ou magistrado para o facto de poder vir a ser demandado em Tribunal, mas também a finalidade de lhe conferir a possibilidade de, trocar esclarecimentos e explicações, tendo em vista a resolução extrajudicial dos assuntos, de modo a evitar a exposição pública, que um pleito judicial acarreta, com consequências negativas ao nível da imagem e honorabilidade do colega ou magistrado.

Assim sendo, dúvidas não restam que deveria a Sra. Advogada ter dado cumprimento ao dever de comunicação prévia.

Ao não atuar deste modo violou a Sra. Advogada o dever preceituado no art. 91.º do EOA. Assim sendo, reunido em sessão, deliberou o Conselho de Deontologia, nos termos do art. 155.º do Estatuto da Ordem dos Advogados dar integralmente por provados os factos acima descritos, os quais consubstanciam a violação do dever estipulado no art. 91.º, aplicá-

vel ex vi do art. 110.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados aprovado pela Lei 15/2005, de 26 de Janeiro.

Da escolha e medida da pena

Atendendo ao quadro descrito à infração acima referida é aplicável em abstrato e em alternativa as penas de advertência, censura, multa e suspensão, nos termos dos arts. 125.º e 126.º do EOA aprovado pela Lei 15/2005 de 26 de Janeiro.

Na escolha e medida da pena levar-se-ão em consideração, os antecedentes profissionais e disciplinares da arguida, o grau de culpa, as consequências da infração e todas as demais circunstâncias atenuantes e agravantes previstas respetivamente nos arts. 127.º e 128.º do EOA aprovado pela Lei 15/2005 de 26 de Janeiro.

A Sra. Dra. E..... encontra-se inscrita na Ordem dos Advogados desde 21/02/1991. No seu registo disciplinar não se encontra registada a prática de infração disciplinar. Confessou que não comunicou previamente à colega que iria contestar a ação.

Agiu negligentemente, pois não podia ignorar a existência de tal dever de comunicação.

Como circunstâncias atenuantes, importa pois considerar aquelas que vêm previstas na alínea a) e b) do art. 127.º do EOA.

Não há circunstâncias agravantes a considerar.

Tal como em direito penal, também aqui a medida da pena corresponderá à medida da necessidade de proteção ou tutela dos bens jurídicos no caso concreto.

Pelo que também o critério da prevenção geral positiva ou de reintegração (aqui entendida a nível da interiorização dos valores primordiais da Advocacia) e de prevenção especial irão delinear a medida da pena. Sendo certo, porém, que nunca a medida da pena superará o grau de culpa no caso concreto.

Atendendo ao que ficou dito, às exigências de prevenção geral e especial sobreditas, considerar-se que é suficiente e adequada, a pena de censura.

Assim, deliberou o Conselho de Deontologia aplicar à arguida a pena de censura.» (cf. fls. 268 a 300 do PA);

K) Em **23/12/2008**, o Conselho de Deontologia de Évora dirigiu à Autora o ofício 016321, pelo qual se comunica o acórdão proferido no processo disciplinar n.º 101/D/2006 (cf. fls. 302 do PA);

L) Em **15/01/2009**, a Autora interpôs recurso para o Conselho Superior da Ordem dos Advogados do acórdão proferido no processo n.º 101/2006-D- E/D (cf. fls. 305 a 315 do PA);

M) Em **29/01/2012**, foi elaborado parecer no processo de recurso n.º 128/2009-CS/R, de cujo teor se extrai o seguinte:

«(...)

Dispõe o art. 91.º do EOA, que o advogado, antes de intervir em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra um colega, deve comunicar-lhe por escrito a sua intenção, com as explicações que entende necessárias.

Como resulta por demais evidente dos factos apurados, a recorrente não cumpriu o estatuído no citado preceito em relação à recorrida. Alega a recorrente que o fez, através de comunicação efetuada ao Dr. J....., marido e colega de escritório da recorrida. O argumento não, porém, não colhe, e constitui uma espécie de extensão do regime da comunhão matrimonial ao exercício da profissão.

Como decorre da expressão “comunicar-lhes”, a eles magistrados ou advogados, a comunicação deve ser pessoal e não por interposta pessoal, pelo que a comunicação feita ao abrigo do art. 91.º do EOA, dirigida a um advogado, não se estende aos seus colegas de escritório.

Argumenta ainda a recorrente que ao remeter a comunicação ao Dr. J....., esta tomou conhecimento de que a ação iria ser contestada por si, cumprindo deste modo o dever do art. 91.º do EOA. Este argumento também não colhe, ainda que se admitisse a possibilidade de estender a comunicação, cabia à recorrente fazer prova de que a recorrida teve dela conhecimento, o que não logrou fazer.

A recorrente censura, por outro lado a decisão recorrida, por não ser aplicável à contestação a obrigação estatuída no art. 91.º do EOA, constituindo esta a sua “firme convicção”, tanto mais que cumpriu em relação ao Dr. J....., antes de requerer a sua intervenção provocada no processo.

Assinalemos antes de mais a contradição entre o agora e o anteriormente invocado. Na motivação deste recurso, a recorrente começou por usar a comunicação feita ao Dr. J..... para convencer (pelo menos tentar) que com ela cumpriu o dever do art. 91.º do EOA em relação à recorrida, para de seguida e na mesma motivação vir dizer que, afinal, só fez em relação a ele, porque considerava que não o tinha que fazer em relação à advogada recorrida, por se tratar de contestação. Esta contradição é suficiente para demonstrar a falta de fundamento do argumento convicção da

recorrente sobre esta matéria, o que permite concluir, caso se conclua pela existência de infração disciplinar, que está verificado o elemento subjetivo da conduta da recorrente, necessário à censura.

A Ordem dos Advogados, em particular os órgãos com competência disciplinar, tem debatido a questão da aplicabilidade ou não do dever de comunicação em caso de contestação.

Antes da revisão de 2005 do EOA, a questão, apesar de não pacífica, tendia maioritariamente, ainda que contrária à posição do signatário, para a interpretação de que o dever de comunicação existia, tanto no caso da propositura de uma ação, como no caso da contestação.

Estas dúvidas interpretativas suscitadas pela redação do art. 88.º do EOA, foram eliminadas com a nova redação do art. 91.º do EOA, que substitui a frase “antes de promover quaisquer diligências judiciais” constante do citado art. 88.º pela frase “antes de intervir em procedimento”. Com a consagração desta redação, quer se entenda que a mesma teve carácter meramente interpretativo ou clarificador da anterior; quer se entenda que a mesma tem um carácter inovatório (como entende o signatário), o certo é que, desde a entrada em vigor da Lei 15/2005, de 26 de Janeiro, o dever de comunicação constitui dever do advogado, ainda que para contestar uma ação.

Refira-se, aliás, que a questão não se colocaria no caso em apreço nos autos, ainda que a redação em vigor fosse a do aludido art. 88.º do EOA. A recorrida, para além da contestação, deduziu reconvenção contra a recorrida, como resulta do teor da respetiva peça processual junta aos autos, circunstância que a recorrente omite na motivação de recurso, apesar de citar expressamente jurisprudência da Ordem dos Advogados nesse sentido.

Nas suas conclusões, a recorrente suscita ainda a questão que decorre do facto de patrocinar o réu noutras ações, pelo que, segundo ela, era por demais evidente que a ação seria não só contestada, como contestada pela recorrente, pretendendo com isto, que face à litigiosidade anterior, que não estaria, por isso, obrigada a dar cumprimento ao dever do art. 91.º do EOA.

Ainda que o alegado seja verdadeiro (...), não estaria excluído o cumprimento do dever. Essa circunstância exigiria, aliás, maiores cautelas por parte da recorrente, para evitar o contágio da conflitualidade existente entre o seu cliente e a recorrida e os seus familiares, pois só assim poderá garantir a independência necessária ao exercício do patrocínio e, consequentemente, a melhor defesa dos interesses do seu constituinte.

Finalmente, a recorrente conclui que a participante não comunicou à recorrente a intenção de apresentar a participação que deu origem a estes autos, pelo que foi ela quem violou o dever do art. 91.º do EOA.

Esta matéria é irrelevante ao objeto destes autos. A recorrente, como resulta do teor da decisão recorrida, não participou disciplinarmente contra a recorrida por tal omissão. Por outro lado, sempre se dirá, que os atos e omissões de terceiros, nunca poderão justificar a conduta omissiva da recorrente.

Nestes termos, nenhuma censura merece a decisão recorrida, pelo que deve improceder o recurso». (cf. fls. 374 a 378 do PA);

N) Em **03/02/2012**, o Conselho Superior da Ordem dos Advogados deliberou aprovar o parecer referido na alínea anterior e julgar improcedente o recurso (cf. fls. 379 do PA);

O) Em **13/02/2012**, o Conselho Superior da Ordem dos Advogados dirigiu à Autora o ofício n.º 0383, pelo qual lhe comunica o parecer e o acórdão melhor identificados nas alíneas a antecedem (cf. fls. 381 do PA);

P) Em **14/05/2012**, deu entrada no Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, a petição inicial da ação administrativa especial (cf. fls. 1 a 60 dos autos).

Não resultaram provados outros quaisquer factos com relevância para a decisão da causa.

A convicção do Tribunal relativamente à decisão da matéria de facto fundou-se na análise crítica da prova produzida nos presentes autos, designadamente nos documentos juntos pelas partes e no PA, conforme referido a propósito em cada alínea do probatório”.

De Direito

Considerada a factualidade fixada, importa, agora, entrar na análise dos fundamentos do presente recurso jurisdicional.

Antes da análise, em separado, de cada um dos fundamentos do recurso, importa destacar que a ora Recorrente, mais do que concretizar que aspetos concretos da decisão recorrida enfermam de erro de julgamento de direito, pretende que o presente Tribunal de recurso, se substitua ao Tribunal *a quo* e reaprecie o julgamento efetuado, por dele discordar.

Por isso, toda a alegação da Recorrente se traduz não em sindicar a concreta decisão judicial proferida, ora recorrida, nem em refutar as razões de direito invocadas, mas em reiterar a sua alegação constante da petição inicial.

Daí que as conclusões do recurso que sintetizam as razões em que o recurso se fundamenta, traduzem não a alegação de vícios da sentença recorrida, mas a formulação de pretensões ou de pedidos da ora Recorrente a este tribunal de recurso.

Não obstante, porque as questões ora suscitadas no presente recurso foram objeto de pronúncia e de decisão na sentença recorrida, não estando em causa conhecer de questões novas, conhecer-se-á do sustentado no presente recurso.

1. Erro de julgamento, em relação à interpretação do art. 91.º do EOA, por ter sido comunicado que iria contestar a ação e tal preceito não se aplicar ao articulado da contestação, mas apenas ao ato de iniciativa judicial, estando a ação já proposta, não sendo violado qualquer dever e sob pena de inconstitucionalidade material, por violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP, em violação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade

Vem a Recorrente a juízo impugnar a sentença recorrida discordando da apreciação dos factos e da respetiva aplicação do direito, defendendo que, ao contrário do decidido, comunicou que iria contestar a ação, assim como informou que ia deduzir incidente de intervenção provocada.

Com base na prova de tais factos entender a Recorrente que errou a sentença recorrida ao manter o ato impugnado, ele próprio enfermo de erro quantos aos seus pressupostos de facto e de direito.

Como se extrai da alegação da Recorrente, sem que seja impugnado o julgamento de facto da sentença recorrida, por a Recorrente não vir invocar qualquer deficiência à matéria de facto dada como provada, vem discordar da apreciação e valoração dos factos que foram dados como provados, entendendo que dos mesmos deve ser extraído que deu integralmente cumprimento ao disposto no art. 91.º do EOA, no que se refere ao dever de comunicação ou informação.

O que exige, antes de mais que se dilucide a matéria de facto dada como provada, procedendo à sua respetiva apreciação.

Conforme resulta da matéria de facto assente:

- (i) em 24/01/2006 a Autora, na qualidade de advogada apresentou contestação no Processo n.º 9458/08.0TBSTB, que correu termos no Tribunal da Comarca de Setúbal, tendo deduzido incidente de intervenção provocada do Dr. J..... e ainda deduziu reconvenção contra a Autora, M..... [alínea A)];

- (ii) na mesma data remeteu ao Dr. J..... (advogado e marido de M.....) um *fax* em que comunica, nos termos dos Estatutos da Ordem dos Advogados, que vai requerer a sua intervenção principal provocada [alínea B)];
- (iii) em 25/05/2006 a advogada M..... apresentou participação contra a Autora [alínea C)];
- (iv) em 13/11/2008 o Conselho de Deontologia da Ordem dos Advogados aplicou à Autora a pena disciplinar de censura, pela prática da infração do dever estipulado no art. 91.º do EOA, por na ação que correu termos sob o Processo n.º 9458/08.0TBSTB ter subscrito e dado entrada de articulado de contestação sem que antes tivesse comunicado ou apresentado qualquer explicação à Autora, Advogada em causa própria, M..... [alínea J)];
- (v) interposto recurso pela ora Recorrente para o Conselho Superior da Ordem dos Advogados, este aprovou, em 03/02/2012, o parecer emitido em 29/01/2012, mantendo a deliberação impugnada e julgando improcedente o recurso, por a recorrente não ter cumprido o art. 91.º do EOA, por não poder em relação à pessoa da advogada M..... a comunicação feita a outro colega, ainda que seu marido, o advogado J....., por a comunicação dever ser pessoal e não por interposta pessoa, e a comunicação feita a uma advogado não se estender aos seus colegas [alíneas M) e N)].

Perante este enquadramento de facto, vejamos então as razões invocadas pela ora Recorrente.

Sustenta a Autora que comunicou ao advogado J..... que iria requerer a sua intervenção provocada, pelo que ao comunicar-lhe esse facto, era claro que iria contestar a ação; e que ao comunicar esse facto ao advogado, este certamente relataria à autora da ação, sua esposa, que iria contestar a ação, pelo que, entender ter respeitado o disposto no art. 91.º do EOA.

Alega que foi remetido fax para o escritório da participante e que a mesma além de partilhar com ele o escritório, é também sua esposa, além de ter comunicado antes de dar entrada da contestação.

Estando em causa uma ação sumaríssima, que não prevê mais articulados que não a petição inicial e a contestação, ao comunicar que iria requerer a intervenção provocada do advogado, significaria que também ia contestar a ação.

Pelo que, entende a ora Recorrente que a participante tomou conhecimento de que iria contestar a ação, estando cumprido o art. 91.º do EOA.

Mais invoca que tal preceito do EOA não abrange a situação descrita, de apresentação de um articulado de contestação, mas o caso de propor uma ação contra um advogado ou magistrado e que, sendo adotada essa interpretação do art. 91.º do EOA, o mesmo é materialmente inconstitucional, por violação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Sem razão, nos termos em que se mostram decididos quer no ato impugnado, quer na sentença sob recurso.

Nos termos que decorre do julgamento da matéria de facto fica patente que em nenhum momento a ora Recorrente comunicou à sua colega advogada, Autora em causa própria na ação que instaurou sob o Processo n.º 9458/05.0TBSTB, que não só iria contestar a ação, como nela ia deduzir contra a Autora pedido reconvenicional.

Como se sabe, a *reconvenção* consiste num contra-pedido ou numa contra-ação que o réu deduz contra o autor, de forma a que, a partir desse momento, a primitiva instância processual deu lugar a pedidos ou ações cruzadas entre os respetivos sujeitos processuais.

De acordo com o disposto no art. 259.º, n.º 1, do CPC, a instância inicia-se com a proposição da ação e a instância reconvenicional nasce com a dedução da reconvenção, o que dá, de imediato, azo a uma atividade processual daí emergente, com a possibilidade de réplica (art. 584.º, n.º 1, do CPC),

Embora se entenda que à face da lei processual não exista uma peça processual nominada de “reconvenção” e reconvenção ser, tão só, um pedido deduzido normalmente no articulado “contestação”, não se pode olvidar que a formulado esse pedido se constitui uma nova relação processual.

Como refere Miguel Mesquita, “a reconvenção, uma vez notificada ao autor, gera uma relação processual que se sobrepõe à relação originária”, *Reconvenção e Excepção em Processo Civil*, p. 184.

Considerando os factos apurados, os quais não se mostram impugnados, fica patente que a ora Recorrente não dirigiu qualquer comunicação à advogada participante, autora da ação contestada pela ora Recorrente e nela deduzido o pedido reconvenicional, não a informando quer da apresentação da contestação, quer da dedução do pedido reconvenicional.

Nem essa comunicação se pode ter por realizada em consequência da comunicação a um outro advogado, informando-o de que seria deduzido o incidente de intervenção provocada no referido processo.

Nada altera quanto à materialidade dos factos de esse advogado ser colega de escritório da advogada participante, nem ainda de tais advogados serem casados entre si.

Naturalmente que qualquer comunicação ou notificação é pessoal e não feita por interposta pessoa, pelo que, qualquer comunicação feita a um certo advogado só produz efeitos em relação a ele e não em relação a qualquer outro.

A tal não obsta qualquer especial relação de amizade ou até decorrente do casamento, como a própria advogada, ora Recorrente, tem a obrigação de saber.

Além de que, mesmo a comunicação dirigida ao advogado colega de escritório e marido da participante não o informa que vai ser apresentada contestação e, menos ainda, de nela ir ser deduzido pedido reconvenicional.

Por isso, tal como decidido na sentença sob recurso:

“Nem se diga, como intenta a Autora, que foi remetido fax para o escritório da participante e, como tal, o dever de comunicação prévia foi devidamente cumprido.

O referido fax reporta-se tão-somente ao pedido de intervenção provocada do Advogado Dr. J..... e é apenas a este dirigido [alínea B) do probatório]. Não há aqui lugar, nem pode haver, a qualquer presunção de conhecimento por banda da participante, Dra. M....., por ser casada com aquele ou partilhar com o mesmo escritório, posto que o que se visa acautelar é, como sobredito, os deveres de urbanidade e cordialidade para com esta, que é também profissional do foro, inexistindo, como bem se sublinha no parecer em que se louva o acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, qualquer “comunhão matrimonial ao exercício da profissão” [alíneas M) e N) do probatório]. Não é, pois feita, qualquer comunicação no referido fax quanto à dedução de contestação e pedido de indemnização por litigância de má-fé na ação que foi intentada pela Dra. M..... [alínea A) do probatório].

Ora, os deveres de cordialidade e urbanidade são devidos quer quanto ao Dr. J....., quer quanto à Dra. M....., impondo-se, portanto, que seja cumprido o dever de comunicação prévia quanto a ambos, sendo irrelevante, para o cumprimento deste dever, que estes sejam casados e que, como ditam as regras da experiência comum, até possam conversar entre si. Cada um, por si, exerce a profissão e, repita-se, a cada um é devida a observância dos deveres plasmados no EOA em prol da salutar relação entre profissionais do foro e em homenagem à solidariedade profissional”.

Neste sentido, falece totalmente razão à ora Recorrente quanto aos pressupostos de facto em que baseia o fundamento do recurso.

Nos mesmos termos, carece a Recorrente de razão quanto aos respectivos pressupostos de direito, já que não é possível extrair do disposto no art. 91.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) a interpretação que defende.

Considerando a data da instauração do processo disciplinar, em 06/06/2006 e a data da prática do ato de aplicação da pena disciplinar de censura, em **13/11/2008**, mantido pelo ato datado de 03/02/2012, tem aplicação o EOA aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26/01, sendo-lhes posteriores no tempo as alterações introduzidas, as quais apenas serão aplicáveis se de conteúdo mais favorável à advogada visada no procedimento disciplinar.

Segundo disposto no citado art. 91.º do EOA, sob epígrafe “*Patrocínio contra advogados e magistrados*”: “*O advogado, antes de intervir em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra um colega ou um magistrado, deve comunicar-lhes por escrito a sua intenção, com as explicações que entenda necessárias, salvo tratando-se de procedimentos que tenham natureza secreta ou urgente*”.

Consagra-se nesse preceito um dever de comunicação prévia relativamente à intervenção em procedimento disciplinar, judicial ou de qualquer outra natureza contra um advogado, sendo que tal dever encontra o seu fundamento na relação de confiança e cooperação entre os advogados, assim como de solidariedade profissional, como consta do art. 106.º do EOA.

Neste sentido, “o dever específico de comunicação escrita prevista nesta disposição resulta da constatação de que a vida judiciária, pela especial tensão que gera no plano do relacionamento profissional, exige particulares cuidados na preservação de regras de cordialidade e urbanidade e, além disso, que o princípio da solidariedade profissional deve estar presente quando um Advogado disponibiliza a sua prestação profissional contra interesses de outros Advogados ou Magistrados”, Fernando Sousa Magalhães, *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, p. 115.

Também como se tem entendido este dever de comunicação prévia existe nos casos em que o advogado atua no quadro do patrocínio judiciário, como resulta da epígrafe do art. 91.º do EOA, “Patrocínio contra advogados e magistrados” e já não quando atua em causa própria.

Além de que tal dever apenas se mostra afastado quando estejam em causa procedimentos de natureza secreta ou urgente, sendo que tal natureza tem de resultar da lei que regula o respetivo procedimento ou processo, o que não se configura no presente caso.

Nem tem sustento defender que o preceito do art. 91.º do EOA apenas tem aplicação aos advogados quando atuem como advogado do autor e que já não tem aplicação quando atue como advogado do réu, visto o pre-

ceito legal abranger *toda e qualquer diligência judicial promovida pelo advogado contra outro advogado* ou magistrado.

A norma jurídica do art. 91.º do EOA adota uma formulação suficiente abrangente para incluir no dever de comunicação prévia entre advogados *qualquer procedimento judicial ou de qualquer outra natureza e qualquer diligência judicial promovida contra outro advogado*, sem introduzir quaisquer diferenciações.

Assim, em face de todo o exposto, não assiste qualquer razão à ora Recorrente quanto ao fundamento do recurso, pois não só não procedeu a qualquer comunicação à advogada, autora da ação, que iria apresentar contestação e pedido reconvenicional, como a disposição do art. 91.º do EOA tem plena aplicação à situação configurada em juízo, tanto mais por a contestante ter deduzido contra a autora da ação um pedido reconvenicional, que demanda a constituição de uma contra-ação, em que se verifica o pressuposto da iniciativa judicial do respetivo mandatário contra o autor da ação.

Por conseguinte, não só não tem aplicação o disposto no art. 351.º do CC, quanto a poder extrair-se através das regras de experiência comum que a advogada teve conhecimento dos factos, por ter sido produzida prova de que não foi dirigida à advogada em causa qualquer comunicação, como da interpretação expendida em relação ao disposto no art. 91.º do EOA não resultar qualquer restrição de direitos fundamentais, não tendo razão de ser a invocação pela ora Recorrente do disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP.

De resto, limita-se a ora Recorrente a alegar que a interpretação do art. 91.º do EOA de que resulte a sua aplicação ao caso configurado em juízo, em que a advogada apresentou contestação e pedido reconvenicional, viola os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, em desrespeito pelos direitos, liberdades e garantias, ultrapassando os limites iminentes consagrados no art. 18.º, n.º 2, da CRP, sem concretizar um qualquer argumento de direito em que o sustente.

O teor das conclusões H. e I. do presente recurso não materializam a invocação de qualquer razão material em que se fundamente o invocado juízo de inconstitucionalidade material da interpretação adotada do art. 91.º do EOA, do mesmo modo que se mostra insubstanciada a alegação constante nos arts. 22.º a 25.º da alegação recursiva, por se limitar a Recorrente à sua mera invocação, desprovida da indicação de qualquer razão de direito que a fundamente.

Daí que, tal como decidido na sentença sob recurso:

“Nem se vislumbra em que medida a interpretação que ora se explicou, ou seja, de que o dever de comunicação prévia abrange a dedução de

contestação, padece de inconstitucionalidade material, nem tal, na verdade, esclarece a Autora.

*Com efeito, não é suficiente arguir a violação de princípios constitucionais, sem concretizar, através da alegação e demonstração de factos, em que medida os mesmos resultaram beliscados pela atuação da Entidade Demandada. E, em qualquer caso, **nem se perspetiva que possa, in casu, existir qualquer inconstitucionalidade mercê da violação dos princípios da subsidiariedade ou proporcionalidade ou dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados**”.*

Daí que que careça a ora Recorrente de razão em relação a todo o sustentado, que no plano da apreciação e valoração dos factos, quer na interpretação e aplicação dos normativos de direito.

Termos em que, em face das razões de facto e de direito supra explanadas, será de negar provimento ao recurso, por não provado.

2. Erro de julgamento, em relação à interpretação e aplicação do art. 110.º do EOA, por não se demonstrar a atuação dolosa ou com culpa, tanto mais por estar em causa uma omissão, cujos requisitos são mais exigentes, não se verificando os momentos representativo e volitivo relativamente ao resultado que constitui a ofensa, excedendo-se os limites do art. 351.º do CC, em violação dos arts. 91.º, 110.º, 126.º, 127.º e 128.º do EOA

Sustenta ainda Recorrente o erro de julgamento de direito da sentença recorrida em relação à interpretação do art. 110.º do EOA, com o fundamento de não ter resultado demonstrado no processo disciplinar que atuou de forma dolosa ou com culpa, não tendo sido apurados quaisquer factos que caracterizem o elemento subjetivo do tipo de infração.

Defende que o art. 110.º do EOA apenas considera como infração disciplinar a ação ou omissão dolosa ou culposa, a qual não resulta, tanto mais por estar em causa uma omissão, cujos requisitos para a verificação da responsabilidade disciplinar são mais exigentes.

Defende que cabia à Entidade Demandada demonstrar tal intuito doloso ou intenção propositada de violação do dever deontológico, o que não logrou fazer.

Por isso, entende terem sido violadas as normas dos arts. 91.º e 110.º do EOA, assim como dos arts. 13.º a 15.º do Código Penal, *ex vi*, art. 121.º do EOA e ainda dos arts. 126.º a 128.º do EOA, em que se fundamentou o ato punitivo.

Vejamus.

Como se extrai da factualidade que consta do julgamento da matéria de facto, nos termos supra analisados, ficou demonstrado que a advogada, ora Recorrente, não comunicou à sua colega, advogada, autora no processo n.º 9458/05.0TBSTB que ia contestar a ação e deduzir pedido reconvenicional (no âmbito do qual alegou a má-fé processual da autora, sua colega).

O que resulta que foi inteiramente demonstrada a prática do facto ilícito.

Põe agora a Recorrente que se verifique o elemento volitivo, da culpa, sob a invocação de que não se provou a atuação culposa ou dolosa.

Sem razão.

Os factos em que se baseia o ato sancionatório disciplinar apresentam-se suficientemente esclarecedores quanto às circunstâncias constitutivas da infração disciplinar, quanto à prática do ato ilícito, quer quanto ao elemento da culpa, pelo que, ao contrário do sustentado no presente recurso foram apurados factos que caracterizam o elemento subjetivo da culpa.

Não se provou a atuação dolosa, nem a mesma se mostra invocada no processo disciplinar, no sentido de ter existido a premeditação ou o propósito de esconder a atuação adotada no processo judicial, mas tal não se mostra exigido em face do disposto no art. 110.º do EOA, o qual não exige o dolo como elemento da infração, bastando a culpa leve ou negligência.

Por isso, se diz no art. 110.º do EOA que art. 110.º que comete infração disciplinar “*o advogado ou advogado estagiário que, por acção ou omissão, violar dolosa ou culposamente algum dos deveres consagrados no presente Estatuto, nos respectivos regulamentos e nas demais disposições legais aplicáveis*”.

Ao parece que que parece fazer crer a Recorrente, o disposto no art. 110.º do EOA não exige a prática da atuação comissiva ou omissiva dolosa, bastando a mera culpa, o que a factualidade apurada em juízo permite atestar.

Acolhendo a fundamentação aduzida na sentença recorrida:

“Age com dolo quem representando o facto típico atua com a intenção de o realizar (dolo direto; representa a realização de um facto típico como consequência necessária, certa, segura da sua conduta e não lhe repugna a sua verificação (dolo indireto) e representa a realização de um facto típico como consequência meramente possível da sua conduta e, mesmo assim, atua indiferente à sua verificação (art. 14.º do Código Penal). Atua com negligência quem, sendo obrigado e capaz de o fazer, não procede com o cuidado normalmente exigível, assumindo uma conduta censurável (art. 15.º do Código Penal).”

Como resulta da deliberação do Conselho de Deontologia de Évora, considerou-se que a Autora atuou negligentemente «pois não podia ignorar a existência de tal dever de comunicação» [alíneas J) e K) do probatório]. E no acórdão do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, acolhendo a argumentação aduzida no parecer que o antecedeu, reitera que se encontra verificado o elemento subjetivo da conduta da Autora [alíneas M) e N) do probatório].

Neste particular, considera-se que não existem motivos para questionar a valoração efetuada pela Entidade Demandada processo disciplinar quanto ao grau da culpa, posto que resulta de modo evidente do probatório que a Autora atuou sem a diligência exigível, tanto mais que, atenta a profissão que exerce, recai sobre si um especial conhecimento da lei que regula a mesma, não podendo invocar o seu desconhecimento.

Ademais, não está aqui em causa saber se a Autora quis ou não, intencionalmente omitir o cumprimento do dever previsto no art. 91.º do EOA, posto que, como sobredito, a infração não lhe foi imputada a título de dolo, mas apenas a título de negligência.

E porque assim é, o ato impugnado não viola os arts. 110.º do EOA e 13.º a 15.º do CP”.

Pelo que, nos termos que antecedem, não tem a ora Recorrente razão em sustentar ter ocorrido a violação das normas dos arts. 91.º e 110.º do EOA, assim como dos arts. 13.º a 15.º do Código Penal, *ex vi*, art. 121.º do EOA.

Nem tão pouco, em relação à alegada violação dos arts. 126.º a 128.º do EOA, que a ora Recorrente se limita a invocar, sem indicar qualquer razão que substancie o erro de julgamento da sentença recorrida.

Pelo que, improcede, por não provado, o fundamento do recurso.

3. Subsidiariamente, deve ser aplicada a dispensa da pena, ao abrigo dos arts. 121.º, a) e 74.º, do Código Penal, por a ilicitude e a culpa serem muito diminutas e o dano não ter ocorrido

No que se refere à questão enunciada, denota-se, em evidência, que a ora Recorrente vem formular uma pretensão a este tribunal de recurso, no sentido de o tribunal se substituir à Entidade Demandada e aplicar o instituto da dispensa da pena.

Porém, esta questão não foi colocada em 1.ª instância, impedido que a sentença recorrida sobre a mesma se tenha pronunciado e decidido.

O que acarreta que o presente Tribunal *ad quem*, sobre a mesma não se possa pronunciar, por não constituir finalidade e objeto do presente

recurso conhecer de questões novas que não tenham sido anteriormente decididas, salvo as de conhecimento oficioso, que não constitui o presente caso.

A finalidade do recurso constitui a de *reapreciar* a decisão judicial impugnada e apenas nos pontos concretamente objeto do recurso, não se destinando a conhecer e decidir pela primeira vez de quaisquer questões, nem de reapreciar em toda a linha o objeto da decisão recorrida, salvo nas partes impugnadas.

Pelo que, sem mais, por a questão suscitada não ter sido objeto de pronúncia e de decisão na sentença sob recurso, não pode ser agora apreciada e decidida em fase de recurso jurisdicional.

Termos em que, não conhece do suscitado pela Recorrente, por inadmissibilidade legal.

4. Se não for aplicada a dispensa da pena, erro de julgamento por violação do princípio da proporcionalidade, considerando os critérios previstos no art. 126.º, n.º 1 do EOA, devendo aplicar-se a mera advertência, por estar em causa uma falta leve.

Vem ainda a Recorrente invocar a violação do princípio da proporcionalidade no tocante à pena disciplinar de censura, entendendo que ao invés, deveria ter sido aplicada a sanção de mera advertência, por estar em causa uma falta leve.

Sem razão.

O art. 125.º do EOA elenca as penas disciplinares aplicáveis, a saber: advertência, censura, multa, suspensão e expulsão.

Segundo o art. 126.º do EOA, sob a epígrafe “*Medida e Graduação da Pena*”:

“1 — Na determinação da medida das penas deve atender-se aos antecedentes profissionais e disciplinares do arguido, ao grau da culpa, às consequências da infração e a todas as demais circunstâncias agravantes e atenuantes.

2 — A pena de advertência é aplicável a faltas leves no exercício da advocacia, com vista a evitar a sua repetição.

3 — A pena de censura é aplicável a faltas leves no exercício da advocacia e consiste num juízo de reprovação pela infração disciplinar cometida.

4 — A pena de multa é aplicável aos casos de negligência, sendo fixada em quantia certa em função da gravidade da falta cometida.

5 — *A pena de suspensão é aplicável aos casos de culpa grave e consiste no afastamento total do exercício da advocacia durante o período de aplicação da pena.*

6 — *As penas de expulsão e de suspensão por período superior a três anos só podem ser aplicadas por infração disciplinar que afete gravemente a dignidade e o prestígio profissional”.*

Nos arts. 127.º e 128.º do EOA, prevêem-se as circunstâncias atenuantes e agravantes.

A escolha da medida da pena encontra-se devidamente justificada no ato sancionatório, não se vislumbrando que exceda as finalidades sancionatórias, ou seja, que vá para além do necessário a assegurar a finalidade punitiva e, conseqüentemente, incorra na violação do princípio da proporcionalidade.

Além de que, por princípio, no âmbito do processo disciplinar não pode, em regra, o juiz sindicar a medida da pena, salvo nos casos de erro grosseiro ou clara violação do princípio da proporcionalidade.

Como se decidiu no Acórdão do Pleno do STA, datado de 29/03/2007, Proc. n.º 0412/05, “*ao exercer os seus poderes disciplinares em sede de graduação da culpa e de determinação da medida concreta da pena, a Administração goza de certa margem de liberdade, numa área designada de “justiça administrativa”, movendo-se a coberto da sindicância judicial, salvo se os critérios de graduação que utilizou ou o resultado que atingiu forem grosseiros ou ostensivamente inadmissíveis”.*

Não se encontra o juiz impedido de sindicar a legalidade da decisão punitiva desde que ofenda os critérios gerais de individualização e graduação estabelecidos na lei ou que ultrapasse os limites normativos correspondentes, aferindo se foram ou não ponderadas as circunstâncias concretas, que, pela sua gravidade, indiciariam a concreta pena aplicada.

No presente caso foi aplicada a pena de censura pela prática da infração disciplinar, pela violação do dever de comunicação previsto no art. 91.º do EOA, a qual constitui uma das mais leves ou menos gravosas.

Além de que a pena aplicada se afigura adequada a sancionar a conduta da ora Recorrente, por a pena de censura ser abstratamente aplicável a *faltas leves* no exercício da advocacia, consistindo num juízo de reprovação pela infração disciplinar cometida, juízo que ora se verifica em relação à infração cometida.

No caso em apreço, o comportamento ilícito cometido não permite afirmar que exista qualquer erro na escolha e medida da pena e, muito

menos, manifesto, ou sequer que a pena aplicada se afigure como desadequada e desproporcional, exigindo uma atuação corretiva por parte do poder judicial.

A pena aplicada não se afigura excessiva para sancionar a conduta ilícita apurada, por ter sido aplicada uma pena que visa sancionar faltas leves, pelo que não é desproporcionada, nem enferma de erro grosseiro para poder ser sindicada judicialmente.

Assim, apurando-se que a advogada foi sancionada numa pena disciplinar de censura, pelo cometimento da infração disciplinar que se encontra devidamente comprovada, não tem razão a invocação do princípio da culpa ou sequer da violação do princípio da proporcionalidade da pena.

Consequentemente, não ocorre a violação do princípio constitucional da proporcionalidade invocado pela Recorrente.

Nestes termos, im procedem as conclusões do presente recurso, sendo de as considerar não provadas.

5. Erro de julgamento, por prescrição do procedimento disciplinar.

Por último, invoca a Recorrente a prescrição do procedimento disciplinar, nos termos dos arts. 117.º e 118.º do EOA.

De harmonia com o disposto no art. 112.º, n.ºs 1 e 2 do EOA, o procedimento disciplinar extingue-se por prescrição quando tenham decorrido cinco anos sobre a prática da infração, correndo tal prazo desde o dia em que o facto se tiver consumado.

Segundo o n.º 3 do art. 112.º do EOA, o prazo de prescrição só corre:

- a) Nas infracções instantâneas, desde o momento da sua prática;*
- b) Nas infracções continuadas, desde o dia da prática do último acto;*
- c) Nas infracções permanentes, desde o dia em que cessar a consumação”.*

Além de a prescrição do procedimento disciplinar ter sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo normal de prescrição acrescido de metade (art. 112.º, n.º 4 do EOA).

O art. 113.º, n.º 1 do EOA prevê que o prazo de prescrição se suspende nos seguintes casos:

- a) O processo disciplinar estiver suspenso, a aguardar despacho de acusação ou de pronúncia em processo criminal;
- b) O processo disciplinar estiver pendente, a partir da notificação da acusação nele proferida;
- c) A decisão final do processo disciplinar não puder ser notificada ao arguido, por motivo que lhe seja imputável.

Segundo o art. 113.º, n.º 2 do EOA, a suspensão, quando resulte da situação prevista na alínea b) do número anterior, não pode ultrapassar o prazo de dois anos.

Mais prescreve o art. 113.º, n.º 3 do EOA que o prazo prescricional volta a correr a partir do dia em que cessar a causa da suspensão.

Além disso, o prazo de prescrição interrompe-se, nos termos do art. 114.º do EOA, com a notificação ao advogado arguido da instauração do processo disciplinar e da acusação.

Após cada período de interrupção começa a correr novo prazo de prescrição (art. 114.º, n.º 2 do EOA).

Tendo presente este enquadramento de direto, importa revertê-lo para os factos apurados no julgamento de facto.

O procedimento disciplinar foi instaurado contra a Autora, ora Recorrente pela sua atuação ocorrida em 24/01/2006, com a dedução da contestação e de pedido reconvenicional sem cumprimento do dever de comunicação prévia previsto no art. 91.º do EOA.

Para o que aqui releva, com a instauração do processo disciplinar em **06/06/2006**, *interrompeu-se* a contagem do prazo prescricional.

O prazo não recomeçou, porém, a contar-se, porquanto o art. 113.º, n.º 1, alínea b) do EOA prevê a sua *suspensão* a partir da notificação da acusação, em **03/12/2007** e enquanto estiver pendente o procedimento disciplinar.

Ora, o n.º 2 do art. 113.º do EOA, na redação aplicável ao caso dos autos, prevê, porém, que a suspensão naquele caso não pode ultrapassar o prazo de dois anos, pelo que se reiniciou a sua contagem em 06/12/2009, terminando o prazo de cinco anos em 06/12/2014.

A decisão final do procedimento disciplinar foi praticada em 23/12/2008 e confirmada por deliberação do Conselho Superior da Ordem dos Advogados em 03/12/2012 [alíneas J), K), M) e N) do probatório], portanto antes de prescrever o procedimento disciplinar.

Tal como decidido na sentença recorrida, não tem, por isso, razão a Recorrente ao defender que o referido prazo continuou a correr e que o procedimento disciplinar prescreveu na pendência dos presentes autos.

“O procedimento disciplinar tem natureza administrativa e termina com uma decisão administrativa, não se podendo pretender que o mesmo abrange, também, a fase judicial (neste sentido, veja-se, entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, no processo n.º 0797/04, de 15/12/2004 e, também, o acórdão do Supremo Tribunal de justiça, no processo n.º 126/11.5YFLSB, de 05/07/2012).

Acresce que, por força do disposto nos arts. 306.º, n.º 1 e 321.º do CC, o prazo de prescrição não corre entre a data do ato que a decidiu e o trânsito em julgado da decisão que julgou a impugnação judicial desse mesmo ato (v. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 0551/09, de 27/01/2010 e processo n.º 0471/15, de 22/05/2015).

Termos em que não se verifica a prescrição do procedimento disciplinar, tendo a decisão final sido praticada antes do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 112.º, n.º 2 do EOA”.

Em face do exposto, será de julgar improcedente, por não provado, o fundamento do recurso, não se verificando a prescrição do procedimento disciplinar.

Em consequência, será de **negar provimento ao recurso**, por não provados os seus fundamentos, **mantendo-se** a sentença recorrida, que manteve na ordem jurídica a deliberação impugnada, de aplicação da pena disciplinar à ora Recorrente.

Sumariando, nos termos do n.º 7 do art. 663.º do CPC, conclui-se da seguinte forma:

I. O quadro normativo aplicável aos Advogados, previsto no seu respetivo Estatuto, consagra no seu art. 91.º o *dever de comunicação*, à luz da Lei n.º 15/2005, de 26/01.

II. Apurando-se que a ora Recorrente não dirigiu qualquer comunicação à advogada autora da ação, não a informando quer da apresentação da contestação, quer da dedução do pedido reconvenicional, está verificada a prática da infração disciplinar por violação do art. 91.º do EOA.

III. Essa comunicação não se pode ter por realizada em consequência da comunicação a um outro advogado, informando-o de que contra ele seria deduzido o incidente de intervenção provocada, ainda que esse advogado seja colega de escritório da advogada e de tais advogados serem casados entre si.

IV. A comunicação é *pessoal* e não feita por interposta pessoa, pelo que, qualquer comunicação feita a um certo advogado só produz efeitos em relação a ele e não em relação a qualquer outro, de modo que a comunicação dirigida ao advogado colega de escritório e marido da participante não a informa que vai ser apresentada contestação e, menos ainda, de nela ir ser deduzido pedido reconvenicional.

V. Tanto mais, por a *reconvenção* consistir num contra-pedido ou numa contra-ação que o réu deduz contra o autor, de forma a que, a partir desse momento, a primitiva instância processual deu lugar a pedidos ou ações cruzadas entre os respetivos sujeitos processuais.

VI. O art. 91.º do EOA tem aplicação ao advogado não apenas quando atue como advogado do autor, mas também quando atue como advogado do réu, visto o preceito legal abranger *toda e qualquer diligência judicial promovida pelo advogado contra outro advogado* ou magistrado.

VII. A norma do art. 91.º do EOA adota uma formulação suficiente abrangente para incluir no dever de comunicação prévia entre advogados *qualquer procedimento judicial ou de qualquer outra natureza e qualquer diligência judicial promovida contra outro advogado*, sem introduzir quaisquer diferenciações.

VIII. Por princípio, no âmbito do processo disciplinar não pode, em regra, o juiz sindicar a medida da pena, salvo nos casos de erro grosseiro ou clara violação do princípio da proporcionalidade.

Por tudo quanto vem de ser exposto, decide-se no presente Tribunal Central Administrativo Sul, em **negar provimento ao recurso**, por não provados os seus fundamentos, **mantendo-se** a sentença recorrida, que mantém a deliberação impugnada na ordem jurídica.

Custas pela Recorrente.

Registe e Notifique.

A Relatora consigna e atesta, que nos termos do disposto no art. 15.º-A do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13/03, aditado pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 01/05, tem voto de conformidade com o presente Acórdão os restantes Juízes integrantes da formação de julgamento, os Desembargadores, Pedro Marchão Marques e Alda Nunes.

ANA CELESTE CARVALHO
Relatora

ORDEM DOS ADVOGADOS

Regulamento n.º 391/2021

Regulamento do Regime do Referendo, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 26 de março de 2021

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 26 de março de 2021, ao abrigo do disposto na alínea *d*), do n.º 2, do art. 33.º e do n.º 5, do art. 26.º, ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar o seguinte Regulamento:

Regulamento do Regime do Referendo

Artigo 1.º

Iniciativa

No caso de ser aprovado em Assembleia, o referendo deve ser realizado no prazo de 30 dias a contar da iniciativa de convocação do referendo.

Artigo 2.º

Formulação

1. O referendo só pode versar sobre uma matéria.
2. A proposta de referendo deve conter o texto da questão a referendar, o seu carácter consultivo ou vinculativo, bem como a indicação do órgão sobre que recai a competência do assunto a referendar.

3. As perguntas são formuladas com objetividade, clareza e precisão e para respostas de sim ou não, sem sugerirem, direta ou indiretamente, o sentido das respostas.

Artigo 3.º

Voto

Todo o processo organizativo do referendo deve respeitar as regras previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados e no Regulamento Eleitoral da Ordem dos Advogados, com as necessárias adaptações.

Artigo 4.º

Do resultado oficial do apuramento

Os resultados apurados serão comunicados ao Bastonário, na sede nacional da Ordem dos Advogados, em Lisboa, onde funcionará a assembleia geral sob sua presidência, na presença dos Advogados e Advogadas presentes.

Artigo 5.º

Da afixação do texto do referendo

Em todas as secções eleitorais deverá ser afixado, em local visível, o texto do referendo.

Artigo 6.º

Integração de lacunas

Em tudo o aqui omissa dever-se-á o regulamento do referendo reger pelo previsto no Regulamento Eleitoral em vigor, bem como no previsto no EOA.

20 de abril de 2021

PROF. DOUTOR LUÍS MENEZES LEITÃO
Presidente da Assembleia Geral

80 Anos de sabedoria
80 Anos de conhecimento
jurídico

A ROA através
do formulário online
disponível em
www.oa.pt

SUBSCREVA!

Revista em suporte papel mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

Revista em suporte E-book enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.

Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA