

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

ESPECIAL

Comemoração dos 80 anos da ROA

BASTONÁRIO LUÍS MENEZES LEITÃO

A substituição fideicomissária

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

Da resolução do contrato

DÁRIO MOURA VICENTE

Aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na Internet?

GERMANO MARQUES DA SILVA

Ética e estética do Processo Penal

JOSÉ OSVALDO GOMES

Jurisprudência Crítica, Resolução de Expropriar

PAULO DE PITTA E CUNHA

A União Europeia e o risco de desagregação

Doutrina

DÉBORA MELO FERNANDES

Reflexões sobre a delimitação da capacidade jurídica das empresas públicas: o princípio da especialidade

DIOGO FIGUEIREDO PERFEITO DIAS FERREIRA

Trabalhador, reserva da intimidade da vida privada e redes sociais

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Extensão subjetiva da eficácia do caso julgado formado sobre a existência dum caminho público em ação entre o município e o proprietário do prédio por ele atravessado

LUCINDA DIAS DA SILVA

Publicidade e segredo em Processo Civil — que fronteiras?

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

Temas de Direito Marítimo V — Contrato de fretamento à viagem

MANUEL CARNEIRO DA FRADA e FRANCISCO MENDES CORREIA

Actuação por conta do gerente de comércio e tutela da contraparte

MARIA DE LURDES PEREIRA

Danos futuros e arbitragem. Fundamento, extensão e limites da ação (arbitral) de modificação de sentença arbitral

MARIA ELISABETE RAMOS

Contrato de seguro e cobertura de riscos associados à pandemia de COVID-19

SIMÃO MENDES DE SOUSA

A arbitragem e a contratação pública: 3 pecados originais e a reforma que fica por fazer

TOMÁS CANTISTA TAVARES

Prescrição da Prestação Tributária: execução fiscal, suspensão e “declaração em falhas”

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral. Processo n.º 15/PP/2020-G — Impedimento de Advogado quanto a autenticação de documento.

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 52/XIV/1.^a (GOV) que autoriza o Governo a aprovar um Regime Especial de Expropriações e Constituição de Servidões Administrativas.

Vida Interna

- Posição da Ordem dos Advogados sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção.
- Deliberação n.º 822/2020, de 21 de Agosto — Regulamento da Ordem dos Advogados sobre a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 80
2 0 2 0



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados e Director
Luís Menezes Leitão

Sub-Director
Rui Cardona Ferreira

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>

RUI CARDONA FERREIRA
Editorial p. 423

ESPECIAL
Comemoração dos 80 anos da ROA

BASTONÁRIO LUÍS MENEZES LEITÃO
A substituição fideicomissária p. 425

Estudo sobre a controversa figura da substituição fideicomissária, um caso de propriedade a termo que tem resistido às sucessivas tentativas de a restringir e que continua a suscitar dúvidas aos nossos tribunais.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO
Da resolução do contrato p. 445

A resolução tem uma presença diversificada, no Código Civil. O artigo pretende precisá-la, focando os seus pressupostos, a sua natureza e o seu uso indevido.

DÁRIO MOURA VICENTE
Aplicação extraterritorial do direito ao esquecimento na internet? p. 475

1. O problema. 2. Os interesses em jogo. 3. O caso *Costeja*. 4. A situação noutras jurisdições. 5. Os problemas suscitados pela diversidade de regimes nacionais. 6. O caso *Google c. CNIL*. 7. Uma extraterritorialidade mitigada. 8. Balanço.

GERMANO MARQUES DA SILVA
Ética e estética do Processo Penal p. 489

O A. confronta neste artigo as normas e os princípios do processo penal português, que considera corresponder, em geral, aos cânones do justo processo, com a sua aplicação pelos agentes da justiça, que entende frequentemente desajustada à lei e por isso anética e inestética. O artigo analisa desde a disposição dos sujeitos processuais na sala de audiências à publicidade do processo e comunicação social, passando pelo tratamento do arguido em confronto com o princípio da presunção de inocência — «a pior mentira da linguagem dos juristas!» —, pelo peso dos autos do inquérito nos interrogatórios e instâncias e praxe na aplicação de medidas de coação, para concluir que o desprestígio da justiça não resulta da lei que temos mas sobretudo do modo de agir dos seus principais atores (magistrados e

advogados). E conclui. Para que o povo soberano volte a ter confiança na justiça é preciso primeiro que as gentes da justiça, sem escapar nenhum, acreditem e se esforcem por serem pelo menos bons artesãos do Direito, para o que, imbuídos do sentimento de Justiça, devem fazer corresponder a sua prática às normas que a disciplinam, porque se a busca da justiça é de natureza ética, a estética judiciária também o é.

JOSÉ OSVALDO GOMES

Jurisprudência Crítica, Resolução de Expropriar p. 521

Regime e alcance da notificação da resolução de expropriar. Consequências de ilegalidades conexas. A redução de garantias dos interessados nas novas expropriações do *PEES*.

PAULO DE PITTA E CUNHA

A União Europeia e o risco de desagregação p. 551

As ameaças à subsistência do projecto europeu e a inexistência de terreno propício para o federalismo. A exiguidade do orçamento da União e a concentração na acção reguladora. A acentuação do desnível do PIB “per capita” português em relação à média da União Europeia. A premência da realização de reformas estruturais.

Doutrina

DÉBORA MELO FERNANDES

Reflexões sobre a delimitação da capacidade jurídica das empresas públicas: o princípio da especialidade p. 559

Uma análise sobre os critérios que recortam a capacidade jurídica de direito privado das empresas públicas em função da sua tipologia (entidades públicas empresariais vs empresas públicas sob a forma societária).

DIOGO FIGUEIREDO PERFEITO DIAS FERREIRA

Trabalhador, reserva da intimidade da vida privada e «redes sociais» p. 585

Reflexão tangente às questões que a utilização de «redes sociais» suscita no plano do Direito, com especial incidência no âmbito juslaboral.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Extensão subjetiva da eficácia do caso julgado formado sobre a existência dum caminho público em ação entre o município e o proprietário do prédio por ele atravessado p. 613

Ilustra-se o paralelismo entre a projeção subjetiva dos efeitos da sentença proferida sobre matéria suscetível de constituir objeto de ato administrativo e a projeção subjetiva dos efeitos da sentença civil proferida sobre negócio jurídico.

LUCINDA DIAS DA SILVA

Publicidade e segredo em Processo Civil — que fronteiras? p. 633

Embora conceitos antagónicos, a publicidade e o segredo servem, processualmente, um mesmo fim — a garantia do *due process of law*, nas clássicas e novas dimensões que este assume.

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

Temas de Direito Marítimo V — Contrato de fretamento à viagem
p. 667

O presente artigo ocupa-se do contrato de fretamento marítimo à viagem, considerado como um subtipo do contrato de transporte marítimo.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA e FRANCISCO MENDES CORREIA

Actuação por conta do gerente de comércio e tutela da contraparte
p. 683

MARIA DE LURDES PEREIRA

Danos futuros e arbitragem. Fundamento, extensão e limites da ação
(arbitral) de modificação de sentença arbitral p. 723

O Código Civil dá ao lesado a possibilidade de obter indemnização por danos que ainda não sofreu, mas que se prevê que ocorram no futuro. A via antecipatória aberta pela lei coloca dúvidas a que se tenta dar resposta no presente artigo.

MARIA ELISABETE RAMOS

Contrato de seguro e cobertura de riscos associados à pandemia de
COVID-19 p. 767

O texto analisa o regime excecional e temporário relativo ao contrato de seguro consagrado no DL 20-F/2020, de 12 de maio, em resposta aos efeitos da pandemia COVID-19.

SIMÃO MENDES DE SOUSA

A arbitragem e a contratação pública: 3 pecados originais e a reforma
que fica por fazer p. 801

O presente estudo reflete, em face das reformas de 2017 e 2019, sobre os pecados originais e a reforma pendente no regime da arbitragem na contratação pública.

TOMÁS CANTISTA TAVARES

Prescrição da Prestação Tributária: execução fiscal, suspensão e
“declaração em falhas” p. 835

Prescrição da obrigação tributária; estado da arte na jurisprudência; execução fiscal; interrupção e suspensão; efeitos da “declaração em falhas”.

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral. Processo n.º 15/PP/2020-G — Impedimento de Advogado quanto a autenticação de documento p. 857

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 52/XIV/1.^a (GOV) autorizar o Governo a aprovar um Regime Especial de Expropriações e Constituição de Servidões Administrativas p. 863

Vida Interna

- Posição da Ordem dos Advogados sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção p. 877
- Deliberação n.º 822/2020, de 21 de Agosto — Regulamento da Ordem dos Advogados sobre a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo p. 897

EDITORIAL

Volvidos praticamente 80 anos sobre a publicação do primeiro volume da Revista da Ordem dos Advogados — então, sob um Conselho Diretivo integrado por nomes tão ilustres como FERNANDO OLAVO, JOSÉ MARIA GALVÃO TELES, CÉSAR ABRANCHES, ANTÓNIO PINTO DE MESQUITA e FRANCISCO M. GENTIL (este último, diretor e editor) —, o volume que ora se publica integra uma secção especial, comemorativa desse evento, contendo um notável acervo de estudos jurídicos da autoria do Senhor Bastonário, Professor Doutor Luís Menezes Leitão, e de insignes membros do Conselho Consultivo desta revista.

E é curioso notar que, percorrendo o índice desse primeiro volume e o índice daquele que agora se dá à estampa, deteta-se um evidente paralelismo, muito marcado pela dupla vocação da Revista da Ordem dos Advogados, enquanto publicação jurídica de primeira referência, mas com a peculiaridade de assentar e radicar numa base institucional, que é a da Ordem dos Advogados. Por isso, neste como nesse primeiro volume, encontram-se publicados, entre outros, textos doutrinários e atos internos da Ordem dos Advogados.

Do mero confronto entre esses dois volumes, duas notas mais assomam imediatamente ao espírito de qualquer leitor.

Em primeiro lugar, uma mera curiosidade editorial: regista-se que, embora formalmente qualificada como publicação trimestral, esse primeiro volume reunia já as publicações dos primeiro e segundo trimestres de 1941. Trata-se de uma prática de gestão editorial que bem se compreende e que, oito décadas depois, se repetiu neste ano de 2020, como em muitos outros.

Em segundo lugar, e para além da dimensão jurídica e científica dos textos publicados, o primeiro volume da Revista da Ordem dos Advogados e este volume têm também em comum o facto de se apresentarem à comunidade jurídica num contexto coletivo particularmente difícil, ainda que não comparável: em 1941, travava-se a Segunda Guerra Mundial, que

embora com a neutralidade de Portugal (não curando aqui de saber se de verdadeira neutralidade se tratou e que evolução teve ao longo do conflito) opôs o nazismo ao mundo livre; neste ano de 2020, a humanidade inteira vê-se violentamente confrontada com a pandemia do novo coronavírus, que além das vidas ceifadas tem perturbado radicalmente o modo de vida de todos. Em diferentes medidas, um contexto e outro lembram-nos a nossa fragilidade individual, mas também a perenidade das instituições, como a própria Ordem dos Advogados e a sua revista.

Por fim, importa assinalar, com natural satisfação, que além dos textos que integram a secção comemorativa, a comum secção de doutrina deste volume inclui, uma vez mais, estudos jurídicos do maior interesse científico e prático, em temas tão diversos como o Direito administrativo, o Direito comercial, o Direito fiscal, o Direito laboral, o Direito dos seguros ou arbitragem. Textos de diferentes autorias ou academias e diferentes estilos, dimensões ou lastros teóricos. Mas todos com merecido espaço na Revista da Ordem dos Advogados.

Lisboa, outubro de 2020

RUI CARDONA FERREIRA

ESPECIAL

Comemoração dos 80 anos da ROA

A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão(*)

SUMÁRIO:

1. Generalidades. 2. Evolução histórica. 3. Elementos constitutivos da substituição fideicomissária. 3.1. Generalidades. 3.2. Dupla liberalidade com o mesmo objecto. 3.3. Encargo imposto ao beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário. 3.4. Ordem sucessiva. 4. Âmbito de aplicação. 5. Limites de validade. 6. Situação jurídica do fiduciário. 7. Situação jurídica do fideicomissário. 8. Os fideicomissos irregulares. 9. Natureza da substituição fideicomissária.

(...) o fideicomisso não passa de uma velharia inútil, de mera patacoada jurídica, que só serve para dar que fazer a advogados e juizes, sobre a interpretação de cláusulas que os testadores ou notários redigiram mal, e que origina, nos tribunais, frequentes iniquidades (...).

CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, p. 164.

1. Generalidades

De acordo com a definição do art. 2286.º, “diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pelo qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição”(1). O art. 2296.º

(*) Bastonário da Ordem dos Advogados, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Cf. sobre a substituição fideicomissária, JOSÉ TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, I — *Introdução. Noções e princípios fundamentais. Primeira parte: Sucessão testamentária*, 2.ª ed. Lisboa,

estende a aplicação desta figura aos legados. Trata-se assim de uma situação em que o sucessor instituído em primeiro lugar (o fiduciário) fica obrigado a conservar o objecto da sucessão para que ele reverta por sua morte em benefício de um segundo sucessor (o fideicomissário). Em ordem a permitir o conhecimento da situação por terceiros, a cláusula fideicomissária está sujeita a registo, nos termos do art. 94.º b) C.R.P.

A substituição fideicomissária corresponde a uma hipótese típica de vocação sucessiva, em que se verificam duas vocações, primeiro a favor do fiduciário e depois do fideicomissário, após a morte deste. Ao contrário do que se verifica na vocação indirecta, que toma por referência outro chamado cuja vocação não se concretizou, aqui verificam-se e concretizam-se duas vocações, as quais resultam do mesmo negócio jurídico (testamento ou pacto sucessório) celebrado pelo *de cuius*, o que vai permitir a aquisição sucessiva dos bens por parte dos dois chamados⁽²⁾. As vocações originadas pela substituição fideicomissária são especiais, porque a vocação do fiduciário, sendo originária, extinguir-se-á pela sua morte, estando assim sujeita a termo incerto, enquanto que a vocação do fideicomissário, sendo subsequente, se encontra suspensa até à morte do fiduciário, não retroagindo ao momento da abertura da sucessão⁽³⁾.

Assim, a substituição fideicomissária distingue-se da substituição directa pelo que nesta o substituído não chega a exercer o direito de suceder, enquanto que naquela esse direito é efectivamente exercido. Enquanto que na substituição directa há apenas um chamamento eficaz, a substituição fideicomissária pressupõe a eficácia dos dois chamamentos, sendo o

Portugal-Brasil, s.d. (mas 1925), p. 411, ss., CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 145, ss., ANTÓNIO DE FIGUEIREDO DA COSTA FARO, “Substituições fideicomissárias”, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, pp. 105-134, GALVÃO TELLES, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 97, ss., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 232, ss., RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 220, ss., PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid iuris, 2012, p. 260, ss., LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 240, ss., JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2017, p. 239, ss., e CARLOS OLAVO, “Substituição fideicomissária”, em António Menezes Cordeiro/Luís Menezes Leitão/Januário Costa Gomes (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I — *Direito Privado e Vária*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 391-521.

(2) Precisamente por esse motivo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, Livraria Morais, 1962, pp. 250-251, chegou a contestar que a substituição fideicomissária fosse uma verdadeira substituição, considerando-a um fenómeno semelhante ao do usufruto sucessivo, “dada a impossibilidade de se transmitir por morte um direito que com ela se extingue”. Mas, como refere CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 393, a designação de substituição é correcta, uma vez que “o fideicomissário vem ocupar o lugar do fiduciário quanto à titularidade dos bens deixados”.

(3) Cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, p. 261.

substituto chamado depois do substituído. Por isso se pode dizer que “a substituição directa consiste numa dupla disposição alternativa, que se resolverá necessariamente numa única disposição de bens”, enquanto que “a substituição fideicomissária consiste numa dupla disposição sucessiva, que se traduz normalmente numa aquisição sucessiva dos bens”⁽⁴⁾.

A substituição fideicomissária também se distingue da substituição pupilar e quase-pupilar, uma vez que nesta o progenitor se substitui ao filho ou ao maior acompanhado na realização do seu testamento, e portanto na qualidade de testador, enquanto que naquela é o herdeiro ou legatário que é substituído. Para além disso, o substituto pupilar não é herdeiro do testador, nem vem a receber quaisquer bens deste, adquirindo bens que foram do filho ou do maior acompanhado, após a sua morte, e que este tenha adquirido por via do testador.

2. Evolução histórica

Os fideicomissos surgem no Direito Romano como forma de reagir contra as incapacidades sucessórias, que nesse ordenamento tinham grande amplitude, assim como para ultrapassar as formalidades testamentárias. Em consequência, perante a impossibilidade de determinada pessoa suceder ao testador, este solicitava a um seu herdeiro ou legatário (o fiduciário), que após a sua morte transmitisse todos esses bens ou parte deles a um terceiro (fideicomissário). Esta vinculação não tinha, porém, força jurídica, sendo apenas um dever moral, frequentemente incumprido pelo fiduciário⁽⁵⁾. Apenas com Augusto veio a ser reconhecida força jurídica aos fideicomissos (Iust. Inst. 2.23.1.), ainda que, diferentemente dos legados, não pudessem ser sujeitos à *actio ex testamento*, mas a uma jurisdição especial, o *praetor fideicommissarius*, que poderia reconhecê-los através do processo da *cognitio extra ordinem*⁽⁶⁾. O fideicomissário tornou-se assim credor do fiduciário que era obrigado a cumprir as disposições testamentárias, transmitindo-lhe os bens. No caso dos fideicomissos parciais, tal decorria de *stipulationes* parciais semelhantes ao cumprimento do legado pelos her-

(4) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 394.

(5) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 399-400.

(6) Cf. THOMAS RÜFNER, “Testamentary Formalities in Roman Law”, em KENNETH G C REID/MARIUS J DE WAAL/REINHARD ZIMMERMANN, *Comparative Succession Law, I-Testamentary Formalities*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 1-26 (12-13).

deiros. No caso dos fideicomissos universais, o cumprimento dos mesmos passava por vendas fictícias da herança (*stipulationes emptae et vendita hereditatis*; Gai Inst. 2.256 e Iust. Inst. 2.23.6). Essa solução tinha, no entanto, o problema de manter o fiduciário responsável, o que levou a que, no tempo de Nero, o *Senatusconsultus Trebellianus* decidisse que a transmissão dos bens se fazia através de um único acto, a *restitutio*, através do qual o fideicomissário assumia a qualidade de herdeiro. Como a posição do fiduciário continuava a ser considerada frágil, o *Senatusconsultus Pegasianus*, permite-lhe reter a quarta parte dos bens que a *Lex Falcidia* reconhecia aos herdeiros testamentários excessivamente onerados⁽⁷⁾.

Com o Direito Justiniano, tanto fiduciário e fideicomissário foram reconhecidos como herdeiros, podendo o primeiro reter a quarta parte dos bens e ficando o segundo com direito a receber os bens através da *restitutio*. Nessa época, permitiu-se ainda que os fideicomissos fossem sujeitos a termo, o que permitia que a restituição só se fizesse após determinado lapso de tempo⁽⁸⁾.

No âmbito do Direito Intermédio, o objectivo de manutenção dos bens da família permitiu o desenvolvimento das substituições fideicomissárias, com a estipulação de verdadeiras condições. Foi assim comum no fideicomisso a estipulação da condição *si sine liberis decesserit*, que apenas permitia a transmissão dos bens para o fideicomissário no caso de o fiduciário falecer sem descendentes, destinada a permitir a conservação dos bens na família do gravado, que em regra era parente do testador. A Glosa viria mesmo a considerar essa condição implícita nos fideicomissos⁽⁹⁾. O fideicomisso viria por outro lado a ser associado à proibição de alienação e a ser admitido em vários graus, permitindo assim ao testador criar uma ordem de sucessores, a quem os bens deveriam ser sucessivamente atribuídos e cuja alienação era proibida⁽¹⁰⁾.

Em Portugal, o costume levou ao desenvolvimento de duas formas particulares de fideicomisso: as capelas e os morgadios, os quais eram perpétuos, sucessivos, inalteráveis e indivisíveis, sendo os primeiros deixados para cumprimento de obras pias e os segundos com o fim de conservar o nome da família. Os morgados vieram a ter grande aplicação, embora tenham vindo a ser regulados apenas nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Tit. 100)⁽¹¹⁾.

(7) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 400-401.

(8) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 401.

(9) Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de Representação*, p. 161.

(10) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 402.

(11) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 402-403.

Com o advento do liberalismo e a absolutização do direito de propriedade os fideicomissos entram em decadência, vindo a Revolução Francesa a proibir as substituições fideicomissárias através da Lei 14 de Novembro de 1792 que considerou nulas as disposições a favor do fideicomissário. Indo ainda mais longe, o Código Civil francês de 1804 considerou nulas as mesmas também em relação ao fiduciário (art. 896.º)⁽¹²⁾. A difusão das ideias revolucionárias francesas pela Europa levou à proibição geral das substituições fideicomissárias nos diversos países europeus⁽¹³⁾.

Em Portugal, os fideicomissos perpétuos foram reduzidos pelo Decreto de 4 de Abril de 1832 e definitivamente abolidos pelas Leis de 30 de Junho de 1860 e de 19 de Maio de 1863. Os restantes continuaram, no entanto, a ser admitidos, gerando controvérsia na doutrina sobre qual o grau até ao qual poderiam vigorar⁽¹⁴⁾.

O Código Civil de 1867 viria a restringir ainda mais as substituições fideicomissárias, apenas as admitindo para o futuro em proveito dos netos ou de sobrinhos do testador (art. 1867.º). Já os fideicomissos de pretérito só foram considerados válidos até ao primeiro grau (art. 1874.º). A sanha contra os fideicomissos viria, no entanto, a ser atenuada pelo Decreto n.º 19126, de Dezembro de 1930, que alterou o art. 1867.º, voltando a permitir todas as substituições fideicomissárias em um grau. Foi essa a solução que igualmente passou para o actual Código Civil (art. 2288.º).

3. Elementos constitutivos da substituição fideicomissária

3.1. Generalidades

A substituição fideicomissária possui os seguintes elementos constitutivos:

- a) Dupla liberalidade com o mesmo objecto;

(12) Code Civil, art. 896.º: “*Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué ou du légataire*”. Hoje esta disposição limita-se a prever: “*La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d’effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi*”.

(13) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 406.

(14) Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 110, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 406.

- b) Encargo imposto ao primeiro beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário;
- c) Ordem sucessiva⁽¹⁵⁾.

Examinemos sucessivamente estes elementos.

3.2. Dupla liberalidade com o mesmo objecto

O primeiro elemento da substituição fideicomissária é a existência de uma dupla liberalidade, pretendendo assim o autor da mesma beneficiar sucessivamente duas pessoas, o fiduciário e fideicomissário. Essa dupla liberalidade corresponde habitualmente a uma disposição testamentária (arts. 2286.º e ss.), podendo ser uma deixa a título de herança ou um legado (art. 2296.º). Mas pode igualmente a dupla liberalidade resultar de uma doação por morte (art. 1700.º, n.º 2) ou mesmo de uma doação em vida (art. 962.º).

A dupla liberalidade tem que ter, porém, o mesmo objecto, tendo assim o fideicomissário que receber os mesmos bens deixados ao fiduciário, sem o que se estaria perante um encargo a termo inicial e não uma substituição fideicomissária⁽¹⁶⁾. A substituição fideicomissária envolve assim necessariamente uma disposição de bens, não podendo consistir na simples constituição de obrigações e esses bens terão que pertencer ao autor da liberalidade, sem o que também não existirá substituição fideicomissária⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Cf. VAZ SERRA, “Sobre o problema dos fideicomissos condicionais”, na *RLJ* 62 (1929-1930), pp. 145-147, 161-163, 177-179, 193-196, 209-212, 225-228, 241-244, 257-259, 273-276, 289-291, 305-308, 321-324, 337-340, 353-356, 369-372, 385-388, 401-404 e 63 (1930-1931), pp. 2-4 e 17-202 (354), CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, pp. 151 e ss., ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.os 3 e 4, p. 111, ss., e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 431.

⁽¹⁶⁾ Assim, ABRANCHES FERRÃO, *Das doações segundo o Código Civil Português*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1911, pp. 289-290 e ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.os 3 e 4, p. 115. Na verdade, se alguém deixar a outrem determinados bens e determinar que, no momento da morte deste, sejam pagos € 50.000 a terceiro, a situação não é de substituição fideicomissária, mas antes de legado a termo inicial (art. 2243.º, n.º 1). Efectivamente, nesta situação não há qualquer obrigação de conservação dos bens, pelo que o beneficiário pode dispor dos mesmos, sendo apenas constituída, uma dívida que se vencerá no momento da sua morte.

⁽¹⁷⁾ Assim, e conforme salienta CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 433, e nota (117), se o testador impuser ao herdeiro ou legatário instituído o encargo de conservar bens do próprio her-

3.3. Encargo imposto ao beneficiário da liberalidade de conservar durante a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário

O segundo elemento da substituição fideicomissária é a inclusão de um encargo imposto ao primeiro beneficiário da liberalidade de conservar durante toda a sua vida o objecto da mesma para que este reverta por sua morte a favor do segundo beneficiário. No art. 1868.º do Código Civil de 1867 falava-se antes que o herdeiro ou legatário era “encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou legado”. Tal levava a que a doutrina falasse na altura na existência de um encargo de “conservar e transmitir”⁽¹⁸⁾, posição que estranhamente se manteve perante o Código Civil actual⁽¹⁹⁾. A verdade é que desde sempre se admitiu que essa formulação é incorrecta, uma vez que a mesma não expressa nem a situação jurídica do fiduciário nem a dos bens, dado que o fiduciário não tem que praticar qualquer acto de transmissão para o fideicomissário, ocorrendo esta de forma automática com a morte daquele⁽²⁰⁾. O encargo limita-se assim à conservação dos bens, sendo a sua transmissão por morte para o fideicomissário uma consequência legal, que embora corresponda ao fim da obrigação de conservação, não corresponde a qualquer nova obrigação autónoma. Se o fiduciário não alienar e mantiver os bens durante a sua vida, cumpriu os termos do encargo existente na substituição fideicomissária.

3.4. Ordem sucessiva

O último elemento da substituição fideicomissária consiste no facto de as duas disposições gratuitas dos mesmos bens deverem produzir efeitos numa ordem sucessiva (*ordo successivus*). Efectivamente, a segunda disposição gratuita deve ser realizada em ordem a só ter eficácia após a extinção da eficácia da primeira, com a morte do fiduciário. O fiduciário

deiro ou legatário para os atribuir por morte deste a terceiro, aplicar-se-á o art. 2251.º, com a especialidade de se tratar de um legado a termo inicial.

⁽¹⁸⁾ Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 114.

⁽¹⁹⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

⁽²⁰⁾ Cf. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 114, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

poderá assim aproveitar dos bens durante toda a sua vida, passando depois os mesmos a beneficiar o fideicomissário, salvo se este não sobreviver ao fiduciário. Daqui resulta esta ordem sucessiva na propriedade dos mesmos bens, que passam a ser propriedade de uma pessoa, depois de terem pertencido a outrem durante toda a vida desta última.

A ordem sucessiva é estabelecida através da sujeição a termo final da atribuição ao fiduciário e a um coincidente termo inicial da atribuição ao fideicomissário. Em consequência, os dois são chamados sucessivamente à herança ou ao legado de acordo com a ordem fixada pelo testador, a qual opera com eficácia real. No entanto, a ordem sucessiva não corresponde a uma sucessão do fideicomissário em relação ao fiduciário, sendo ambos sucessores do testador, a cuja sucessão são chamados⁽²¹⁾.

4. Âmbito de aplicação

A substituição fideicomissária encontra-se especialmente prevista no âmbito da sucessão testamentária, regulada pelos art. 2286.º e ss. O art. 962.º autoriza igualmente a utilização de substituições comissárias nas doações em geral, o que permite igualmente a sua aplicação no quadro da doação por morte, no âmbito da sucessão contratual. O art. 1700.º, n.º 2, é aliás expresso em permitir o recurso a substituições fideicomissárias em relação aos pactos sucessórios estabelecidos na convenção antenupcial. A substituição fideicomissária pode naturalmente também ser realizada no caso de doações em vida.

Já no âmbito da sucessão legitimária, a substituição fideicomissária é vedada pelo art. 2163.º, que impede o testador de instituir encargos sobre a legítima contra a vontade do herdeiro. Também não é conceptualmente admissível a aplicação da substituição fideicomissária em relação à sucessão legítima, uma vez que a sua instituição por testamento ou pacto sucessório implicaria que os herdeiros legítimos passassem a sucessores testamentários ou contratuais. É, aliás, o que sucede no caso previsto no art. 2295.º, n.º 2, em que, no caso de proibição ao herdeiro de dispor dos bens da herança, são considerados como fideicomissários os herdeiros legítimos do fiduciário⁽²²⁾.

(21) Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 451-452.

(22) Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 242.

5. Limites de validade

A lei admite a possibilidade de a substituição fideicomissária ser plural, não havendo assim obstáculos à designação simultânea de vários fiduciários ou de vários fideicomissários (art. 2287.º). Nesse caso, naturalmente que a aquisição para o ou para os fideicomissários só se verifica com o falecimento do último dos fiduciários.

São, porém, nulas as substituições fideicomissárias em mais de um grau, como na hipótese de o fideicomissário ser por sua vez designado fiduciário de outro fideicomissário (art. 2288.º). Trata-se de uma regra que se justifica pelo facto de se pretender estabelecer excessivos encargos sobre os bens, restringindo a faculdade de disposição dos mesmos, como inevitavelmente resultaria da instituição de duas substituições sucessivas.

A lei esclarece que esta proibição se verifica, ainda que a reversão da herança para o fideicomissário fique sujeita a condição (art. 2288.º). A lei não proíbe a estipulação de fideicomissos condicionais, admitidos nos termos gerais do art. 2229.º, como na hipótese de alguém condicionar a reversão para o fideicomissário para o caso de o fiduciário falecer sem descendentes (condição *si sine liberis decesserit*)⁽²³⁾. A lei já proíbe, no entanto, a utilização da condição para tentar elidir essa proibição, como na hipótese de alguém determinar uma reversão para um segundo fideicomissário, subordinada a um acontecimento futuro e incerto. Seria o caso de alguém determinar a atribuição dos seus bens a António, com o encargo de os transmitir por morte para Bernardo, mas que, se este último falecesse sem descendentes, os seus bens passariam para Carlos.

A maioria da doutrina considera, porém, que o facto de o art. 2288.º apenas se referir a que a reversão para o fideicomissário fique subordinada a um acontecimento futuro e incerto impede a estipulação apenas da con-

⁽²³⁾ No âmbito da doutrina mais antiga, sustentava-se a incompatibilidade entre a estipulação de condições e a substituição fideicomissária. Cf. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*, I — *A condição*, Coimbra, Imprensa da Universidade, pp. 449-450, nota (para quem o fideicomisso condicional é uma “figura jurídica impossível”) e ABRANCHES FERRÃO, *Das doações*, I, p. 286, ss. Em conformidade com esta orientação, o Assento STJ 14/12/1937 (Carlos Alves), processo 049523, publicado no D.G. I Série de 28/12/1937, estabeleceu que “o legado de certa coisa a uma pessoa, sob a condição de passar a terceira se aquela falecer sem descendentes é condicional e válido e não substituição fideicomissária”. Mas essa concepção foi rapidamente ultrapassada, tornando-se pacífica a admissibilidade dos fideicomissos condicionais, podendo a condição ser aposta à instituição, à reversão ou simultaneamente a ambas. Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de representação*, pp. 160 e ss., VÁZ SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), pp. 323 e ss. ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 121, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 441 e ss. Na jurisprudência, veja-se o Ac. STJ 7/11/2019 (MARIA ROSA TCHING), processo 3077/16.3T8VIS.C1.S1.

dição suspensiva, mas já não da condição resolutiva, uma vez nesta verifica-se antes a resolução da vocação (art. 270.º), sendo assim a mesma permitida pelo art. 2229.º. Neste enquadramento seria possível instituir uma vocação subordinada à condição resolutiva de o herdeiro instituído falecer sem descendentes, caso em que os bens seriam antes atribuídos a terceiro. Nesse caso, o falecimento sem descendentes resolveria a vocação, considerando-se esse herdeiro como nunca tendo sido chamado, o que afastaria o carácter sucessivo da substituição fideicomissária. A questão de saber se uma cláusula *si sine liberis decesserit* seria uma condição resolutiva em vez de uma substituição fideicomissária dependeria da estipulação do seu efeito retroactivo, sendo matéria a resolver pela interpretação do testamento⁽²⁴⁾.

Parece-nos, no entanto, que o espírito do art. 2288.º é o de evitar a utilização da condição para elidir a proibição das substituições fideicomissárias em mais de um grau, o que tanto se verifica na condição suspensiva como na condição resolutiva. Somos assim de opinião que ambas são vedadas por essa disposição.

Em caso de instituição de uma substituição fideicomissária em mais de um grau, a nulidade dessa substituição fideicomissária não envolve a nulidade da instituição ou da substituição anterior, apenas se considerando a segunda cláusula fideicomissária como não escrita, salvo se o contrário resultar do testamento (art. 2289.º). Trata-se de uma solução questionável, uma vez que o que o testador pretendeu, ao instituir uma substituição fideicomissária em mais de um grau, foi que os bens ficassem em definitivo com o último fideicomissário, enquanto que a solução legal atribui definitivamente esses bens a um fideicomissário intermédio. *De iure condendo*, talvez fizesse por isso mais sentido considerar antes nulos os graus intermédios na substituição fideicomissária.

6. Situação jurídica do fiduciário

Um vez que estamos perante uma situação de vocação sucessiva, a vocação do fiduciário concretiza-se logo no momento da abertura da sucessão, ainda que este tenha o encargo de conservar os bens em ordem a

⁽²⁴⁾ Neste sentido, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2288.º, n.os 5 e 6, pp. 455-456, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, pp. 227-228, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, pp. 244, e nota (456).

permitir a futura vocação do fideicomissário, após a sua morte. O fiduciário assume assim com a abertura da sucessão o estatuto de herdeiro ou legatário do *de cuius*, consoante sucede na totalidade ou numa quota da herança ou em bens determinados (art. 2030.º, n.º 2). Apesar da extensão ao fiduciário do regime do usufruto (art. 2290.º, n.º 2), o mesmo não é considerado necessariamente como legatário (cf. art. 2030.º, n.º 4), podendo ser herdeiro, conforme refere expressamente o art. 2286.º. Como herdeiro, o fiduciário pode exigir a partilha da herança (art. 2101.º), à sua instituição não pode ser aposto termo inicial (art. 2243.º, n.º 2) e goza do direito de acrescer (art. 2301.º)⁽²⁵⁾. Já enquanto legatário, não beneficia das duas primeiras situações, tendo apenas direito de acrescer, caso seja nomeado conjuntamente em relação ao mesmo objecto (art. 2302.º).

A vocação do fiduciário é, porém, uma vocação impura, uma vez que é estabelecida a título provisório, caducando com a sua morte a menos que o fideicomissário não lhe sobreviva, e se encontra onerada com um encargo de conservação dos bens atribuídos⁽²⁶⁾. Conforme acima se salientou, apesar de a lei se referir ainda a um encargo de transmitir os bens a outrem, essa formulação não é correcta, uma vez que substituição fideicomissária não é uma relação fiduciária, processando-se a devolução de bens para o fideicomissário de forma automática, sem necessidade da prática de qualquer acto por parte do fiduciário⁽²⁷⁾.

O fiduciário tem o gozo e administração dos bens (art. 2290.º, n.º 1), nos mesmos termos do que o usufrutário, salvo no que for incompatível com a natureza do fideicomisso (art. 2290.º, n.º 2). No entanto, o fiduciário, salvo em circunstâncias especiais, não tem possibilidade de alienar ou onerar os bens sujeitos ao fideicomisso, devendo considerar-se nulos os negócios jurídicos que celebre nesse sentido, nos termos gerais dos arts. 280.º e 294.º⁽²⁸⁾. Efectivamente, a obrigação de conservação dos bens que recai sobre o fiduciário implica não apenas a obrigação de evitar a sua deterioração ou desvalorização, mas também a proibição da sua disposição ou oneração.

A lei admite, porém, que, em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição, o tribunal possa autorizar a sua alienação ou oneração, com as devidas cautelas (art. 2291.º, n.º 1). A alienação ou oneração pode ainda ser autorizada, nas mesmas condições, em caso de

⁽²⁵⁾ Neste sentido, CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 441, ss., e 468, ss.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 245.

⁽²⁷⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 451.

⁽²⁸⁾ Neste sentido CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 473, ss.

evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário, contanto que os interesses do fideicomissário não sejam afectados (art. 2291.º, n.º 2)⁽²⁹⁾. É de salientar que a alienação tanto pode ser requerida pelo fiduciário como pelo fideicomissário (art. 1013.º, n.º 1, CPC), ainda que pareça que neste último caso apenas pode estar em causa a hipótese do art. 2291.º, n.º 1. Efectivamente, a alienação ou oneração não pode ser pedida no interesse do fideicomissário, e não se compreenderia que fosse este a avaliar da necessidade ou utilidade da mesma para o fiduciário⁽³⁰⁾.

Se a autorização for concedida, deve a sentença fixar as cautelas que devem ser observadas (art. 1013.º, n.º 5, CPC). A lei não explica, porém, em que consistem essas cautelas, parecendo que, no caso de a necessidade ou utilidade ser referida aos bens, as cautelas se satisfarão com a sub-rogação real dos bens, assegurando-se que os bens substituídos não se percam ou diminuam no futuro. Já se a necessidade ou utilidade corresponder ao interesse do fiduciário, a questão é mais controversa. OLIVEIRA ASCENSÃO e MARIA RAQUEL REI sustentam que o interesse do fideicomissário será assegurado através da inoponibilidade a este da alienação ou oneração, fazendo com que à morte do fiduciário os bens revertam para o mesmo, já que o encargo de conservação dos bens teria natureza *propter rem*, transmitindo-se assim para o adquirente dos bens⁽³¹⁾. Já ANTUNES VARELA defende que a melhor forma será “sujeitar a alienação ou oneração dos bens fideicomitidos à condição resolutiva da morte do fiduciário”⁽³²⁾.

Caso o fiduciário seja herdeiro, responde pelos encargos da herança, nos termos do art. 2068.º. No entanto, em consequência da futura reversão dos bens para o fideicomissário, os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de executar os bens sujeitos ao fideicomisso, apenas podendo executar os seus frutos (art. 2292.º).

Com a morte do fiduciário ocorre a devolução da herança ou do legado ao fideicomissário (art. 2293.º, n.º 1) mas, se este não puder ou não quiser aceitá-la, fica sem efeito a substituição e a herança ou o legado con-

(29) A lei já não prevê, porém, que a alienação ou oneração possa ser autorizada em caso de evidente necessidade ou utilidade da mesma para o fideicomissário. Por esse motivo, no Ac. RL 10/5/2007 (GRANJA DA FONSECA), processo 3403/2007-6, indeferiu-se o pedido de alienação dos bens deduzido pela fiduciária com o fim de obter recursos financeiros para custear a aquisição de uma moradia para a fideicomissária, sua filha.

(30) Neste sentido, MARIA RAQUEL REI, *ROA* 54 (1994), p. 162, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 481.

(31) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Observações ao Projecto do Código Civil — A) Direito das Coisas. B) Direito das Sucessões. C) Das Coisas”, na *RDES* 13 (1966), n.ºs 3-4, pp. 217-258 (242-243) e MARIA RAQUEL REI, *ROA* 54 (1994), p. 163.

(32) Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2291.º, n.º 4, p. 460.

sidera-se definitivamente adquirida pelo fiduciário desde a morte do testador (art. 2293.º, n.º 2). Neste caso, não funciona o direito de representação a favor do fideicomissário, ainda que este tenha descendentes [art. 2041.º, n.º 2, b)]⁽³³⁾.

A aquisição definitiva da herança pelo fiduciário em caso de o fideicomissário não poder ou não querer aceitar a herança não corresponde a uma nova aquisição por parte daquele, sendo apenas uma consequência da extensibilidade da situação jurídica de que é titular⁽³⁴⁾.

7. Situação jurídica do fideicomissário

Nos termos do art. 2294.º não há lugar à aceitação ou repúdio da herança ou legado por parte do fideicomissário em vida do fiduciário, nem pode este praticar nesse período quaisquer actos de disposição dos respectivos bens, mesmo que a título oneroso. Efectivamente, a aceitação ou repúdio da herança ou do legado apenas pode ocorrer após a sua devolução com a morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1). Uma vez que se ignora se o fideicomissário sobrevive ou não ao fiduciário, não faria qualquer sentido que ele pudesse dispor de bens que ainda não lhe foram devolvidos e que não se sabe se o chegarão a ser.

Uma vez verificada a devolução, se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança ou o legado, fica sem efeito a substituição, considerando-se os bens hereditários adquiridos definitivamente pelo fiduciário com a morte do testador (art. 2293.º, n.º 2)⁽³⁵⁾. Salienta-se, no entanto, que esta disposição não tem carácter injuntivo, pelo que se admite que o testador disponha em sentido contrário, desde que tal

⁽³³⁾ Solução inversa constava da versão original do art. 1868.º do Código Civil de 1867, o qual dispunha: “O fideicomissário adquire direito à sucessão, desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciário. Este direito passa aos seus herdeiros”. Mas a solução nunca foi pacífica na doutrina, como se pode ver em JOSÉ TAVARES, *Sucessões e Direito Sucessório*, p. 466, ss. Esta disposição viria a ser, por isso, alterada pelo Decreto 19126, de 16 de Dezembro de 1930, passando a dispor: “Se o fideicomissário não aceitar a herança ou legado, ou se falecer antes do fiduciário, caducará a substituição, ficando o fiduciário com a propriedade definitiva dos bens”.

⁽³⁴⁾ Cf. CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 516.

⁽³⁵⁾ A explicação para esta solução é dada por VAZ SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), p. 211 nos seguintes termos: “Se é característica da substituição fideicomissária a *ordo successivus*, que, portanto, o fideicomissário não seja proprietário senão depois da morte do fiduciário, o fideicomisso deveria extinguir-se com o predecesso do fideicomissário em relação ao fiduciário”.

não corresponda a uma substituição de segundo grau, proibida pelo art. 2288.º⁽³⁶⁾.

Não podendo ou não querendo o fiduciário aceitar a herança ou o legado, o art. 2293.º, n.º 3, prevê a conversão da substituição fideicomissária em directa, dando-se a devolução dos bens a favor do fideicomissário com efeitos desde a morte do testador. Este regime é, no entanto, igualmente supletivo, pelo que nada impede que o testador nomeie um outro substituto directo ao fiduciário, para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança, como na hipótese de designar que, em caso de não sobrevivência do fiduciário, serão chamados os seus herdeiros, com o encargo de conservar a herança para o fideicomissário. Admite-se, mesmo a hipótese de essa substituição directa ser tácita⁽³⁷⁾.

Daqui resulta que durante a vida do fiduciário, o fideicomissário não é titular de qualquer direito sobre os bens da herança ou do legado, mas apenas de uma expectativa jurídica de lhe suceder⁽³⁸⁾, que por isso se pode qualificar como expectativa sucessória⁽³⁹⁾. É em função da tutela dessa expectativa jurídica que a lei limita a prática de actos de disposição dos bens por parte do fiduciário (art. 2291.º) e impede que possam ser opostas ao fideicomissário decisões judiciais em que ele não tenha intervindo relativas aos bens sujeitos ao fideicomisso (art. 2290.º, n.º 3). Em consequência, dessa expectativa deve reconhecer-se ao fideicomissário legitimidade para requerer o registo da cláusula fideicomissária⁽⁴⁰⁾.

Questiona-se, porém, se a expectativa jurídica de que beneficia o fideicomissário pode ser alienada durante a vida do fiduciário. A resposta

⁽³⁶⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, sub art. 2293.º, n.º 5, pp. 462-463. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ 29/9/1992 (CÉSAR MARQUES), processo 081544, e Ac. STJ 13/5/2014 (ALVES VELHO), processo 102/12.0T2AND.S1.

⁽³⁷⁾ Cf. GALVÃO TELLES, *Direito de representação*, p. 169, ss., e 194, ss., e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 466.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das relações jurídicas reais*, p. 251, ss., e *Sucessões*, p. 231, e MARIA RAQUEL REI “Da expectativa jurídica”, na *ROA* 54 (1994), pp. 149-180 (154). Esta última autora explica que “o fideicomissário é titular de uma expectativa jurídica porque o que no fideicomisso está em jogo é a vontade do disponente e essa determina que o direito do fiduciário se exerça de tal forma que não prejudique o futuro titular do direito — o fideicomissário. O fiduciário é titular por morte do disponente e a vontade deste implica a limitação do seu direito em atenção ao fideicomissário”.

⁽³⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, na *RDES* 13 (1966), n.ºs 3-4, p. 245. No entanto, este autor em *Das Relações Jurídicas Reais*, pp. 252-253, falava antes de uma expectativa real, que institui relações jurídicas reais com a propriedade do fiduciário. De expectativa sucessória fala ainda CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, pp. 503-504, o qual explica esta qualificação “porque a protecção visa apenas a eficácia prática do fenómeno sucessório a favor do segundo chamado, sem que lhe sejam atribuídos quaisquer poderes sobre os bens objecto de tal fenómeno”.

⁽⁴⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, p. 230, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 502.

parece dever ser negativa⁽⁴¹⁾. Efectivamente, embora a isso não se opusesse o art. 2028.º, uma vez que já se verificou a morte do testador, a verdade é que essa alienação frustraria a vontade do testador, que era a de que fosse o fideicomissário a adquirir os bens por morte do fiduciário. Para além disso, a obrigação do fiduciário de conservar esses bens é estabelecida tomando em consideração a pessoa do fideicomissário, pelo que não se poderia estender a terceiro, até porque os bens reverterão definitivamente para o fiduciário se ocorrer previamente a morte do fideicomissário.

A vocação em benefício do fideicomissário encontra-se assim suspensa durante a vida do fiduciário, pelo que a devolução dos bens ao fideicomissário apenas se verifica no momento da morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1). Uma vez verificada a devolução dos bens, o fideicomissário torna-se proprietário pleno e definitivo dos mesmos, não estando sujeito a qualquer encargo relativo à sua conservação, pelo que pode livremente dispor deles.

Ao contrário do que sucede com o fiduciário, que pode suceder a título de herança ou legado, o fideicomissário é sempre qualificado como legatário se vier a suceder ao fiduciário. Na verdade, se o fideicomisso respeita a bens certos e determinados, constitui um legado em relação ao fiduciário e naturalmente também em relação ao fideicomissário. Mas se consistir na totalidade ou numa quota da herança, embora a primeira devolução a favor do fiduciário seja uma sucessão a título universal, já a segunda devolução a favor do fideicomissário é a título particular, uma vez que incide sobre valores certos e determinados que a primeira sucessão permitiu concretizar⁽⁴²⁾.

8. Os fideicomissos irregulares

Nos termos do art. 2295.º, serão também admissíveis os denominados fideicomissos irregulares, os quais incluem:

- a) as disposições pelas quais o testador proíba o herdeiro de dispor dos bens hereditários, seja por acto entre vivos, seja por acto de última vontade;

(41) Neste sentido, no âmbito do Código de Seabra, Vaz SERRA, na *RLJ* 62 (1929-1930), p. 258.

(42) Cf. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, “Regime de bens do casamento. Disposições gerais. Anteprojecto de um capítulo do novo Código Civil (Articulado e Exposição de Motivos”, no *BMJ* 63 (1957), recolhido em ID, *Obras Esparsas, III- Estudos Jurídicos. Direito de Família*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, pp. 57-253 [148-149, nota (1) e 152].

- b) as disposições pelas quais o testador chame alguém ao que restar da herança por morte do herdeiro;
- c) as disposições pelas quais o testador chame alguém aos bens deixados a uma pessoa colectiva, para o caso de esta se extinguir.

Os fideicomissos irregulares caracterizam-se por não corresponderem integralmente à situação descrita no art. 2286.º, em que o autor da sucessão atribui ao fiduciário o encargo de conservar a herança ou legado até à sua morte e ao fideicomissário o benefício da reversão da herança ou do legado após a morte daquele. Nos fideicomissos irregulares, o autor da sucessão, ou não estabelece o encargo de conservar o objecto da sucessão, ou não determina a atribuição a um fideicomissário do benefício da sua reversão⁽⁴³⁾. Não podemos, por isso, falar em verdadeiras substituições fideicomissárias, o que aliás resulta do próprio texto do art. 2295.º que, ao referir que “são havidas como fideicomissárias”, expressa apenas uma ficção legal⁽⁴⁴⁾.

A primeira hipótese de fideicomisso irregular é aquela em que se proíbe o sucessor de dispor dos seus bens por acto entre vivos ou por morte [art. 2295.º, n.º 1, a)]. Esta cláusula é válida, uma vez que o art. 2232.º apenas proíbe a condição de não transmitir os bens a determinada pessoa, sendo, porém, admitida como fideicomisso irregular a proibição de o herdeiro ou legatário instituído dispor dos seus bens, caso em que serão havidos como fideicomissários os seus herdeiros legítimos (art. 2295.º, n.º 2). Neste caso, o *de cuius* estabeleceu a obrigação de conservar os bens, mas já não atribuiu o benefício da reversão dos bens por morte a um substituto por si designado. A lei resolve assim a questão, considerando como fideicomissários os herdeiros legítimos do fiduciário.

As outras duas hipóteses de fideicomissos irregulares correspondem às disposições em que se determine a atribuição a um segundo sucessor do que deles restar por morte do primeiro sucessor [art. 2295.º, n.º 1, b)], situação denominada na doutrina de fideicomisso de resíduo (*de eo quod supererit*)⁽⁴⁵⁾, e as disposições a favor de pessoa colectiva em que se deter-

(43) Cf. JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, pp. 242.

(44) Isso mesmo já referia ANTÓNIO COSTA FARO, na *ROA* 8 (1948), I, n.ºs 3 e 4, p. 106, perante o art. 1871.º do Código de Seabra, afirmando que “se são havidas como fideicomissárias, não são fideicomissos, mas antes instituições com a mesma regulamentação jurídica dos fideicomissos”.

(45) Cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “Fideicomisso de resíduo”, na *ROA* 6 (1946), n.ºs 1 e 2, pp. 176-180, e CASTRO MENDES, “Sobre a disponibilidade dos bens em fideicomisso de resíduo”, em *O Direito* 95 (1963), pp. 274-290, e CARVALHO FERNANDES, *Sucessões*, pp. 252-253. Na jurisprudência cf. Ac. STJ 4/10/2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), processo 2630/14.4T8VIS.C1.S1.

mina com quem ficarão os bens, no caso de esta se extinguir [art 2295.º, n.º 1, c)]. Nestes dois casos o *de cuius* já não estabelece o encargo de conservação dos bens, mas a lei mantém esse encargo, ainda que lhe estabeleça uma atenuação. O fiduciário pode dispor dos bens por acto entre vivos, sem necessidade de autorização judicial, mas para tanto tem que obter o consentimento do fideicomissário (art. 2295.º, n.º 3). Apenas no caso de o fideicomissário recusar esse consentimento é que a autorização judicial passa a ser necessária.

9. Natureza da substituição fideicomissária

Em relação à natureza da substituição fideicomissária têm surgido as seguintes teorias:

- a) Teoria da propriedade fiduciária;
- b) Teoria da deixa separada de usufruto e da propriedade de raiz;
- c) Teoria da deixa de outro direito real de gozo menor;
- d) Teoria da dupla disposição sujeita a condição suspensiva e resolutiva;
- e) Teoria da dupla disposição a termo inicial e final⁽⁴⁶⁾.

A *teoria da propriedade fiduciária* corresponde à explicação clássica da substituição fideicomissária, nos termos da sua origem romanística, sendo, no entanto, defendida modernamente por Cosattini⁽⁴⁷⁾. Efectivamente, e conforme acima se referiu, neste ordenamento o fideicomisso era visto como um mero encargo de transmitir os bens a outrem, que implicava uma transmissão fiduciária da propriedade, com a obrigação de transmitir os bens a terceiro. No direito moderno, no entanto, a posição do fideicomissário não é a de mero credor do fiduciário, não dependendo a aquisição da sua propriedade de qualquer acto de transmissão por este pra-

⁽⁴⁶⁾ Seguimos CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 412, ss.

⁽⁴⁷⁾ Efectivamente, LUIGI COSATTINI, “Sostituzione Fedecommissaria”, no *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. XII, pp. 637-649 (641), sustenta que a essência da substituição fideicomissária reside numa primeira obrigação de conservar e posteriormente restituir os bens, que se concretiza numa obrigação de *facere* (e também de *non facere*) em relação à administração dos bens e não alienação dos bens e numa segunda obrigação de *facere*, que se concretiza em fazer com que o objecto da substituição seja adquirido pelo fideicomissário.

ticado, ocorrendo automaticamente com a sua morte. Por isso, não é possível a sua qualificação como propriedade fiduciária.

A *teoria da deixa separada do usufruto e da propriedade de raiz* foi defendida na Itália por Butera⁽⁴⁸⁾, parecendo corresponder entre nós igualmente ao pensamento de Cunha Gonçalves⁽⁴⁹⁾. De acordo com esta tese ao estabelecer o fideicomisso, o testador atribuiria um usufruto ao fiduciário, recebendo o fideicomissário a propriedade de raiz, que passaria a propriedade plena com a morte do fiduciário, que desencadearia a extinção do usufruto. A tese tem algum apoio no art. 2290.º, n.º 2, que manda estender ao fiduciário, no que não for incompatível com a natureza do fideicomisso, as disposições relativas ao usufruto. Apesar disso, no entanto, as duas figuras não se podem identificar, já que os poderes do fiduciário extravasam dos que possui o usufrutário, na medida em que em certas condições pode alienar ou onerar os bens sujeitos a fideicomisso (art. 2291.º). Para além disso, considera-se que o fiduciário adquiriu definitivamente os bens se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a sucessão (art. 2293.º, n.º 2), o que é incompatível com o estatuto do usufruto⁽⁵⁰⁾.

A *teoria da deixa de outro direito real de gozo menor* foi sustentada por Auricchio⁽⁵¹⁾. Para este autor, o direito do fiduciário não pode ser de propriedade porque a obrigação de conservar os bens retiraria a esse direito um dos elementos essenciais da propriedade, o poder de disposição. Haveria, por isso, um direito real atípico. Embora o princípio da tipicidade (art. 1306.º) não se oponha a esta tese, uma vez que se estaria apenas a qualificar como direito real autónomo um direito consagrado na lei, a verdade é que dificilmente a situação do fiduciário pode ser considerada como um direito real distinto da propriedade, sendo antes uma verdadeira propriedade que, ainda que seja lhe atribuída a título provisório, pode vir a tornar-se definitiva.

(48) Cf. ANTONIO BUTERA, “La clausola «Si heres cum liberis vel sine liberis decesserit» e la sostituzione fedecommissaria vietata”, no *Foro Italiano*, Vol. 54 (1929), Parte I, pp. 129-145 (138), que considera que a substituição fideicomissária preenche as mesmas funções do usufruto, sendo este permitido e aquela proibida por uma pura questão de técnica jurídica.

(49) Cf. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, X, p. 157.

(50) Conforme refere RAQUEL REI, na *ROA* 54 (1994), p. 161, “se o fiduciário fosse apenas um usufrutário, não poderia o preceito dizer «adquirida definitivamente»: teria que prescrecer a aquisição pura e simples pois que não existia qualquer aquisição anterior que agora pudesse considerar-se simplesmente definitiva. Se o fiduciário fosse um usufrutuário, morrendo o fideicomissário, a (nua-)propriedade dos bens reverteria para os sucessores do fideicomissário e não para o fiduciário (art. 2293.º/2)”.

(51) Cf. ALBERTO AURICCHIO, “Sul Fondamento e sui Limiti del Divieto della Sostituzione Fedecommissaria”, no *Foro Italiano* 79 (1954), Parte I, pp. 1542-1546 (1544).

A *teoria da dupla disposição sujeita a condição suspensiva e resolutive* foi defendida na Itália por Natoli⁽⁵²⁾. Este autor sustenta que a substituição fideicomissária implica uma atribuição sujeita a uma dupla condição não retroactiva, suspensiva e resolutive, o que seria demonstrado pelo facto de a lei apenas considerar que o fiduciário apenas adquire definitivamente os bens quando o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança (cf. art. 2293.º, n.º 2). Assim, o fideicomissário adquiriria os bens com a sujeição à condição suspensiva de vir a sobreviver ao fiduciário, enquanto que a aquisição deste seria sujeita a uma condição resolutive em caso de não sobrevivência ao fideicomissário. Diferentemente do que sucede normalmente no regime da condição, o autor sustenta que a mesma seria irretroactiva, por considerar que a retroactividade da condição seria incompatível com o regime legal, já que implicaria que o fiduciário nunca tivesse sido proprietário, mas entende que a retroactividade não é uma característica essencial da condição, uma vez que pode ser afastada pela vontade das partes ou pela natureza do acto (cf. art. 276.º).

A *teoria da dupla disposição a termo inicial e final* considera que o testador efectua duas atribuições da propriedade a termo com o mesmo objecto, sendo a atribuição da propriedade ao fiduciário efectuada a termo resolutive e atribuição ao fideicomissário a termo suspensivo. É essa a posição dominante na doutrina portuguesa, a qual qualifica a situação do fiduciário como um proprietário a termo resolutive, considerando este um dos casos de propriedade temporária admitidos por lei (art. 1307.º, n.º 2)⁽⁵³⁾.

Parece claro que o objectivo da substituição fideicomissária, ao determinar a transmissão dos bens para o fideicomissário, em caso de morte do fiduciário, é instituir uma propriedade a termo. Na verdade, a situação não corresponde a qualquer negócio fiduciário, uma vez que não se verifica nenhuma obrigação para o fiduciário de transmitir os bens a um terceiro. Também a situação extravasa do usufruto, uma vez que não só os poderes do fiduciário são mais amplos do que os do usufrutuário, uma vez que incluem poderes de alienação dos bens (art. 2291.º), como também a aquisição dos bens pelo fideicomissário opera através de uma devolução sucessória (art. 2293.º, n.º 1) e não em virtude da elasticidade do seu direito de propriedade. Já a teoria da propriedade sob condição ignora o facto de que a sobrevivência em relação ao fiduciário não constitui uma

(52) Cf. UGO NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II- *L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 26, ss. e 32, ss.

(53) Neste sentido, PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, pp. 261-262, JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, p. 246, e CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 418, ss. e 429, ss.

condição em sentido técnico, enquanto elemento accidental do negócio jurídico, mas antes de um *conditio iuris*, ou seja um facto que a lei considera pressuposto da produção de determinados efeitos jurídicos⁽⁵⁴⁾. Para além disso, a teoria da condição parece claramente incompatível com o objectivo da substituição fideicomissária, que não é a de fazer depender a transmissão da propriedade de um facto futuro e incerto, mas antes de efectivamente assegurar a aquisição da mesma pelo fideicomissário após a morte do fiduciário, o que corresponde precisamente à propriedade a termo (art. 1307.º, n.º 2).

Contra esta qualificação tem vindo a objectar-se que a lei não admite a sujeição a termo da instituição de herdeiro e só admite o termo inicial na nomeação de legatário (art. 2243.º), mas este argumento não seria decisivo, uma vez que se trata de qualificar uma situação legalmente prevista. Mais pertinente é a crítica de que a extinção da situação jurídica do fiduciário e a devolução a favor do fideicomissário não são certas, dependendo de o fideicomissário sobreviver ao fiduciário, o que seria incompatível com o conceito de termo (art. 278.º).

Não nos parece, porém, que esse argumento seja decisivo para rejeitar a qualificação da substituição fideicomissária como propriedade a termo, havendo apenas que acrescentar que a verificação do termo fica sujeita a uma *conditio iuris* de que a propriedade possa ser adquirida pelo fideicomissário, havendo assim uma condição legal inserida na disposição a termo, que por isso não é retroactiva⁽⁵⁵⁾. Tal corresponderá assim à natureza da substituição fideicomissária, permitindo explicar a devolução para o fideicomissário no momento da morte do fiduciário (art. 2293.º, n.º 1), que apenas não se verifica se ele não quiser aceitar a sucessão (art. 2293.º, n.º 2).

(54) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Das relações jurídicas reais*, p. 252.

(55) Neste sentido, CARLOS OLAVO, *Estudos Galvão Telles*, I, p. 430.

DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Por António Menezes Cordeiro(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **I. A supressão do contrato:** 2. Terminologia e institutos; 3. A experiência lusófona. 4. Preparatórios e Código Civil. 5. Formas de supressão. **II. Evolução histórica comparatística:** 6. Direito romano. 7. Direito intermédio; 8. Sistema pandectístico. **III. A geografia da resolução:** 9. O Código Civil. 10. A resolução por incumprimento. 11. Situações resolúveis. 12. Circunstâncias relevantes. 13. O fundamento da resolução. **IV. Traços do regime:** 14. Fundamento e exclusão. 15. A “equiparação” à invalidação. 16. A relação de liquidação. 17. Resolução e indemnização. 18. A retroatividade: sentido e limites. **V. Aspetos práticos:** 19. O exercício. 20. O exercício indevido. 21. Valor da resolução infundada.

1. Introdução

I. A evolução do Direito das obrigações nas últimas décadas, particularmente visível na reforma alemã de 2001/2002 e na reforma francesa de 2016, permite uma leitura da relação obrigacional cada vez mais distante do *vinculum iuris* romano. A obrigação deve ser tomada como um sistema móvel, essencialmente adaptável e que governa os interesses do credor e do devedor, naquilo que eles tenham decidido inserir no seu âmbito. Esse estado de coisas, sempre discernível, atinge pontos altos perante contratos especialmente complexos, que perdurem no tempo.

II. A natureza articulada e tendencialmente complexa das obrigações, há muito proclamada, só aos poucos vai chegando à periferia. E aí,

(*) Advogado, Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Presidente do Centro de Arbitragem Comercial da CCIP.

ela tem levado a rever em profundidade institutos aparentemente estritos, como a impossibilidade e a resolução. Relativamente a ambos há, hoje, que abandonar a sua apregoada eficácia extintiva radical, a favor de soluções mais permeáveis aos valores do ordenamento.

III. Quanto à resolução, podemos adiantar que devem ser revistos ou renovados os pontos seguintes: (1) eficácia extintiva; (2) retroatividade; (3) falta de fundamento; (4) conjugação com a indemnização. A jurisprudência e a doutrina, com as naturais oscilações que a reflexão no terreno sempre implica, têm acompanhado. Referimos, de seguida, uma bibliografia portuguesa onde, além de clássicos, podem ser confrontadas as obras mais recentes, que usaremos no presente escrito:

ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ 68 (1957), 153-291; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Incumprimento resolutorio: uma introdução* (2019), 159 pp.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, IX, 3.^a ed. (2017), 901-949; *idem*, *Código Civil Comentado*, II (2020), 247-270; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie*, O Direito 144 (2012), 653-672; DANIELA BAPTISTA, *Da cláusula resolutive expressa*, Est. Heinrich Ewald Hörster (2012), 197-226; *idem*, em *UCP/Comentário ao Código Civil*, II (2019), 133-141; DAVID NUNES DOS REIS, *A (in)eficácia extintiva da resolução ilícita de contratos*, RDC 2018, 615-655; FERNANDO FERREIRA PINTO, *Resolução dos contratos duradouros*, em Elsa Vaz Sequeira (coord.), *Código Civil/Ed. Comemorativa do Cinquentenário* (2017), 463-489; JOANA FARRAJOTA, *A resolução do contrato sem fundamento* (2015), 408 pp.; JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 7.^a ed. (1997), 274-278; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento* (1979) em *Obra dispersa*, I (1991), 125-193; JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Resolução do contrato (arts. 432-436 do Código Civil)*, em *Código Civil/Livro do Cinquentenário*, I (2019), 765-778; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato*, Est. Cinco Anos da FUDP (2001), 11-62; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no Direito civil/Do enquadramento e do regime* (reimp., 2006), 220 pp.; *idem*, *A cláusula resolutive expressa como síntese da autonomia e da heteronomia*, Est. Heinrich Ewald Hörster (2012), 299-332; *idem*, *Lições de cumprimento e de não cumprimento das obrigações*, 2.^a ed. (2017), 358-384; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, 12.^a ed. (2018), 102-105 e 265-270; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12.^a ed. (2009), 317-322; PAULO ALBERTO VIDEIRA RODRIGUES, *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e de mandato* (2001), 266 pp.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II (2008), 1604-1697; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.^a ed. (2015), 122-228.

A bibliografia estrangeira, designadamente a alemã, pode ser confrontada no nosso *Tratado de Direito Civil*, acima citado.

I. A supressão do contrato

2. Terminologia e institutos

I. A supressão do contrato ou, mais latamente, da sua fonte, abarca diversas formas de extinção das obrigações, caracterizadas por se atingir, diretamente, a sua origem. A terminologia não está estabilizada⁽¹⁾. Encontramos: (1) a dissolução dos contratos (Guilherme Moreira); (2) a extinção das relações obrigacionais complexas (Antunes Varela); (3) os desvios ao princípio da estabilidade dos contratos (Almeida Costa); (4) a extinção dos negócios jurídicos (Menezes Leitão); (5) a cessação do contrato (Romano Martinez). Nós próprios temos usado “supressão da fonte”⁽²⁾.

II. A “extinção de relações complexas” parece pressupor que, de um contrato (ou ato unilateral) não possam surgir relações simples. Referir “desvios à estabilidade dos contratos” surge como perífrase para retratar a sua supressão ou atenuação. Finalmente, apelar à “extinção de negócios” ou à “cessação do contrato” postula que não possam estar em jogo obrigações provenientes de outras fontes.

III. A matéria das formas de supressão da fonte não tinha qualquer unidade no Direito romano. Ainda hoje, existe uma fragmentação que não tem correspondente nos demais institutos obrigacionais. Ela agrupa institutos como a resolução, a revogação, a denúncia, a oposição à renovação e a própria caducidade.

3. A experiência lusófona

I. No Código Comercial de Ferreira Borges (1833) ocorria “resilir” para exprimir a desistência, a saída ou a revogação unilateral de um contrato. O seu art. 463.º, determinava⁽³⁾:

A promessa de vender tem força de venda, logo que ha consentimento, e não póde resilir-se do contracto a titulo d’haver-se dado signal, porque em commercio sempre este se entende em principio de paga, sala convenção expressa em contrario.

(1) PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.^a ed., 25 ss. e *passim*.

(2) Indicações no nosso *Tratado de Direito civil*, IX, 3.^a ed. (2017), 901-902.

(3) DIOGO SAMPAIO PIMENTEL, *Anotação ou synthese anotada do Codigo de Commercio I* (1875), 366-367.

No domínio da empreitada, valia o art. 521.º⁽⁴⁾:

O proprietário pôde arbitrariamente resilir do contracto d'empreitada, posto que já começado a executar, indemnizando o empreiteiro de todas as despesas e trabalho, e de tudo o que poderia ganhar na empresa.

O mesmo Código usava o termo “rescisão” com o sentido de “anulação” por lesão, isto é, por prática usurária⁽⁵⁾: aliás, para dizer que esse instituto não tinha lugar nas compras e vendas comerciais, salvo havendo dolo, erro ou violência (494.º). A “revogação” ocorria no mandato, como modo de lhe pôr termo (819.º e 820.º). Referia a faculdade que o comitente tinha de revogar, reformar ou modificar a comissão (67.º) e mencionava a ação rescisória ou revocatória (901.º), com o sentido da nossa pauliana.

II. Os clássicos da pré-codificação deixaram elementos menos claros. Lê-se, por exemplo, em Coelho da Rocha⁽⁶⁾:

A nullidade umas vezes resulta *ipso iure*, isto é, por expressa declaração da lei; outras vezes só se verifica quando o interessado a reclama. Assim, o contracto sobre cousa ilícita é nullo *ipso iure*; o contracto lesivo, a doação por causa de ingratidão só se annullam, requerendo-o a parte.

Surgiam, depois, as referências ao mútuo dissenso⁽⁷⁾, à “retratação” dos esposados⁽⁸⁾, à revogação dos testamentos⁽⁹⁾, à rescisão por lesão⁽¹⁰⁾, à revogação das doações⁽¹¹⁾ e do mandato⁽¹²⁾. Também em Correia Telles ocorrem referências a essas diversas figuras⁽¹³⁾. Podemos concluir que as diversas modalidades de supressão da fonte estavam dispersas, cobrindo figuras distintas, sem clarificação terminológica.

III. O Código de Seabra (1867) fez algum esforço de normalização. Comportava um capítulo sobre a “rescisão dos contractos” (687.º a 701.º), visando cobrir as hoje ditas anulação e declaração de nulidade. A doutrina

⁽⁴⁾ *Idem*, 404-405.

⁽⁵⁾ *Vide* o *Tratado* II, 4.ª ed., 485 ss.

⁽⁶⁾ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito civil*, § 109 (1, 62-63).

⁽⁷⁾ *Idem*, § 170 (1, 100).

⁽⁸⁾ *Idem*, § 211 (1, 126).

⁽⁹⁾ *Idem*, § 724 (2, 497-498); também refere “rescindir” o testamento por indignidade: § 726 (2, 500).

⁽¹⁰⁾ *Idem*, § 737 (2, 508-509).

⁽¹¹⁾ *Idem*, § 760 (2, 523-524).

⁽¹²⁾ *Idem*, § 798 (2, 544).

⁽¹³⁾ J. H. CORREIA TELLES, *Digesto Portuguez*, art. 644.º (3, 92), quanto à revogação do mandato.

logo distinguiu entre a *nullidade do acto*, quando houvesse vício que não permitisse qualquer efeito e *acto rescindível*, quando pudesse ser anulado a requerimento das partes, produzindo, sem isso, os seus efeitos⁽¹⁴⁾. Além disso, surgiam, nos diversos tipos contratuais, específicas formas de cessação: fim da sociedade por renúncia de algum dos sócios (1278.^o), do mandato, por revogação pelo mandante (1364.^o) ou por renúncia do mandatário (1368.^o), da doação, por revogação (1482.^o; no art. 1484.^o referia-se “rescindida a doação”), do arrendamento, por despejo (1632.^o), do testamento, por revogação (1754.^o) e das partilhas, por rescisão (2163.^o). Na tradição romanística, as formas de cessação dos contratos desenvolveram-se em termos insulares, em torno de cada tipo de ato.

IV. Guilherme Moreira tratou conjuntamente uma série de figuras que, em comum, tinham a supressão do contrato. Usando “dissolução dos contratos”, disse esse Autor⁽¹⁵⁾:

Os contratos desfazem-se por mutuo accordo das partes; por mera vontade duma das suas partes, ou pela sua morte, nos casos em que uma clausula do contracto ou a lei assim o facultam ou determinam; pelo seu não cumprimento; em virtude de condição resolutive; por nullidade na sua formação.

V. Inocêncio Galvão Telles retomou o tema. Na ineficácia superveniente do contrato⁽¹⁶⁾, ele insere a resolução, de feição retroativa, a distinguir da dissolução ou extinção para o futuro. Ambas incluiriam a revogação ou livre destruição dos efeitos de um ato pelo seu próprio autor ou autores, a rescisão que exige um fundamento, sendo um poder vinculado e a caducidade, que advém de um facto *stricto sensu*.

4. Preparatórios e Código Civil

I. Vaz Serra não deu um tratamento unitário ao estudo da supressão das fontes. Analisou a resolução⁽¹⁷⁾ e a caducidade⁽¹⁸⁾. As demais formas

(14) JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil anotado*, 2, 1.^a ed., 207 e 2, 2.^a ed., 37.

(15) GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito civil*, 2 (1907), 659-660.

(16) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Dos contratos em geral*, 1.^a ed. (1947), 303-308 e *Manual dos contratos em geral*, 3.^a ed. (1965), 347-352.

(17) ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ 68 (1957), 153-291.

(18) ADRIANO VAZ SERRA, *Prescrição extintiva e caducidade*, BMJ 105 (1961), 5-248, 106 (1961), 45-278 e 107 (1961), 159-306.

— invalidação, revogação e denúncia — foram deixadas para os institutos singulares que as comportassem. Ficaram pontos delicados em aberto.

II. Em consequência, o Código Civil consagrou cinco artigos à resolução, reunidos numa secção própria (432.º a 436.º). Além disso, a resolução surge dispersa por mais algumas dezenas de preceitos, repartidos pelo livro II do Código Civil. A caducidade encontrou a sua sede na Parte geral (328.º a 333.º), enquanto as demais formas de cessação devem ser procuradas no domínio do negócio jurídico e em diversos tipos contratuais. Coube à doutrina dogmatizar a matéria.

5. Formas de supressão

I. A lei e a doutrina permitem apontar seis formas de supressão dos contratos: todas com origens históricas próprias e desenvolvimentos dogmáticos diferenciados: (1) resolução; (2) revogação; (3) denúncia; (4) oposição à renovação; (5) anulação; (6) caducidade. Note-se que a resolução e a anulação desempenham um papel matricial: as demais formas, por similitude ou por diferenciação, têm regimes que as tomam como referência.

II. Resolução: (a) dispõe de um regime geral (432.º a 436.º) e diversas concretizações esparsas; (b) é unilateral; (c) apresenta-se retroativa; (d) exige uma permissão específica, legal ou contratual; (e) requer, dentro dessa permissão, uma justificação: é vinculada.

III. Revogação: (a) não tem regime geral: apenas concretizações dispersas e sem linguagem uniforme; (b) nos contratos é, em regra, bilateral; (c) não é retroativa; (d) exige uma permissão específica, legal ou contratual; (e) dentro dessa permissão, é discricionária.

IV. Denúncia: (a) não tem um regime geral; (b) é unilateral; (c) não é retroativa; (d) é própria das relações duradouras, podendo dispor de uma permissão específica ou derivar da boa-fé; (e) é discricionária, mas pode exigir um pré-aviso.

V. Oposição à renovação: (a) não tem um regime geral; (b) é unilateral; (c) não é retroativa; (d) é própria das relações duradouras que se

renovam automaticamente; (e) em certos casos, exige um fundamento, sendo vinculada.

VI. Anulação: (a) tem um regime geral (287.º a 293.º); (b) é unilateral; (c) é retroativa; (d) exige uma permissão legal, sob pena de se cair na nulidade; (e) dentro da permissão, é discricionária.

VII. Caducidade: (a) dispõe de um regime geral (328.º a 333.º); (b) é unilateral e, em certos casos, oficiosa; (c) não é retroativa; (d) exige uma permissão legal ou contratual; (e) quando não-oficiosa, é discricionária.

VIII. Podemos apontar o seguinte quadro geral:

instituto	resolução	revogação	denúncia	oposição à renovação	anulação	caducidade
regime geral	434.º a 436.º	não	não	não	287.º a 293.º	328.º a 333.º
atuação	unilateral	bi ou unilateral	unilateral	unilateral	unilateral	unilateral
permissão	específica	específica	específica ou <i>ex bona fide</i>	específica	específica	específica
retroativa	sim	não	não	não	sim	não
justificação	sim	não	não	depende	sim	não

As flutuações são intensas, particularmente quanto à revogação. Caso a caso e contrato a contrato, há que ponderar o regime, o qual é ainda dobrado por oscilações linguísticas⁽¹⁹⁾.

II. Evolução histórico-comparatística

6. Direito romano⁽²⁰⁾

I. A expressão “resolução” (*résolution, risoluzione ou Rücktritt*) traduz a cessação de um contrato por decisão unilateral de uma das partes,

⁽¹⁹⁾ Em especial, no tocante ao mandato: *Tratado*, XII (2018), 669 ss. Também o arrendamento requer especiais cuidados: *Tratado*, XI (2018), 797 ss.

⁽²⁰⁾ Elementos: *Tratado*, IX, 3.ª ed., 907-909.

quando justificada em certos factos e desde que permitida pela lei e pelo contrato. Sendo o contrato o produto de duas vontades, apenas uma delas não lhe pode pôr cobro: iria contundir com a *fides*. Os incumprimentos davam azo a condenações de pagamento em dinheiro (*dare certa pecunia*) ou de entrega de coisas. Mas havia limites.

II. Os jurisprudentes admitiam três cláusulas típicas para desfazer a compra e venda: (1) o pacto *in diem addictio*, que permitia ao vendedor desfazer a compra caso, dentro de certo prazo, lhe surgisse uma melhor oferta; (2) a *lex commissoria*, que facultava ao vendedor reter a coisa (recorde-se que a compra e venda romana era meramente obrigacional, dependendo a transferência do domínio da entrega), no caso do preço não ser tempestivamente pago; (3) o *pactum displicentiae*, equivalente à compra a contento, pelo qual o comprador dispunha de um prazo para verificar se a coisa adquirida era do seu agrado.

7. Direito intermédio⁽²¹⁾

I. A generalização da regra que permitia, à parte fiel, resolver o contrato em face do inadimplemento perpetrado pela outra remonta à canonística, na sequência de Hugócio de Pisa (1140-1210); o respeito pela *fides* cessava perante aquele que quebrasse a sua própria palavra. Formulou o brocardo *frangenti fidem fides non est servanda* [perante o que quebre a *fides*, não há que guardar a *fides*] o qual constitui uma justificação significativo-ideológica para a resolução por incumprimento. Pode ser retomado o caminho que levou à exceção de não-cumprimento, com relevo para o cânon *frustra*, de Bonifácio VIII⁽²²⁾.

II. A canonística ulterior construiu, na base do *fidem frangenti*, uma doutrina alargada assente numa ideia de condição. Os contratos seriam concluídos com uma *condicio subintellecta* dita *si fides servetur*: uma condição tácita, segundo a qual, havendo prestações recíprocas, apenas caberia prestar se a outra parte também prestasse.

O regresso ao Direito romano, levado a cabo pelos humanistas, envolveu um retrocesso no campo da resolução por incumprimento.

⁽²¹⁾ Elementos: *Tratado*, IX, 3.^a ed., 909-910.

⁽²²⁾ Para elementos sintéticos *vide* o nosso *Código Civil Comentado*, II (2020), XXX.

Donellus explicava que, perante o perecimento culposo da coisa vendida, havia que demandar em indemnização. Conservou-se a ideia de que um contrato não podia ser unilateralmente desfeito.

III. No século XVII, designadamente em França, retomou-se a doutrina canonística da mútua lealdade ao contrato, como condição da sua conclusão, sendo considerada “Direito costumeiro”. Na doutrina houve, também, uma evolução. Mercê de postulados jusracionalistas, Jean Domat vem afirmar, já sem “condição”, o princípio da resolução dos contratos, sempre que uma obrigação recíproca não seja executada, numa regra aplicável à compra e venda. Na mesma linha, Pothier, abaixo referido, liga a resolução à direta vontade das partes.

Também os jusracionalistas (Grócio, Pufendorf e Christian Wolf) admitiram, subjacente aos contratos com prestações recíprocas, um consenso tácito das partes, relativo à mútua lealdade. Decisiva na evolução subsequente foi a posição de Pothier: acolhia, de modo generalizado, a condição resolutória, subjacente aos contratos sinalagmáticos; todavia, se ela não fosse expressa, haveria que passar pelo juiz: uma solução depois acolhida no Código Napoleão.

8. Sistema napoleónico

I. O Código Napoleão, em rubrica sobre a condição resolutiva, veio dispor, no seu célebre art. 1184.º:

A condição resolutiva é sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para os casos em que uma das partes não satisfaça a sua obrigação.

Nesse caso, o contrato não é resolvido de pleno direito. A parte perante a qual a obrigação não tenha sido executada tem a escolha ou de forçar a outra à execução da convenção, quando seja possível ou de pedir a sua resolução, com perdas e danos.

A resolução deve ser pedida em justiça, podendo ser acordado ao demandado um prazo, segundo as circunstâncias.

II. O sistema napoleónico tinha duas particularidades: (1) assentava na ideia de que subjacente a cada contrato sinalagmático, haveria uma condição resolutiva tácita: a do cumprimento pela outra parte; (2) requeria uma intervenção do juiz, sendo, pois, de exercício judicial. Comentado ao longo de mais de dois séculos, este esquema não é considerado inteiramente satisfatório. A técnica de invocar uma condição tácita tinha o seu

quê de ficcioso: afinal, a própria tradição de Domat e de Pothier permitia apelar diretamente à vontade das partes.

III. A reforma do Direito dos contratos de 2016 obviou a estes problemas, aproximando, também aqui, o Direito francês do esquema alemão. Segundo o 1224.º, resultante da reforma:

A resolução resulta seja da aplicação de uma cláusula resolutória seja, em caso de inexecução suficientemente grave, de uma notificação do credor ao devedor ou de uma decisão em Justiça.

Prevê-se o esquema da interpelação admonitória (1225.º/2). Quando exercida por notificação extrajudicial, ela é feita pelo credor *à ses risques et périls* (1226.º/1).

9. Sistema pandectístico

I. O pandectismo alemão foi pouco favorável à resolução, enquanto fórmula geral de reagir ao incumprimento de obrigações⁽²³⁾. O peso do Direito romano obrigava a uma série de distinções, pouco propícias a uma teorização geral: uma situação com reflexos no próprio Código Civil de 1966. Coube à prática dos negócios e ao Direito Comercial consuetudinário construir uma categoria genérica da resolução, destinada a enfrentar incumprimentos contratuais.

II. No seu prolongamento, a comercialística italiana teve um papel dinamizador da resolução, como forma prática e eficaz de reagir ao incumprimento dos contratos, particularmente o de compra e venda. No campo da locação, impunham-se maiores cautelas. O Código de 1942 fez um grande esforço de sistematização: comporta um capítulo sobre a resolução do contrato, repartido por três secções: I — resolução por incumprimento (1453.º a 1462.º); II — da impossibilidade superveniente (1463.º a 1466.º); III — Da onerosidade excessiva (1467.º a 1469.º). Sem múltiplas considerações histórico-comparatísticas, não se torna possível seguir os meandros da cessação do contrato por decisão unilateral de uma das partes.

(23) Elementos. *Tratado*, IX, 3.ª ed., 912-914.

III. A geografia da resolução

10. O Código Civil

I. O Código Civil versa a resolução em quatro áreas: (1) as regras gerais sobre a resolução, constantes dos arts. 432.º a 436.º; (2) a resolução por alteração das circunstâncias, referida nos arts. 437.º a 439.º e, ainda, no art. 252.º/2; (3) a resolução por impossibilidade não-culposa parcial (793.º/2) e por impossibilidade superveniente culposa (801.º/2) incluindo a parcial (802.º/1); (4) referências dispersas: artis. 270.º, 271.º/2, 272.º, 273.º, 277.º, 343.º/2, 796.º/3, 925.º/1 e 3, 1051.º, *b*), 1123.º, 1536.º/2, 2229.º, 2234.º e 2236.º/1.

II. Nos contratos em especial, a resolução ocorre: (1) na compra e venda: 891.º (resolução do contrato, mediante certos requisitos), 924.º (segunda modalidade de venda a contento), 927.º a 933.º (venda a retro) e 934.º e 936.º/2 (venda a prestações); (2) na doação: 966.º (resolução por não-cumprimento de encargos); (3) na locação: 1028.º/2 (resolução havendo pluralidade de fins), 1041.º/2 (por mora do locatário), 1047.º a 1050.º (casos de resolução), 1079.º, 1080.º, 1083.º a 1087.º (resolução de arrendamentos urbanos); (4) no comodato: 1140.º (havendo justa causa); (5) no mútuo: 1150.º (por não-pagamento dos juros); (6) na empreitada: 1222.º/1 (por defeitos da obra); (7) na renda perpétua: 1235.º (por mora correspondente a dois anos); (8) na renda vitalícia: 1242.º (*idem*); (9) no testamento: 2248.º (por não-cumprimento do encargo). No domínio dos oito contratos referidos, a que se pode acrescentar o testamento, a resolução visa reagir a situações de incumprimento: uma ocorrência omitida no domínio das obrigações em geral.

III. O 439.º determina, a propósito da resolução por alteração das circunstâncias, a aplicação dos 432.º a 436.º. Nas demais hipóteses, falta tal remissão; todavia, os termos genéricos do 432.º/1, quando refere a resolução “fundada na lei”, deixam entender que, na falta de regimes especiais, esse preceito é aplicável.

11. A resolução por incumprimento

I. O Código, mercê das vicissitudes históricas apontadas, não refere, clara e expressamente, uma figura geral da resolução por incumprimento. Com isso, deixou a doutrina dos últimos cinquenta anos na perplexidade: tratar-se-á do maior lapso cometido, no domínio das obrigações. A fonte inspiradora da subsecção dedicada à resolução (432.º a 436.º) foi o Código italiano de 1942. Este Código foi muito claro: o seu art. 1453.º, *grosso modo* equivalente ao nosso 432.º, dispõe:

Nos contratos com prestações corresponsivas, quando um dos contraentes não cumpra as suas obrigações, pode o outro, à sua escolha, optar pelo cumprimento ou pela resolução do contrato salvo, em qualquer caso, o ressarcimento do dano.

No fundo, retém-se, sem circunlóquios, o 1184.º do Código Napoleão, com tudo o que ele representa, desde o canonismo.

II. Afigura-se-nos ter havido falha de coordenação, na preparação do Código de 1966. Vaz Serra, no articulado geral sobre a resolução⁽²⁴⁾, referiu-se ao facto de ela poder resultar da lei ou de convenção. E quando se ocupou do incumprimento definitivo, Vaz Serra, depois de referir a falta de interesse do credor na prestação, em virtude da mora, propôs a regra seguinte⁽²⁵⁾:

Ao direito de recusar a prestação tardia e exigir indemnização por não cumprimento são extensivas, na parte aplicável, as disposições relativas ao direito de resolução.

III. Por razões ignotas, a referência à resolução desapareceu do anteprojecto, na 1.ª Revisão Ministerial (793.º)⁽²⁶⁾. Antunes Varela tinha, contudo, consciência do problema; na 2.ª Revisão Ministerial, propôs (808.º/1)⁽²⁷⁾:

Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos impossível o cumprimento.

⁽²⁴⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, 281.

⁽²⁵⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Mora do devedor*, BMJ 48 (1955), 5-317 (311); *idem*, *Direito das obrigações*, 65 (art. 91.º/2).

⁽²⁶⁾ *1.ª Revisão*, 202.

⁽²⁷⁾ *2.ª Revisão*, 154. No fundo, acompanhava-se o (então) § 326 do BGB, bem conhecido pelos redatores do Código Civil através de Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15.ª ed., § 38, I (165), na tradução espanhola.

Através da impossibilidade, chegar-se-ia à resolução. No projeto final, porém, substituiu-se, de novo por razões desconhecidas, “impossível o cumprimento” por “não cumprida a obrigação”⁽²⁸⁾. Com essa amputação, o preceito passou ao Código Civil. “Todos os efeitos” abrangem as regras sobre a realização coativa da prestação (817.º a 830.º), mas não, expressamente, as relativas à resolução.

IV. A lacuna foi desde logo integrada pelo próprio Antunes Varela: o não-cumprimento definitivo visualizado no art. 808.º/1 seria remetido para o regime do 801.º (impossibilidade culposa)⁽²⁹⁾. E este, no seu n.º 2, prevê, perante “contratos bilaterais”, o direito de resolução. Aprofundando a ideia, Baptista Machado considera que em qualquer das situações previstas no 808.º (mora com perda de interesse do credor ou ultrapassagem do prazo admonitório), cabe um direito de resolução, por via do referido 801.º/2⁽³⁰⁾. Tal conclusão foi reforçada perante os arts. 891.º (compra e venda), 934.º e 936.º/2 (venda a prestações), 966.º (doação), 1047.º a 1050.º (locação), 1083.º a 1087.º (arrendamento urbano), 1140.º (comodato), 1150.º (mútuo), 1222.º/1 (empreitada), 1235.º (renda perpétua) e 1242.º (renda vitalícia): todos esses preceitos preveem resoluções por incumprimento, ainda que fixando regras especiais.

Esta orientação pode ser dada como assente: o incumprimento definitivo permite, à parte fiel, resolver o contrato: uma orientação, também, da jurisprudência⁽³¹⁾. Cabe afinar os pressupostos dessa resolução.

⁽²⁸⁾ *Projecto*, 236.

⁽²⁹⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado* II, 4ª ed. (1997), 71; na 1.ª ed. (1968), esse troço surgia a p. 55.

⁽³⁰⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, 159; no mesmo sentido, também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, 114-115, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, 2, 12.ª ed., 103 e Ana Perestrelo de Oliveira/Madalena Perestrelo de Oliveira, *Incumprimento resolutorio: uma introdução* (2019), 41 ss..

⁽³¹⁾ A jurisprudência faculta a resolução perante o não-cumprimento, particularmente na área delicada da prestação de serviço: STJ 4-nov.-1999 (Herculano Namora), CJ/Supremo VII (1999) 3, 71-73 (72/II) (quebra de confiança; *vide*, ainda, RLx 11-nov.-1999 (Silva Pereira), CJ XXIV (1999) 5, 83-85 (85/II) (aluguer de automóvel); STJ 9-mai.-2006 (Urbano Dias), CJ/Supremo XIV (2006) 2, 67-73 (71-72) (violação do dever acessório relativo ao destino contratual a dar ao imóvel comprado); STJ 4-jun.-2013 (HELDER ROQUE), Rev. 4817/11 = *Sumários*, 2013, 407.

12. Situações resolúveis

I. A resolução por incumprimento assenta nalguns pressupostos, sobre os quais, de resto, se fazem sentir diversas ampliações. Assim, cabe esclarecer: (1) o tipo de contrato em causa; (2) o âmbito da violação; (3) a eventual necessidade de culpa.

II. Tipo de contrato. O art. 432.º/1 não limita a resolução por incumprimento aos contratos sinalagmáticos, bilaterais ou com prestações recíprocas⁽³²⁾. Com efeito, a resolução por incumprimento é possível relativamente a contratos unilaterais⁽³³⁾ (assim, o art. 1150.º, quanto ao mútuo) e, mesmo, gratuitos (966.º, quanto à doação). A restrição do art. 432.º/2 tem o preciso âmbito de aplicação que dela resulta: não obriga a que, para haver resolução, surja a bilateralidade: quando a haja, é que deve ser possível a restituição. A resolução fundada em convenção assume, *a fortiori*, o âmbito que as partes lhe tenham atribuído.

III. Cabe determinar o âmbito do incumprimento relevante para a resolução. Podem estar em causa: (a) inexecução ou má execução da prestação principal; (b) a inexecução de prestações secundárias ou a sua execução defeituosa; (c) a violação de deveres acessórios, com relevo para os que sustentam a confiança. Mais precisamente:

- (a) Prestação principal: a sua inexecução constitui o ponto de partida histórico para a resolução, com focagem em cenários sinalagmáticos. Há, aí, uma quebra básica da relação, que justifica o termo do contrato. Uma execução defeituosa ou insuficiente dessa mesma prestação pode colocar o contratante fiel numa situação paralela à resultante de uma pura inexecução. O art. 802.º/1 confirma esta orientação, facultando a resolução perante a impossibilidade parcial.
- (b) Prestações secundárias: a sua inobservância coloca questões equiparáveis à execução defeituosa da prestação principal. Assim, se o

⁽³²⁾ Ao contrário do 1453.º/1 do Código italiano, que a reporta a contratos com prestações corresponsivas. A doutrina italiana tem feito um esforço para alargar esse âmbito: apela, designadamente, aos 1323.º e 1324.º que alargam, respetivamente, os dispositivos contratuais típicos aos demais contratos e aos atos unilaterais.

⁽³³⁾ Nesse sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado* I, 4.ª ed. (1987), 409, chamando a atenção para a diferença relativamente à exceção do contrato não-cumprido onde surge a restrição aos contratos bilaterais (428.º). Todavia, parecendo reportar a resolução a obrigações com prestações recíprocas, ainda que sem excluir as demais, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, 2, 12.ª ed. (2018), 103.

fornecedor de um equipamento inovatório não explicar como funciona, a aquisição torna-se inútil para o comprador.

- (c) Os deveres acessórios, quando inobservados, permitem a resolução, designadamente quando isso origine uma perda de confiança⁽³⁴⁾. Determinados contratos, particularmente quando originem prestações duradouras e envolvam condutas pessoais — pense-se no exemplo paradigmático dos acordos parassociais — exigem lealdade e previsibilidade mútuas. Uma quebra nesse domínio pode tornar inexistente a continuação da relação, sendo a resolução o meio adequado para lhe pôr termo. Tal sucede perante uma violação significativa do dever de sigilo.

13. Circunstâncias relevantes

I. A doutrina e a jurisprudência exigem, para a resolução, um inadimplemento de grau significativo⁽³⁵⁾. Essa decorrência da boa-fé é confirmada pelo dispositivo do art. 808.º/1. Dele se infere que, mesmo perante o não-cumprimento da obrigação principal, o credor só pode resolver o contrato havendo mora e, ainda então⁽³⁶⁾: (a) se o credor perder o interesse que tinha na prestação (n.º 1), objetivamente apreciada (n.º 2); ou (b) se for ultrapassado o prazo razoável derivado da interpelação admonitória (n.º 1). Admitimos, em casos especiais como o da fixação, *ab initio*, de um prazo definitivo ou o da declaração eficaz, feita pelo devedor, de que não irá cumprir: o procedimento da interpretação admonitória é dispensável.

II. Nos contratos coligados ou uniões de contratos: a resolução é ainda possível quando, em face de contratos coligados ou uniões de contratos, um deles se impossibilite ou seja inadimplido. A dispersão de clausulas atinentes a acervos de interesses unitários é, por vezes, uma pura decisão formal. Além disso, diversos contratos podem estar em situações de interdependência: tão fortes que não fazem sentido ou não são totalmente

(34) Em especial, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, n.º 5 (138 ss.). Quanto ao cumprimento inexato, *idem*, n.º 10 (168 ss.).

(35) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, n.º 4 (134 ss.); RPt 20-fev.-2020 (Aristides Rodrigues de Almeida), Proc. 1902/17.

(36) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos*, n.º 8 (158 ss.); vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, 114-117.

operacionais, no caso de faltar um deles. Deste modo e dependendo de uma apreciação a fazer em cada caso concreto, o fundamento de resolução de um dos contratos coligados pode justificar a resolução de todos eles.

III. A culpa é dispensável. A resolução opera para proteger um vínculo sinalagmático ou para defender os valores subjacentes ao contrato considerado: de tal modo que a sua manutenção não vá agravar a situação do contratante fiel. Por isso, ela não exige a culpa do devedor inadimplente⁽³⁷⁾. Desde logo, a não-exigência de culpa resulta do art. 793.º, que permite a resolução em face de impossibilidade parcial não-imputável ao devedor; *a fortiori*, ela opera perante a impossibilidade total, cabendo interpretar, nesse sentido, o 795.º/1. Outros preceitos depõem na mesma linha, tal como o art. 1050.º (resolução pelo locatário). Na resolução há um juízo de inadimplemento, porventura causado por forças estranhas e que justifica a não-continuação do contrato. Não se pretende imputar um dano nem, muito menos, censurar ou punir o inadimplente.

IV. Questão diversa é a da associação — por certo que frequente, mas não necessária — da resolução a danos imputáveis, com culpa e, daí, à responsabilidade civil. O art. 801.º, relativamente à impossibilidade culposa imputável ao devedor, começa por responsabilizá-lo, (...) *como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação* (n.º 1). Só depois acrescenta que, independentemente de indemnização, o credor pode resolver o contrato (n.º 2). Quando ocorra uma situação de resolução e esta seja adequadamente atuada, cabe indagar os pressupostos da responsabilidade civil. Podem não se verificar: desde logo quando não se mostre qualquer dano ou sempre que o devedor consiga ilidir a presunção de culpa/ilicitude que sobre ele recaia (799.º/1). A resolução não deixa de ser eficaz. Veja-se o absurdo da opção contrária: o devedor não cumpre, sem culpa, a sua prestação; o credor nada iria receber; todavia, continuaria obrigado à contraprestação. E mesmo não se tratando de um contrato com prestações recíprocas: a quebra da confiança (por exemplo), mesmo objetiva, pode tornar, pela sua gravidade, inexigível o contrato.

A cumulação da resolução com a indemnização: é possível, sempre que o incumprimento que conduza à resolução seja ilícito e reúna os demais pressupostos. O tema é considerado em comentário ao 433.º.

⁽³⁷⁾ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos*, n.º 2 (129 ss.); JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato*, 128-129 e 183 ss. Esta opção não tem nada de perigosamente inovativa: ela já surgia em GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito civil*, 2, n.º 201 (662) e em ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, que não coloca a culpa como pressuposto de resolução.

14. O fundamento da resolução

I. O fundamento da resolução foi sucessivamente, imputado: à intenção presumida das partes; à causa dos contratos; à interdependência das obrigações; a uma ideia de reparação. Todavia: apelar a intenções presumidas, quando as mesmas não estejam vertidas num contrato — no que seria uma retoma da cláusula resolutiva tácita — tem sempre uma dimensão ficciosa. O fundamento da resolução apanha, muitas vezes, todos os intervenientes desprevenidos; a noção de causa deve ser evitada, pelas complicações que acarreta⁽³⁸⁾; a interdependência das obrigações postula obrigações recíprocas, o que pode não suceder; a ideia de reparação tem lugar havendo culpa e, ainda então, através da responsabilidade civil.

II. A ideia de que a resolução seria mais uma manifestação do sinalagma funcional não se confirma, particularmente em face do 432.º/1: esse preceito, ao invés do modelo italiano, não exige, para a resolução, contratos com prestações recíprocas. A resolução é possível perante a violação de prestações secundárias e de deveres acessórios, sendo de sublinhar a hipótese da quebra de confiança.

III. A materialidade subjacente de cada contrato explica o direito à resolução. Um contrato assenta na vontade comum das partes e, ainda, na ordem jurídica que o reconheça e lhe dê a sua tutela. As partes ficam adstritas ao que tenham assumido, bem como à projeção jurídica do acordado. A referência à boa-fé, sempre importante, reflete-se na proteção da confiança e no reconhecimento e tutela da estrutura económica subjacente à situação contratual existente. Para além da estrita permuta de prestações, existe uma realidade substantiva, de que todos se apercebem e que deve ser tida em conta, na sua materialidade global. Havendo fundamento, cabe à contraparte, pela resolução, afastar-se de um edifício que, axiologicamente, já não corresponda ao que havia sido firmado pelas partes.

⁽³⁸⁾ *Tratado VII*, 603-627; de resto, ela foi removida do próprio Código Civil francês pela reforma de 2016; vide o nosso *A reforma francesa do Direito das obrigações*, RDC 2017, 9-29 (25).

IV. Traços do regime

15. Fundamento e exclusões

I. O art. 432.º/1 admite a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção. A resolução legal, além de normativamente legitimada, requer, ainda, um fundamento concreto. Funciona como remédio que libera a parte, em face do inadimplemento da outra; além disso, é um meio de pressão para que a parte faltosa cumpra.

II. A resolução convencional depende do que se tenha acordado. Em regra, ela é associada a situações de inadimplemento. Uma resolução totalmente discricionária será, em rigor, uma revogação ou uma denúncia. Na interpretação das competentes cláusulas, as denominações adotadas pelas partes não são vinculativas, embora possam ter utilidade coadjuvante.

III. A exclusão da resolução surge referida no art. 432.º/2, ela funcionaria contra a parte que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não possa restituir o que tenha recebido. Este preceito é delimitado em função de regimes especiais e, ainda, de regras próprias de tipos contratuais autónomos. Além disso, mercê da conjugação com o art. 434.º, ela deve ser interpretada restritivamente.

IV. Ocorrem delimitações. Assim, temos: (a) Regimes especiais: com exemplo nos relativos às impossibilidades não-imputável (795.º/1), imputável ao credor (795.º/2) e imputável ao devedor (801.º/1): aplicam-se as normas competentes, em detrimento da manutenção simples do contrato; (b) Tipos contratuais: implicam regimes diferenciados de resolução, por vezes dotados de princípios próprios⁽³⁹⁾: prevalecem, nos termos que deles resultem.

V. Impõe-se, ainda, uma interpretação restritiva. O art. 434.º, relativo à retroatividade da resolução, ressalva: (a) a vontade das partes; (b) a finalidade da resolução; (c) os contratos de execução continuada ou periódica, salvo certas circunstâncias. Em todos esses casos, não há que restituir o que tiver sido prestado: a exclusão do art. 432.º/2 perde aplicação.

⁽³⁹⁾ O seu elenco civil foi referido *supra*, n.º 10.

16. A “equiparação” à invalidação

I. O art. 433.º equipara a resolução, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou (sic) anulabilidade do negócio jurídico. O anteprojeto Vaz Serra, no seu 2.º (efeito da resolução entre as partes), propôs, no n.º 1⁽⁴⁰⁾:

A resolução do contrato extingue, entre as partes, a relação contratual e tem, entre elas, efeito retroativo, salvo se isso contrariar a intenção das mesmas partes ou a finalidade da resolução.

Na 1.ª Revisão Ministerial, o preceito passou ao art. 390.º/1, terminando em “efeito retroativo”⁽⁴¹⁾. Na 2.ª Revisão (433.º), houve um *volte face*: abandonou-se a ideia simples da extinção entre as partes, a favor da aproximação aos efeitos da nulidade ou anulabilidade e removeu-se a referência à retroatividade, que passou para o artigo seguinte⁽⁴²⁾. A redação, praticamente definitiva, passou ao Projeto (433.º), sempre com a epígrafe “efeitos”⁽⁴³⁾. Apenas na versão promulgada ocorreu a epígrafe atual: “efeitos entre as partes”.

II. O art. 433.º, vítima da inflexão perfilhada na 2.ª Revisão, sem reflexões conhecidas, contrárias ao estudo de Vaz Serra e ao art. 1458.º/1 do Código italiano, preceito dador, consagrou uma equiparação problemática. No plano interno, não há paralelo possível “à nulidade ou anulabilidade”: a primeira é um vício intrínseco, com um regime matemático (286.º), enquanto a segunda deixa intacto o negócio, salvo o direito potestativo reconhecido a uma das partes de o impugnar, com uma série de limites (287.º). Além disso, o preceito terá querido dizer “equiparada, quanto aos seus efeitos, à declaração de nulidade ou à anulação”.

A equiparação determinada não pode, ainda no plano interno, ser completa: a invalidação dá corpo a vícios genéticos do negócio, enquanto a resolução tem a ver com superveniências⁽⁴⁴⁾. Daí, de resto, derivam regimes distintos, com valorações próprias.

⁽⁴⁰⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, BMJ 68 (1957), 195-226 (281); *idem*, *Direito das obrigações* (1960), (634.º/1), 520-521.

⁽⁴¹⁾ BMJ 119 (1962), 40.

⁽⁴²⁾ 2.ª Revisão Ministerial (1965), 14.

⁽⁴³⁾ *Projecto de Código Civil* (1966), 127.

⁽⁴⁴⁾ ADRIANO VAZ SERRA, anot. a STJ 28-nov.-1975 (EDUARDO ARALA CHAVES), RLJ 109 (1977), 360-364, *idem*, 365-368 (365/II), aparentemente acolhido pelos próprios PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, 4.ª ed. (1987), 410.

III. Finalmente: a epígrafe do art. 433.º limita o preceito aos “efeitos entre as partes”. Todavia, os efeitos da “nulidade ou anulabilidade” transcendem esse círculo: são oponíveis a terceiros, salvo efeitos derivados da usucapião, do registo predial ou da boa-fé comercial. O 435.º vem, depois, consignar um regime diverso, o que mais fragiliza a surpreendente equiparação levada a cabo pela 2.ª Revisão. Estamos, pois, numa área em que o cinquentenário do Código permite uma evolução jurídico-científica.

17. A relação de liquidação

I. As dúvidas suscitadas pela recondução (apressada) da resolução à invalidação, o aprofundamento da ciência jurídico-civilística em torno da relação obrigacional complexa e as reflexões geradas pelo funcionamento prático da resolução, levaram a um reposicionamento deste instituto. Em 1921, Heinrich Stoll (1891-1937) apresentou uma revisão da resolução: esta não visaria uma pura e simples extinção do contrato mas, tão-só, a sua transformação. A relação contratual passa, pela resolução, a uma relação de liquidação⁽⁴⁵⁾.

II. A doutrina de Stoll fez o seu caminho, sendo hoje geralmente admitida na literatura alemã. A proximidade com a Ciência e o Direito nacionais permitem a sua receção, ainda que com adaptações. Sublinhamos as proposições seguintes: (1) a resolução extingue os deveres de prestar principais; (2) a obrigação contratual do início subsiste, todavia, apoiada em eventuais deveres de prestar secundários e em deveres acessórios; (3) os deveres de prestar são substituídos por deveres de restituição, moldados, ainda que, porventura, pela negativa, sobre os deveres de prestação principais; (4) os deveres de restituição podem, por seu turno, ser substituídos por deveres de entrega de valores equivalentes⁽⁴⁶⁾, quando a devolução não seja possível; (5) finalmente, na obrigação, no seu conjunto, podem ser inseridos deveres de indemnização, quando o facto justificativo da resolução seja, também, ilícito, culposo e danoso.

⁽⁴⁵⁾ Elementos: *Tratado*, IX, 3.ª ed., 930-933.

⁽⁴⁶⁾ STJ 26-mai.-2009 (MOREIRA ALVES), CJ/Supremo XVII (2009) 2, 81-83 (83/I).

III. Da resolução resulta uma relação de liquidação⁽⁴⁷⁾. Essa relação mantém-se enquadrada na relação obrigacional complexa inicialmente constituída, reforçada pelos deveres acessórios. Sem a referência permanente ao contrato resolvido, não se torna possível determinar o sentido do desenvolvimento subsequente à resolução. A esta luz, a referência a uma retroatividade da resolução visa, no fundamental, precisar os termos da sequência: não é possível mexer no passado. Deve ainda ficar claro — e este ponto pertence ao acervo do Direito das obrigações dos nossos dias — que a retroatividade da resolução não implica o desfazer de quanto adveio do contrato atingido. Trata-se, apenas e com as limitações que a própria lei aponta, de desfazer as prestações principais. Este tema releva para o cálculo da indemnização que venha a ter lugar.

18. Resolução e indemnização

I. A resolução, designadamente quando levada a cabo por incumprimento, não apaga, em regra, os danos causados pelo inadimplente. Há que articulá-la com um dever de indemnizar. Uma orientação tradicional, que remonta à doutrina da cláusula resolutiva tácita, dá um relevo dogmático à afirmação, de resto legal, da sua eficácia retroativa. A aproximação da resolução à nulidade ou à anulação do próprio contrato reforça essa ideia: ela determinaria que, feita a competente declaração, tudo se passasse como se não tivesse havido qualquer fonte para os contratos envolvidos. Assim sendo, a resolução motivada por um inadimplemento ou por uma impossibilidade imputável ao devedor teria apenas como efeitos, além da supressão retroativa do contrato, o de fazer correr, pelo responsável, os custos e despesas provocados pela contratação falhada. Temos o interesse negativo, eventualmente majorado com o valor dos negócios perdidos com outros potenciais contratantes.

II. As consequências podem ser endossadas ao contratante fiel. Segundo o art. 1184.º do Código francês, a parte perante a qual o contrato não tenha sido executado tem a escolha de ou forçar a outra à execução da convenção quando ela seja possível ou de pedir a sua resolução, com perdas e danos. Ao optar pela resolução, a parte fiel prescindiria das benesses

(47) RCB 6-nov.-2007 (JORGE ARCANJO), CJ XXXII (2007) 5, 5-9 (7/I); RGM 24-out.-2019 (ANIZABEL SOUSA PEREIRA), Proc. 9217/15.

representadas pela execução do contrato, libertando-se igualmente dos encargos que, para si, ela representaria. A indemnização, no caso de resolução, visaria reconstituir o *statu quo ante*: limitar-se-ia às despesas, à depreciação da prestação restituída ou ao valor dessa prestação, quando a restituição em espécie não fosse possível, aos frutos e a outros elementos circundantes. A chave desta solução está na apregoada retroatividade.

III. No atual Direito das obrigações, a retroatividade da resolução levanta um claro mal-estar. O Direito alemão ultrapassou o problema proclamando, após a reforma de 2001/2002, que a impossibilidade não conduz à extinção da obrigação; por seu turno e como vimos, a resolução não extingue a relação obrigacional: apenas a transforma. No Direito francês, também a retroatividade tem sido criticada. Afinal, não se pode colocar num mesmo plano o contrato nulo ou anulado e o contrato legítimo, livremente concluído pelas partes e que uma delas decidiu inadimplir ou impossibilitar⁽⁴⁸⁾.

IV. O incumprimento da obrigação dá lugar à indemnização (798.º), devendo ser reconstituída a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (562.º). O evento que obriga à reparação é o incumprimento: não o surgimento da obrigação inadimplida, embora seja evidente que, sem esta, nada teria sucedido. O juízo negativo recai sobre o desrespeito pela obrigação e não sobre a existência da obrigação. Estas considerações devem estar presentes em todo o desenvolvimento posterior, para prevenir desenvolvimentos linguísticos.

Havendo resolução por incumprimento, não basta suprimir o contrato; é ainda necessário indemnizar a parte fiel, caso ela tenha sofrido danos. Tal a regra do Código francês (1184.º/2), do § 325 BGB⁽⁴⁹⁾, do 1453.º/1 do Código italiano e dos 45.º/II e 81.º/I, 1, da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional. Todas as vantagens legítimas de que o contraente fiel foi despojado devem ser indemnizadas, incluindo as que adviriam do regular cumprimento do contrato: o chamado interesse positivo. As despesas e maiores reforços são também contabilizados, evitando-se duplicações⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Elementos: *Tratado*, IX, 3.ª ed., 937-938.

⁽⁴⁹⁾ Que dispõe: O direito de, num contrato com prestações recíprocas, exigir uma indemnização não é excluído pela resolução.

⁽⁵⁰⁾ Quanto à evolução dos interesses negativo/positivo e à sua superação, com indicações: *Tratado*, IX, 3.ª ed., 940-949.

V. O Código Civil não refere expressamente a resolução, a propósito do incumprimento. Por isso não preserva, em geral, a indemnização, no caso de resolução. Fá-lo, todavia, no art. 801.º/2, a propósito da impossibilidade culposa, em termos muito claros:

Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

O direito à indemnização é ressalvado sem limitações, com ênfase, sendo mesmo anteposto à resolução. Trata-se de um ponto exegético, não decisivo, mas com alguma relevância.

VI. Mau grado alguma pressão doutrinária em contrário, a jurisprudência admite, nos casos de resolução, a indemnização (também) pelo interesse contratual positivo. Assim, nos dois últimos anos:

STJ 17-mai.-2018: a resolução do contrato é compatível com a indemnização pelo interesse contratual positivo, que só não será admitida quando revele um desequilíbrio grave na relação de liquidação ou se traduza em benefício injustificado para o credor, podendo à luz do princípio da boa fé, hipótese em que se indemnizará antes pelo interesse contratual negativo⁽⁵¹⁾;

RGm 15-nov.-2018: no quadro dos desenvolvimentos mais recentes da doutrina e da jurisprudência, é de considerar, em tese, admissível a cumulação da resolução do contrato com a indemnização dos danos por violação do interesse contratual positivo, não alcançados pelo valor económico das prestações retroativamente aniquiladas por via resolutiva⁽⁵²⁾;

RPT 11-fev.-2020: considera que o interesse positivo apenas poderia ser atendido em casos muito excecionais⁽⁵³⁾;

RCb 4-mai.-2020: a indemnização, em caso de cumulação com a resolução deve colocar o dono da obra na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido⁽⁵⁴⁾.

As oscilações que perturbam uma evolução geral modernizadora ficam a dever-se ou a particularidades do caso concreto ou ao uso de doutrina restritiva, em regra antiga. Para evitar tais riscos recomenda-se, em regra, que se evite recorrer à resolução por incumprimento: antes à exceção do contrato não-cumprido, associada ao pedido de condenação na exe-

⁽⁵¹⁾ STJ 17-mai.-2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), Proc. 567/11.

⁽⁵²⁾ RGm 15-nov.-2018 (MARIA JOÃO MATOS), Proc. 5102/07.

⁽⁵³⁾ RPT 11-fev.-2020 (ANABELA DIAS DA SILVA), Proc. 16093/16.

⁽⁵⁴⁾ RCb 4-mai.-2020 (BARATEIRO MARTINS), Proc. 4581/15.

cução do contrato. Cada caso deve ser ponderado cuidadosamente por um advogado ou por um consultor experiente. O conceptualismo deve ser combatido no terreno.

19. A retroatividade

I. A retroatividade era apresentada como a consequência da supressão *ex tunc* do contrato (Vaz Serra). A opção (tardia) do Código pela equiparação à invalidação reforçou uma ideia de aparente retroatividade. Esta, todavia, tem vindo a ser atenuada, na doutrina e na jurisprudência⁽⁵⁵⁾. Temos: (1) delimitações legais; (2) eficácia modificativa.

II. Quanto a delimitações legais⁽⁵⁶⁾: a retroatividade não opera: (a) se contrariar a vontade das partes, seja ela expressa no próprio contrato, em acordo subsequente ou resultante, simplesmente, da interpretação ou da integração⁽⁵⁷⁾; (b) se a isso se opuser a finalidade da resolução: p. ex., fazer face a um incumprimento ou a uma impossibilidade parciais; (c) se estiverem em causa, nos contratos de execução continuada ou periódica, prestações já efetuadas⁽⁵⁸⁾; esta hipótese deve ser conjugada com o art. 432.º/2⁽⁵⁹⁾ e com o próprio art. 434.º/1, *in fine*, sendo patente a possibilidade de ocorrerem sobreposições; ainda esta hipótese comporta uma exceção (à exceção): a de entre as prestações já efetuadas e a causa da resolução ocorrer um vínculo que legitime a resolução de todas elas: será o caso de um fornecimento tornado inútil por deficiência dos bens fornecidos, relativamente aos já entregues.

III. A eficácia modificativa da própria resolução recorda que a relação “extinta” se converte, na realidade, numa relação de liquidação. A eficácia “retroativa” deixa esta intacta. Em suma: a “retroatividade” da resolução deve ser tomada em termos relativos e delimitados.

⁽⁵⁵⁾ STJ 17-mai.-2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO), Proc. 567/11: “haverá que relativizar a eficácia retroativa da resolução”.

⁽⁵⁶⁾ STJ 15-fev.-2018 (TOMÉ GOMES), Proc. 7461/11; STJ 11-abr.-2019 (ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA), Proc. 622/08; RCB 28-mai.-2019 (ALBERTO RUÇO), Proc. 5755/19; STJ 12-set.-2019 (OLIVEIRA ABREU), Proc. 50/17.

⁽⁵⁷⁾ REv 15-mar.-2007 (SILVA RATO), Proc. 247/07, considerando mesmo que a retroatividade se presume querida pelos contratantes.

⁽⁵⁸⁾ STJ 12-set.-2013 (AZEVEDO RAMOS), Proc. 1942/07.

⁽⁵⁹⁾ E tendo ainda em mente o 289.º/2.

V. Aspectos práticos

20. O exercício

I. A resolução efetua-se, na sequência de Vaz Serra, mediante uma declaração à outra parte (436.º/1). O Código optou pelo sistema da resolução extrajudicial, à semelhança do BGB (atual § 349). Contrapõe-se ao esquema tradicional napoleónico, que previa, perante a “condição resolutiva tácita”, o recurso ao juiz (1184.º/3): uma situação revista pela reforma de 2016⁽⁶⁰⁾. Apenas por exceção, como sucede no caso do arrendamento urbano, quando a resolução caiba ao senhorio e nalguns casos, se impõe o recurso ao tribunal (1084.º/1). A solução extrajudicial é, em regra, a única viável: de outro modo, toda a rapidez e funcionalidade que se pretende retirar da imediata remoção dos contratos inadimplidos ficaria posta em causa. A solução dos despejos urbanos, justamente pelas demoras e pelas cautelas que envolve, visa a tutela dos arrendatários, dentro de uma lógica vinculística. A resolução extrajudicial, por razões elementares de coerência sistemática, deve aplicar-se à declaração de nulidade e à anulação: ambas podem ser feitas, num primeiro tempo, por declaração extrajudicial, cabendo o recurso ao tribunal apenas no caso de uma controvérsia subsequente⁽⁶¹⁾.

II. A lei não prescreve uma forma para a resolução⁽⁶²⁾: isso embora a locução do art. 436.º/1, “declaração à outra parte”, permita inferir uma comunicação escrita ou equivalente. Uma declaração de resolução vai alterar (profundamente) o contrato a que respeite. Vale, pelo menos, tanto quanto uma “estipulação posterior”, na linguagem do art. 221.º/2. Em regra, ela deveria seguir a forma do próprio contrato a resolver, uma vez que a “razão determinante da forma” lhe é, seguramente, aplicável. Os contratos escritos são resolvidos por escrito. Quanto a formas mais solenes — escritura pública ou equivalente — parece razoável exigir, para a resolução, uma forma escrita autenticada. Todavia, há que ter em conta a existência de regras especiais, previstas para certos tipos contratuais.

III. Verificados os pressupostos, a lei não fixa um prazo para a resolução⁽⁶³⁾. Ressalvada fica a hipótese de uma caducidade convencional,

⁽⁶⁰⁾ O referido 1226.º, resultante da Reforma de 2016, admite que o credor resolva o contrato por simples notificação.

⁽⁶¹⁾ O nosso *Código Civil Comentado*, I (2020), 286.º, anot. 12-16.

⁽⁶²⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.ª ed., 169-175.

⁽⁶³⁾ ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução do contrato*, n.º 9 (247-249).

particularmente oportuna na presença de uma cláusula resolutória. Todavia, não pode a contraparte ficar indefinidamente à espera que o direito de resolução venha a ser efetivado. Daí a solução do art. 436.º/2: pode essa parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que resolva, sob pena de caducidade. Além disso, no caso de exercícios retardados, de tal modo que tenha sido criada uma confiança legítima de que a resolução não seria atuada, pode verificar-se uma *suppressio ex bona fide*.

IV. Em termos técnicos, a resolução apresenta-se como um direito potestativo: o que assista a uma das partes de, perante um incumprimento, uma impossibilidade ou uma alteração das circunstâncias, invocar o sucedido e manifestar a vontade de pôr termo ao contrato. Como alternativa: a resolução pode advir da concretização de uma cláusula resolutória, inserida, pelas partes, no contrato, para a eventualidade de ocorrer o facto justificante. Em qualquer dos casos, a resolução depende da livre vontade de quem, dela, se queira prevalecer e, ainda, da verificação do facto que dê lugar ao direito potestativo de o fazer. A vontade deve ser dirigida à supressão do contrato, com tendenciais efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos.

O direito potestativo à resolução, uma vez constituído, deve ser exercido, para produzir efeitos. O seu beneficiário faz, em regra, uma ponderação quanto ao fundamento e um juízo de oportunidade económica. Pode não lhe convir restituir o que ele próprio haja recebido ou pode entender conveniente manter uma relação mais ampla com a contraparte, evitando situações potencialmente litigiosas. Querendo exercê-lo, não há liberdade de estipulação: ou exerce, ou não exerce. Tecnicamente, temos um ato jurídico *stricto sensu*. Em especial: a resolução não pode ser sujeita a uma condição resolutiva, sob pena de deixar na incerteza o seu alcance⁽⁶⁴⁾.

V. O direito à resolução não pode ser parcialmente exercido. Essa eventualidade é possível: mas apenas com o acordo da contraparte. Na falta deste, o titular ou resolve, ou não resolve. Não pode escolher o melhor dos dois mundos. De outro modo, a segurança do comércio jurídico ficaria afetada, enquanto o beneficiário receberia um potencial de vantagens que nem o contrato nem a lei lhe reconhecem. A aplicação, à resolução, de institutos paralelos aos da redução (292.º) e da conversão (293.º) requereriam, sempre, o acordo da outra parte: iriam colocar esta

(64) No anteprojeto VAZ SERRA (636.º/1), explicitava-se que a resolução não poderia ser condicional; hoje, essa solução prevalece pelos princípios gerais; DAVID NUNES DOS REIS, *A (in)eficácia extintiva da resolução ilícita de contratos*, 644 ss., refere “resolução ilícita”.

perante uma situação de tipo contratual com a qual, de todo, ela poderia, legitimamente, não contar.

VI. O direito à resolução não pode ser antecipadamente renunciado. Temos o princípio da irrenunciabilidade antecipada aos direitos⁽⁶⁵⁾, especialmente consignado no art. 809.º. Depois de constituído, o direito é disponível; estamos no campo patrimonial privado, para mais no domínio do Direito das obrigações, marcado pela liberdade contratual.

21. O exercício indevido

I. A resolução implica uma justificação ou fundamento. Quando efetuada, extrajudicial ou judicialmente⁽⁶⁶⁾, ela deve indicar sumariamente os factos em que se alicerça, de modo a que possam ser reconhecidos pelo devedor. Quando subsequente à ultrapassagem de um prazo admonitório, a fundamentação pode ser dispensada. Pergunta-se o que sucede quando ela seja indevidamente exercida⁽⁶⁷⁾ e, designadamente, quando os factos em que se apoie não sejam exatos ou quando se mostrem inadequados ou insuficientes para a resolução. Podemos ainda acrescentar a resolução abusiva: o resolvente cria uma expectativa legítima e justificada de que não irá exercer a resolução e depois, sem nenhuma superveniência justificativa, resolve o contrato: temos um *venire contra factum proprium*.

II. Perante o silêncio do Código, há várias orientações⁽⁶⁸⁾. Romano Martinez explica que a resolução ilícita, pelo regime comum (295.º e 280.º/1), deveria ser nula; todavia, uma vez que ela se inclui no todo complexo do contrato, a consequência é a do incumprimento do próprio negócio a que tenha pretendido pôr cobro: salvo regimes especiais, como o do contrato de trabalho⁽⁶⁹⁾. António Pinto Monteiro já havia tomado uma posição semelhante, no domínio da agência: embora a pura ineficácia da resolução fosse lógica, ela não é praticável. Dada a natureza extrajudicial

⁽⁶⁵⁾ *Tratado VI*, 3.ª ed., 68-69.

⁽⁶⁶⁾ E, aí, por ação ou por exceção.

⁽⁶⁷⁾ Na terminologia de JOANA FARRAJOTA, *A resolução do contrato sem fundamento*, 49 seria uma resolução infundada ou sem fundamento.

⁽⁶⁸⁾ JOANA FARRAJOTA, *A resolução do contrato sem fundamento*, 50 ss., apresenta um quadro com as principais posições nacionais.

⁽⁶⁹⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.ª ed., 209.

do exercício da resolução, apenas passado muito tempo seria possível obter, do juiz, uma declaração da “continuidade” do contrato, retirando-lhe o seu sentido, mas constitui um incumprimento deste⁽⁷⁰⁾. Brandão Proença, a propósito do contrato-promessa, vê, na resolução infundada, uma forma de incumprimento⁽⁷¹⁾, sendo eficaz nessa medida, numa opção generalizada por Assunção Cristas, dada a regra de que o contrato se extingue por mero efeito da declaração resolutiva⁽⁷²⁾.

III. Noutra linha, Baptista Machado considera que a própria existência de um direito de resolução depende do seu fundamento⁽⁷³⁾. Indo mais longe, Paulo Mota Pinto entende que a resolução infundada é ineficaz, uma vez que o resolvente não é titular do correspondente direito potestativo; logo, o juiz declararia a subsistência do contrato⁽⁷⁴⁾. Esta posição é acolhida por Joana Farrajota⁽⁷⁵⁾ a qual, todavia, vem depois a proceder a cuidadas delimitações, designadamente em função da confiança que deva existir⁽⁷⁶⁾. Também David Nunes dos Reis opta pela ineficácia, ressaltando regimes especiais, como o do contrato de trabalho e o de aquisição indevida de ações de sociedades e limitando a reposição do contrato “ilicitamente resolvido” nos casos em que ela se mostre desproporcionada ou contrária à boa-fé⁽⁷⁷⁾.

(70) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 7.ª ed. (2010), 138-139, com indicações jurisprudenciais, e já em *Direito comercial/Contratos de distribuição comercial* (2001), 149 ss.

(71) JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral/A dualidade execução específica-resolução*. Est. Ferrer Correia (1987), 153-312 (241); em *A resolução*, 151-155, esse Autor não tomara uma posição clara.

(72) ASSUNÇÃO CRISTAS, *É possível impedir judicialmente a resolução de um contrato?*, Est. 10 anos FDUNL II (2008), 53-79 (63).

(73) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento* (1979), *Obra dispersa* 1 (1991), 125-193 (130-131); todavia (como nota JOANA FARRAJOTA, *A resolução*, 55), na anot. STJ 8-nov.-1983 (JOAQUIM FIGUEIREDO; vencido: AMARAL AGUIAR), RLJ 118 (1986), 271-274, *idem*, 271-282, 317-320 e 328-332 (332), BAPTISTA MACHADO aproxima a declaração ilícita de resolução de uma recusa de cumprimento.

(74) PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 2, 1675-1676, nota 4861.

(75) JOANA FARRAJOTA, *A resolução*, 54.

(76) *Idem*, *maxime* 368 ss. (a síntese conclusiva).

(77) DAVID NUNES DOS REIS, *A (in)eficácia extintiva da resolução ilícita de contratos*, 654-655 (as conclusões).

22. Valor da resolução infundada

I. Em face do Direito estrito, a resolução indevida é ineficaz. Não se verificando os pressupostos — legais ou contratuais — de que ela dependa, o resolvente não é titular do direito potestativo de que se arroga: a declaração de resolução que ele emita é nula, por ilegitimidade. Poderia ainda ser invocada a contrariedade à lei, bem como a impossibilidade jurídica (280.º/1). Em termos valorativos, parece claro que um contrato não pode ser alijado *ad nutum*, por qualquer das partes: exceto nos casos em que ele próprio ou a lei admitam a denúncia ou a revogação unilateral.

II. Todavia, ao permitir, no seu art. 436.º/1, a resolução por simples declaração à contraparte, o Código dá uma mensagem normativa que não pode ser passada em claro. Com efeito, a lei deixa à apreciação do resolvente a ponderação dos requisitos em jogo. Este pode enganar-se. Quando isso suceda, haverá que demonstrá-lo em tribunal: um ónus que cabe ao devedor, sob pena de deitar por terra a resolução extrajudicial. Até que haja uma sentença com trânsito em julgado, a resolução deve produzir os seus efeitos: ou seria inútil. Nenhum contrato pode ficar muito tempo na incerteza: seja pelos interesses do credor, seja pelos do devedor, seja pelos da comunidade jurídica.

III. Nestas condições, em nome de uma interpretação integrada do ordenamento, devemos considerar a resolução formalmente declarada como eficaz. Ficam exceptuados os regimes especiais consagrados na lei, que são numerosos⁽⁷⁸⁾. Se a resolução for indevida, há consequências que transcendem a cessação do contrato⁽⁷⁹⁾. A saída para o problema reside no verdadeiro sentido da resolução.

⁽⁷⁸⁾ Como exemplos: 886.º: na compra e venda, feita a entrega da coisa, o vendedor não pode, salvo convenção em contrário, resolver o contrato por falta de pagamento do preço; 966.º: a resolução da doação por não cumprimento dos encargos exige consagração contratual; 1007.º: a sociedade tem regras próprias sobre a sua dissolução; 1047.º a 1050.º: a locação tem regras próprias, agravadas quanto ao arrendamento (1083.º a 1087.º); 1150.º: o mutuante pode resolver o contrato se o mutuário não pagar os juros; 1170.º: o mandato é revogável, sendo exigida justa causa, em certas circunstâncias; 1235.º: o beneficiário de renda perpétua pode resolver o contrato quando o devedor incorra em mora de dois anos; 1242.º: *idem*, quanto à renda vitalícia. Além disso, o ponto sensível da resolução por não-cumprimento exige a perda do interesse do credor ou o desrespeito pela interpelação admonitória (808.º/1).

⁽⁷⁹⁾ Compete à parte interessada alegar e demonstrar a ilicitude da resolução: REv 19-dez.-2019 (RUI MACHADO E MOURA), Proc. 348/16.

IV. Hoje, sabemos que a resolução tem uma eficácia modificativa da obrigação⁽⁸⁰⁾. Ela suprime as prestações principais, mantendo eventualmente as secundárias e, necessariamente, as acessórias. A resolução indevida substitui a prestação principal por uma prestação indemnizatória: não sendo fundada, ela implica um incumprimento presumivelmente culposo (799.º/1). A prestação indemnizatória toma feições diferentes consoante o tipo de contrato em causa. Assim: (1) contratos patrimoniais comuns ou de prestações fungíveis: sendo a resolução indevida, a indemnização equivalerá à execução do contrato, com eventual indemnização pela mora ou por danos colaterais⁽⁸¹⁾; (2) contratos pessoais ou que envolvam prestações não-fungíveis: a resolução indevida pode determinar a extinção por impossibilidade imputável ao credor (795.º/2): segue-se o competente regime; (3) contratos que exijam uma relação de confiança mútua, do tipo dos acordos parassociais ou de relações *intuitu personae*: a resolução indevida impossibilita o cumprimento; o contrato cessa, seguindo-se o regime da impossibilidade imputável ao devedor (801.º/1), equiparada ao inadimplemento.

⁽⁸⁰⁾ *Supra*, n.º 16.

⁽⁸¹⁾ RLx 19-jun.-2018 (HIGINA CASTELO), Proc. 8174/15; STJ 22-nov.-2018 (HÉLDER ALMEIDA), Proc. 1559/13. No fundo, a solução equivale à afirmação de que a resolução indevida não impede a execução do contrato, desde que a parte fiel mantenha interesse nessa execução e esta não seja excessivamente onerosa para a parte que resolveu: STJ 8-jun.-2017 (SALAZAR CASANOVA), Proc. 7461/14; *vide* RLx 21-jan.-2020 (JOSÉ CAPACETE), Proc. 9518/18.

APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET?(*)

Por Dário Moura Vicente(**)

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. Os interesses em jogo. 3. O caso *Costeja*. 4. A situação noutras jurisdições. 5. Os problemas suscitados pela diversidade de regimes nacionais. 6. O caso *Google c. CNIL*. 7. Uma extraterritorialidade mitigada. 8. Balanço.

1. O problema

O «direito ao esquecimento» é frequentemente apontado como exemplo de uma nova geração de direitos fundamentais, próprios da denominada sociedade da informação⁽¹⁾.

Consagrou-o expressamente o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), aplicável na União Europeia desde 25 de maio de 2018⁽²⁾. Dispõe, com efeito, o art. 17.º desse Regulamento, sob a epígrafe «Direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”))», que o titular de

(*) O presente texto constitui a versão portuguesa, com atualizações, da comunicação apresentada pelo autor no XXX Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, realizado em Sevilha de 18 a 22 de junho de 2018.

(**) Advogado. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) Ver, por exemplo, JUAN CARLOS MARTÍNEZ-VILLALBA, «La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2014, p. 15, ss.

(2) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 119, de 4 de maio de 2016, p. 1, ss.

dados pessoais tem o direito de obter do responsável pelo respetivo tratamento o seu apagamento, sem demora injustificada, designadamente, quando:

- a) Os seus dados pessoais tenham deixado de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular tiver retirado o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados;
- c) O titular se opuser ao tratamento e não existirem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento; ou
- d) Os dados pessoais tiverem sido tratados ilicitamente⁽³⁾.

Na realidade, este direito é bem anterior ao advento da sociedade da informação: o Tribunal Constitucional Federal alemão já o havia consagrado no caso *Lehbach*, em 1973, a respeito da radiodifusão de um programa televisivo que evocava a condenação criminal de certa pessoa, a qual foi proibida com fundamento no direito ao *livre desenvolvimento da personalidade* consagrado no art. 2.º (1) da Lei Fundamental alemã⁽⁴⁾.

O surgimento da Internet, do comércio eletrónico e das redes sociais, e a divulgação universal e instantânea de dados pessoais dos respetivos utentes por elas possibilitada, conferiram no entanto muito maior projeção e acuidade ao tema.

2. Os interesses em jogo

Debatem-se nesta matéria, como é bom de ver, interesses antagónicos. Por um lado, o interesse de cada pessoa na sua *autodeterminação informativa*, i.e, em poder controlar o conhecimento por terceiros de informação relativa à sua vida privada, o qual reclama, em certas circunstâncias, o reconhecimento ao titular de dados pessoais divulgados *online* do direito de exigir o seu apagamento. Por outro, a *liberdade de expressão e o direito à informação*, que este direito inevitavelmente restringe. Finalmente, os *interesses económicos das empresas* que tenham de proceder ao

⁽³⁾ Sobre esta disposição, veja-se por último, com mais referências bibliográficas, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados: à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra, 2020, p. 274, ss.

⁽⁴⁾ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 35, p. 202, ss.

apagamento de grandes volumes de informação disponível *online*, os quais depõem no sentido da restrição desse direito sempre que os respetivos custos se mostrem desproporcionados relativamente às finalidades através dele prosseguidos.

Dada a inequívoca importância de que estes interesses se revestem num Estado de Direito democrático assente no princípio da dignidade da pessoa humana, mas que igualmente consagre a livre iniciativa económica privada, não pode o regime jurídico do direito ao esquecimento deixar de assentar numa conciliação dos mesmos⁽⁵⁾.

3. O caso *Costeja*

O aludido conflito de interesses foi posto em evidência no caso *Costeja*, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014⁽⁶⁾.

Um cidadão espanhol, Mário Costeja, apresentara na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), em 2010, uma reclamação contra o editor do jornal *La Vanguardia*, a Google Spain e a Google Inc. Pretendia que fosse suprimida das páginas do jornal informação publicada em 1998 relativa à venda judicial de imóveis seus para recuperação de dívidas que tinha para com a Segurança Social; e que a Google impedisse o aparecimento dos seus dados pessoais nas pesquisas feitas através dos respetivos motores de busca. Invocava, para tanto, que o processo judicial estava resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

A AEPD indeferiu a pretensão quanto ao jornal, por a publicação da informação estar legalmente justificada, dado que tinha sido efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais; mas deferiu-a quanto à Google, que considerou sujeita à legislação europeia sobre proteção de dados e ao direito à proteção destes. A Google recorreu para a Audiência Nacional e esta reenviou o assunto para o TJUE, pedindo a interpretação da Diretiva 95/46 (que antecedeu o RGPD) à luz dos factos da causa.

⁽⁵⁾ A este respeito, vejam-se, na doutrina portuguesa, PAULO MOTA PINTO, «A proteção da vida privada e a Constituição», in *eiusdem*, *Direitos de Personalidade de Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, 2018, p. 593, ss.; e RUI ATAÍDE, «Direito ao esquecimento», *Revista de Direito Civil*, 2018, p. 280, ss.

⁽⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

Na sua decisão, o TJUE considerou, no essencial, que:

- a) A atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada como «tratamento de dados pessoais» para os efeitos da referida Diretiva;
- b) Para respeitar os direitos dos titulares de dados pessoais, o operador de um motor de busca é obrigado, por força da Diretiva, a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas *web* publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita;
- c) Esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação;
- d) Numa situação como a que estava em causa, tendo em conta o carácter sensível, para a vida privada do interessado, das informações em causa e o facto de a sua publicação inicial remontar há 16 anos, essa pessoa tinha comprovadamente direito a que essas informações deixassem de ser associadas ao seu nome através das listas de resultados obtidas no *Google Search* ao efetuar-se uma pesquisa a partir do seu nome⁽⁷⁾.

4. A situação noutras jurisdições

É bem diversa desta a situação que encontramos noutras jurisdições, *maxime* os Estados Unidos da América⁽⁸⁾.

(7) Ver, sobre o acórdão e os seus antecedentes, FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ, «El “derecho al olvido”: de la STJCE de 13 de mayo del 2014 al Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016]», *Revista de Direito Intelectual*, 2017, Vol. I, p. 175, ss.

(8) Ver HUGH J. MCCARTHY, «*All the World's a Stage: The European right to be forgotten revisited from a US Perspective*», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, p. 360, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE e SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, «A proteção de dados pessoais na Internet à luz do Direito Comparado», *Revista de Direito Intelectual*, 2018, Vol. II, p. 45, ss.

A I Emenda à Constituição americana proscreeve expressamente que o Congresso adote qualquer lei que limite a liberdade de expressão⁽⁹⁾. Não surpreende, por isso, a inexistência nos Estados Unidos de um «direito ao esquecimento»: as listagens de *links* apresentadas pela Google são, com efeito, protegidas pela liberdade de expressão, consoante tem sido reiteradamente afirmado por tribunais federais, *v.g.*, nos casos *Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.*⁽¹⁰⁾, *Langdon v. Google*⁽¹¹⁾ e *Zhang et al. v. Baidu.com Inc.*⁽¹²⁾.

Uma proposta legislativa apresentada em 2017 ao Senado do Estado de Nova Iorque pelo Senador Tony Avella, no sentido da consagração do direito ao esquecimento⁽¹³⁾, suscitou, por isso, sérias reservas quanto à sua constitucionalidade⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Dispõe essa Emenda: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

⁽¹⁰⁾ Sentença do United States District Court for Western Oklahoma, de 27 de maio de 2003, disponível em <<http://www.internetlibrary.com/pdf/Search-King-Google-WD-Okla.pdf>>: «[A] Page Rank is an opinion — an opinion of the significance of a particular web site as it corresponds to a search query. Other search engines express different opinions, as each search engine’s method of determining relative significance is unique [...]. A statement of relative significance, as represented by the Page Rank, is inherently subjective in nature. Accordingly the Court concludes that Google’s Page Ranks are entitled to First Amendment protection».

⁽¹¹⁾ Sentença do United States District Court for Delaware, de 20 de fevereiro de 2007, disponível em <<http://www.internetlibrary.com/pdf/langdon.pdf>>: «Google points to the relief sought by Plaintiff [which sought to compel] Google, Yahoo and Microsoft [to] place Plaintiff’s ads for his websites in prominent places on their search engine results and [have] Defendants honestly rank plaintiff’s web sites. Google argues that such relief would compel it to speak in a manner deemed appropriate by Plaintiff and would prevent Google from speaking in ways that Plaintiff dislikes. It contends such relief contravenes the First Amendment. [...] Defendants are correct in their position that the injunctive relief sought by Plaintiff contravenes Defendants’ First Amendment rights».

⁽¹²⁾ Sentença do District Court for the Southern District of New York, de 27 de março de 2014, disponível em <<http://blogs.reuters.com/alison-frankel/files/2014/03/zhangvbaidu-opinion.pdf>>: «[The plaintiffs] seek to hold Baidu liable for, and thus punish Baidu for, a conscious decision to design its search-engine algorithms to favor certain expression on core political subjects over other expression on those same political subjects. To allow such a suit to proceed would plainly violate [...] the fundamental rule of protection under the First Amendment, that a speaker has the autonomy to choose the content of his own message».

⁽¹³⁾ *An Act to Amend the Civil Rights Law and the Civil Practice Law and Rules, in Relation to Creating the Right to be Forgotten*, disponível em <<http://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2017/S4561>>.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, veja-se EUGENE VOLOKH, «N.Y. bill would require people to remove ‘inaccurate,’ ‘irrelevant,’ ‘inadequate’ or ‘excessive’ statements about others», *The Washington Post*, 15 de março de 2017: «the bill simply aims to censor what people say, under a broad, vague test based on what the government thinks the public should or shouldn’t be discussing. It is clearly unconstitutional under current First Amendment law».

O direito ao esquecimento foi entretanto acolhido no *California Consumer Privacy Act 2018*; mas em termos substancialmente mais restritos do que na legislação europeia⁽¹⁵⁾.

Desse direito já se disse, na literatura norte-americana que o seu propósito não seria senão o de «impedir, sob pena da ruína financeira, o exercício da liberdade de expressão, sempre que um ente público assim o entenda»⁽¹⁶⁾.

Uma orientação muito mais atenuada foi recentemente adotada a este respeito noutra jurisdição de *Common Law*. Referimo-nos ao caso *NT 1 & NT2 v. Google LLC*, julgado em 2018 pela *Queen's Bench Division* do *High Court* inglês⁽¹⁷⁾. Este dizia respeito a dois empresários ingleses que haviam sido condenados por ilícitos criminais e que pretendiam da Google o apagamento de certos resultados das pesquisas efetuadas através do seu motor de busca, que veiculavam o acesso a sítios da Internet dos quais constavam relatos da imprensa relativos a esses ilícitos. O tribunal desatendeu a pretensão do primeiro demandante, considerando que «a retirada (*delisting*) impediria significativamente, ainda que não o bloqueasse por completo, o acesso do público a informação relativa a um empresário indigno de confiança que representa algum risco para o público»; mas julgou procedente a do segundo, com fundamento em que «a informação relativa ao crime e à sua punição tornou-se desatualizada, é irrelevante e não existe interesse legítimo suficiente que justifique a continuação de sua disponibilidade para os utilizadores do Google Search». O tribunal rejeitou em todo o caso a imposição à Google de qualquer dever de indemnizar o segundo demandante pelos danos que este alegadamente sofrera, por entender que a demandada havia atuado com «cuidado razoável» (*reasonable care*).

(15) Haja vista ao § 1798.105 (a) dessa lei, segundo o qual: «A consumer shall have the right to request that a business delete any personal information about the consumer which the business has collected from the consumer».

(16) EUGENE VOLOKH, *est. e loc. cit.*: «There is no “right to be forgotten” in the abstract; no law can ensure that, and no law can be limited to that. Instead, the “right” this aims to protect is the power to suppress speech — the power to force people (on pain of financial ruin) to stop talking about other people, when some government body decides that they should stop». Veja-se ainda, do mesmo autor, «Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You», *Stanford Law Review*, 2000, p. 1049, ss.

(17) [2018] EWHC 799 (QB).

5. Os problemas suscitados pela diversidade de regimes nacionais

Pode assim dizer-se que os Direitos da União Europeia e dos Estados Unidos da América consagram soluções fundamentalmente diversas para o problema em análise; e que esta divergência é, em última análise, ideológica, pois radica não apenas num diferente entendimento do significado do conceito de privacidade⁽¹⁸⁾, mas sobretudo na diversa medida do reconhecimento da liberdade de expressão em cada um dos sistemas jurídicos em causa⁽¹⁹⁾.

Ora, são frequentes as situações em que a disponibilização da informação em causa «atravessa» as fronteiras dos dois blocos económicos. Assim sucede, por exemplo, com os *links* feitos para sítios da Internet alojados em computadores localizados em diferentes países e com endereços geográficos de diferentes países.

Quando o responsável pelo tratamento de dados se encontra estabelecido nos Estados Unidos, ou noutro país que adote nesta matéria soluções análogas às deste, suscita-se assim a questão do âmbito de aplicação territorial das disposições do Direito da União Europeia sobre o direito ao esquecimento⁽²⁰⁾.

6. O caso *Google c. CNIL*

Foi precisamente este o problema que se colocou no caso *Google c. CNIL*, sobre o qual se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão proferido em 24 de setembro de 2019⁽²¹⁾. Aí se declara que o

⁽¹⁸⁾ Posto em evidência, na doutrina portuguesa, por ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, 2015.

⁽¹⁹⁾ Ver, a este respeito, THEODORE F. CLAYPOOLE, «Can we Really Forget?», *The National Law Review*, Vol. X (2020), n.º 296 (disponível em <<https://www.natlawreview.com>>).

⁽²⁰⁾ Sobre o qual podem ver-se, com referência à Diretiva 95/46/CE, que precedeu o RGPD, PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 5.ª ed., Madrid, 2015, p. 359, ss.; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, «The Internet — Privacy and Rights Relating to Personality», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, Tomo 378 (2015), p. 267, ss. (p. 448, ss.).

⁽²¹⁾ Processo C-507/17, *Google c. CNIL*, ECLI:EU:C:2019:772. Ver, sobre esse aresto, MARY SAMONTE, «Google v. CNIL: The Territorial Scope of the Right to be Forgotten Under EU Law», *European Papers*, 2019, p. 839, ss.; JURE GLOBOCNIK, «The Right to be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136-17) and Google v CNIL (C-507/17)», *GRUR International*, 2020,

art. 17.º, n.º 1, do Regulamento 2016/679 deve ser interpretado no sentido de que:

«quando aceita um pedido de supressão de referências ao abrigo destas disposições, o operador de um motor de busca não tem de efetuar essa supressão de referências em todas as versões do seu motor, devendo fazê-lo nas versões deste que correspondem a todos os Estados-Membros, e isto, se necessário, em conjugação com medidas que, embora satisfaçam as exigências legais, permitam efetivamente impedir ou, pelo menos, desencorajar seriamente os internautas que efetuam uma pesquisa a partir do nome da pessoa em causa dentro de um dos Estados-Membros de, através da lista de resultados exibida após essa pesquisa, aceder às hiperligações que são objeto desse pedido».

Na espécie, a Google, Inc., impugnara perante o Conselho de Estado francês uma decisão da *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) que lhe impusera a remoção de dados de certa pessoa singular no conjunto dos nomes de domínio do seu motor de busca, de tal forma que os *links* questionados não surgissem, qualquer que fosse o lugar a partir da qual a busca fosse feita, inclusive fora do espaço territorial da União Europeia. A Google recusara a observância dessa imposição, tendo-se limitado a suprimir as hiperligações em causa dos resultados exibidos em resposta a pedidos efetuados a partir dos nomes de domínio que correspondiam a declinações do seu motor de busca nos Estados-Membros da União.

O caso motivou um reenvio prejudicial pelo Conselho de Estado francês para o Tribunal de Justiça da União Europeia, formulado nos seguintes termos⁽²²⁾:

«Operador de um motor de busca que pede a anulação da decisão pela qual a formação restrita da CNIL o condenou a uma sanção tornada pública de 100.000 euros por não ter cumprido a interpelação que lhe foi dirigida para conceder os pedidos de supressão de referências de pessoas singulares, apagando da lista de resultados apresentados todas as ligações que conduzem às páginas web contestadas em todas as extensões de nome de domínio do seu motor de busca. Dado que a determinação do âmbito territorial das obrigações de supressão de referências impostas ao operador de um motor de busca levanta sérias dificuldades na interpretação do direito à supressão de referências reconhecido pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão *Google Spain*, devem ser submetidas ao Tribunal questões prejudiciais.»

p. 380, ss.; PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Protección de datos personales y supresión de enlaces en buscadores», *La Ley Unión Europea*, n.º 80, abril de 2020, p. 1, ss.; e MONIKA ZALNIERUTE, «Google LLC v. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)», em curso de publicação no *American Journal of International Law*, 2020 (disponível em <<https://ssrn.com>>).

⁽²²⁾ Cf. a decisão das 9.ª e 10.ª Câmaras reunidas do Conselho de Estado, de 19 de julho de 2017, disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr>> (a tradução do trecho citado é da nossa responsabilidade).

Eram concebíveis, fundamentalmente, três soluções para o problema assim posto:

- a) A *maximalista*, consistente em impor a remoção dos resultados das pesquisas em todos os nomes de domínio da Google, independentemente do lugar a partir do qual as mesmas sejam feitas (solução preconizada pela CNIL);
- b) A *minimalista*, que implicaria a remoção dos resultados da pesquisa apenas no domínio que serve o país a partir do qual a busca é feita, alargando-a porventura ao universo dos Estados-Membros da União Europeia, mas não, por exemplo, dos domínios terminados em «.com» (sistema inicialmente adotado pela Google); e
- c) A *intermédia*, traduzida em remover, através do denominado *geo-blocking*, os resultados de pesquisa em qualquer dos domínios da Google, mas apenas em resposta a solicitações feitas a partir de endereços IP ligados a utilizadores situados dentro da União Europeia (sistema entretanto adotado pela Google).

A definição da solução preferível tinha, naturalmente, de atender aos interesses em jogo no direito ao esquecimento. Ora, na União Europeia avulta nesta matéria, essencialmente, a preservação da privacidade do titular dos dados em causa: em princípio, esta prima, como o reconheceu o TJUE no caso *Costeja*, sobre a liberdade de expressão e os interesses económicos dos prestadores de serviços da sociedade da informação. E esse interesse só seria satisfeito, em rigor, pela solução maximalista: dada a ubiquidade da Internet, apenas a *aplicação extraterritorial* do direito ao esquecimento permite acautelar plenamente a privacidade do sujeito em causa⁽²³⁾.

A letra do art. 3.º, n.º 2, do RGPD consentia esta leitura, na medida em que nele se estabelece, em conformidade com o critério dito do «direcionamento de atividades» (*targeting*), que o Regulamento se aplica ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, mesmo que efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de

(23) Ver, sobre o ponto, THOMAS HOEREN, *Internetrecht. Ein Grundriss*, 3.ª ed., Berlim/Boston, 2017, p. 475, ss., exprimindo dúvidas relativamente à adequação do princípio da territorialidade ao processamento dos denominados *big data*; e, na literatura portuguesa, MARIA DA GRAÇA ALMEIDA DE EÇA DO CANTO MONIZ ADÃO DA FONSECA, *A extraterritorialidade do regime geral de proteção de dados pessoais da União Europeia: manifestações e limites*, Lisboa, 2018 (tese de doutoramento), p. 149, ss.

dados na União ou o controlo do seu comportamento, desde que este tenha lugar na União⁽²⁴⁾.

Não foi, porém, exatamente aquele o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Justiça, o qual observou a este respeito que «em numerosos Estados terceiros o direito à supressão de referências não existe ou é objeto de uma abordagem diferente»⁽²⁵⁾; e que «o direito à proteção dos dados pessoais não é um direito absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade», sendo que «o equilíbrio entre o direito ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, por um lado, e a liberdade de informação dos internautas, por outro, pode variar de forma considerável no mundo»⁽²⁶⁾.

Ora, acrescentou o Tribunal, «embora o legislador da União tenha, no art. 17.º, n.º 3, alínea *a*), do Regulamento 2016/679, procedido a uma ponderação entre este direito e esta liberdade no que respeita à União [v., neste sentido, Acórdão, hoje proferido, *GC e o*. (Supressão de referências a dados sensíveis), C-136/17, n.º 59], há que constatar que, em contrapartida, não procedeu, na fase atual das coisas, a semelhante ponderação no que respeita ao âmbito de uma supressão de referências fora da União»⁽²⁷⁾.

Por outro lado, não resultaria do art. 17.º do Regulamento 2016/679, segundo o Tribunal, que, para garantir o elevado nível de proteção dos dados pessoais em toda a União prosseguido pelo Regulamento, o legislador da União haja optado por conferir ao direito consagrado nessa disposição um âmbito que exceda o território dos Estados-Membros e que haja pretendido impor a um operador que, como a Google, é abrangido pelo âmbito de aplicação do regulamento uma obrigação de supressão de referências que também abranja as versões nacionais do seu motor de busca que não correspondem aos Estados-Membros⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Vejam-se, sobre esta disposição, CHRISTIAN KOHLER, «Conflict of Laws Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 633, ss.; PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de datos de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho internacional*, 2017, Tomo 1, p. 75, ss.; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, «Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 163, ss.; e European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, 2020 (disponível em <<https://edpb.europa.eu>>).

⁽²⁵⁾ Considerando 59.

⁽²⁶⁾ Considerando 60.

⁽²⁷⁾ Considerando 61.

⁽²⁸⁾ Considerando 62.

Daqui decorreria, segundo o Tribunal, que «atualmente, não existe, para o operador de um motor de busca que aceita um pedido de supressão de referências formulado pela pessoa em causa, se for caso disso, depois de uma autoridade de controlo ou uma autoridade judiciária de um Estado-Membro lhe ter notificado uma injunção, uma obrigação que decorre do Direito da União de proceder a essa supressão de referências em todas as versões do seu motor»⁽²⁹⁾; razão pela qual «o operador de um motor de busca não pode ser obrigado, ao abrigo do art. 12.º, alínea *b*), e do art. 14.º, primeiro parágrafo, alínea *a*), da Diretiva 95/46, bem como do art. 17.º, n.º 1, do Regulamento 2016/679, a efetuar uma supressão de referências em todas as versões do seu motor»⁽³⁰⁾.

7. Uma extraterritorialidade mitigada

O Tribunal de Justiça optou assim, no caso *Google c. CNIL*, por uma orientação prudente quanto a esta matéria, a qual assenta no reconhecimento da diversidade das valorações nacionais acerca do equilíbrio desejável entre a proteção da privacidade e dos dados pessoais, por um lado, e a liberdade de informação, por outro, que a comparação jurídica coloca em evidência.

Essa diversidade de valorações, e o risco a que se sujeitariam as decisões dos tribunais europeus de serem recusada além-fronteiras a respetiva eficácia com fundamento, nomeadamente, na exceção de ordem pública internacional⁽³¹⁾, terão, em suma, levado o Tribunal a acolher nesta matéria uma *extraterritorialidade mitigada*, correspondente à orientação intermédia acima referida, que exclui em princípio do campo de aplicação

⁽²⁹⁾ Considerando 64.

⁽³⁰⁾ Considerando 65.

⁽³¹⁾ Como sucedeu no caso *Yahoo!*, por força da decisão proferida em 7 de novembro de 2001 pelo *United States District Court for the Northern District of California*, de San Jose, que declarou a sentença proferida pelo *Tribunal de Grande Instance* de Paris em 20 de novembro de 2000, que ordenara à ré *Yahoo! Inc.*, titular de um sítio Internet em que se comercializavam objetos nazistas, que impedisse o acesso aos seus leilões a partir de França e a condenara a pagar a quantia de 100.000 Francos por cada dia de atraso no cumprimento dessa determinação, insuscetível de produzir efeitos nos Estados Unidos, por o que nela se determinava ser contrário à Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que protegeria a exibição e venda de objetos que exprimam pontos de vista associados a qualquer orientação política, incluindo o nazismo. Cf. *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme, et al.*, 169 F. Supp. 2d 1181. Ver ainda, sobre o tema, o nosso *Direito Internacional Privado. Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, p. 338, ss.

espacial das regras do RGPD relativas ao direito ao esquecimento os *links* apresentados por versões nacionais de um motor de busca que não correspondam aos Estados-Membros da União.

Terá porventura também pesado na decisão do Tribunal a preocupação expressa pelo Advogado-Geral Maciej Szpunar, nas suas conclusões sobre o mesmo caso, quanto aos perigos inerentes à solução consistente em a União Europeia impedir pessoas situadas em países terceiros de acederem à informação disponibilizada online. Na verdade, como notou o referido magistrado:

«Se uma autoridade na União pudesse ordenar uma supressão de referências à escala mundial, estaria a enviar-se um sinal desastroso aos países terceiros, os quais poderiam também ordenar uma supressão de referências ao abrigo das suas próprias leis. Imaginemos que, por qualquer razão, países terceiros interpretam alguns dos seus direitos num sentido que impede as pessoas situadas num Estado-Membro da União de aceder a uma informação procurada. Existiria um risco real de nivelamento por baixo, em detrimento da liberdade de expressão, à escala europeia e mundial»⁽³²⁾.

A verdade, porém, é que, por força da orientação acolhida pelo Tribunal de Justiça, os resultados das buscas feitas na Internet por internautas situados, por exemplo, nos Estados Unidos, com base no nome de uma pessoa, poderão ser mais abrangentes do que na União Europeia. Por outras palavras, o «esquecimento» postulado pelo RGPD relativamente aos resultados apresentados pelos motores de busca na Internet é, de acordo com essa orientação, *territorialmente seletivo* e opera mais ou menos amplamente, consoante a origem das pesquisas através deles efetuadas.

Talvez por isso, não deixou o Tribunal de admitir no referido aresto duas importantes reservas à referida mitigação da extraterritorialidade do RGPD.

Por um lado, incumbe ao operador do motor de busca tomar, se necessário, «medidas que visem impedir ou, pelo menos, desencorajar seriamente os internautas nos Estados-Membros de acederem às hiperligações em causa a partir da realização de uma pesquisa efetuada que tenha por base o nome dessa pessoa»⁽³³⁾.

Por outro, «embora [...] o direito da União não imponha, atualmente, que a supressão de referências que seja aceite incida sobre todas as versões do motor de busca em causa, o direito da União também não a proíbe»; pelo

⁽³²⁾ Cf. o § 61 das conclusões. Sobre esse texto, *vide* PEDRO DE MIGUEL ASENSIO, «Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17 Google», *La Ley*, n.º 67, fevereiro de 2019, p. 1, ss.

⁽³³⁾ Considerando 70.

que, no entender do Tribunal, «uma autoridade de controlo ou uma autoridade judiciária de um Estado-Membro continua a ser competente para efetuar, à luz dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais [...] uma ponderação entre, por um lado, o direito da pessoa em causa ao respeito pela sua vida privada e à proteção dos seus dados pessoais e, por outro, o direito à liberdade de informação, e, no final dessa ponderação, para, se for caso disso, emitir uma injunção de que será destinatário o operador desse motor de busca e nos termos da qual deverá proceder à supressão de referências em todas as versões do referido motor»⁽³⁴⁾.

A solução maximalista acima referida não foi, assim, por inteiro descartada pelo Tribunal⁽³⁵⁾.

8. Balanço

O direito ao esquecimento é, na União Europeia, um novo direito fundamental; mas representa também uma fortíssima limitação a certos direitos de liberdade, que integram a denominada primeira geração de direitos fundamentais, em particular a liberdade de expressão.

O contraste com o Direito dos Estados Unidos da América põe em evidência, nesta matéria, o conflito entre as diferentes conceções nacionais sobre a relevância relativa das sucessivas gerações de direitos fundamentais.

Longe de se encontrar subtraído ao Direito estadual⁽³⁶⁾, o denominado ciberespaço repercute, assim, as divergências entre os Direitos nacionais.

⁽³⁴⁾ Considerando 72.

⁽³⁵⁾ Tal como o não foi no acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, processo C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821, pelo que respeita às medidas inibitórias previstas no art. 18.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»), destinadas a pôr termo a alegadas infrações e a evitar outros prejuízos às partes interessada. Aí se declara, com efeito, que «a Diretiva 2000/31 não se opõe a que as referidas medidas inibitórias produzam efeitos à escala mundial» (considerando 50).

⁽³⁶⁾ Como alguns pretenderam: cf. DAVID JOHNSON/DAVID POST, «Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 1996, p. 1367, ss.; ARON MEFFORD, «Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, p. 211, ss.; JANE GINSBURG, «The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, Tomo 273 (1998), p. 239, ss. (p. 376, ss.); e MATTHEW BURNSTEIN, «A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment», in Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (organizadoras), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, Haia/Londres/Boston, 1998, p. 23, ss. (p. 28).

Ora, o Direito da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais aponta no sentido da aplicação das soluções por ele consagradas nesta matéria mesmo ao tratamento desses dados efetuado fora do território da União — *hoc sensu*, extraterritorialmente —, desde que tais dados sejam respeitantes a pessoas que se encontrem nele e o respetivo tratamento esteja relacionado com a oferta de bens ou serviços a essas pessoas ou com o controlo do seu comportamento⁽³⁷⁾.

Com efeito, só esta forma de extraterritorialidade, e a aplicação das sanções previstas na legislação europeia sobre proteção de dados em caso de incumprimento das respetivas regras, assegurarão algum grau de efetividade a estas.

Contudo, tal extraterritorialidade não se traduz necessariamente, como decorre da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, numa *aplicação universal* do regime europeu de proteção de dados, o qual deve ser compaginado com a inelutável diversidade de valorações nacionais sobre a matéria em apreço.

⁽³⁷⁾ Nesta linha de orientação se pronunciou o Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, na *Resolución sobre derecho al olvido* adotada no seu XXX Congresso (disponível em <<http://ihladi.net>>), segundo a qual: «El “derecho al olvido” constituye un derecho fundamental de la persona humana en la sociedad de la información, que debe ser reconocido incluso cuando el responsable o encargado del tratamiento de datos no esté establecido en el Estado del foro, siempre que las actividades de tratamiento en cuestión estén relacionadas con la oferta de bienes y servicios en dicho Estado o con el control de la actividad del titular de los datos en ese Estado».

ÉTICA E ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL

À estética do Processo Penal democrático deve corresponder uma praxe congruente com as normas que o organizam

Por Germano Marques da Silva()*

SUMÁRIO:

Introdução. 1. A estrutura do processo em ordem à realização dos seus fins: a estética do Direito Processual Penal. 2. A ritologia processual. A sala de audiência e o acesso dos magistrados. 3. O arguido presume-se inocente mas é tratado como presumido culpado. O peso dos autos do Inquérito e as medidas de coação. 4. O interrogatório das testemunhas e a participação do arguido. 5. A publicidade do processo e os meios de comunicação social. **Conclusão.**

Introdução

I. Este artigo faz parte de uma tetralogia subordinada ao tema “Ética e Estética do Processo Penal”. O tema foi pensado desde início para dois artigos com estruturas diversas, mas complementares, para participar na edição comemorativa dos 80 anos da Revista da Ordem dos Advogados e no livro *in memoriam* do saudoso Doutor Augusto Silva Dias⁽¹⁾. Os artigos completam-se; este corresponde à forma do justo processo, aquele à praxe observante do rito processual. Pelo caminho, em resposta a solicitações pontuais, publicámos dois pequenos artigos subordinados ao mesmo tema: “*Ética e estética judiciária. A imparcialidade dos juízes é de natu-*

(*) Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

(1) A publicar no livro *in memoriam* do Professor Doutor Augusto Silva Dias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

reza ética, mas a estética judiciária também o é”(2) e “Ética e estética do processo penal em tempo de crise pandêmica”(3).

No artigo dedicado ao Doutor Augusto Silva Dias analisámos a estrutura que deve ter o processo penal para responder aos cânones do justo processo: presunção de inocência, imparcialidade do juiz, ampla defesa, legalidade e rastreo da prova, contraditório na manifestação concreta das condutas que aparecem no cenário processual em ordem à realização da justiça do caso e publicidade do processo; neste cuidaremos da observância das formas que conformam o modo de atuar dos sujeitos processuais e cuja subversão abre um horizonte de imperfeições suscetível de causar dano à realização da justiça(4).

II. É esta atividade dos sujeitos e intervenientes processuais na dinâmica do processo penal, o modo judiciário de proceder, que adjetivamos(5), considerando a estética como a congruência do agir de cada interveniente, sobretudo os institucionais, com os condicionamentos legais inerentes à estrutura do justo processo(6), que constitui o objeto deste estudo.

A lei, como a partitura na música, pode ser interpretada e aplicada de mil formas e ritmos, conforme a sensibilidade jurídica do seu interprete(7), variando consoante os preconceitos, influências, experiências e motivações, embora nem todas sejam plausíveis. E se é certo que uma boa partitura não dá necessariamente uma execução artística, também uma boa lei não conduz inevitavelmente à justiça da decisão quando mal aplicada. O direito, como a música, não é nem a lei nem a partitura: o direito é o resultado da interpretação e aplicação da lei, no fim último mas também no jeito; umas são aplaudidas, outras pateadas(8).

(2) Publicado no sítio do Forum Penal, em Março de 2020.

(3) Publicado na Revista do Ministério Público — Número Especial COVID-19- 2020.

(4) Princípio fundamental do processo penal português é o princípio da legalidade processual (*sine processum sine legem*), conforme dispõe o art. 2.º do Código de Processo Penal.

(5) AMODIO, ENIO, *Estetica della Giustizia Penale*, Milão, Giuffrè, 2016, p. 20.

(6) TALON-HUGON, CAROLE, *L'Esthétique*, 5.ª ed., Paris, Que sais-je?, 2018, p. 114: «para além da arte encontra-se o imenso domínio do sensível, do sentimento, da sensorialidade e da sensibilidade.», MORIN, EDGAR, *Sur l'esthétique*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2016, p. 11: «A estética, antes de ser o caráter adequado da arte, é um elemento fundamental da sensibilidade humana. “O sentimento estético é um sentimento de prazer e admiração, que quando intenso se torna maravilha ou até felicidade”. “Pode ser despertado por objetos ou obras cujo destino não era estético, mas tornar-se esteticado por nós».

(7) SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, UC Editora, 2015, p. 271.

(8) QUEIROZ, PAULO, *Direito Penal/Parte Geral*, 13.ª ed., Salvador, Brasil, JusPODIUM, 2018, pp. 51-52.

O justo processo ou processo equitativo, a “partitura do processo”, prevê uma série de atos e condições para a realização do seu fim e o intérprete deve respeitar não só o rito processual⁽⁹⁾, seja a sequência de atos preestabelecida, mas do mesmo modo o condicionamento desses atos. Quando tal não sucede, a atividade processual, no todo ou na participação de algum dos seus intervenientes, torna-se inestética e porque a inestética da atuação significa a violação dos imperativos legais ordenados para a realização da justiça ocorre que essa observância é uma exigência ética. Ética e estética são categorias gêmeas que, embora autónomas, se sobrepõem na esfera operativa, mesmo se mantêm plena autonomia⁽¹⁰⁾.

III. A aplicação das leis deve propor-se a realização da justiça por meios equitativos e por isso o direito justo é belo; na definição de Celso, *ius est ars boni et aequi*. *Ars* pode entender-se como sistema ou bem, literalmente como arte ou técnica. O *aequuum* indica igualdade, no sentido de proporcionalidade para chegar ao *bonum*, ao bem, como valor moral, seja individual ou coletivo. *Bonum et aequum* é uma hendíadis para designar a Justiça⁽¹¹⁾.

A Justiça não se realiza por qualquer modo. No decorrer da história da humanidade foram diversos os meios adotados na procura da verdade para a realização da Justiça⁽¹²⁾, mas esses procedimentos (ordálios, tortura, ameaças, julgamentos de Deus, etc.) não são aceitáveis no nosso tempo quando lesivos da dignidade da pessoa suspeita ou obtidos com violação da legalidade processual (art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º do CPP); os fins últimos podem ser os mesmos, mas agora só se toleram os meios de obtenção de prova que sejam conformes aos valores democráticos, meios que, afinal, respeitem a dignidade do suspeito/acusado⁽¹³⁾ e convençam a comunidade sobre a lealdade dos procedimentos judiciais⁽¹⁴⁾. Como já

(9) ZENATI, FRÉDÉRIC, «Le procès, lieu du social», *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 39 — *Le procès*, Paris, Éditions Sirey, 1995, p. 239, ss.

(10) AMODIO, ENNIO, *ob. e loc. cit.*

(11) BIONDI, BIONDO, *Arte y Ciencia del Derecho*, (trad. de Angel Latorre Segura), Santiago — Chile, Ediciones Olejmik, 2019, p. 89, ss.

(12) SORRENTINO, TOMMASO, *Storia del processo penale/dall'Ordalia all'Inquisizione*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Itália, 1999; GABORIAU, SIMONE, «Le respect de la dignité dans les pratiques judiciaires», *Justice, éthique et dignité, Limoges, Presses Universitaires de Limoges*, s/d, p. 259, ss.

(13) SCALISI, VINCENZO, *L'ermeneutica della dignità*, Milão, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 3, ss.

(14) Ac. do TREvora, de 17.01.2012, Relator Desembargador António João Latas: «Convirá não esquecer que a chamada “justiça salomónica” (entrega de metade da criança para cada uma das pretensas mães) não constitui exemplo de decisão justa, mas antes de artifício com que na história bíblica o rei Salomão logrou entregar a criança à sua verdadeira mãe, assim fazendo justiça.

antes da Revolução de Abril ensinava o Prof. Figueiredo Dias, a conceção moderna do processo democrático tem por base a ideia de que é o «indivíduo autónomo, dotado dos seus direitos naturais originários e inalienáveis»⁽¹⁵⁾, que deve estar no centro das considerações, o que implica ter de estabelecer-se uma ordenação limitadora do poder do Estado para que este não aniquile a liberdade individual ou a personalidade ética⁽¹⁶⁾. Como em todo o Direito, no Estado de direito democrático a centralidade reside na pessoa, também no campo do processo penal a centralidade deve residir na pessoa do arguido⁽¹⁷⁾, mas na prática, no cenário mediático das audiências de instrução e de julgamento, o arguido é frequentemente remetido para um canto, para um plano secundário, sendo os magistrados e os advogados os protagonistas que se exibem e mostram no palco, donde ser especialmente exigível que os seus procedimentos sejam leais⁽¹⁸⁾, sejam *fairness*.

Como o artista, ainda que seja modesto, só o é enquanto possui o sentido do belo, também o jurista tem que possuir o sentido da justiça, a exata perceção do justo e a capacidade de expressá-lo e dar-lhe execução com os meios legais de que dispõe; revela-se na determinação de normas justas e na sua justa aplicação ao caso concreto. É uma sensibilidade particular, um *habitus mentis*, que precisa de ser cultivada e se afina com a experiência da vida, a imitação dos notáveis, a humildade intelectual e muito estudo⁽¹⁹⁾. Se nem todos podem ser artistas do Direito, devem ao menos esforçar-se por ser bons artesãos, cultivando o gosto pela Justiça e sempre empenhados no escrupuloso respeito da legalidade dos meios para a alcançar. Quando se procura realizar a Justiça através do direito positivo, imbuídos do sentido de justiça, agindo lealmente e utilizando os meios que dispõe o justo processo⁽²⁰⁾, tende-se sempre para fazer obra de arte⁽²¹⁾.

(15) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.º Vol, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 64.

(16) RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 357.

(17) GROSSI, PAOLO, *Il Diritto in una Società Che Cambia*, Bolonha, Mulino, 2018, p. 116.

(18) Sobre o princípio da lealdade processual, cf. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal* (1), 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 79, ss.

(19) FONTAINE, LAURÉLINE, *Qu'est-ce qu'un «grand» jurist?/Essai sur les jurists et la pensée juridique modern*, Paris, Lextenso éditions, 2012.

(20) O processo penal é instrumental da jurisdição. O fim do processo e da jurisdição coincidem, sendo indispensáveis um e outro para o fim da realização dos fins do Direito Penal. A distância entre Direito Penal e processo é, porém, abissal: enquanto o Direito Penal tipifica as proibições cuja violação constitui o crime, pelo contrário, as regras condicionantes da atividade jurisdicional, as regras do processo, são dirigidas à reconstituição do facto histórico e á individualização da proibição violada para a realização da Justiça (o quê e como deve ser feito) — cf. RICCIO, GIUSEPPE, «Persona, Pena, Pro-

1. A estrutura do processo em ordem à realização dos seus fins: a estética do Direito Processual Penal

I. O processo penal é uma sequência de atos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime, na definição do art. 1.º, n.º 1, al. a) do Código de Processo Penal, e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação. Nesta definição abrangem-se dois hemisférios ou perspetivas: uma estática e outra dinâmica. Na perspetiva estática traçam-se os grandes quadros em que decorre toda a atividade processual (Direito Processual Penal), procura-se descobrir o condicionamento de toda essa atividade; na dinâmica deixa de olhar-se os atos processuais em abstrato para passar a vê-los como aparecem na vida de um processo em concreto, formando aquele suceder de atividades em que o processo materialmente consiste (comportamento dos sujeitos e demais intervenientes processuais).

Como referido já na Introdução, neste artigo vamos apenas cuidar da dinâmica processual, especialmente do comportamento dos sujeitos processuais em audiência, deixando para o artigo *in memoriam* do Doutor Augusto Silva Dias a análise do Direito Processual Penal português, procurando avaliar aí da sua correspondência aos parâmetros do “processo equitativo”. definidos nos textos internacionais⁽²²⁾, pela jurisprudência⁽²³⁾ e pela doutrina⁽²⁴⁾.

II. Na perspetiva dinâmica, a estética do processo, como categoria que denota a forma do rito judiciário que responda aos cânones do justo

cesso», AAVV, coord. Maristella Amisano e Mario Caterini, *Persona, Pena, Processo/Scritti in Memoria di Tommaso Sorrentino*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 180.

(21) FERRARA, ALESSANDRO, *Giustizia e giudizio*, Roma, Laterza, 2000, p. 315: «a validade estética encontra o seu ponto de partida na congruência exemplar entre as normas institucionais e a prática».

(22) Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(23) De modo especial pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

(24) MENDES, PAULO SOUSA, «Processo equitativo e público», ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019; QUILLERÉ-MAJZOUR, FABIENNE, *La Défense du Droit à un Procès Équitable*, Bruxelas, Bruylant, 1999; AAVV, GAITO, ALFREDO (coord.), *I Principi Europei del Processo Penale*, Roma, DIKE, 2016; GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ, *O Devido Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2014; SILVA, GERMANO MARQUES DA/SALINAS, HENRIQUE, «Anotação ao artigo 32.º da Constituição», MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, (2.ª ed.) Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017; SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (3) (2.ª ed.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 45.

processo, refere-se à forma como os seus atores (protagonistas) interpretam e aplicam as normas que condicionam as suas intervenções. Também agora, quando os magistrados e advogados buscam através do processo alcançar os fins do Direito, na observância dos princípios, das formas procedimentais e das praxes judiciárias, o processo desperta o deleite estético⁽²⁵⁾.

Onde, porém, este dever ser não se realiza, porque são ignorados os princípios e abandonadas as formas, substituídas por outras mais a jeito ou gosto dos sujeitos processuais, num exercício de *aequitas* cerebrina, é necessário empenharmo-nos para compreender por que razão e até que ponto a realidade observada se desvia dos imperativos da lei, para o corrigirmos. O direito livre e o decisionismo processual muito em moda violam a legalidade a que o procedimento está sujeito (arts. 2.º e 9.º do CPP).

2. A ritologia do processo. A sala de audiência e o acesso dos magistrados

I. No Capítulo XXXVIII do livro *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Beccaria escreveu em 1764: «*As formalidades e as cerimónias são necessárias na administração da justiça, quer porque nada deixam ao arbítrio do administrador; quer porque dão ideia ao povo de um julgamento não tumultuário e interessado, mas estável e regular, quer porque sobre os homens imitadores e escravos do hábito causam impressão mais eficaz as sensações do que os raciocínios*»⁽²⁶⁾.

Beccaria referia-se especificamente aos interrogatórios das testemunhas, que assumem importância maior na economia da audiência, mas o princípio é válido para a generalidade das formalidades ou ritos processuais^(27/28).

⁽²⁵⁾ AMODIO, ENNIO, *ob. e loc. cit.*

⁽²⁶⁾ BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 149.

⁽²⁷⁾ NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 5.ª ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1870, p. 26: «Mas a administração da justiça seria desordenada, confusa e arbitrária, se não fosse subordinada no seu exercício a regras e formalidades fixas». «Esta forma deve compreender todos os atos necessários ou convenientes para a instrução e reta decisão da causa».

⁽²⁸⁾ Os americanos costumam dizer: «Justice before truth». Esta expressão parece significar que o mais importante é o respeito das regras do processo (a justiça formal). Entendemos que deve pugnar-se pela justiça material mas para a atingir torna-se necessário «a justiça pela verdade», ou seja, respeitar as regras do processo, visando sempre a descoberta da verdade. É esse procedimento que qualificamos como “estética do processo”.

Até mesmo a estética da sala de audiências e dos trajés dos magistrados e advogados não é alheia à ética do procedimento⁽²⁹⁾.

No espaço judiciário tudo pode ser uma forma de comunicação para os atores processuais e também para a sociedade, em geral, desde o espaço, o mobiliário, a distribuição dos lugares, os ritos e procedimentos. Tudo tem ou pode ter um sentido e influenciar de diferentes formas os atos processuais bem como a decisão final da causa. A própria Justiça é simbolizada pela figura de uma mulher⁽³⁰⁾ com os olhos abertos ou vendados, empunhando ou não uma espada, conforme a simbologia grega ou romana⁽³¹⁾, mas sempre uma balança de dois pratos iguais equilibrados, a prumo (*recta*), significando a igualdade na atribuição a cada um do que lhe couber e a retidão com que o julgador deve proceder⁽³²⁾.

Os símbolos e rituais no sistema da justiça não podem ser tratados de forma simplista, como reminiscências gongóricas incompatíveis com a modernidade, pois possuem a capacidade de influenciar tanto o consciente como o subconsciente das pessoas, contribuir para a credibilidade da instituição e ter consequências nas decisões processuais.

II. Não podemos analisar aqui a influência que a estrutura dos tribunais e salas de audiência tem sobre a dinâmica do processo⁽³³⁾; é questão que ultrapassa no imediato a estrutura do processo ainda quando o condicione, mas a disposição dos sujeitos processuais na sala de audiências e

⁽²⁹⁾ Os trajés dos magistrados e advogados são o sinal de pertença a uma comunidade de juízes, magistrados do Ministério Público e advogados que acreditam nos mesmos valores. Os atores do cenário processual compartilham o mesmo modo de vestir em audiência não para esconder qualquer coisa, mas para evidenciar o papel de concelebrantes do rito. Para o defensor, além disso, a toga tem o valor simbólico de uma divisa que o protege nas relações com os outros atores do processo. O respeito de que goza mesmo no mais áspero confronto com o adversário é assegurado pelo traje ritual que veste. Cf. AMODIO, ENNIO, *ob. cit.*, p. 118.

⁽³⁰⁾ Talvez que a representação da Justiça por uma figura de mulher tenha a ver com a beleza, porque o Direito é belo, no sentido de que deve ser harmonioso.

⁽³¹⁾ *Diké*, a deusa grega que simbolizava a justiça, tinha os olhos abertos, para não lhe escapar nada que pudesse contribuir para uma solução justa, e empunhava uma espada para *cortar a direito*, recorrendo à força, se necessário. A deusa romana, *Iustitia*, tinha os olhos vendados, porque a justiça deve decidir sem olhar a que o vencedor seja um ou outro dos litigantes e sim aquele que tiver razão e sem espada para não sugerir a ideia de violência, contrária à serenidade com que o julgador deve julgar. Cf. CRUZ, SEBASTIÃO, *Ius, Derectum (Directum)*, Coimbra, 1974.

⁽³²⁾ A representação moderna na iconografia portuguesa atende a tudo isso: deve cortar a direito, não privilegiando nenhum dos contendores, deve atender a todas as circunstâncias, mas sem olhar a quem, para obter a solução justa e se necessário impor a solução pela força. Cf. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., UC Editora, Lisboa, 2015, p. 15, ss.

⁽³³⁾ BRANCO, PATRÍCIA, *Análise da arquitetura judiciária portuguesa: as dimensões de reconhecimento, funcionalidade e acesso à justiça*, <<https://doi.org/10.4000/eces.1930>>, consultado em 4.4.2020.

o acesso dos magistrados é também um elemento a valorar na estética do procedimento. Devemos, porém, registrar que a estrutura das salas de audiência e do mobiliário da grande maioria dos nossos tribunais refletem ainda muitas das ideias que enformavam o processo penal de tipo inquisitório, mas não se ajustam já ao processo penal democrático. O arguido presume-se inocente, mas deve sentar-se numa cadeira ou banco diferente (menos cómodo) do dos demais (o mocho)⁽³⁴⁾!

Também a disposição cénica na sala de audiências. A regra do agente do Ministério Público ficar sentado em lugar de destaque ao lado direito⁽³⁵⁾ do juiz ou tribunal e em plano superior ao dos advogados, constitui uma insinuante posição de prevalência do titular da acusação relativamente à defesa⁽³⁶⁾. Tal cenografia parece incompatível e inadequada ao modelo processual acusatório em que a acusação e a defesa devem estar em lugares equidistantes do julgador em respeito dos princípios da “igualdade de armas” que garantem. Estando o representante da defesa distante e em local inferiorizado em relação ao Ministério Público dificulta-se consideravelmente o confronto igualitário que deve ser travado entre acusação e defesa perante o juiz⁽³⁷⁾. Ao observador transmite-se uma impressão de proximidade e até de intimidade entre o acusador e o julgador, interferindo assim, embora apenas de forma aparente, espera-se, na credibilidade a respeito da imparcialidade do julgamento.

⁽³⁴⁾ BOUCHERON, JEAN-MICHEL, *et alia, Tous Coupables/Réquisitoire contre le système judiciaire et la prison*, Paris, Balland, 2002, p. 177: «Déjà condamné?»

⁽³⁵⁾ “aquele que se sentar ao lado direito de Deus Pai Todo-Poderoso subirá aos céus”, parecer do constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA à Ordem dos Advogados do Brasil, *apud* KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA, *A disposição cénica das salas de audiências e tribunais brasileiros: a inconstitucionalidade da prerrogativa de assento do Ministério Público no processo penal*, <jus.com.br>, publicado em 7/2017 (<<https://jus.com.br/artigos/59053/a>>).

⁽³⁶⁾ Tal posição privilegiada do Ministério Público advém de uma prerrogativa instituída pelo art. 96.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público. Foi estabelecido pela primeira vez, ao que apurámos, pela Portaria de 8 de junho de 1842: [...] faça colocar naquele tribunal a cadeira do respetivo agente do ministério público à direita da sede do juiz, em local separado, porém mais elevado e distinto que o dos oficiais do auditório». Não encontramos norma, mas porventura existe, que disponha que as cadeiras dos advogados devem ficar também em lugar menos elevado do reservado ao Ministério Público.

⁽³⁷⁾ Entendemos que a qualidade de órgão de justiça do Ministério Público não fica diminuída se na sala de audiência ficar sentado no mesmo plano dos advogados e para tanto não é necessário baixar a sua bancada mas tão só colocar a dos advogados ao mesmo nível. É interessante observar que na Itália, tanto quanto nos dá conta ENNIO AMODIO, *ob. cit.*, p. 114, «na iconografia institucional da audiência, o defensor ocupa uma posição de destaque, a ponto de aparecer até um palmo acima do Ministério Público». “É a inviolabilidade consagrada pelo artigo 24.º da Constituição. Representa o índice da maior importância do direito de defesa em comparação com a obrigação do Ministério Público de exercer a ação penal prevista pela mesma Constituição».

«A proximidade destes dois atores processuais, uma vez que ambos representam o Estado, somadas às inevitáveis conversas de “ao pé de orelha” incitadas pela própria intimidade do convívio diário, traz a impressão» «de que haverá uma parcialidade do julgador, que estará mais predisposto a aceitar os argumentos da acusação pública com quem aparentemente tem maior afinidade»⁽³⁸⁾. Acresce ser frequente nos tribunais que os magistrados judiciais e do Ministério Público entrem e saiam da sala de audiência pela mesma porta o que provoca, pelo menos nos arguidos, testemunhas e público, a ideia ou suspeita de que os magistrados falam nos bastidores sobre o que se vai passar, está ou passou na sala de audiência. E com esta suspeita, fundada ou infundada, lá se vai a ideia da igualdade de armas. É inestético porque lança a suspeita sobre a regularidade do processo⁽³⁹⁾.

3. O arguido presume-se inocente mas é tratado como presumido culpado. O peso dos autos do Inquérito e as medidas de coação

I. A presunção de inocência do arguido é elemento estruturante fundamental do processo penal democrático, não se limitando a mera regra de decisão sobre a prova. Presumir o arguido inocente implica que deve ser tratado no decurso de todo o procedimento, desde a fase preliminar até ao trânsito da decisão, pelo menos, como eventual inocente⁽⁴⁰⁾. E se o

⁽³⁸⁾ ROSA, KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA, *ob. e loc. cit.*

⁽³⁹⁾ Evidentemente que não desconhecemos os argumentos a sustentar essa diferente distribuição de lugares entre o MP e os advogados — CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 331, ss. — nem que a entrada pela mesma porta é questão de arquitetura dos tribunais, mas no plano da estética do cenário da audiência mantemos as observações do texto. Estamos convencidos que sem desprestígio para o tribunal e o Ministério Público será possível que as bancas destes magistrados sejam colocadas ao mesmo nível da dos advogados, como já sucede em alguns tribunais, porque todos participam na realização da justiça. Afirmava Calamandrei: «Não conheço maior aberração do que aquela de quem quer ver na contraposição entre juiz e advogados uma expressão típica da antítese entre interesse público e interesse privado, entre autoridade e individualismo. Na realidade, a advocacia responde, inclusive no Estado totalitário, a um interesse essencialmente público, tão importante quanto aquele a que responde a Magistratura: juízes e advogados são igualmente órgãos da justiça, são servidores igualmente fiéis do Estado, que a eles confia dois momentos inseparáveis da mesma função» — CALAMANDREI, PIERO, *Eles, Os Juízes, vistos por um advogado*, trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁽⁴⁰⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português*, I, 2.^a ed., Lisboa, UC Editora, 2017, p. 51, ss.; LOPES JR., AURY, *Direito Processual Penal*, 10.^a ed., São Paulo-Brasil, Saraiva,

arguido deve ser tratado como possível inocente, é insuportável que possa ser tratado pelo tribunal, pelo Ministério Público ou pelos advogados como “presumido culpado”, por muito que as provas entretanto recolhidas no Inquérito indiciem a sua culpabilidade. E é frequente que assim seja tratado, não só nos interrogatórios a que é submetido, mas também nas advertências que lhe são feitas quando reage, as mais das vezes instintivamente, a depoimentos ou comentários com referência à sua responsabilidade pelos factos objeto da acusação⁽⁴¹⁾, a começar, como referido já, pela inco modidade do lugar onde deve assistir ao seu julgamento⁽⁴²⁾ e pela ameaça constante de sujeição a novas medidas de coação.

A lei dispõe que o juiz, se o arguido se dispuser a prestar declarações, ouve-o em tudo quanto disser sobre o objeto do processo, sem manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários donde possa inferir-se um juízo sobre a culpabilidade (art. 343.º, n.º 2, do CPP). E a mesma obrigação é imposta aos advogados por disposição expressa no Código de Processo Penal (art. 326.º). Não deixa de ser discriminatório que a lei regule os deveres dos advogados e defensores e não o faça igualmente relativamente ao Ministério Público, o que revela que a posição dos representantes da acusação pública e da defesa não estão efetivamente no mesmo plano, mesmo quando se trata da produção da prova no contraditório da audiência. É, aliás, de registar que, nos termos do disposto no art. 326.º do Código de Processo Penal, o juiz pode retirar a palavra aos advogados e defensores, mas não o pode fazer relativamente ao Ministério Público⁽⁴³⁾. No processo de estrutura acusatória todos — juiz, Ministério

2013, p. 230: «A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele».

(41) Em lugar de advertido, o arguido deveria ser interpelado pelo tribunal, pelo menos sempre que requerido pela defesa, para explicar a razão da sua reação. Pensamos, aliás, que depois de cada depoimento de testemunha de acusação deveria ser sempre dada a palavra ao arguido antes da testemunha ser dispensada.

(42) PATRÍCIO, RUI, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal/Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019.

(43) Não deixa de ser interessante que nenhum comentador, ao que nos tenhamos apercebido, comente esta diferença legal de tratamento. Não se diga que por força do EMP os magistrados devem observar deveres de zelo, isenção e objetividade (arts. 104.º e 105.º) porque também o EOA impõe idênticos deveres aos advogados. Não se desconhece a diferença de estatutos — cf. RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 331, ss. Julgamos que a origem histórica desta diferença de tratamento vem da Portaria de 3 de fevereiro de 1852, que declara que os magistrados do Ministério Público não são subalternos dos juizes: «Manda declarar ao mencionado conselheiro, a fim de se evitarem futuros conflitos, que, não estando sujeito o procurador régio à presidência, cumpre que ele seja tratado em todas as relações de serviço como magistrado que lhe não é subordinado: evitando-se quaisquer expressões que signifiquem superioridade, inspeção ou censura». Não está em causa que

Público e advogado — participam na definição do Direito no caso, não existindo entre eles qualquer hierarquia, embora as funções na audiência sejam naturalmente diversas, competindo ao juiz velar pela disciplina.

II. O arguido presume-se inocente, mas lá estão os autos do Inquérito a atestarem a sua culpabilidade. Evidentemente que não está em causa a necessidade de uma investigação pré acusatória nem, aqui e agora, vamos discutir a necessidade da investigação contar com mais ampla participação da defesa⁽⁴⁴⁾, embora o instituto do segredo do inquérito e a praxe impossibilitem ou pelo menos limitem decisivamente o direito do arguido a «intervir no inquérito (...), oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias», como dispõe a lei [art. 61.º, 1, al. g), do CPP], direito do arguido negado pela praxe porque para oferecer provas e requerer diligências é necessário conhecer o que consta dos autos e não apenas os factos e provas que o Ministério Público entenda conveniente mostrar-lhe. Como pode o arguido requerer o que quer que seja se os autos se mantêm em segredo de justiça⁽⁴⁵⁾? Constitui não só uma utopia, mas também a violação do estatuto da defesa, pressupor-se que o Ministério Público e os órgãos de policia criminal, que realizam a investigação, agem «à charge et à décharge» e comunicam ao arguido tudo o que seja relevante para a sua defesa, como frequentemente se pretende, e não por intenção persecutória, mas pela própria natureza das coisas. É que o juízo sobre o que é relevante para a defesa só esta o alcança plenamente já que para a acusação só releva o que põe em causa a tese acusatória e não o que elide os seus próprios fundamentos⁽⁴⁶⁾.

Na reforma de 1998⁽⁴⁷⁾, foi introduzido no Código o art. 272.º, n.º 1⁽⁴⁸⁾, obrigando ao interrogatório do arguido no decurso do Inquérito,

os magistrados do Ministério Público não sejam subordinados do Juiz, mas também os advogados não o são pelo que deviam ter o mesmo tratamento.

(44) Trataremos de espaço desta questão no artigo que publicaremos *in memoriam* do Doutor Augusto Silva Dias.

(45) É revelador do teor inquisitório do Inquérito que tendo embora sido consagrada em 2007 a regra da publicidade do Inquérito, sendo excecional o segredo, a prática é exatamente a contrária, até por determinação do PGR de 9.1.2008 e também a validação do segredo decretado pelo MP tem sido praticamente automática. Cf. ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 251.

(46) Não se pense que o que dizemos é pura especulação teórica. Já vimos em vários processos, e recentes, o Ministério Público a recusar a junção aos autos de documentos solicitados, e até ordenada a junção pelo juiz, alegando que tudo o que importava para a defesa tinha sido junto. Tão ou mais grave é a passividade do juiz perante a recusa.

(47) Lei n.º 59/98, de 25.08.

(48) Art. 272.º, n.º 1: — Correndo inquérito contra pessoa determinada é obrigatório interrogá-la como arguido. Cessa a obrigatoriedade quando não for possível a notificação.

para permitir o exercício do direito que o art. 61.º, n.º 1, al. f) lhe atribuía. Foi, porém, durante muito tempo letra morta e ainda agora tem uma aplicação limitada aos factos com que o Ministério Público entenda confrontar o arguido⁽⁴⁹⁾; é manifestamente curto em termos de processo equitativo⁽⁵⁰⁾. Este interrogatório, mesmo nos termos limitados em que ocorre na prática constitui essencialmente um meio de prova e não um meio de defesa, tanto que, só excecionalmente, os autos do Inquérito são facultados ao arguido para que, confrontado com os elementos probatórios recolhidos nos autos, possa requerer o que entender por conveniente à sua defesa⁽⁵¹⁾. Tratamos agora apenas da estética das audiências de julgamento e de instrução e da sua influência no interrogatório do arguido e das testemunhas, mas o que se passa na fase de investigação pré acusatória condiciona decisivamente a audiência. Adiante trataremos das testemunhas.

No processo penal o suspeito/arguido é presumido culpado desde que são reunidos alguns indícios contra ele, quando não a partir da simples denúncia, ainda que anónima⁽⁵²⁾. A presunção de inocência é um conceito sem significado prático: quando alguém é acusado não tem mais do que o direito a defender-se e de modo limitado⁽⁵³⁾. Com o recebimento da acusação, acompanhada pelos autos do Inquérito, o juiz, presumindo que no Inquérito foram

⁽⁴⁹⁾ Ac. Tribunal Constitucional n.º 72/2912, DR, II Série de 12-03-2012: Não julga inconstitucionais as normas constantes dos arts. 272.º, n.º 1, 120.º, n.º 2, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea c), e 144.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que não constitui nulidade, por insuficiência de inquérito, o não confronto do arguido, em interrogatório, com todos os factos concretos que venham a ser inseridos na acusação contra ele deduzida. Consideramos que a interpretação correta é a formulada pelo Ac. TRE de 10.10.2017: «Apurando-se no decurso do inquérito novos factos integrantes de crime sobre os quais o arguido não foi confrontado, podendo sê-lo, a acusação subsequente, na qual são englobados tais factos, é parcialmente nula, por ter sido omitido ato legalmente obrigatório o interrogatório do arguido sobre tal matéria».

⁽⁵⁰⁾ Cf. art. 6.º, n.º 3, da CEDH. MESQUITA, PAULO DÁ, «Direitos do acusado», ALBUQUERQUE, PAULO PINTO (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 1100, ss.; STAVROS, STEPHANOS, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 168, ss.

⁽⁵¹⁾ Cf. o nosso *Direito Processual Penal Português* (3), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 88. Também ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 732. Não obstante o Ac. STJ de fixação de jurisprudência n.º 1/2006, DR, I Série de 2-01-2006: A falta de interrogatório como arguido, no inquérito, de pessoa determinada contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade prevista no art. 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal.

⁽⁵²⁾ INCHAUSPÉ, DOMINIQUE, *L'innocence judiciaire/Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Paris, Litec, 2001, p. 324.

⁽⁵³⁾ BOLLE, PIERRE-HENRI, «Origines et destin d'une institution menacée: la presumption d'innocence», AAVV, *Le Droit Pénal à l'Aube du Troisième Millénaire/Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 43, ss.

escrupulosamente respeitadas as normas legais que o condicionam, forma necessariamente um pré-juízo sobre a questão que lhe é submetida⁽⁵⁴⁾. É razoável dizer-se que, na prática, a presunção de inocência equivale simplesmente a direito de defesa e regra lógica de prova, que nasce da presunção de culpa que pesa sobre o arguido desde que é levantada uma suspeita contra ele e se vai reforçando à medida que o processo avança até à acusação^(55/56), robustecida no decurso do Inquérito pela sua sujeição a medidas de coação⁽⁵⁷⁾.

III. Quando o juiz interroga o arguido, coloca-lhe uma série de questões às quais ele já respondeu no Inquérito⁽⁵⁸⁾ ou estão indiciados nos respetivos autos com outros elementos de prova. O juiz sabe de antemão quais foram as respostas às questões que vai formular, se o arguido tiver sido interrogado no Inquérito ou na Instrução, e não as faz para descobrir algo que nos autos foi deixado na sombra, ou não só, mas para obter a confirmação do que já foi dito pelo próprio arguido, pelas testemunhas ou por outro modo já documentado. Se sucede que a resposta dada na audiência difere da que foi dada no Inquérito ou na Instrução, confronta-o com a contradição ou lacuna, manifestando frequentemente a sua incompreensão pela divergência ou omissão. O juiz parte do princípio que o Inquérito e depois a Instrução abriram e fecharam todas as portas, tendo seguido todas as pistas e tudo com respeito formal da legalidade, mas nem sempre é assim, especialmente no Inquérito, e o mais terrível é que o Ministério Público e os juízes acreditam de boa fé que assim é⁽⁵⁹⁾ porque efetiva-

⁽⁵⁴⁾ PATRÍCIO, RUI, *ob. cit.*, p. 51, ss.

⁽⁵⁵⁾ PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *Saber e Poder/O Processo (de investigação) Penal*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019, p. 445: «O princípio da investigação (pré-acusatória), em última análise, confronta-se seriamente com o princípio da presunção de inocência, pois ele invoca precisamente razões que se justificam em alguma dúvida sobre a inocência de alguém, a legitimar uma ação estatal que resulta inevitavelmente em restrições de direitos antes que qualquer culpa seja provada».

⁽⁵⁶⁾ Ainda na atualidade, e mesmo nas grandes democracias, se verificam frequentes manifestações de desrespeito pelo princípio da presunção de inocência em nome da segurança e do combate ao crime organizado e a formas de criminalidade consideradas mais graves ou eticamente mais censuráveis, havendo mesmo autores a preconizar uma valoração quantitativa da prova, naturalmente menos exigente para certo tipo de criminalidade com o pretexto da dificuldade da prova em certos crimes e da necessidade da sua punição para prevenção geral. Cf. TUZET, GIOVANNI, *Filosofia della prova giuridica*, 2.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2016, p. 282, ss.

⁽⁵⁷⁾ Por isso, e com razão, na praxe judiciária costuma dizer-se que a presunção de inocência é a pior mentira da linguagem dos juristas. Só não o será enquanto o princípio for entendido como regra de tratamento do arguido inerente à sua dignidade, como direito de defesa e regra de prova, valores cardinais do processo democrático.

⁽⁵⁸⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (3), Lisboa, UC Editora, 2017, p. 208.

⁽⁵⁹⁾ LÉVY, THIERRY, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 25, ss; BOUCHE-

mente assim é na maioria esmagadora dos casos e deveria ser sempre, mas nem sempre o é⁽⁶⁰⁾.

Como escrevemos noutra lugar⁽⁶¹⁾, na investigação criminal, como em qualquer outra investigação, o investigador não parte do nada à descoberta do que quer que seja: parte da notícia de um eventual crime e para reconstruir os factos noticiados, os seus agentes e circunstâncias e descobrir e recolher as respetivas provas, formula hipóteses que depois vai procurar confirmar ou infirmar. Esta fase é muito importante, perigosa e frequentemente decisiva porque uma hipótese fechada pode comprometer para o bem e para o mal o resultado da investigação. É assim, por exemplo, que se o investigador dá muito crédito à hipótese que formulou para conduzir a investigação vai valorizar todos os indícios que a abonem, não obstante serem equívocos, e desvalorizar todos os que se afastam da hipótese formulada. A prova indiciária é muito perigosa, mas frequente e necessariamente resulta da conjugação de vários indícios. A dúvida deve estar sempre presente no espírito de quem investiga e o princípio da presunção de inocência deve também informar todos os atos de investigação dirigidos contra pessoa determinada. Os grandes erros judiciais resultaram quase sempre de juízos apressados e superficiais sobre a responsabilidade dos suspeitos logo na fase de investigação⁽⁶²⁾. Por isso que é a investigação criminal, mais do que de técnica policial, necessita de ser constantemente informada e controlada por princípios jurídicos, desde logo pelo princípio da presunção de inocência, pela busca da verdade, seja qual for, pela objetividade, isenção e pela dúvida como método⁽⁶³⁾. Os erros da investigação podem ser causados por vários fatores, mas em regra resultam da precipitação na formulação das hipóteses para conduzir a investiga-

RON, JEAN-MICHEL, *ob. cit.*, p. 178: «Ils connaissent bien le magistrat instructor et le procureur et rien n'elles prédispose à mettre en doute le sérieux de leurs collègues, car se sont dès collègues.» «En revanche, les magistrats n'ont entre les mais aucun document émanant de la défense».

⁽⁶⁰⁾ Bem se pode dizer que a presunção de inocência do arguido é substituída pela presunção de competência e lealdade dos polícias e magistrados, o que nem sempre acontece, como também na presunção de inocência do arguido, tomada à letra, mas felizmente sucederá na grande maioria dos casos.

⁽⁶¹⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (1), Lisboa, UC Editora, 2015, p. 19, ss.

⁽⁶²⁾ SALAS, DENIS, *Erreurs judiciaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 45, ss.

⁽⁶³⁾ FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, III, edição policopiada da AAFDL, 1963, p. 163: «A deficiência da averiguação dos factos relevantes, quer dos que fundamentam ou agravam a responsabilidade, quer dos que a dirimem ou atenuam [...], obscurecem a averiguação da verdade, tornam pouco claro o objeto do processo, de modo que concorrem para uma deficiente apreciação e uma eventual injustiça. A realização da instrução pressupõe menos qualidades comumente consideradas como policiais do que uma forte consciência jurídica e experiência prática».

ção, frequentemente alimentadas por denúncias anónimas, ou simplesmente registadas como tais por razões nem sempre transparentes e válidas, ou processos paralelos dos meios de comunicação social a que acrescem os prazos, e não só⁽⁶⁴⁾.

E não só. Embora o Inquérito tenha como postulado fundamental a limitação dos elementos probatórios ao fim de suportar a decisão sobre a acusação, ultrapassa de longe esta sua finalidade primordial porque a investigação criminal contemporânea utiliza muito frequentemente meios técnico-científicos que resultam em provas irrepetíveis, que cada vez mais têm sido aceites para julgamento⁽⁶⁵⁾, com a agravante de nem sequer serem apresentadas em audiência, frustrando desse modo o princípio da publicidade. Acresce que sobretudo na chamada criminalidade organizada e económico financeira, com muita frequência são acumulados nos autos elementos probatórios obtidos em procedimentos administrativos cuja legalidade no modo de aquisição não é possível escrutinar⁽⁶⁶⁾, violando-se desse jeito o direito de defesa⁽⁶⁷⁾. Tudo isto na busca de eficácia⁽⁶⁸⁾ que se sobrepõe à legalidade dos meios, que atrapalham, nas ficções alimentadas

(64) Acontece frequentemente que os investigadores partem de uma ideia mais ou menos fundada na intuição e que consideram como uma verdade absoluta. Então raciocinam logicamente e sem comprovar os factos constroem um sistema lógico mas que não tem nenhuma correspondência à realidade. «Os erros judiciais decorrem desta intuição dos investigadores (que os faz aceitar como verdade o que não está ainda provado), da sua preguiça e do seu orgulho que os fazem negligenciar o confronto das suas intuições com os factos Esta inspiração, longe de revelar o autor do crime, não revela senão a miopia do investigador, tanto é verdade, segundo Bergson, que «a única realidade que apreendemos por intuição, é a nossa própria pessoa» — cf. MOUFFE, BERNARD, *Le Droit au Mensonge*, Bruxelles, Lacier, 2017, p. 423.

(65) PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *ob. cit.*, p. 443: «A prejudicialidade que se reconhece ao inquérito como fase obrigatória do Processo Penal português vem em favor de evidenciar que a investigação criminal ainda permanece sendo a base efetiva da instrução, sem a qual o Processo Penal não é realmente possível». «Ela reafirma o caráter instrutório de parte essencial da investigação que podemos chamar melhor de probatória, para evitar a volta a modelos antigos, mas que exige pensar a investigação como processo penal e levar a sério seus princípios fundamentais necessários a uma efetiva justiça processual».

(66) VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Cadeia de Custódia*, Coimbra, Almedina, 2019.

(67) SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal* (3), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 20, ss.; *idem*, «Métodos Expeditos de Obtenção de Prova: Os Valores Democráticos em Risco?», Valente, Manuel Monteiro Guedes (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional — Corpus Delicti*, I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 273, ss.

(68) GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, n.º 1, 1980, p. 12: «E não tenhamos ilusões: enquanto não estiver bem claro nos códigos e não entrar bem fundo nas ideias e nos costumes que a confissão do réu e a denúncia de corresponsáveis, se pode interessar ao acusado, não deve interessar ao juiz nem ao tribunal, enquanto isto não for consciência comum, sempre a polícia, qualquer polícia do mundo, sobretudo onde intervêm ideologias e *apartheids* raciais ou sociais, violará a dignidade pessoal e procurará penetrar na consciência do acusado, decerto por brio e eficácia profissional, mas não só».

por fantasias ideológicas suportadas na ignorância do que seja a prova indireta⁽⁶⁹⁾, pelos “juízos” paralelos dos média e pela guerra⁽⁷⁰⁾ como método à submissão dos arguidos e desprezo do princípio civilizacional da presunção de inocência e intangibilidade da dignidade do arguido.

As audiências aparecem então, não de todo como as instâncias da verdade em que o tribunal se alimenta para formar a sua convicção (art. 355.º do CPP), mas como uma repetição sonora de um texto já escrito de que é inconveniente o arguido afastar-se, sob pena de ser acusado de mentira ou simplesmente consideradas as suas declarações como mera estratégia de defesa, não sendo tidas em conta como prova. Esta repetição não seria supérflua e por isso inútil se o princípio sobre que se apoia fosse verdadeiro, e não é. A investigação pré-acusatória deve correr à “charge et à décharge”, de modo leal, mas não corre e o mais terrível é que os investigadores, Ministério Público e Juízes, frequentemente acreditam nesta enormidade.

O Inquérito é constituído por atos praticados pelos órgãos de polícia criminal, descrevendo exames, relatórios técnicos, provas periciais e científicas e transcrevendo declarações e informações anónimas ou obtidas por meios ocultos cuja admissibilidade e verdade o arguido não tem possibilidade de comprovar. Este conjunto de atos são de duas categorias: uns com a intervenção do arguido mas a maioria são feitos sem a sua participação. É caso da audição das testemunhas, exames materiais, buscas, peritagens e outras. Dito de outro modo: a parte dura dos autos, aquela que, revestindo

(69) SOUSA, SUSANA AIRES DE, «Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal», MOUTINHO, JOSÉ, *et alia* (coord), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2753, ss.

(70) A guerra ao crime foi proclamada por Bush na sequência do ataque terrorista em 11 de setembro de 2001. É o direito penal do inimigo teorizado por JAKOBS; o direito penal, o processo penal e a prevenção criminal são meros instrumentos na luta contra a criminalidade, porque agora é sobretudo o crime que conta e de que é preciso proteger a sociedade. É o direito penal inspirado e contaminado pelo discurso da guerra, «guerra contra o terrorismo», mas também «guerra contra a droga», «guerra contra a pedofilia», «guerra contra a corrupção», enfim «guerra contra a criminalidade» a legitimar um grau superior de violência e desprezo pelo Direito, a manipular a opinião pública e a promover uma visão simplista do mundo, a fazer do Direito uma arma, uma arma dissuasiva e não um meio de assegurar a paz civil. Neste contexto, a própria ideia de prevenção que a pena deve cumprir, limitada embora e sempre pela culpa do agente, é substituída pela ideia de preempção, lançada por Alan Dershowitz em 2006, a justificar a política de Bush, e que significa a guerra à criminalidade, pelo emprego de meios de defesa preventivos, ainda que com desprezo dos princípios que constituem a essência do ideal democrático e do Estado de Direito, como o uso de meios cada vez mais violentos, a que não escapa sequer o retorno à tortura, o afastamento da presunção de inocência, as garantias processuais de defesa do arguido, etc. A guerra é sempre estúpida: mata os inocentes, poupa os generais!

uma aparência de forte objetividade, vai servir de base ao raciocínio e convicção do juiz, é fabricada sem que o arguido tenha podido apresentar o seu ponto de vista e propor outra perspectiva dos factos daquela que, desde o princípio, sustenta o inquérito. É nessa base que é conduzido o interrogatório do arguido, quer na fase da instrução quer na audiência de julgamento. E se o arguido, no exercício do seu direito de prestar declarações, tece considerações, que se afastam da história vertida na acusação e relatada nos autos de Inquérito, não é raro que o tribunal considere essas declarações irrelevantes para a decisão da causa, advertindo-o e retirando-lhe a palavra (art. 343.º, n.º 3), esquecendo que o objeto do processo não é apenas constituído pelos factos alegados na acusação, mas também pelos alegados pela defesa com relevância para ilidir ou enfraquecer os da acusação. Isto sucede as mais das vezes pela preocupação de celeridade e pressão a que está sujeito o tribunal em razão do volume de trabalho, mas também pela convicção pré formada sobre os factos resultante da prévia consulta dos autos do Inquérito e da Instrução.

IV. Se o juiz não deve «manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários» aquando do interrogatório do arguido, o mesmo não sucede com o interrogatório feito pelo Ministério Público e pelo assistente, se o houver.

Nas audiências, o Ministério Público assume-se habitualmente como parte⁽⁷¹⁾, donde que mais do que a descoberta da verdade está geralmente empenhado com a comprovação da acusação, presumindo que na investigação foi escrupulosamente respeitada a legalidade, presunção que algumas vezes impõe ao arguido e ao tribunal contra a própria evidencia. E na defesa da acusação, o Ministério Público não se coíbe de opinar e comentar as declarações do arguido em termos pouco ou nada *fair*, certo de não (poder) ser advertido nem censurado pelo tribunal porque o Ministério Público não é subordinado do juiz⁽⁷²⁾. De igual modo, ou pior, nos interrogatórios do arguido conduzidos pelo advogado do assistente, quando o haja, com a diferença de que os advogados podem ser advertidos e censurados (art. 326.º). Não é bonito de ver!

Não foi arbitrariamente ou por distração ou ignorância que o legislador dispôs no art. 345.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que: «O Minis-

(71) SILVA, GERMANO MARQUES DA, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na Defesa da Legalidade Democrática e na Execução da Política Criminal», *Ministério Público: Que Futuro?*, Procuradoria-Geral da República/Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 103, ss.

(72) *Supra*, nota 43.

tério Público, o advogado do assistente e o defensor podem solicitar ao presidente que formule ao arguido perguntas» se o arguido se dispuser a responder!

V. O arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da decisão final (art. 32.º, n.º 2, da CRP), mas além de antecipadamente condenado na praça pública, sem direito de defesa, também frequentemente é antecipada a sua condenação pelo juiz de instrução que, por razões várias, esquece que à sua função cabe apenas verificar da ocorrência de indícios que justifiquem a passagem à fase seguinte do processo e não a de antecipar na pronúncia juízos de culpabilidade e até de censura moral que nem sequer são pertinentes na decisão final porque o arguido se presume inocente «até ao trânsito em julgado da decisão condenatória» (art 32.º, n.º 2, da CRP). Com razão muitos advogados defendem ser geralmente prejudicial a fase da instrução porque alguns magistrados abdicam da sua função de mera comprovação dos pressupostos legais para submissão a julgamento para anteciparem juízos de culpabilidade jurídica e moral que a lei lhes não encomenda, certos de que não serão objeto de censura porque a decisão não admite recurso. Onde vai a presunção de inocência! Para muitos, mesmo magistrados, é pura letra morta, é pura mentira!

VI. Já noutro lugar⁽⁷³⁾ escrevemos que o princípio da presunção de inocência tem importância muito particular no domínio das medidas de coação, impondo que não sejam aplicadas senão nos estritos limites das necessidades processuais que têm por função satisfazer e que sejam adequadas às exigências cautelares que o caso requerer. Qualquer desvio na utilização dessas medidas, nomeadamente como antecipação da pena ou para coagir o arguido a colaborar na investigação, é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Há de ser a estrita necessidade das medidas de coação que legitimará em cada caso a limitação do princípio da presunção de inocência, mas não é raro na prática que a necessidade seja interpretada em termos muito amplos, equivalendo a antecipação da pena ou para dar satisfação ao ruído público mediatizado, numa interpretação e aplicação muito latas da alínea c) do art. 204.º.

Uma outra medida cautelar muito na moda e impulsionada em grande parte pelos processos que têm por objeto o crime de branqueamento, é o bloqueamento de operações bancárias com congelamento dos respetivos

(73) *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., Verbo, Lisboa, 2011, p. 348.

movimentos. O uso arbitrário e prolongado⁽⁷⁴⁾ desta medida corresponde frequentemente à condenação à morte das empresas que sofrem a medida, impossibilitando-as de exercer a sua atividade comercial normal por não poderem movimentar as referidas contas mesmo para pagamento das despesas mais elementares. Quando, a final, a conta é desbloqueada porque as suspeitas não se comprovaram, muitíssimas vezes a sociedade já teve de cessar a sua atividade. E nem se diga que nestes casos o juiz pode sempre autorizar a libertação de fundos para fazer face ao regular funcionamento, porque a experiência mostra que essas decisões são quase sempre arbitrárias e desconformes com a natural atividade da empresa. A insensibilidade dos magistrados para as necessidades da atividade normal das empresas é paradigmática, considerando correntemente que não são essenciais o pagamento de rendas, licenças, telefones, artigos de higiene e demais que seria fastidioso enunciar.

4. O interrogatório das testemunhas e a participação do arguido

I. O interrogatório das testemunhas por parte dos juízes, do Ministério Público, assistentes e advogados de defesa é, frequentemente, a parte mais inestética das audiências.

Não obstante a lei proibir a leitura dos depoimentos prestados no Inquérito, certo é que todos os leem, têm presentes e condicionam os seus interrogatórios e instâncias. E frequentemente sucede que o Ministério Público, se o depoimento da testemunha se afasta do que disse na fase do Inquérito — e o depoimento prestado em audiência não convém à tese da acusação! — ameaça a testemunha com a extração de certidão para instauração de processo por falsas declarações, o que condiciona o depoimento da testemunha e de outras que, conhecendo o procedimento, se sentem ameaçadas e o modo mais fácil de se defenderem é invocarem o esquecimento ou limitarem-se a confirmar o que dos autos consta que teriam dito.

O Ministério Público presume, e bem, que o relato dos depoimentos das testemunhas prestados perante os órgãos de polícia criminal ou os oficiais de justiça atesta a verdade do que foi dito pela testemunha, tanto mais

⁽⁷⁴⁾ As leis estabelecem prazos relativamente curtos para evitar as nefastas consequências de congelamento de contas cuja fundamentação não se venha a comprovar, mas a praxe é a de esses prazos serem sucessivamente prorrogados.

que o auto é por ela assinado. Sucede, porém, que o registo dos depoimentos não reproduz as palavras tais como foram ditas, constituindo antes um resumo mais ou menos exato do que o inquiridor entendeu que a testemunha quis dizer. E mesmo que o relato dos autos seja um bom resumo pode não ser menos enganoso porque muitas vezes é o detalhe que dá significado ao todo e a omissão de um aparente pormenor pode alterar irremediavelmente a significação do que foi dito, tanto mais que as testemunhas não respondem senão às questões que lhes são colocadas pelos inquiridores⁽⁷⁵⁾.

O dia-a-dia dos tribunais mostra como esta questão da divergência não é meramente teórica nem rara, mas não revela por si só que a testemunha mente ou mentiu ou que o redator do auto de inquirição o falsificou. Resulta, sempre ou quase sempre, da forma como é conduzido o interrogatório, frequentemente a modos de uma entrevista mais ou menos informal o que torna impossível a certeza de que as suas explicações foram recolhidas fielmente, acrescentando que a testemunha responde às perguntas formuladas, muitas vezes de modo tão imperfeito que as respostas seriam eventualmente outras se a testemunha compreendesse o sentido da pergunta⁽⁷⁶⁾. Responder com um simples sim ou não ou com um simples pode ou não pode só tem significado se se conhecer com rigor como a pergunta foi formulada o que as mais das vezes não resulta dos autos do Inquérito, mas tão só o sentido da pergunta, dando origem a divergências sobre o sentido das respostas. A testemunha nunca deve ser limitada na sua resposta e deve ser esclarecida sobre o sentido da pergunta, vício frequente mesmo em audiência de julgamento. É absolutamente inadmissível impor à testemunha que responda sim ou não, porque há sempre o “sim, mas” e o “não, mas”.

Nem a circunstância dos autos serem assinados pelas testemunhas garante a sua fidelidade às declarações prestadas por razões várias, entre as quais a confiança e o temor nos agentes da autoridade que o redigem, a iliteracia ainda muito frequente, o incómodo e até a ânsia de se livrarem do ambiente policial a que muitos vão pela primeira e única vez e desejam não voltar.

II. Não obstante as deficiências e dificuldades antes apontadas, os interrogatórios das testemunhas e a eventual discrepância dos seus depoi-

(75) LÉVY, THIERRY, *ob. e loc. cit.*

(76) Por isso que desde há muito vimos a preconizar que os interrogatórios sejam gravados para que possa conhecer-se com fidelidade não só o que foi dito, mas também o que foi perguntado e o modo como o foi (<<http://forumpenal.pt/wp-content/uploads/2019/08/Registo-em-vi%CC%81deodas-declarac%CC%A7o%CC%83es-prestadas-no-Inque%CC%81rito.pdf>>).

mentos em audiência com os prestados no Inquérito são a causa principal da perturbação das audiências e desprestígio da justiça. Esses depoimentos são frequentemente o fundamento da acusação e Juizes, Ministério Público e advogados, todos, referir-se-ão a eles para fundamentarem os seus interrogatórios e raciocínios e justificar as suas conclusões. E não é só a credibilidade⁽⁷⁷⁾ da testemunha que é afetada e o confronto indecoroso; é sobretudo prejudicado o arguido que muito dificilmente pode pôr em causa a falsidade ou insuficiência dos depoimentos prestados em segredo, sem a sua vigilância e fora de qualquer contraditório. É necessário ter em conta que a imagem dos tribunais e confiança na justiça resulta das sensações das testemunhas que, como ensinava Beccaria, causam mais impressão do que os raciocínios.

III. Não vamos pronunciar-nos de espaço sobre o disposto no art. 6.º, n.º 3, al. c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que garante ao arguido o direito de «defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha». Não é uniforme a orientação nos países signatários da Convenção. A orientação do TEDH vai no sentido de não ser incompatível com o processo equitativo a imposição pelo direito interno de o arguido ser assistido por um defensor da sua escolha ou nomeado. A questão mais difícil respeita à autodefesa que é considerada essencial, mas nem sempre factível na prática⁽⁷⁸⁾.

Entre nós o direito de autodefesa do arguido é muito limitado pela lei e pela praxe e, como referimos já, tem um papel secundário no processo. Na fase do Inquérito, não obstante o disposto no art. 61.º, n.º 1, al. g), o suspeito/arguido está na prática impedido de intervir, atenta a praxe que consideramos abusiva do segredo de justiça imposto à generalidade dos processos, mesmo quando nada o justifica em prol da eficácia da investigação. Na Instrução⁽⁷⁹⁾ tem apenas o direito de requerer e de ser interro-

(77) Importa ter muito cuidado na apreciação da credibilidade da testemunha; muitas vezes a testemunha não responde porque não sabe ou não se lembra e não porque não queira responder. Perante a insistência e o confronto com declarações anteriormente prestadas, quando não com insinuações e ameaças, vindos do MP ou dos Advogados, terá a tendência para dizer que deve ter sido como disse então para se livrar do incómodo, o que não servirá de muito para valorar o seu depoimento. A testemunha, como colaborador da justiça que é, deve ser tratada sempre com urbanidade e com respeito da sua dignidade e frequentemente tal não sucede.

(78) STAVROS, STEPHANOS, *ob. cit.*, p. 201, ss.; CASADEVALL, JOSEP, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 308, ss.

(79) Fomos entusiastas defensores da fase da instrução, tanto que lhe dedicámos grande parte da nossa tese de doutoramento — *Do Processo Preliminar* — mas a experiência destes mais

gado, mas não tem qualquer intervenção ativa na produção de prova pessoal como sucede também na audiência de discussão e julgamento.

Pensamos que uma forma de satisfazer o direito à autodefesa é permitir ao arguido formular as perguntas ou dizer o que entender em favor da sua defesa imediatamente após o depoimento de cada testemunha ou prestação de qualquer outra prova pessoal e ainda na presença destas para melhor esclarecimento e eventual acareação. Certo que o pode fazer por intermédio do seu defensor e a todo o tempo requerer ao juiz para prestar declarações (art. 343.º, n.º 1), mas nem a sua representação por defensor é sempre garantia de eficácia nem a praxe das audiências é favorável ao contraditório exercido pessoalmente pelo arguido. É, porém, de recear eventuais e muito possíveis perturbações nas audiências em prejuízo da serenidade e solenidade como devem decorrer, mas não deve esquecer-se que o arguido deve ser a personagem central do processo penal democrático e não apenas para lhe suportar as consequências⁽⁸⁰⁾. Julgamos dever ser questão a ponderar não sendo sequer necessário qualquer alteração da lei.

V. Uma referência final aos advogados, mas que vale, *cum granum salis*, também para os magistrados do Ministério Público e até para os juízes.

Referimos antes que já em 1764, o Marquês de Beccaria, referindo-se aos interrogatórios das testemunhas escrevia que «*As formalidades e as cerimônias são necessárias na administração da justiça, quer porque nada deixam ao arbítrio do administrador, quer porque dão ideia ao povo de um julgamento não tumultuário e interessado, mas estável e regular, quer porque sobre os homens imitadores e escravos do hábito causam impressão mais eficaz as sensações do que os raciocínios*»⁽⁸¹⁾.

Também o Professor Paulo Cunha, em 1944, advertia que «o advogado é muito mais perigoso para o adversário se souber dizer todas as coisas em termos corretos do que se se deixar cair no aspeto antipático e condenável da agressão pessoal». «Portanto, por maior paixão que ponha na causa, o profissional do foro deve manter sempre uma impecável urbani-

de 30 anos de vigência do Código levou-nos a concluir pela inutilidade prática desta fase do processo em grande parte em razão do entendimento dominante do que sejam os indícios suficientes para a pronúncia (art. 308.º) e pela presunção, inilidível na prática, de que nos atos e diligências de prova praticados no Inquérito foram observadas as formalidades legais. Acresce a inadmissibilidade de recurso do despacho de pronúncia o que premeia a discricionariedade do juiz, desde logo em comentários sobre a culpabilidade que excedem as suas funções, poderes e deveres.

⁽⁸⁰⁾ *Supra*, notas 13 e 14.

⁽⁸¹⁾ BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 149.

dade, quer na forma, quer na substância, e fugir à agressão pessoal»^(82/83). Explicitamos: com todos, colegas, magistrados, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos (art. 93.º do EOA).

Ainda, parafraseando Paulo Cunha: o advogado, quando se compenetra e ama a sua profissão, apaixonou-se pela questão do seu constituinte. A advocacia é um sacerdócio — lugar comum bem debatido, mas bem verdadeiro. Convencido de que a causa é justa, dedica-se-lhe com alma e coração e, a breve trecho, entrega-se-lhe como se fora sua; mais, chega quase a convencer-se da inocência quando tem provas sobejas da culpabilidade. Esta paixão pela causa nunca deve ir ao ponto de o advogado dizer aquilo que muitas vezes o seu constituinte lhe está a insuflar, ou seja, dizer coisas desagradáveis, entrar na zona dos impróprios. Nunca se deve descer a semelhantes baixeiras⁽⁸⁴⁾.

A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa⁽⁸⁵⁾. Sobrepor a eficácia da justiça ao respeito devido pela dignidade de quem quer que participa no processo, desde o arguido às testemunhas, passando pelos magistrados e demais participantes, revela deslealdade, falta de sentimento de justiça e a opção por métodos totalitários, «decerto por brio e eficácia profissional, mas não só»⁽⁸⁶⁾. O que fica, o que os participantes e assistentes retêm, é a imagem de uma justiça tumultuária.

⁽⁸²⁾ CUNHA, PAULO, *Processo Comum de Declaração*, I, 2.ª ed., Braga, 1944, p. 131.

⁽⁸³⁾ Já o Estatuto Judiciário de 1836 dispunha: art. 751.º: Consultando ou discutindo, o advogado deve proceder para com os magistrados, colegas, jurados, oficiais de justiça, peritos, intérpretes e testemunhas com a maior urbanidade» e o EOA vigente dispõe ainda que: (art. 95.º) «No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas, magistrados, árbitros, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos».

⁽⁸⁴⁾ CUNHA, PAULO, *ob. e loc. cit.*

⁽⁸⁵⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, «A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia?», VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES (coord), *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal — Memórias*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 91, ss.

⁽⁸⁶⁾ GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, *ob. cit.*, p. 12: «É que essa é a grande tentação de todo o homem, a *ubris* bárbara da sua própria realização, a saber, reduzir a pessoa do outro à sua própria, assumir em si e manipular como sua a consciência do outro».

5. A publicidade e os média

O princípio da publicidade tem uma justificação eminentemente política, manifestando-se, na sua formulação atual, como uma conquista do pensamento político liberal. A publicidade foi reivindicada como garantia contra as manipulações da justiça de gabinete, como meio de controlo da justiça pelo povo, primeiro, e como instrumento de fortalecimento da confiança nos tribunais, depois⁽⁸⁷⁾. Esta problemática seria tema para um ou vários escritos, e extensos, pelo que não cabe na economia deste artigo⁽⁸⁸⁾.

Merece, porém, breve referência a publicidade mediata, ou seja, a que se obtém mediante a interposição de um qualquer meio de comunicação social entre os atos processuais e o público. A publicidade mediata é uma questão muito delicada, complexa e de grande atualidade. Por uma parte, a narração objetiva dos atos processuais pelos meios de comunicação social realiza também a função política própria da publicidade do processo, mas a narração parcial, acompanhada de juízos de opinião, muitas vezes disfarçada de simples narração dos factos, pode ser extremamente negativa, não só para a confiança na justiça, mas sobretudo como criminosa violação dos direitos do arguido e até dos demais intervenientes processuais. A (des)confiança do povo na justiça é em grande parte consequência da imagem que dela dá certa imprensa e sucede que no nosso tempo — e porventura foi mais ou menos sempre assim em tempo de liberdade de imprensa — são muitíssimos, são demasiados, os falantrões da comunicação social a dizerem-nos o que vai mal na justiça, sobretudo na justiça penal!

As crónicas judiciais caracterizam-se entre nós — e assim é um pouco por toda a parte — por relatos parciais dos atos processuais, de modo que através delas muito dificilmente é possível acompanhar o que efetivamente se passa na sala de audiências. Acresce que os jornalistas frequentemente destacam apenas os aspetos anedóticos ou aqueles que são suscetíveis de despertar o interesse sórdido do público, ao gosto da sua clientela — e a clientela, em geral, gosta de circo, gosta de sangue! —, olvidando o que

(87) BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas*, Cap. XIV: «Que os julgamentos sejam públicos, que sejam públicas as provas do crime para que a opinião, que é talvez o único cimento da sociedade, imponha um freio à força e às paixões, para que o povo diga: nós não somos escravos e estamos protegidos».

(88) Sobre as relações entre a Justiça e a Comunicação Social, cf. RODRIGUES, CUNHA, «Justiça e Comunicação Social», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7.º, Fasc. 4.º, Out/Dez, 1997; GARAPON, ANTOINE, *Bien juger/Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001; LARIVIÈRE, DANIEL SOULEZ, *Du Cirque Médiatico-Judiciaire et des Moïens d'en Sortir*, Paris, Seuil, 1993.

de verdadeiramente relevante se passa na audiência. As notícias ou imagens são sempre fugazes, estereotipadas, muitas vezes nada representativas dos factos relevantes e nessa medida não realizam minimamente os fins que são próprios da publicidade do processo, muito antes pelo contrário. De qualquer modo, os meios de comunicação social são indispensáveis porque são a verdadeira alma da publicidade do processo: «Uma justiça que não é “pública”, senão no sentido que algumas pessoas que têm tempo para o fazer e assistem às audiências, não é realmente pública»⁽⁸⁹⁾.

II. Não raro sucede, porém, agora já não por culpa dos meios de comunicação social, mas por vaidade dos homens, que os intervenientes processuais se distraem dos interesses que devem prosseguir com a sua atuação no processo para cuidarem antes da sua imagem que há de ser exibida nas pantalhas. Este perigo não é, a nosso ver, dos que devem merecer menos atenção quando se cuida da estética do processo [art. 88.º, n.º 2, al. b)].

Acontece até, e com demasiada frequência, que os advogados, fazem da porta do tribunal uma tribuna, uma segunda sala de audiência, agora já não com a finalidade específica da sua função processual — formar a convicção do julgador — mas a da promoção própria ou a do seu constituinte na opinião pública, como que a alavancar as teses que defendem no processo⁽⁹⁰⁾. Não virá mal ao mundo e ao processo se não interferirem com o que se passa na sala —, o que nem sempre sucede! — mas perturba, raramente esclarece e frequentemente confunde. É claramente inestético⁽⁹¹⁾!

III. Mais grave e muito feio é o que se passa frequentemente com os processos mediáticos, sobretudo quando estão em causa VIP.s (“elites” políticas, económicas ou intelectuais) ou se trata de processos escabrosos. É ver uns tantos imbecis, incentivados pelas repetidas notícias dos média, a gesticular e a berrar à porta do tribunal, a ameaçar os arguidos que só escapam protegidos pela polícia, a reclamarem vingança e tudo isto para aparecerem nos telejornais do fim da tarde para gáudio da família! Estas atitudes têm ou podem ter graves consequências na produção da prova e condicionar a justiça da decisão, desde logo por inibirem as testemunhas de dizerem o que sabem por receio da reprovação comunitária.

⁽⁸⁹⁾ SPENCER, JOHN, «Le rôle des médias dans les procédures judiciaires: approche comparative», Centre Français de Droit Comparé, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé*, Paris, 1998, p. 83, ss.

⁽⁹⁰⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, «A Palrança», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 12, 2000.

⁽⁹¹⁾ Mais inestético é, porém, ver o advogado a esgueirar-se, para não ter de responder às suas perguntas, seguido dos jornalistas com o microfone a apontar na sua direção como que a intimidá-lo.

Não menos grave, porventura mais ainda, são os processos paralelos difundidos pelos meios de comunicação social de forma superficial, emocional e sem oferecerem a todos os envolvidos igualdade de oportunidades para exporem os seus pontos de vista e também frequentemente construídos com recurso a meios ilícitos e clandestinos e ditados por interesses mercadológicos⁽⁹²⁾. «Infeliz do condenado sobre o qual os médias inscrevem a marca de Caim. Não lhe resta senão assumir a imagem que lhe é pintada»⁽⁹³⁾. A reprovação social é irremediável e se a final do processo for declarado não culpado, a opinião mediatizada ou calará a absolvição ou justificá-la-á com a incompetência ou compadrio do tribunal, com o caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais face à célere e perfeita investigação dos média⁽⁹⁴⁾ ou com a habilidade dos advogados!

E este espetáculo indecoroso é frequentemente alimentado pelas conferências de imprensa da Polícia e comunicados do Ministério Público. Ainda recentemente, perante um crime horroroso em que foi morta uma menina de 9 anos, na conferência de imprensa dada pela Polícia lá se disse que havia fortes indícios que o crime tinha sido praticado pelo pai da menina com a colaboração da madrasta, mas acrescentando a final: o pai e a madrasta presumem-se inocentes! No dia seguinte lá estava uma dúzia de pessoas à espera dos suspeitos à porta do tribunal, aos berros e com gestos ameaçadores!

Dir-se-á que os tribunais são alheios ao burburinho, mas não é sempre verdade. Quantas vezes se encontram páginas dos jornais como documentos do processo a fundamentar promoções e decisões, indícios da utilização de meios ilegais na obtenção da prova e até acordos para recolha de provas obtidas criminosamente em manifesta violação dos cânones do justo processo⁽⁹⁵⁾, mas “justificados” pela busca de eficácia na defesa da comunidade⁽⁹⁶⁾! Os magistrados resistem a esta justiça mediática? A maioria sim, estamos certos disso, mas alguns, certamente muito poucos, confundem a hierarquia dos valores ou sofrem de entorses da coluna vertebral!

⁽⁹²⁾ PRADO, GERALDO, *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 161, ss.

⁽⁹³⁾ SALAS, DENIS, *La volonté de punir/essai sur le populisme penal*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2010, p. 61.

⁽⁹⁴⁾ PRADO, GERALDO, *ob. cit.*, p. 163.

⁽⁹⁵⁾ ALVES, CARLOS MELO, Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos, Forum Penal, 3.04.2020, <<http://forumpenal.pt/Wp-content/uploads/2020/04/>>.

⁽⁹⁶⁾ Nunca é demais lembrar que os arguidos se presumem inocentes e não perdem a sua dignidade humana, por muito horrendo que seja o crime que lhes é imputado. Cf. GABORIAU, SIMONE, *ob. e loc. cit.*

Conclusão

No estudo sobre profissões, publicado em 29 de maio de 2019, pelo Jornal de Notícias, o nível de confiança dos portugueses nos juízes e tribunais é negativo em 26 pontos⁽⁹⁷⁾ e nos advogados em 35⁽⁹⁸⁾, só abaixo dos líderes sindicais, políticos e deputados⁽⁹⁹⁾. Mesmo tendo em atenção que, em geral, os cidadãos são desconfiados em relação às coisas que escapam à sua compreensão e porque os caminhos da justiça lhes são estranhos, donde que a confiança perante as instituições seja frágil e volátil, o resultado da sondagem não deixa de ser preocupante, muito preocupante⁽¹⁰⁰⁾. Nada mais é preciso a certos políticos para, farejando a opinião popular, ajustar as respostas legislativas. O populismo penal de certas ideologias aproveita do medo e reflexo punitivo dos cidadãos para recolher apoios favoráveis à lei e à ordem; atentos aos sentimentos dos eleitores, endurecer a lei não custa nada e dá grossos dividendos!

Preocupante porque, parafraseando uma vez mais D. António Ferreira Gomes⁽¹⁰¹⁾, para salvar a liberdade e a democracia, para proteger o direito das minorias, o direito dos fracos e dos vencidos, é preciso acreditar na lei como expressão temporal do ideal de justiça, na sua administração e julgamento por tribunais independentes e eficazes, mas esclarecidamente prudentes, e procurar humildemente a melhor aplicação dos seus princípios às condições mutáveis do tempo histórico, e imperar com decisão e coragem essa aplicação. «É que a lei promulgada e a sua justa aplicação constituem, na contingência humana, a condição da liberdade»⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁷⁾ Negativos 45 e 19 positivos.

⁽⁹⁸⁾ Negativos 49 e 14 positivos.

⁽⁹⁹⁾ Nível de confiança negativa: líderes sindicais (47), políticos (52) e deputados (57). É negativo também o nível de confiança nos jornalistas (6 pontos), mas positiva nos enfermeiros e médicos (66 e 59), nos polícias (37) e nos portugueses em geral (33).

⁽¹⁰⁰⁾ São muitas as causas desta crise de confiança e menos as que são imputáveis aos agentes da justiça: o aumento exponencial das atribuições da justiça e consequente morosidade da resolução dos casos que lhe são submetidos, os elevados custos que acarreta o recurso aos tribunais, a desconfiança porque alguns agentes prejudicam o prestígio de todos pelos seus comportamentos pessoais, mas também por uma crescente crise de consciência, e no limite, a substituição do Direito por qualquer conceção pessoal da justiça, o que determina que a livre convicção na apreciação da prova seja antes uma mentira motivada pelos prejuízos do julgador. Cf. MOUFFE, BERNARD, *Le Droit Au Mensonge*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 423.

⁽¹⁰¹⁾ GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, Número 1, 1990, p. 3, ss.

⁽¹⁰²⁾ *Idem*, p. 14.

E para que o povo soberano volte a ter confiança na justiça é preciso primeiro que as gentes da justiça, sem escapar nenhum, acreditem também e se esforcem por ser pelo menos bons artesãos do Direito, para o que, imbuídos do sentimento de Justiça, devem fazer corresponder a sua prática às normas que a disciplinam, porque se a busca da justiça é de natureza ética, a estética judiciária também o é!

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editoram 2011.
- , (Org), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- ALVES, CARLOS MELO, *Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos*, Forum Penal, 3.04.2020, <<http://forumpenal.pt/Wp-content/uploads/2020/04>>.
- AMODIO, ENIO, *Estetica dela Giustizia Penale*, Milão Giuffrè, 2016.
- BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.
- BIONDI, BIONDO, *Arte y Ciencia del Derecho*, (trad. de Angel Latorre Segura), Santiago-Chile, Ediciones Olejnik, 2019.
- BOLLE, PIERRE-HENRI, «Origines et destin d'une institution menacée: la presumption d'innocence», AAVV, *Le Droit Pénal à l'Aube du Troisième Millénaire/Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006.
- BOUCHERON, JEAN-MICHEL, *e alia, Tous Coupables/Réquisitoire contre le système judiciaire et la prison*, Paris, Balland, 2002.
- BRANCO, PATRÍCIA, *Análise da arquitetura judiciária portuguesa: as dimensões de reconhecimento, funcionalidade e acesso à justiça*, <<https://doi.org/10.4000/eces.1930>>, consultado em 4.4.2020.
- CASADEVALL, JOSEP, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Ius, Directum (Directum)*, Coimbra, 1974.
- CUNHA, PAULO, *Processo Comum de Declaração*, I, 2.^a ed., Braga, 1944.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.^o Vol, Coimbra, Coimbra Editora, 1974.
- FERRARA, ALESSANDRO, *Giustizia e giudizio*, Roma, Laterza, 2000.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, III, edição policopiada da AAFDL, 1963.
- FONTAINE, LAURÉLINE, *Qu'est-ce qu'un «grand» juriste?/Essai sur les juristes et la pensée juridique modern*, Paris, Lextenso éditions, 2012.
- GABORIAU, SIMONE, «Le respect de la dignité dans les pratiques judiciaires», *Justice, éthique et dignité*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, s/d.
- GAITO, ALFREDO (coord.), *I Principi Europei del Processo Penale*, Roma, DIKE, 2016.
- GARAPON, ANTOINE, *Bien juger/Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.
- GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ, *O Devido Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2014.
- GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, Número 1, 1990.
- GROSSI, PAOLO, *Il Diritto in una Società Che Cambia*, Bolonha, Mulino, 2018.

- INCHAUSPÉ, DOMINIQUE, *L'innocence judiciaire/Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Paris, Litec, 2001.
- LARIVIÈRE, DANIEL SOULEZ, *Du Cirque Médiativo-Judiciaire et des Moiens d'en Sortir*, Paris, Seuil, 1993.
- LÉVI, THIERRY, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- LOPES JR., AURY, *Direito Processual Penal*, 10.^a ed., São Paulo-Brasil, Saraiva, 2013.
- MENDES, PAULO SOUSA, «Processo equitativo e público», Albuquerque, Paulo Pinto de (coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- MESQUITA, PAULO DÁ, «Direitos do acusado», Albuquerque, Paulo Pinto (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, (2.^a ed.) Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- MORIN, EDGAR, *Sur l'esthétique*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2016.
- MOUFFE, BERNARD, *Le Droit au Mensonge*, Bruxelas, Lacier, 2017.
- NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 5.^a ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto OrceI, 1870.
- PATRÍCIO, RUI, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal/Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019.
- PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *Saber e Poder/O Processo (de investigação) Penal*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019.
- PRADO, GERALDO, *Sistema Acusatório — A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- QUEIROZ, PAULO, *Direito Penal/Parte Geral*, 13.^a ed., Salvador, Brasil, JusPODIUM, 2018.
- QUILLERÉ-MAJZOUR, FABIENNE, *La Défense du Droit à un Procès Équitable*, Bruxelas, Bruylant, 1999.
- RICCIO, GIUSEPPE, «Persona, Pena., Processo», AAVV, (cord. Maristella Amisano e Mario Caterini), *Persona, Pena, Processo/Scritti in Memoria di Tommaso Sorrentino*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, s/d.
- RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- , «Justiça e Comunicação Social, Revista Portuguesa de Ciência Criminal», Ano 7.^o, Fasc. 4.^o, Out/Dez, 1997.
- ROSA, KARINE AZEVEDO EGYPTO, *A disposição cénica das salas de audiências e tribunais brasileiros: a inconstitucionalidade da prerrogativa de assento do Ministério Público no processo penal*, <jus.com.br>, publicado em 7/2017 (<<https://jus.com.br/artigos/59053/a>>).
- SALAS, DENIS, *La volonté de punir/essai sur le populisme penal*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2010; *Erreurs judiciaires*, Paris, Dalloz, 2015.
- SCALISI, VINCENZO, *L'ermeneutica dela dignità*, Milão, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

- SILVA, GERMANO MARQUES DA, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na Defesa da Legalidade Democrática e na Execução da Política Criminal», *Ministério Público: Que Futuro?*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2012.
- , *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;
- , «A Tutela Jurisdicional no Processo Crime: Realidade ou Utopia?», *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal* (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2016.
- , «O Populismo Penal. A Retribuição outra vez?», *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016.
- , *Direito Processual Penal Português*, I, 2.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- , *Direito Processual Penal Português* (3) (2.^a ed.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- , *Curso de Processo Penal II*, 5.^a ed., Lisboa, Verbo, 2011.
- , «Métodos Expeditos de Obtenção de Prova: Os Valores Democráticos em Risco?», Valente, Manuel Monteiro Guedes (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional — Corpus Delicti I*, Coimbra, Almedina, 2019.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA/SALINAS, HENRIQUE, «Anotação ao artigo 32.º da Constituição».
- SORRENTINO, TOMMASO, *Storia del processo penale/dall'Ordalia all'Inquisizione*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Itália, 1999.
- SOUSA, SUSANA AIRES, «Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal», Moutinho, José, *et alia* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- SPENCER, JOHN, «Le role des medias dans les procédures judiciaires: approche comparative», Centre Français de Droit Comparé, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé*, Paris, 1998.
- STAVROS, STEPHANOS, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- TALON-HUGON, CAROLE, *L'Esthétique*, 5.^a ed., Paris, Que sais-je?, 2018.
- TUZET, GIOVANNI, *Filosofia dela prova giuridica*, 2.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2016.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Teoria Geral do Direito Policial*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014; *Cadeia de Custódia*, Coimbra, Almedina, 2019.
- ZENATI, FRÉDÉRIC, «Le procès, lieu du social», *Archives de Philosophie du Droit* — Tomo 39 — Le procès, Paris, Editions Sirey, 1995.

Lisboa, setembro de 2020

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA RESOLUÇÃO DE EXPROPRIAR

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo,
de 20 de Fevereiro de 2020 (1.ª Secção)

Por José Osvaldo Gomes()*

SUMÁRIO:

I. A fundamentação da invalidade da DUP (também por referência à parte do procedimento relativa à resolução de expropriar) não só no art. 10.º, n.º 5 do CE mas também na falta de identificação de um dos proprietários, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito legal, leva a que a sindicância da mesma apenas com um destes fundamentos, mantém a validade da decisão com o outro dos fundamentos. **II.** Impõe-se a notificação nos termos do art. 10.º, n.º 5 do CE ao proprietário devidamente identificado que consta do registo como casado em regime de comunhão geral de bens com a proprietária, por o mesmo não ser um proprietário “aparente”, mas antes o “real” proprietário do imóvel. **III.** A intervenção como participante no procedimento anterior à DUP é diferente da intervenção após a mesma desde logo por uma ser uma fase graciosa e outra uma fase contenciosa, pelo que os motivos e argumentos de intervenção são necessariamente distintos. **IV.** O recurso de revista não comporta a apreciação de questões novas suscitadas nas alegações de recurso que não tenham sido conhecidas nos tribunais de que se recorre e sendo certo que não está aqui em causa qualquer inconstitucionalidade ou matéria de conhecimento oficioso relativamente à qual o tribunal não esteja limitado no seu conhecimento nos termos do n.º 2 do art. 88.º do CPTA/2015⁽¹⁾.

(*) Advogado.

(1) Processo n.º 02433/18.7BEPRT-B, disponível *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/692930471d56174d8025851f00575f73?OpenDocument>>.

ACÓRDÃO

“1. MUNICÍPIO DE GONDOMAR vem interpor recurso jurisdicional para este STA, nos termos do art. 150.º do CPTA, do acórdão do TCAN, proferido em 27.09.2019, que negou provimento ao recurso da sentença do TAF do Porto, de 30.05.2019 que — no âmbito da providência cautelar de suspensão de ato administrativo, intentada por A..... e B..... contra o MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO INTERNA e como contra-interessado o ora Recorrente — ao abrigo do art. 121.º CPTA, antecipando o juízo sobre a causa principal, julgou a ação administrativa totalmente procedente, anulando o ato de declaração de utilidade pública urgente da expropriação da “Parcela 13”.

2. Para tanto alegou, concluindo:

Das alegações de recurso: (...)

I. Fundamento — Da validade do ato administrativo (DUP)

- i) A sentença de 1.ª instância, aliás douta, determinou que o ato administrativo impugnado é inexistente, decisão que foi alterada pelo TCAN apenas no sentido de que o ato é existente mas padece de vícios que determinam a sua invalidade, designadamente a falta de notificação da resolução de expropriar ao autor marido, mas que foi notificada à autora mulher.
- j) Assim, o que releva para efeitos de apreciação em sede de recurso da decisão proferida em 1.ª instância, é o ato administrativo impugnado, a DUP, pois a resolução de expropriar não consubstancia um verdadeiro ato administrativo passível de ser impugnado (Neste sentido ver Salvador da Costa, *in* Código das Expropriações e Estatuto dos Peritos Avaliadores — Anotados e Comentados, 2010, Almedina, pp. 71 a 73, e ainda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26/06/2002, proferido no âmbito do processo n.º 047229, disponível em <www.dgsi.pt>).
- k) Portanto, se a resolução de expropriar não se trata de um verdadeiro ato administrativo, a sua obrigação de notificação radica apenas na norma contida no n.º 5 do art. 10.º do CExp e já não nas normas do CPA.

- l)* Isto posto, como na expropriação urgente não há lugar à aquisição por via do direito privado, fica prejudicada a notificação prevista naquele n.º 5.º do art. 10.º do CExp (neste sentido, Pedro Cansado Paes, Ana Isabel Pacheco e Luís Alvarez Barbosa, Código das Expropriações, Coimbra, 2003, p. 43 e acórdão do STA, de 06/03/2007, proferido no âmbito do processo n.º 01595/03, publicado em <www.dgsi.pt>).
- m)* Isto porque, a notificação prevista no n.º 5 do art. 10.º e no n.º 2 do art. 11.º do CExp é a mesma e, assim, existe apenas uma notificação, plurifuncional, ou seja, por um lado para comunicar ao expropriado e aos demais interessados a resolução de expropriar (10.º, n.º 5) e, por outro, para apresentar proposta de aquisição dos bens, por via de direito privado (11.º, n.º 2), devendo neste último caso incluir a proposta de aquisição privada, salvo nos casos de expropriações urgentes (cf. arts. 11.º, n.º 1 e art. 15.º do CExp).
- n)* Portanto, resulta da leitura conjugada do n.º 5 do art. 10.º e do n.º 2 do art. 11.º do CExp, que há apenas lugar a uma única notificação e, por via da leitura deste último normativo, conjugado com o n.º 1 deste art. 11.º e o art. 15.º do CExp, essa notificação não é obrigatória por se tratar de uma expropriação urgente, onde a aquisição dos bens por via do direito privado não é obrigatória.
- o)* Pelo que, ao decidir nos termos proferidos pelo douto acórdão do TCAN, considerando obrigatória a notificação de resolução de expropriação mesmo tratando-se de uma expropriação com carácter urgente, violaram-se as normas contidas nos arts. 10.º n.º 5, 11.º, n.º 1 e n.ºs 2 e 15.º, todos do CExp.
- p)* Dever-se-á, portanto, interpretar e aplicar as normas referidas no parágrafo anterior no sentido de considerar que a notificação de resolução de expropriação, nas expropriações com carácter urgente, não é obrigatória e, conseqüentemente, a sua omissão não traz qualquer efeito invalidante ao ato administrativo impugnado.
- q)* Resulta provado que a autora mulher interveio sempre na fase procedimental do ato impugnado, esgrimindo os mesmos argumentos que foram vertidos na petição inicial, onde já se encontra acompanhada do seu marido, pelo que se conclui que a intervenção do autor marido na fase procedimental seria inútil, pois limitar-se-ia a insistir com os mesmos argumentos da autora

mulher, e que não foram capazes de alterar ou impedir a prática do ato administrativo (DUP) nos termos que agora contestam.

- r) Na verdade, o que a notificação prevista no n.º 5 do art. 10.º do CExp pretende é que os cidadãos participem na formação das decisões e deliberações que lhes dizem respeito, dando assim cumprimento ao direito constitucional contido no art. 267.º n.º 1 e n.º e da Constituição da República Portuguesa, e consagrado ainda como princípio geral da atividade administrativa no art. 12.º do CPA, ao qual é dado forma no direito de audiência prévia previsto no art. 121.º deste último diploma.
- s) Com a participação da autora mulher na fase procedimental, à qual o autor marido nada acrescentou já na fase de impugnação judicial, leva forçosamente a concluir que não se verifica, no caso concreto, uma afetação das garantias procedimentais e, assim sendo, não existe justificação material para atribuir efeito invalidante ao incumprimento da formalidade de notificação da resolução de expropriar ao autor marido (neste sentido, cf. Acórdão do STA, de 06/03/2007, proferido no âmbito do processo n.º 01595/03 e publicado em <www.dgsi.pt>).
- t) Pelo exposto e ainda que se entenda obrigatória a formalidade de notificação contida no art. 10.º, n.º 5 do CExp, a mesma degradar-se-ia em formalidade não essencial, cuja omissão não determinaria a ilegalidade do ato.
- u) Verifica-se assim, também por esta razão, que o TCAN violou a norma contida no n.º 5 do art. 10.º do CExp, quando interpretada, no presente caso, como uma formalidade essencial que determina a invalidade da DUP.
- v) Pelo que, dever-se-á interpretar a norma referida no parágrafo anterior no sentido de que a sua prática constitui uma formalidade não essencial e, assim, a sua omissão, não tem efeitos invalidantes que se propaguem ao ato impugnado.
- w) Pelo supra exposto, resulta também certo que, mesmo sem o vício que é apontado à DUP (falta de notificação da resolução de expropriar), o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.
- x) Tal situação enquadra-se no previsto na alínea c) do n.º 5, art. 163.º do CPA e, assim, mesmo considerando a DUP anulável, o efeito anulatório não se deverá produzir.

- y) Torna-se claro com o desenrolar da presente demanda, que o único vício apontado à DUP (omissão de notificação da resolução de expropriação ao autor marido) não levaria a que aquele ato fosse praticado de forma diferente, ou que não fosse sequer praticado, pois a intervenção do autor marido, na fase de impugnação judicial, nada de novo trouxe à defesa apresentada pela autora mulher na fase procedimental.
- z) Por esta razão, a interpretação do TCAN no sentido de que a omissão de notificação da resolução ao autor marido tem efeito invalidante da DUP, viola o disposto no art. 163.º, n.º 5 alínea c) do CPA.
- aa) Pelo que se deverá interpretar e aplicar o art. 163.º, n.º 5, alínea c) do CPA no sentido de que, o efeito anulatório da omissão de notificação da resolução de expropriação ao autor marido não se deverá produzir, uma vez que se comprova pelo decurso do procedimento, onde participou a autora mulher e pelo decurso do processo judicial que o ato impugnado teria sempre o mesmo conteúdo.

II. Fundamento — Da exceção dilatória de falta de indicação de contrainteresados

- bb) E lícito ao tribunal de recurso a apreciação de qualquer questão de conhecimento oficioso ainda que esta não tenha sido decidida ou sequer colocada na instância recorrida (cf. Acórdão da Relação de Évora, de 26/01/2017, proferida no âmbito do processo n.º 1654/15.9T8PTG.E1).
- cc) Isto posto, os autores identificaram como contrainteresado apenas o aqui recorrente Município de Gondomar.
- dd) Porém e desde logo como resulta dos motivos expostos em sede de apreciação preliminar, a construção do interceptor de rio Tinto permitiu reabilitar o emissário existente numa extensão de 1.950 metros e construir um exutor com 4.100 metros que liga as estações de tratamento das águas residuais (ETAR) do Meiral, em Gondomar, e do Freixo, no Porto, que no total servem mais de 140 mil habitantes, permitindo ainda a construção de 6,5 quilómetros de passadiço para ligar o Parque Oriental, em Campanhã, no Porto, ao novo Parque Urbano de Rio Tinto.

- ee)* Pelo que dúvidas não existem que o Município do Porto tem interesse na manutenção do ato administrativo impugnado.
- ff)* A par do Município do Porto, outros contrainteressados que não foram identificados pelos autores na petição inicial são os proprietários dos terrenos vizinhos, na medida em que, como também é referido em sede de apreciação preliminar do presente recurso, além do passadiço e da reabilitação do rio, quer ao nível hidráulico quer de vegetação em redor, a obra inclui pequenas zonas de fruição como a praça na zona do Pêgo Negro, no Freixo, e o melhoramento de acessos às habitações.
- gg)* Interrompendo-se parte do passadiço, designadamente na parte referente à parcela 13, o melhoramento de acesso às habitações fica comprometido, pelo menos em relação aos prédios vizinhos.
- hh)* Violou assim o acórdão do TCAN as normas da Lei processual contidas nos arts. 57.º e 89.º do CPTA.
 - ii)* Ora, a falta de indicação de contrainteressados constitui uma exceção dilatória nos termos do art. 89.º, n.º 4, alínea *e)* do CPTA, a qual é de conhecimento oficioso e obsta a que o tribunal conheça do mérito da causa, dando lugar à absolvição da instância, conforme dispõe o n.º 2 do mesmo artigo.

Nestes termos e nos melhores de direito, requer-se a V. Ex.^{as} se dignem conceder provimento à presente revista e, por via disso, revogar o acórdão recorrido, com a consequente improcedência da ação de impugnação do ato administrativo, mantendo-o assim válido.

Caso assim não se entenda, deverão V. Exas. tomar conhecimento da exceção dilatória de conhecimento oficioso de falta de indicação de contrainteressados e, por via disso, absolver o réu da instância sempre, em qualquer dos casos, fazendo inteira e sã Justiça”.

3. O ora Recorrido deduziu contra-alegações, não apresentando conclusões, pugnando pela improcedência do recurso, se se decidir pela admissão da revista, hipótese que também discorda.

4. O recurso de revista foi admitido pela formação deste STA por acórdão de 12.12.2019.

5. Uma vez notificado, nos termos dos arts. 146.º e 147.º do CPTA, o MP não emitiu parecer.

6. Com dispensa de vistos legais, dada a natureza urgente do processo, (art. 36.º, CPTA) cumpre decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Matéria de facto fixada pelas instâncias com relevância para a decisão da causa: (...)

Do Direito

1. Pretende o recorrente que ocorre erro da decisão recorrida ao julgar obrigatória a notificação de resolução de expropriação mesmo tratando-se de uma expropriação com carácter urgente, pondo, assim, em causa as normas contidas nos arts. 10.º, n.º 5, 11.º, n.º 1 e n.º 2 e 15.º, todos do CExp.

Para tanto alega que a resolução de expropriar não se trata de um verdadeiro ato administrativo, pelo que a obrigação de notificação radica apenas na norma contida no n.º 5 do art. 10.º do CExp e já não nas normas do CPA, a qual fica prejudicada na aquisição por via do direito privado já que esta notificação e a prevista no n.º 2 do art. 11.º do CExp (apresentar proposta de aquisição dos bens, por via de direito privado) (11.º, n.º 2) são a mesma.

Conclui que da leitura conjugada do n.º 5 do art. 10.º e do n.º 2 do art. 11.º do CExp, há apenas lugar a uma única notificação, a qual, por força do art. 15.º do CExp, não é obrigatória quando se está perante uma expropriação urgente, onde a aquisição dos bens por via do direito privado não é obrigatória.

E que, mesmo que se impusesse essa notificação e, por isso, preterição de formalidade «a mesma degradar-se-ia em formalidade não essencial, cuja omissão não determinaria a ilegalidade do ato» face ao disposto no art. 163.º, n.º 5, al. c) do CPA.

A decisão recorrida tinha mantido a decisão de 1.ª instância, de anulação da resolução/DUP, embora com o fundamento de que dos arts. 10.º, n.os 1, al. b), 3 e 5, 17.º, n.º 3, ambos do CE, derivam os deveres «de identificar os proprietários (e outros interessados) do bem a expropriar, quer na resolução ..., quer na DUP» e o «de notificar os proprietários (e outros

interessados) do ato de resolução de expropriar», deveres esses que, impendendo sobre a entidade expropriante, foram infringidos e que impediram o A. marido do exercício dos respetivos direitos de participação no procedimento expropriativo.

Ou seja, a decisão recorrida entendeu, também, que foi preterido o art. 10.º, n.º 3 do CE concluindo pela invalidade quer da resolução de expropriar quer da DUP com o fundamento da falta de identificação do 1.º autor, que também é proprietário.

Parte esta que não vem sindicada pelo aqui recorrente.

A este propósito disse-se na decisão recorrida:

“(...) O art. 10.º, n.º 1, al. b) e 3, e o art. 17.º, n.º 3, do Código das Expropriações (CE, doravante) são bem explícitos quanto ao dever que impende sobre a entidade expropriante de identificar os proprietários (e outros interessados) do bem a expropriar quer na resolução de expropriar, quer na DUP (sendo estes os que constam dos documentos oficiais de cariz matricial e registal — cf. art. 9.º, n.os 1 e 3).

E o CE é também bem assertivo quanto ao dever de a entidade expropriante notificar os proprietários (e outros interessados) do ato de resolução de expropriar (cf. art. 10.º, n.º 5 do CE). (...)

Quanto à argumentação do Recorrente em torno da violação pela sentença recorrida dos arts. 37.º, n.º 5 e 40.º do CE, adianta-se também que improcedem “in totum”. Dispõem estes artigos o seguinte: O n.º 5 do art. 37.º: “Salvo no caso de dolo ou culpa grave por parte da entidade expropriante, o aparecimento de interessados desconhecidos à data da celebração da escritura ou do auto apenas dá lugar à reconstituição da situação que existiria se tivessem participado no acordo, nos termos em que este foi concluído ... O art. 40.º: “1 — Têm legitimidade para intervir no processo a entidade expropriante, o expropriado e os demais interessados. 2 — A intervenção de qualquer interessado na pendência do processo não implica a repetição de quaisquer termos ou diligências”.

A sentença recorrida não violou essas disposições legais, que, manifestamente, nada têm a ver com a situação *in casu* (pois, no caso, o Autor B... já era conhecido no início do procedimento, dado que era possível identificá-lo através dos registos oficiais), mas com situações em que os interessados aparecem só na pendência do procedimento (ou por não serem conhecidos, ou, por, sendo-o, não terem voluntariamente intervindo antes), destinando-se a regular como devem ser integrados no procedimento.

Em suma, sendo o Autor B..... pessoa conhecida de acordo com o conteúdo dos documentos oficiais de cariz matricial e registal, não restava aos Recorridos outra atitude senão a de proceder a essa subjectivização, quer no ato endo-procedimental de resolução de expropriação quer na DUP e de proceder às competentes notificações. (...).

Ao não o terem feito incorreram em violação de lei que se repercutiu no ato impugnado e que é determinante da sua anulação, pois impediu que o Autor B..... exercesse o seu direito de participação no procedimento expropriativo (não tendo sido alegados nem provados factos concretos que permitissem concluir que, pese embora esta falha, a DUP sempre teria idêntico teor).

É certo que a sentença recorrida não se limita a dizer que há uma causa de invalidade associada à falta da oportunidade do exercício direito de participação por parte deste Autor, que se projeta na DUP e a invalida. Vai mais longe, dizendo que a falta da indicação do nome do Autor na resolução de expropriar e na DUP acarreta a inexistência do título expropriativo relativamente a este.

Não podemos concordar nesta parte, com a sentença recorrida uma vez que, pese embora o nome do Autor B..... não conste da DUP, e tando o prédio em causa devidamente identificado na DUP com referência à respetiva inscrição predial e matricial e estando identificado o nome da 2.^a Autora, proprietária do mesmo e casada na comunhão geral de bens com o Autor B..... (constando inclusivamente esta menção da certidão da CRP), é inegável que existem na DUP elementos objetivos que permitem extrair com segurança que a resolução expropriativa abrange também o Autor B.....

Como decorre do exposto, o que se verifica é tão só a invalidade da DUP derivada de vício do procedimento que a precedeu, mais precisamente, da falta da identificação e da notificação do Autor B..... a que aludem os arts. 10.º, n.º 1, al. b), e n.ºs 3 e 5 do CE”.

Em suma, como resulta de decisão recorrida esta não fundamentou a invalidade da DUP (e também por referência à parte do procedimento relativa à resolução de expropriar) tão só e como aqui pretende o recorrente na falta de notificação nos termos e para os efeitos do art. 10.º, n.º 5 do CE mas também na falta de identificação de um dos proprietários, o 1.º autor, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito legal.

Não estando aqui sindicada esta parte, ou seja, a violação do art. 10.º n.º 3 do CE pela decisão recorrida, ainda que proceda o vício aqui invocado, manter-se-á a invalidade da decisão recorrida com este fundamento. De qualquer forma vejamos.

Como resulta do Código das Expropriações o processo expropriativo desenvolve-se em duas fases, uma essencialmente administrativa (que abrange a tentativa de aquisição por via do direito privado; a aprovação da proposta de expropriação, a declaração de utilidade pública da expropriação, a posse administrativa dos bens expropriados e a expropriação amigá-

vel); e outra uma fase judicial, em que o processo expropriativo surge integrado no exercício da função jurisdicional, sendo-lhe aplicáveis os princípios gerais reguladores do processo civil.

Nos termos do art. 9.º, n.º 1 do Código das Expropriações:

“1 — Para os fins deste Código, consideram-se interessados, além do expropriado, os titulares de qualquer direito real ou ónus sobre o bem a expropriar e os arrendatários de prédios rústicos ou urbanos. (...)”

3 — São tidos por interessados os que no registo predial, na matriz ou em títulos bastantes de prova que exibam figurem como titulares dos direitos a que se referem os números anteriores ou, sempre que se trate de prédios omissos ou haja manifesta desatualização dos registos e das inscrições, aqueles que pública e notoriamente forem tidos como tais”.

O art. 10.º sob a epígrafe “Resolução de expropriar”, refere:

“1 — A resolução de requerer a declaração de utilidade pública da expropriação deve ser fundamentada mencionando expressa e claramente:

b) Os bens a expropriar, os proprietários e demais interessados conhecidos; (...)

2 — As parcelas a expropriar ... identificadas através da menção das descrições e inscrições na conservatória a que pertençam e das inscrições matriciais, se não e tiverem omissas, ou de planta parcelar contendo as coordenadas dos pontos que definem os limites das áreas a expropriar, reportadas à rede (...).

3 — Os proprietários e demais interessados conhecidos são identificados através do nome, firma denominação, residência habitual ou sede (...)

5 — A resolução a que e refere o n.º 1 anterior é notificada ao expropriado e aos demais interessados cuja morada seja conhecida, mediante carta ou ofício registado com aviso de receção”.

Artigo 11.º

Aquisição por via de direito privado

1 — A entidade interessada, antes de requerer a declaração de utilidade pública, deve diligenciar no sentido de adquirir os bens por via de direito privado, salvo nos casos previstos no art. 15.º, e nas situações em que, jurídica ou materialmente, não é possível a aquisição por essa via.

2 — A notificação a que se refere o n.º 5 do artigo anterior deve incluir proposta de aquisição, por via de direito privado, que terá como referência o valor constante do relatório do perito.

3 — No caso referido no n.º 2 do art. 9.º, a proposta é apresentada como alternativa ao realojamento nele previsto.

4 — Não sendo conhecidos os proprietários e os demais interessados ou sendo devolvidas as cartas ou ofícios a que se refere o n.º 5 do artigo anterior, a existência de proposta é publicitada através de editais a afixar nos locais de estilo do município do lugar da situação do bem ou da sua maior extensão e das freguesias onde se

localize e em dois números seguidos de dois dos jornais mais lidos na região, sendo um destes de âmbito nacional.

5 — *O proprietário e os demais interessados tem o prazo de 20 dias, contados a partir da recepção da proposta, ou de 30 dias, a contar da última publicação nos jornais a que se refere o número anterior, para dizerem o que se lhes oferecer sobre a proposta apresentada, podendo a sua contraproposta ter como referência o valor que for determinado em avaliação documentada por relatório elaborado por perito da sua escolha.*

6 — *A recusa ou a falta de resposta no prazo referido no número anterior ou de interesse na contraproposta confere, de imediato, à entidade interessada na expropriação a faculdade de apresentar o requerimento para a declaração de utilidade pública, nos termos do artigo seguinte, notificando desse facto os proprietários e demais interessados que tiverem respondido.*

7 — *Se houver acordo, a aquisição por via do direito privado poderá ter lugar ainda que a área da parcela, ou da parte sobranse, seja inferior à unidade de cultura.*

O art. 15.º a propósito da “Atribuição do carácter de urgência” dispõe:

1 — No próprio ato declarativo da utilidade pública, pode ser atribuído carácter de urgência à expropriação para obras de interesse público.

2 — A atribuição de carácter urgente à expropriação deve ser sempre fundamentada e confere de imediato à entidade expropriante a posse administrativa dos bens expropriados, nos termos previstos nos arts. 20.º e seguintes, na parte aplicável.

3 — A atribuição de carácter urgente caduca se as obras na parcela não tiverem início no prazo fixado no programa de trabalhos, salvo ocorrendo motivo devidamente justificado.

4 — À declaração de caducidade aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 4 do art. 13.º

5 — A caducidade não obsta à ulterior autorização da posse administrativa, nos termos dos arts. 19.º e seguintes.

Por fim, o art. 17.º, n.º 3 do CE dispõe:

“Publicação da declaração de utilidade pública

3 — A publicação da declaração de utilidade pública deve identificar sucintamente os bens sujeitos a expropriação, com referência à descrição predial e à inscrição matricial, mencionar os direitos, ónus ou encargos que sobre eles incidem e os nomes dos respetivos titulares e indicar o fim da expropriação”.

No Capítulo II e a propósito da expropriação litigiosa dizem os:

“Artigo 39.º

1 — É aberto um processo de expropriação com referência a cada um dos imóveis abrangidos pela declaração de utilidade pública.

2 — *Quando dois ou mais imóveis tenham pertencido ao mesmo proprietário ou conjunto de comproprietários é obrigatória a apensação dos processos em que não se verifique acordo sobre os montantes das indemnizações”.*

Artigo 40.º
“Legitimidade

1 — *Têm legitimidade para intervir no processo a entidade expropriante, o expropriado e os demais interessados.*

2 — *A intervenção de qualquer interessado na pendência do processo não implica a repetição de quaisquer termos ou diligências”.*

Na interpretação dos supra-referidos preceitos há-de ter-se em conta as regras de interpretação do art. 9.º do CC, e nomeadamente uma interpretação sistemática e lógica.

É certo também que a DUP é o ato que verdadeiramente lesa os direitos ou interesses legítimos dos particulares.

(...), Atenta a natureza dos atos aqui em causa existem razões de celeridade processual e de interesse público na prossecução do processo expropriativo, em detrimento dos interesses privados concretos que estejam em causa, que levam a que, como resulta da lei, a entidade expropriante não esteja obrigada a averiguar exaustivamente quem são os autênticos titulares dos direitos que incidem sobre o imóvel a expropriar, bastando recorrer à inscrição predial e fiscal, sem prejuízo da correção de qualquer desconformidade com a realidade ao longo do processo expropriativo.

Mas esta teoria da “legitimidade aparente” (...) deve entender-se que apenas releva nos casos em que a titularidade da propriedade ou outro direito relevante já não está de acordo com a que consta dos registos.

O que está em sintonia com a conjugação do referido art. 40.º, n.º 2, com os restantes preceitos.

Na verdade, e como se diz no acórdão — Proc. 0707/08, de 01/07/2009, que se subscreve:

“(…) 5 — Do preceituado no art. 11.º, n.ºs 1 e 2, do Código das Expropriações de 1999 conclui-se que, nos processos de expropriação urgentes, não é necessário que a entidade expropriante diligencie no sentido da aquisição dos bens por via do direito privado, nem, consequentemente, será necessário incluir na notificação da resolução de expropriar, se tiver de ser efectuada, proposta de aquisição dos bens por essa via. Neste sentido, podem ver-se os acórdãos deste Supremo Tribunal Administrativo de 19-4-2005, recurso n.º 48258, e de 6-3-2007, do Pleno, recurso n.º 1595/03.

Este é um ponto que não é controvertido no presente recurso jurisdicional.

No acórdão recorrido, concluiu-se, com base nestas normas, que nas expropriações urgentes não é necessário efectuar a notificação prevista no art. 10.º, n.º 5, do Código das Expropriações de 1999.

No entanto, não há suporte legal para retirar esta conclusão.

Na verdade, pelo facto de no n.º 2 do art. 11.º se referir que na notificação prevista no art. 10.º, n.º 5, se deve incluir a proposta de aquisição por via de direito privado, não se pode concluir que, quando não haja lugar a aquisição por esta via, não tenha de ser efectuada aquela notificação.

Na verdade, só se poderia chegar a esta conclusão se a única finalidade da notificação prevista no art. 10.º, n.º 5, fosse comunicar a proposta de aquisição.

Mas, isso não sucede, como logo patenteia o facto de aquela norma vir integrada no art. 10.º, relativo à «resolução de expropriar» e não no art. 11.º, relativo à «aquisição por via de direito privado».

Por outro lado, como resulta dos próprios termos daquele n.º 5 do art. 10.º a sua função primacial é comunicar ao expropriado o conteúdo da resolução de requerer a declaração de utilidade pública, pelo que é de concluir que essa notificação visa, em primeira linha, dar ao expropriado conhecimento do início do procedimento de expropriação, com antecedência em relação ao momento da declaração de utilidade pública, por forma a permitir-lhe defender nele adequadamente os seus interesses, designadamente poder influenciar a própria declaração de utilidade pública.

Por isso, não há suporte legal para afirmar que, quando a expropriação é qualificada como urgente, não há lugar àquela notificação.

Por outro lado, esta interpretação no sentido de ser exigível sempre uma notificação prévia antes da declaração de utilidade pública dando conhecimento impõe-se como sendo a mais acertada (e, por isso, tem de se presumir ter sido legislativamente adoptada, face ao disposto no art. 9.º, n.º 3, do CC), pois, num Estado de Direito que tem como um dos seus pilares fundamentais o reconhecimento do direito de propriedade privada (art. 62.º da CRP), não seria compreensível, fora de circunstâncias extraordinárias ou casos especiais em que estão em interesses fundamentais do Estado, que as entidades públicas pudessem extingui-lo repentinamente, com concomitante tomada de posse administrativa (conexcionada com a atribuição de urgência, como decorre do art. 15.º, n.º 2, do Código das Expropriações de 1999, e que, no caso foi imediatamente assumida, como se refere no acto recorrido), sem qualquer aviso prévio.

Os casos em que pode ocorrer posse administrativa imediata, sem qualquer formalidade prévia em relação ao expropriado, são apenas os de

calamidade pública ou exigências de segurança interna ou defesa nacional, previstos no art. 16.º do Código das Expropriações de 1999, em que se prevê o regime da «Expropriação urgentíssima».

Por isso, impõe-se a conclusão de que a notificação prevista no art. 10.º, n.º 5, do Código das Expropriações de 1999 tem de ser efectuada também no caso de expropriações urgentes e tem de sê-lo com antecedência suficiente em relação ao momento da declaração de utilidade pública que permita ao expropriado poder influenciar o sentido desta declaração”.

Atenhamo-nos ao caso sub judice.

Como resulta da matéria de facto fixada nos autos a propriedade aqui em causa encontrava-se registada na Conservatória do Registo Predial de Gondomar a favor da Autora “casada em comunhão geral de bens” com o Autor, integrando, por isso, um bem que integra o património comum do casal.

Resulta, também, da matéria de facto que está aqui em causa uma resolução para declaração de utilidade pública urgente, onde apenas estava identificada a 2.ª Autora, a qual foi notificada nos termos e para os efeitos do n.º 5 do art. 10.º do CE, por ofício de 29 de julho de 2016, sob o assunto “Construção do Intercetor de Rio Tinto — Notificação da Resolução de Expropriação, Declaração de Utilidade Pública e autorização de Posse Administrativa da Parcela de Terreno n.º 13.º”.

E, ainda, que foi comunicado à 2.ª Autora, por ofício de 4 de novembro de 2016, sob o assunto “Notificação da retificação da resolução de expropriação — construção do intercetor de Rio Tinto — Parcela 13”, o conteúdo da deliberação de Câmara Municipal de 31 de outubro de 2016, tendo o recibo de receção dos CTT sido assinado pelo 1.º Autor seu marido.

Sendo assim, parece que não podemos dizer que esteja em causa o princípio da legitimidade aparente nas situações em que consta expressamente da matéria de facto no registo como titular “A....., casada em comunhão geral com B.....”.

Este B..... não surge como o proprietário “aparente”, mas antes como o “real” proprietário do imóvel.

E o mesmo não vem sequer indicado como proprietário quer na resolução da DUP quer na própria DUP, invalidade que a decisão recorrida considerou por violação do n.º 3 do art. 10.º e que o recorrente não syndica.

2. Considerando que estava, efetivamente, em causa uma formalidade poderia colocar-se a questão suscitada pelo recorrente — de que com a participação da A. mulher na fase procedimental, à qual o A. marido nada acrescentou já na fase de impugnação judicial, dever concluir-se que não

se verifica, no caso concreto, uma afetação das garantias procedimentais e, assim sendo, não existir justificação material para atribuir efeito invalidante ao incumprimento da formalidade de notificação da resolução de expropriar ao A. marido.

Esta questão tem sido tratada na jurisprudência como sendo de aproveitar nas situações em que houve de facto uma intervenção no procedimento como resulta do acórdão do STA Pleno — Proc. 01595/03 de 03/06/2007:

“Dito isto, é inequívoco que, como decorre do ponto 7. do probatório (com referência a fls 39 e seguintes dos autos) e se refere no acórdão recorrido, o recorrente não só recebeu o ofício de notificação da resolução de expropriar, endereçado para a sua esposa, já falecida, mas também interveio no procedimento, no qual expôs as razões da sua discordância, alegou as supostas ilegalidades de que enfermaria a expropriação e sugeriu uma outra solução técnica alternativa que, do seu ponto de vista, era menos onerosa para os proprietários e mais equilibrada.

Neste quadro, independentemente da falta ou da irregularidade da notificação, uma vez que o recorrente interveio no procedimento, em tempo útil e com as mesmas possibilidades de defesa dos seus direitos que teria se a notificação tivesse sido feita em seu nome próprio, foram satisfeitos os interesses que a lei visa proteger. Portanto, não tendo sido afectadas as suas garantias procedimentais não há justificação material para atribuir efeito invalidante ao incumprimento da formalidade (cf., entre outros, os acórdãos deste STA — de 2003.11.04 — rec. n.º 1888/02 — de 2006.06.07 — rec. n.º 1260/05)”.

De qualquer forma a intervenção como participante no procedimento anterior à DUP é diferente da intervenção após a mesma desde logo por uma ser uma fase graciosa e outra uma fase contenciosa, pelo que os motivos e argumentos de intervenção são necessariamente distintos.

Por outro lado, e como vimos, permanece a invalidade resultante da falta de identificação do 1.º autor como proprietário do prédio quer na resolução de declaração de utilidade pública quer na própria DUP, nos termos do art. 10.º, n.º 3 do CE, já que o aqui recorrente nas suas alegações de recurso para este tribunal não a syndica.

3. Exceção dilatória de falta de indicação de contrainteresados.

Veio o recorrente também invocar a exceção dilatória de falta de indicação de contrainteresados [arts. 57.º e 89.º, n.º 4, al. e) do CPTA], no caso do Município do Porto, pelo facto de o mesmo ter interesse na manutenção do ato administrativo impugnado dado a construção do interceptor de Rio Tinto ter impacto na «ETAR» do Freixo — Porto e na construção do passadiço que liga o Parque Oriental, em Campanhã, no Porto, ao novo Parque Urbano de Rio Tinto.

O recurso de revista consagrado no art. 150.º do CPTA destina-se a viabilizar a reapreciação pelo Supremo Tribunal Administrativo de questões que, pela sua relevância jurídica ou social, se revistam de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

Ora, reapreciar não é conhecer *ex novo*.

Pelo que, este recurso não comporta a apreciação de questões novas suscitadas nas alegações de recurso que não tenham sido conhecidas nos tribunais de que se recorre e sendo certo que não está aqui em causa qualquer inconstitucionalidade ou matéria de conhecimento oficioso relativamente à qual o tribunal não esteja limitado no seu conhecimento nos termos do n.º 2 do art. 88.º do CPTA/2015.

Em face de todo o exposto acordam os juízes deste STA em negar provimento ao recurso e manter a decisão recorrida. Custas pelo recorrente. DN.

Lisboa, 20 de Fevereiro de 2020

ANA PAULA SOARES LEITE MARTINS PORTELA (relatora)

CLÁUDIO RAMOS MONTEIRO — CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO

ANOTAÇÃO

1. O douto aresto em anotação enfrentou questões de difícil resolução, relacionadas com o regime da **notificação da resolução de expropriar** no âmbito de processos expropriativos de **natureza urgente** (vd. arts. 9.º e 10.º, n.º 5 do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro — doravante **CE99**; cf. art. 110.º do Código de Procedimento Administrativo, na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro — doravante **CPA**).

As referidas questões assumem particular actualidade e pertinência face à recente publicação da Lei 59/2020, de 12 de Outubro, que autorizou o Governo a aprovar um regime especial aplicável à expropriação e à constituição de servidões administrativas com **carácter de urgência**, no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social (**PEES**), aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, no quadro da actual situação pandémica.

Este acórdão foi proferido no âmbito de processo cautelar de suspensão de eficácia em que se procedeu à antecipação do juízo de mérito sobre a causa principal, nos termos do art. 121.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de Outubro (doravante **CPTA**), tendo por objecto o despacho do Senhor Secretário de Estado das Autarquias Locais (**SEAL**), de **15 de Fevereiro de 2017**, que declarou a utilidade pública expropriativa das parcelas necessárias à execução da obra de “construção do interceptor de Rio Tinto”.

2. No âmbito do procedimento expropriativo, que culminou com a prolação do acto que veio a ser judicialmente sindicado, foi emitida a **resolução de expropriar** constante da deliberação da Câmara Municipal de Gondomar, de **27 de Julho de 2016**, que incluiu uma parcela a desanexar de um prédio que se indicou erradamente não estar registralmente descrito, nem matricialmente inscrito.

Em consequência, apenas uma das proprietárias inscritas do prédio em causa foi identificada e notificada da resolução de expropriar, o que terá ocorrido, em **29 de Julho de 2016**, e nos termos do n.º 5 do art. 10.º do **CE99**.

Os órgãos e serviços municipais solicitaram então ao **SEAL**, sob invocação do art. 14.º, n.º 1 do **CE99**, **(i)** a emissão de declaração de utilidade pública da expropriação dos prédios necessários à execução da obra em causa, nos termos dos arts. 13.º e segs. do **CE99**, **(ii)** a atribuição de carácter urgente à expropriação, nos termos do art. 15.º, n.º 2 do **CE99**, por estar em causa “a resolução de problemas ambientais graves”, e **(iii)** a autorização de posse administrativa das parcelas a expropriar, de acordo com o art. 15.º, n.º 2 do **CE99**.

A única interessada que tinha sido notificada da **resolução de expropriar** apresentou, na mesma data em que a referida solicitação foi remetida ao **SEAL**, um requerimento no Município de Gondomar, invocando que a parcela em causa não se encontra minimamente identificada naquela **resolução** ou em qualquer planta que permita a sua localização, tendo petitionado o envio dos referidos elementos e adiantado as razões e argumentos que, no seu entender, demonstrariam o excesso e desnecessidade daquela expropriação.

Por deliberação da Câmara Municipal de Gondomar, de **31 de Outubro de 2016**, foi aprovada a rectificação da anterior **resolução de expropriar**, referindo-se que teriam sido encetadas diligências tendo em vista a “correcta identificação das parcelas a expropriar, nomeadamente quanto à identificação da freguesia dos prédios, à identificação dos proprietários actuais e respectivos registos prediais e matriciais”.

Sucedeu que este novo acto rectificativo também só foi notificado à referida interessada, marginalizando-se por completo o requerimento por ela apresentado e mantendo-se a indicação errada de que a parcela n.º 13 seria desanexada de um prédio que não estaria registralmente descrito, nem matricialmente inscrito.

Por ofício recebido, em **19 de Maio de 2017**, aquela interessada foi notificada do “despacho do Senhor Secretário de Estado das Autarquias Locais, de 15 de Fevereiro de 2017, (que) a pedido da Câmara Municipal de Gondomar, declar(ou) a utilidade pública urgente da expropriação”, tendo o Município de Gondomar tomado **posse administrativa** da parcela expropriada, em **21 de Junho de 2017**.

O processo expropriativo prosseguiu então os seus ulteriores termos, realizando-se a arbitragem prevista nos arts. 38.º e segs. do **CE99**, na qual os árbitros intervenientes localizaram e identificaram o prédio do qual foi

desanexada a parcela expropriada, especificando as suas concretas descrição predial e inscrição matricial, das quais resulta inequivocamente a existência de outro proprietário.

3. O douto aresto em anotação, após considerar que a anulação judicial da declaração de utilidade expropriativa sempre se deverá manter por **razões processuais**, em virtude de no recurso jurisdicional interposto não terem sido impugnados todos os fundamentos de ilegalidade que tinham sido julgados procedentes na decisão recorrida (*vd.* art. 635.º, n.º 4 e art. 639.º do actual Código de Processo Civil)⁽²⁾, decidiu as seguintes questões:

- a) Exigibilidade da **notificação da resolução de expropriar** aos interessados, no âmbito de **processos expropriativos urgentes**; e
- b) Regime e consequências da falta de notificação daquele acto inicial do procedimento expropriativo a todos os interessados, por motivos imputáveis à entidade expropriante.

3.1. No tocante à **primeira questão** — exigibilidade da **notificação da resolução de expropriar** aos interessados, no âmbito de **processos expropriativos urgentes** —, a decisão em análise foi proferida na linha de jurisprudência pacífica do Venerando Supremo Tribunal Administrativo, permitindo-nos a este propósito sublinhar o seguinte:

- a) Nos termos do n.º 5 do art. 10.º do **CE99**, a resolução de expropriar deve ser “notificada ao expropriante e aos demais interessados cuja morada seja conhecida, mediante carta ou ofício registado com aviso de recepção” [cf. art. 268.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante **CRP**) e arts. 110.º e segs. do **CPA**];
- b) A atribuição de **carácter urgente** ao procedimento expropriativo processa-se necessariamente **após** a prolação e a notificação da resolução de expropriar (*vd.* arts. 10.º e 15.º do **CE99**), confere “de imediato à entidade expropriante a posse administrativa dos bens expropriados” (*vd.* art. 15.º, n.º 2 do **CE99**), dispensa a prévia tentativa de aquisição por via do direito privado (*vd.* art. 11.º,

(2) *In casu*, a violação do disposto no art. 10.º, n.º 3 do **CE99** que, por referência à resolução de expropriar, dispõe que “os proprietários e demais interessados conhecidos são identificados através do nome, firma, denominação, residência habitual ou sede”.

n.º do **CE99**)⁽³⁾, mas não exime a expropriante do cumprimento dos demais requisitos e pressupostos estabelecidos no art. 10.º do **CE99**, para a **resolução de expropriar**⁽⁴⁾;

- c) A prolação e prévia notificação da **resolução de expropriar** aos titulares de direitos reais ou ónus sobre o bem a expropriar e respectivos arrendatários estão também dispensadas nos casos de **expropriações urgentíssimas** reguladas pelo art. 16.º do **CE99** e, ainda, nos casos previstos na Lei 59/2020, de 12 de Outubro.

3.2. A segunda questão apreciada no douto aresto em anotação — **regime e consequências da falta de notificação da resolução de expropriar a todos os interessados, por motivos imputáveis à entidade expropriante** — merece, em nosso entender, reflexão mais aprofundada.

4. Como resulta dos arts. 10.º e segs. do **CE99**, o procedimento expropriativo inicia-se com a “resolução de expropriar” (*vd.* art. 10.º do **CE99**), que, salvo nos casos de expropriações **urgentes** e **urgentíssimas** (*vd.* arts. 11.º, n.º 1, 15.º, n.º 1 e 16.º do **CE99**), ou nas situações excepcionais previstas de forma tipificada no art. 11.º, n.º 1 do **CE99**, deve ser precedida de tentativa de aquisição por via do direito privado (*vd.* art. 11.º do **CE99**), e integrar os **elementos essenciais** indicados nos números 1 a 4 do art. 10.º do **CE99**, devendo ainda ser **notificada** a todos os interessados (*vd.* arts. 9.º e 10.º, n.º 5 do **CE99**; cf. art. 110.º do **CPA**).

A possibilidade de os interessados se pronunciarem na fase inicial do processo expropriativo só se encontra formalmente prevista na fase da **aquisição por via de direito privado** (*vd.* art. 11.º do **CE99**).

No entanto, o exercício de tal faculdade não se limita a constituir uma **garantia dos interessados lesados**, em conformidade com o que se dispõe

⁽³⁾ Registe-se que a prévia tentativa de aquisição pela via do direito privado também não é exigível nos casos das **expropriações urgentíssimas** (v. art. 16.º do **CE99**) ou dos **procedimentos expropriativos urgentes** que vierem a ser abrangidos pelo regime especial que foi objecto de autorização legislativa, pela Lei 59/2020, de 12 de Outubro.

⁽⁴⁾ A este propósito, o Supremo Tribunal Administrativo tem entendido que a notificação da resolução de expropriar “prevista no n.º 5 do art. 10.º do Código das Expropriações/99, é legalmente imposta quer se trate de expropriação urgente, quer não” (*vd.* Acórdão de 20 de Fevereiro de 2020, Proc. n.º 0894/08.1BESNT 0684/18), devendo ser feita “com antecedência suficiente em relação ao momento da declaração de utilidade pública, que permita ao expropriado poder influenciar o sentido desta declaração” (*vd.* Acórdão de 7 de Janeiro de 2009, Proc. n.º 0707/18, ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>).

no art. 267.º, n.º 5 e no art. 268.º, n.º 1 da **CRP**, bem como nos arts. 121.º e segs. do **CPA**.

Bem diversamente, o **não exercício** daquela faculdade nos termos propostos e pretendidos pela expropriante assume a natureza de **verdadeiro ónus**, **(i)** determinando a aplicação do regime desproporcionado e incongruente que se encontra consagrado no art. 11.º, n.º 5 do **CE99**, **(ii)** eximindo a expropriante de notificar aqueles interessados da resolução de expropriar (*vd.* art. 10.º, n.º 5 do **CE99**), e **(iii)** prejudicando de forma totalmente injustificada precisamente os interessados mais fortemente lesados por actuações lesivas da expropriante (cf. arts. 9.º, 18.º, 20.º e 22.º da **CRP**).

Não se prevendo expressamente no Código das Expropriações qualquer outra forma de audição prévia dos interessados, a **resolução de expropriar** deverá ser de imediato remetida à entidade competente para emitir a declaração de utilidade pública, acompanhada dos documentos especificados no art. 12.º do **CE99**, sem prejuízo de aquela entidade poder solicitar quaisquer outros documentos e esclarecimentos adicionais (*vd.* art. 12.º, n.º 3 do **CE99**).

Após a remessa da resolução de expropriar à entidade competente, o procedimento deverá prosseguir os seus termos, tendo em vista a prolação e subsequente publicação da declaração de utilidade pública expropriativa, nos termos previstos nos arts. 13.º a 17.º do **CE99**, não se prevendo também nesta fase a **audição prévia dos interessados**.

5. Face ao regime legal actualmente consagrado nos arts. 10.º a 17.º do **CE99**, registre-se o seguinte:

- a) A **declaração de utilidade pública** consubstancia o **acto lesivo no processo expropriativo**, por ser **ablativo dos ónus, direitos reais e arrendamentos abrangidos, atingindo a esfera jurídica dos expropriados**, constituindo o **acto nuclear e constitutivo** da relação jurídica expropriativa e o **acto-chave** ou **pressuposto essencial** de todo o procedimento e processo expropriativo (*vd.* arts. 13.º e segs. do **CE99**)⁽⁵⁾;

(5) Neste sentido e a título meramente exemplificativo, *vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de Junho de 2004, **Proc.** n.º 30256, *in* <www.dgsi.pt>; de 6 de Junho de 1995, **Ap. DR.** 1995, pp. 5016; de 19 de Maio de 1961, **Acórdãos Doutriniais do STA**, n.º 1, pp. 31 e segs.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 1991, **Boletim do Ministério da Justiça**, n. 404, pp. 276 e segs.; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 27 de Setembro de 2019, **Proc.** n.º 01844/07.8BEPRT, *in* www.dgsi.pt; Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 12

- b) **A declaração de utilidade pública expropriativa** produz efeitos nos seus **precisos termos — máxime, quanto à identificação, limites e área da parcela expropriada —**, determina a **oneração real do bem e a coacção do respectivo proprietário a transmiti-lo ao beneficiário da expropriação⁽⁶⁾**, e mantém-se na ordem jurídica, só podendo ser alterada ou modificada nos termos da lei (*vd.* arts. 50.º e segs. do CPTA, arts. 162.º e segs. do CPA e arts. 13.º, n.º 2 e segs. do CE99);
- c) Como resulta da conjugação das normas do art. 17.º, n.º 3 do CE99 e dos arts. 148.º e segs. do CPA, a **d.u.p.** tem que assentar em **pressupostos concretos** que, em grande parte, já têm que estar especificados na resolução de expropriar, identificando de forma expressa e clara **o objecto e os destinatários da expropriação**, ou seja, **o prédio expropriado e os titulares dos respectivos direitos** (*vd.* art. 10.º, n.º 1 do CE99), com vista a permitir a **determinação inequívoca do seu sentido, alcance e efeitos jurídicos** (cf. arts. 2.º, 9.º e 18.º da CRP), tanto mais que **“o cidadão deve poder prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas”⁽⁷⁾**;
- d) **A resolução de expropriar** prevista no art. 10.º do CE99 **não configura um verdadeiro acto administrativo**, nos termos dos arts. 148.º e segs. do CPA, pois: **(i) não modifica ou extingue a posição jurídica dos particulares**, mantendo estes a plenitude

de Outubro de 2006, **Proc. n.º 0633779**, de 13 de Outubro de 2005, **Proc. n.º 553705**, ambos *in* <www.dgsi.pt>; de 4 de Outubro de 1985, **Colectânea de Jurisprudência 1988/IV/187** e segs.; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Março de 2010, **Proc. n.º 253/10.6**; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27 de Novembro de 2009, **Proc. n.º 4494/06.2**, *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁶⁾ Anote-se neste particular que a declaração de utilidade pública não determina a **extinção automática do direito de propriedade dos expropriados**, que só ocorre em fase subsequente do processo expropriativo, limitando-se a “onerar em termos reais os bens nela identificados”, o que não equivale à sua **transmissão ou aquisição** a favor do beneficiário da expropriação (*vd.* do signatário, **Expropriações por Utilidade Pública**, pp. 329 a 331), pois tal aquisição resulta apenas do **despacho judicial de adjudicação** (*vd.* art. 51.º, n.º 5 do CE99; cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, **Estudos sobre Expropriações e Nacionalizações**, pp. 79 e 80; Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Novembro de 2004, **Proc. n.º 7731/2004-6**, de 9 de Março de 1995, **Proc. n.º 0098302**; *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Janeiro de 1996, *in* **Colectânea de jurisprudência 1996/I/189**). Deste modo, a transmissão ou aquisição a favor do beneficiário da expropriação do direito de propriedade pressupõe a prévia prolação do **despacho judicial de adjudicação**, previsto no art. 51.º, n.º 5 do CE99.

⁽⁷⁾ *Vd.* Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 17/84 e 303/90, *in* <www.tribunalconstitucional.pt>.

dos seus direitos, **(ii) nem sempre é praticada por um órgão da Administração**, podendo ser proferida por diversas entidades **não integradas na Administração**, nem qualificáveis como **entidades públicas**, nomeadamente por concessionários e **(iii) pode não vir sequer a desembocar em qualquer expropriação**;

- e) A resolução de expropriar configura antes um **acto preliminar e preparatório**, que **expressa a mera intenção da entidade interessada em aplicar um bem ou um direito à satisfação de um fim de utilidade pública compreendido nas suas atribuições e dar início ao procedimento expropriativo**, através do requerimento da declaração de utilidade pública;
- f) O art. 10.º, n.º 5 do **CE99** prevê a **notificação da resolução de expropriar aos interessados**, o que corresponde à notificação prevista no art. 110.º do **CPA**, não se impondo formalmente o cumprimento dos arts. 121.º e segs. do **CPA** no procedimento expropriativo;
- g) O **CE99**, no seu **enquadramento sistemático** (*vd.* arts. 9.º e segs. do **C. Civil**), dedica o respectivo **Título II** à resolução de expropriar, à aquisição por via do direito privado, à declaração de utilidade pública e autorização de posse administrativa (*vd.* arts. 10.º a 22.º do **CE99**) e, **autonomamente**, regula no **Título IV** o denominado “processo de expropriação”, visando a “determinação do montante indemnizatório” (*vd.* arts. 33.º a 66.º do **CE99**), **em que se integra a faculdade de arguição de irregularidades cometidas no procedimento expropriativo** (*vd.* art. 54.º do **CE99**)(⁸).
- h) A falta das menções elencadas no art. 10.º, n.º 1 do **CE99** não constitui **mera irregularidade** que possa considerar-se sanada face ao disposto no art. 54.º do **CE99**, o que equivaleria à **interpretação abrogatória** daquele normativo, que consagraria afinal **ditames inconsequentes** e uma **mera lista de requisitos irrelevantes**.

5. Apesar de os arts. 10.º a 17.º do **CE99** não preverem formalmente uma fase específica de **audição prévia** dos interessados (*vd.* arts. 121.º e segs. do **CPA**), a nossa jurisprudência tem vindo a

(⁸) *Vd.* Acórdão do Tribunal de Conflitos de 4 de Março de 2004, **Proc.** n.º 358; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2005, **Proc.** n.º 05A2296; e Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Fevereiro de 2008, **Proc.** n.º 959/07, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

considerar que a exigência e necessidade de notificação da **resolução de expropriar** aos respectivos interessados, nos termos do art. 10.º, n.º 5 do **CE99**, se justifica pelas seguintes razões principais:

- a) Por constituir “instrumento de concretização do direito constitucional de «participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito» (art. 267.º/5 da CRP) (e) um dos elementos de grande relevo no estatuto procedimental do particular, uma vez que a publicização do procedimento é o ponto de partida de toda a dialéctica que o procedimento pressupõe e requisito essencial para a materialização de uma participação efectiva. O conhecimento, com antecedência razoável, do objecto do procedimento é, sem dúvida, condição não só da susceptibilidade de intervenção, mas também de uma participação informada, substancial e eficiente. Quanto mais cedo o particular souber da possibilidade de uma ablação, mais tempo disporá para preparar adequadamente a defesa dos seus interesses”⁽⁹⁾;
- b) Por “configurar uma garantia procedimental, condicionante da legalidade da declaração de utilidade pública”, cuja “função primordial é comunicar ao Expropriado e demais interessados o conteúdo da resolução de requerer a declaração de utilidade pública, dando-lhe conhecimento do início do procedimento de expropriação com antecedência em relação ao momento da declaração de utilidade pública, por forma a permitir-lhe defender nele adequadamente os seus interesses, designadamente poder influenciar a própria declaração de utilidade pública”⁽¹⁰⁾.

A notificação da **resolução de expropriar** decorre *expressis et aperitis verbis* do disposto no art. 10.º, n.º 5 do **CE99** (cf. art. 268.º, n.º 3 da **CRP** e arts. 110.º e segs. do **CPA**), assumindo a sua **preterição**, fora dos casos tipicamente previstos na lei (*vd.*, nomeadamente, art. 16.º do **CE99**), **carácter invalidante** e causa de anulação da subsequente **declaração de utilidade pública** (*vd.* art. 51.º, n.º 3 do **CPTA**), pois estão em causa “ilegalidades cometidas ao longo do procedimento” que projectam os seus

⁽⁹⁾ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Março de 2007, **Proc.** n.º 01595/03; cf. no mesmo sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Março de 2005, **Proc.** n.º 47532; de 24 de Março de 2004, **Proc.** n.º 47532, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁾ *Vd.* Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Fevereiro de 2020, **Proc.** n.º 0894/08.1BESNT 0684/18; cf. rigorosamente no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Janeiro de 2009, **Proc.** n.º 707/08, ambos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

efeitos na respectiva decisão final, conforme bem se decidiu no douto aresto em anotação, na esteira de jurisprudência pacífica⁽¹¹⁾.

As invalidades e ilegalidades de que enferma a **resolução de expropriar** reflectem-se necessariamente na subsequente **declaração de utilidade pública**, igualmente por força do **princípio da impugnação unitária**, aplicável ao processo expropriativo, de acordo com o qual apenas é impugnável “o acto final do procedimento, **neste se repercutindo as hipotéticas ilegalidades dos actos preparatórios não destacáveis**”⁽¹²⁾.

Registe-se neste particular que o **direito à impugnação das decisões de entidades públicas**, com fundamento em **qualquer ilegalidade** (vd. arts. 266.º e 268.º, n.º 4 da **CRP**), representa um corolário dos direitos

⁽¹¹⁾ Nesta linha, decidiu-se no douto acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Fevereiro de 2020, proferido no **Proc. n.º 894/08.1BESNT**, também em situação em que se considerou ter sido preterida a notificação da resolução de expropriar a um dos interessados:

“A sua omissão, ou o seu cumprimento defeituoso ou tardio (designadamente, após a “declaração de utilidade pública” ou, mesmo, sem a necessária antecedência relativamente a esta) é, em princípio, invalidante da “DUP”, por apenas ser admissível nos casos de “expropriações urgentíssimas” (em estado de necessidade por razão de calamidade pública ou por exigência de segurança interna ou de defesa nacional, como previsto no art. 16.º do C.E./99).

Não obstante, o incumprimento ou o cumprimento defeituoso dessa formalidade legal pode degradar-se em disfunção de segunda ordem, sem eficácia invalidante, desde que os interessados não sejam realmente atingidos nos seus direitos de participação no contraditório e na tomada da decisão, isto é, quando se possa dizer que foram alcançados os objectivos tidos em vista pelo legislador ao prever aquela formalidade legal.

Será o caso dos expropriados e demais interessados participarem atempadamente no procedimento, ou estiverem em condições de o poder fazer, da mesma forma que o teriam feito se aquela notificação tivesse sido cabalmente efetuada.

Não é possível recusar-se eficácia invalidante ao incumprimento daquela notificação se, no caso, a proprietária registada de parcela de terreno expropriada não foi notificada da “resolução de requerer a declaração de utilidade pública” antes da própria “DUP”, e se apenas a locatária foi informada, por ofício, da intenção da expropriação — 8 meses e meio após a “Resolução de expropriar” e 29 dias antes da “DUP” — sem as menções exigidas nas alíneas *b*), *c*) e *d*) do n.º 1 do citado art. 10.º, e sem que as solicitações de cabal informação desta locatária e da proprietária tenham obtido qualquer resposta antes de serem notificadas da “DUP” (art. 663.º, n.º 7 do **CPC**)” (cf., no mesmo sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Janeiro de 2009, **Proc. n.º 707/08**; de 10 de Maio de 2007, **Proc. n.º 1082/06**; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 27 de Setembro de 2019, **Proc. n.º 02433/18.7BEPRT-B**; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 15 de Março de 2018, **Proc. n.º 09570/12**, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>).

⁽¹²⁾ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Abril de 2002.04.18, **Proc. n.º 046058**, <www.dgsi.pt>; cf. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Dezembro de 2005, **Proc. n.º 239/04**; de 13 de Abril de 2005, **Proc. n.º 1411/04**; de 5 de Abril de 2005, **Proc. n.º 100/04**; de 24 de Novembro de 2004, **Proc. n.º 1878/02**; de 6 de Novembro de 1990, **Proc. n.º 027682**, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

e garantias de **acesso ao direito e aos tribunais** e da **tutela jurisdicional plena e efectiva**, que se encontram constitucionalmente consagrados (*vd.* arts. 20.º, 22.º, 212.º, n.º 3 e 268.º, n.ºs 4 e 5 da **CRP**)⁽¹³⁾, devendo rejeitar-se a aplicação de critérios legais e jurisprudenciais que estabeleçam **requisitos limitativos** ao accionamento e alcance da **garantia da impugnação judicial**⁽¹⁴⁾.

6. Do regime jurídico resultante dos arts. 10.º a 17.º do **CE99**, resulta claramente que a **resolução de expropriar** é susceptível de evidenciar, desde logo, diversos **erros e ilegalidades do processo expropriativo**, que são susceptíveis de se constituir, nos termos anteriormente referidos, como **causa de invalidade** da subsequente **declaração de utilidade pública expropriativa**, podendo referir-se, nomeadamente, as seguintes situações:

- a) Falta de notificação ao expropriado da **resolução de expropriar** nos casos em que seja exigível a prévia **tentativa de aquisição por via de direito privado**, revelando desde logo a violação do disposto no art. 11.º do **CE99**⁽¹⁵⁾;
- b) Notificação da resolução de expropriar em que falte ou seja ininteligível a **causa de utilidade pública** a prosseguir e a **norma habilitante** [*vd.* art. 10.º, n.º 1, alínea *a*) do **CE99**], que assumem particular relevância face ao **princípio da legalidade** e que deve constituir a base e fundamento do processo expropriativo, constituindo ainda pressuposto **essencial** da própria **declaração de utilidade pública expropriativa** (*vd.* art. 62.º da **CRP** e arts. 13.º e segs. do **CE99**);
- c) Falta ou ininteligível identificação dos bens a expropriar [*vd.* art. 10.º, n.º 1, alínea *a*), e 3 e art. 17.º do **CE99**], que deverá ser **clara e**

(13) V. TEIXEIRA DE SOUSA, **Estudos Sobre o Novo Processo Civil**, p. 376; GARCIA DE ENTERRIA, **Revista Española de Derecho Administrativo**, n.º 46, p. 177; cf. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 320/2002; n.º 265/2001; n.º 275/99; n.º 303/99 e n.º 319/99, todos disponíveis *in* <www.tribunalconstitucional.pt>.

(14) V. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Julho de 2006, **Proc.** n.º 0450/06; cf. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Junho de 2005, **Proc.** n.º 459/05; de 10 de Julho de 2004.07.10, **Proc.** n.º 634/04, todos *in* <www.dgsi.pt>; Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 434/2011; n.º 587/11, n.º 359/2011, n.º 324/11 e n.º 102/2010, todos *in* <www.tribunalconstitucional.pt>.

(15) Neste sentido, além do aresto em anotação, *vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Fevereiro de 2020, **Proc.** n.º 894/01.1BESNT; de 7 de Janeiro de 2009, **Proc.** n.º 707/08; de 24 de Outubro de 2006.10.24, **Proc.** n.º 4014/1; de 2 de Dezembro de 2003, **Proc.** n.º 40141, todos *in* <www.dgsi.pt>.

precisa⁽¹⁶⁾, não bastando mera remissão para planta **ininteligível** ou sem **legibilidade bastante**, que não permita a correcta identificação dos bens expropriados e respectivos interessados⁽¹⁷⁾, anotando-se desde já que os erros de identificação e delimitação da parcela expropriada são insusceptíveis de ser relevados ao abrigo do princípio da **legitimidade aparente**, que respeita apenas à identidade dos próprios **interessados** (*vd.* art. 9.º e 40.º do **CE99**), como errada mas recorrentemente se tem considerado nalguma jurisprudência⁽¹⁸⁾;

- d) Falta de identificação dos proprietários e demais interessados conhecidos [*vd.* art. 10.º, n.º 1, alínea *a*), e 3 e art. 17.º do **CE99**], assumindo os respectivos **erros e omissões** na **resolução de expropriar** relevância invalidante da subsequente declaração de utilidade pública, **maxime** nos casos em que se verifica **negligência, dolo ou culpa da expropriante**, como se decidiu no douto acórdão em análise⁽¹⁹⁾;
- e) Na mesma linha, tem-se entendido constituir **ilegalidade e preterição de formalidades essenciais** que integram fundamento de invalidade da declaração de utilidade pública, a **(i) falta de previsão dos encargos a suportar com a expropriação** e/ou da **programação dos trabalhos** [*vd.* art. 10.º, n.º 1, alínea *c*) e 4 do **CE99**]⁽²⁰⁾, a **(ii) violação de normas imperativas previstas em instrumentos de gestão territorial**⁽²¹⁾ e a **(iii) preterição de formalidades essenciais** estabelecidas nos regimes especiais de protecção dos solos, nomeadamente das reservas agrícola e ecológica nacionais⁽²²⁾.

(16) *Vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Julho de 1995, **Proc.** n.º 31459; de 30 de Janeiro de 2002, **Proc.** n.º 46594; de 25 de Setembro de 1990, **Proc.** n.º 26708; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 27 de Setembro de 2019, **Proc.** n.º 1844/07.8BEPRT, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

(17) *Vd.* Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de Novembro de 2006, **Proc.** n.º 42307, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

(18) *Vd.* Acórdãos do Tribunal de Relação de Guimarães de 27 de Março de 2009, **Proc.** n.º 2728/08-2; de 24 de Maio de 2006, **Proc.** n.º 901/06-1, disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

(19) *Vd.*, no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Fevereiro de 2020, **Proc.** n.º 894/08.1BESNT, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

(20) *Vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 2020.02.20, **Proc.** 894/08.1BESNT; de 10 de Maio de 2007, **Proc.** n.º 1082/06; de 29 de Novembro de 2006, **Proc.** n.º 42307, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

(21) *Vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 2005.04.14, **Proc.** n.º 17310; de 2004.05.18, **Proc.** n.º 47310; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 2020.04.30, **Proc.** n.º 137/07.5 BEMDL, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

(22) *Vd.* Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 2011.10.27, **Proc.** n.º 695/06.1 BEVS; de 2007.06.19, **Proc.** n.º 1458/03; de 2006.02.07, **Proc.** n.º 1815/02, todos *in* <www.dgsi.pt>.

7. O alcance que a jurisprudência do nosso Venerando Supremo Tribunal Administrativo tem atribuído à verificação das referidas ilegalidades assume **relevo decisivo** no quadro da **tutela jurisdiccional efectiva** dos direitos dos expropriados (*vd.* arts. 20.º e 22.º da **CRP**), podendo determinar a **restituição dos bens que tenham sido objecto do acto ablativo** e/ou a **indemnização devida, em múltiplas vertentes, pelos prejuízos suportados**, suscitando questão do maior interesse, mas que ultrapassam largamente o âmbito da presente anotação.

8. Conforme referimos inicialmente, foi recentemente publicada a Lei 59/2020, de 12 de Outubro, que autoriza o Governo a aprovar um regime especial aplicável à expropriação e à constituição de servidões administrativas, no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social (**PEES**), aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, no quadro da actual situação pandémica.

O referido diploma teve como base a Proposta de Lei n.º 52/XIV⁽²³⁾, que integrou no seu texto uma versão preliminar do **decreto-lei autorizado**, atribuindo carácter urgente às expropriações integradas no **PEES**.

9. Não sendo neste momento conhecidos os termos da versão final do diploma que será editado ao abrigo da referida lei da autorização legislativa, permitimo-nos, no entanto, adiantar desde já o seguinte:

- a) A referida autorização legislativa permite a atribuição de carácter de **urgência** às expropriações a realizar no âmbito do **PEES** [*vd.* art. 2.º, n.º 2, alínea *a*) da Lei 59/2020, de 12 de Outubro], mas não admite qualquer alteração relativamente aos termos e regime da **resolução de expropriar** (*vd.* arts. 10.º e 12.º, n.º 1 do **CE99**), ficando apenas afastada a exigência nesses casos da prévia **tentativa de aquisição por via do direito privado** (*vd.* art. 11.º do **CE99**);
- b) Prevê a consagração de restrições de utilidade pública em imóveis, sendo sempre garantida a correspondente indemnização [*vd.* art. 2.º, n.º 2, alínea *b*) da Lei 59/2020, de 12 de Outubro];
- c) Estabelece-se que a mera identificação dos bens a expropriar, por despacho do membro do Governo competente ou por deliberação da Assembleia Municipal respectiva e por referência a uma mera planta, valerá como declaração de utilidade pública, nos termos e

⁽²³⁾ Projecto e actividade parlamentar disponível *in* <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=45152>>.

para os efeitos previstos no art. 13.º, n.º 2 do **CE99** [vd. art. 2.º, n.º 3, alínea *a*) da Lei 59/2020, de 12 de Outubro], o que suscita fundadas dúvidas;

- d*) Mantém-se e não foi autorizada qualquer alteração à obrigação da **notificação** da declaração de utilidade pública aos interessados lesados, independentemente da sua forma, como resulta do art. 268.º, n.º 3 da **CRP**, do art. 13.º, n.º 1 do **CE99**, e dos arts. 110.º e segs. do **CPA**;
- e*) Estabelece-se a possibilidade da **posse administrativa dos bens expropriados** ser conferida imediatamente após a aprovação do respectivo projecto de construção e sem dependência de quaisquer outras formalidades [vd. art. 2.º, n.º 3, alínea *b*) da Lei 59/2020, de 12 de Outubro], o que poderá vir a dispensar o cumprimento de parte significativa dos requisitos legais actualmente estabelecidos no art. 19.º do **CE99**;
- f*) O referido regime parece-nos claramente excessivo e, em qualquer caso, não dispensa a prévia notificação do acto de autorização da posse administrativa aos expropriados, que integra **conditio juris** da sua eficácia (vd. art. 268.º, n.º 3 da **CRP**);
- g*) No decurso do processo legislativo foi repetidamente constatada a falta de pareceres dos Governos Regionais dos Açores e da Madeira, o que poderá vir a suscitar questões de constitucionalidade, face ao disposto no art. 229.º, n.º 2 da **CRP**;
- h*) Não se introduziu qualquer limite à vigência do regime de urgência previsto neste regime especial, que apenas se justifica no actual quadro de pandemia, como, em situação paralela, consta nomeadamente dos diplomas que instituíram o regime excepcional aplicável às sociedades gestoras das intervenções previstas no Programa Polis (vd. art. 3.º da Lei 18/2000, de 10 de Agosto, e art. 11.º Decreto-Lei n.º 314/2000, de 2 de Dezembro);
- i*) Tal limitação, em nosso entender, tem plena justificação *in casu*, face ao fundamento **temporalmente limitado** das medidas em causa, justificadas pela actual situação de pandemia, que, caso se mantenham futuramente sem qualquer restrição, poderão assumir carácter desproporcionado e totalmente desadequado (vd. arts. 18.º e 266.º da **CRP**).

A UNIÃO EUROPEIA E O RISCO DE DESAGREGAÇÃO

Por Paulo de Pitta e Cunha()*

1. Anos atrás foi dominante, quanto ao processo da integração europeia, uma perspectiva frontalmente federalista. Actualmente, cai-se no oposto: o que se agita é o espectro da desagregação.

Durante muito tempo, embora abertamente favorável à construção europeia, e aceitando nesta a introdução de graus de supranacionalismo, procurei contestar o que considerava os excessos de integração, cuja manifestação mais recente foi o malogrado projecto de constituição europeia.

Mas agora estamos perigosamente próximos do outro extremo, pois se acentuam as ameaças à subsistência do projecto europeu.

Não é só o profundo revés suscitado pelo Brexit, implicando a primeira redução na composição da União Europeia, e logo pela saída de um dos Estados-Membros mais influentes. Há que atentar também nas ameaças que dimanam do interior do próprio bloco, ligadas à ascensão de visões ultranacionalistas e xenófobas, numa onda de euro-cepticismo que se desvia dos valores fundamentais em que se funda o projecto.

E, no contexto mundial, é patente a privação de influência da União Europeia, desprovida de capacidade militar e marcada pela debilidade dos seus órgãos de vocação supranacional, e em que o próprio Conselho Europeu, de essência intergovernamental, se vê ofuscado pelas posições individualmente assumidas pelos maiores Estados-Membros.

(*) Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

2. Alguns vêm a salvação no aprofundamento irrestrito da união económica e monetária, chegando ao ponto de advogarem a passagem a uma “união de transferências”, por via da aceleração da integração económica e política. Ora, como, por esta via, o federalismo faria a sua reentrada, importa reflectir sobre se tal proposta seria realista.

Não pode ignorar-se que a União Europeia é uma construção “sui generis”, em que as visões de integracionismo intenso se combinam com a subsistência de poderes nacionais em moldes não comparáveis com o que se observa nas federações autênticas. Dificilmente se concebe que os países europeus se conformariam com o desaparecimento da condição de Estados soberanos à face da ordem internacional, que se observa nas puras fórmulas federais.

Reconhecendo-se que o aprofundamento da união monetária se torna indispensável, tem de se ter presente que, no tempo actual, o resvalar para o federalismo pleno não depara, de forma alguma, com terreno propício. E há o problema adicional da acentuação da clivagem entre os dezanove países da zona euro e os restantes Estados-Membros, que resultaria da assunção da solução federal para os primeiros, em contraposição à estratificação dos demais em soluções intergovernamentais.

O empedernimento da Alemanha e outros países do norte da Europa na visão monetarista que está na raiz das insuficiências da concepção da zona do euro torna difícil que se operem as correcções necessárias. O actual presidente francês bem o sentiu, ao deparar com a tergiversação germânica em face do impulso que promoveu para adensar a construção europeia.

3. Na concepção da união de Maastricht é dominante a insistência na estabilidade monetária, numa visão neoliberal alheada da preocupação de solidariedade que esteve presente no relatório Delors e que teve concretização no objectivo de coesão. Por detrás daquela visão está a posição alemã, plasmada no Tratado de Funcionamento, e tornada mais explícita em instrumentos complementares, “maxime” o Tratado orçamental.

Desprovidos do poder de desvalorizar, os países economicamente mais débeis da zona euro vêm-se envolvidos em muito graves dificuldades, alguns protagonizando uma crise que os levou a ter de suportar doses maciças de austeridade, e chegou a ameaçar a própria existência do euro.

Se não fosse a introdução de elementos próprios da temática keynesiana — veja-se a iniciativa pontual de “quantitative easing” —, a zona estaria em risco de implosão.

Registou-se algum progresso no sentido da realização da união bancária, tendo sido criados mecanismos de supervisão e de resolução no

âmbito de tal projecto, mas, neste campo, está por realizar a criação do proposto sistema de garantia de depósitos.

4. Por outro lado, o orçamento da União Europeia continuou a acantonar-se na expressão bem pouco significativa de apenas 1% do PIB, o que o torna incapaz de intervir adequadamente em apoio aos países sofrendo de choques assimétricos e, de uma forma mais geral, de desempenhar funções de gestão macroeconómica e de praticar acções na área de redistribuição social, umas e outras persistindo na órbita dos Estados.

Isto explica por que razão a União Europeia continua basicamente confinada na acção de regulação, exercida sobretudo através de criação normativa, e cujos programas, requerendo limitados recursos directos, têm tido constante expansão, abarcando domínios tão diversos como o ambiente, a protecção do consumidor, a concorrência, a segurança no trabalho, os serviços financeiros. Nesta acção, vem-se revelando o poder legislativo das instituições da União, o qual inicialmente estava confinado no diálogo Comissão/Conselho (iniciativa/decisão), e agora se encontra alargado ao Parlamento Europeu. A multiplicação de directivas e, sobretudo, de regulamentos tem, aliás, sido estigmatizada pelo exagero que se verifica na extensão e no pormenor da intervenção em campos escusadamente retirados à acção autónoma dos Estados. O fenómeno, que já foi apelidado de “fúria regulamentar”, traduzido na proliferação de instrumentos legislativos produzidos pelos órgãos da União, tem efeitos nem sempre bem acolhidos na esfera da vida quotidiana dos cidadãos.

A exiguidade do orçamento da União torna-a indisponível para alargar a sua actuação a funções centrais, como a estabilização macro-económica e, substancialmente, a redistribuição (excepção feita à política de coesão), as quais requerem uma ampla realização de despesas — funções que se mantêm na órbita dos Estados.

5. A verdade é que, embora tenha sido constituída a união monetária, a integração económica continua a processar-se fundamentalmente por via da acção reguladora, estando distante o próprio estádio de integração “pré-federal”, que, no tantas vezes relembrado relatório McDougall do final dos anos 70, pressupunha um orçamento de 2 a 2,5% do PIB da então Comunidade. A limitação a nível de 1% continua a constituir um dos pontos de fraqueza da união económica e monetária.

A relutância dos Estados-Membros em se aproximar do referido estádio “pré-federal” era patente no próprio projecto do Tratado constitucional europeu, que nada de novo trazia em sede de reestruturação do orçamento

comunitário, matéria em que se propunha inovar apenas sob o ângulo institucional do sistema de aprovação, continuando, substancialmente, as categorias de despesas e os tipos de recursos a ser os mesmos.

Embora confinada ao domínio da chamada “low politics”, a óptica da regulação e da aproximação da União Europeia à concepção do Estado regulador tem o mérito de chamar a atenção para o quotidiano da vida da integração, marcado pela interacção permanente, em planos múltiplos, de várias categorias de agentes.

6. A necessidade de completar e aperfeiçoar a estrutura da união monetária implica o alargamento das potencialidades e da dimensão do orçamento comum, tornando possível não só enfrentar por forma adequada as crises decorrentes dos choques assimétricos, como, de uma forma mais geral, realizar as despesas por incursão nas funções de estabilização macro-económica e de redistribuição no plano social.

Mas, naturalmente, tudo isto passa pela disponibilização dos Estados-Membros para a ampliação do elenco e da expressão dos recursos próprios, o que, no presente, se afigura altamente problemático (atente-se no confronto entre dois grupos de Estados quanto à revisão das perspectivas orçamentais da União, na sequência da saída britânica).

Aqui parece residir um dos maiores desafios que se suscitam no processo de integração, pois pressupõe a retoma da inspiração solidária que, infelizmente, está bem longe de caracterizar a situação actual do indeciso projecto europeu.

7. Situando-se para além da acção reguladora do mercado, se vier a ser dotada de uma dimensão orçamental próxima do correspondente à introdução de ingredientes próximos do aludido estádio “pré-federal”, a União estará mais apta a suscitar nos cidadãos a renovação do apreço pela integração, que vai deparando hoje com reacções de indiferença e, por vezes, mesmo de hostilidade. Provar-se-ia, assim, que a integração europeia, longe de ser vista, em abstracto, como um fim em si mesmo, deve ser encarada fundamentalmente como instrumento da criação de melhores termos de bem-estar dos cidadãos.

A mutação que se introduziria no plano orçamental implicaria naturalmente alterações de ordem institucional. Mas, mais importantes do que estas serão as alterações substanciais relativas às políticas concretas.

Em síntese: para não se deixar que a união monetária possa vir a sucumbir, e também para se evitar a tentação de Estados membros inconformados com a sua situação de imitarem o exemplo do Brexit, é impor-

tante a introdução de certos elementos de federalismo fiscal e financeiro, sem ter de se chegar, contudo, ao ponto da consagração do pleno modelo federal. Mas falta saber como se poderá afastar o véu de incerteza que vai pairando sobre o futuro da União Europeia, tanto mais que persistem os bem conhecidos factores adversos.

8. Portugal, em instância de recuperação dos desequilíbrios económicos em que esteve mergulhado, mas ainda sujeito às constringências do grande endividamento para com o exterior, continua a registar, em termos de capitação do produto interno, um apreciável desnível em relação à média da União Europeia.

Ora, os ainda débeis sinais de melhoria que se vêm observando nos tempos recentes dever-se-ão sobretudo ao relativo marasmo que se observa nas principais economias, pois, nos países com que nos defrontamos mais de perto continuam a verificar-se ritmos de crescimento consideravelmente mais elevados.

Daí a perspectiva, sem dúvida alarmante, de decairmos ainda mais na lista da posição dos Estados-Membros da União Europeia em relação à média desta última, onde a nossa posição actual está bem longe de ser lisonjeira.

9. O PIB “per capita” de Portugal atingia, em 1995, 79% da média da Comunidade Económica Europeia. Mais de duas décadas depois, em 2018, declinara para 77%, posição reveladora de ausência de progressos na convergência: pelo contrário, o que se verificou foi uma ligeira acentuação da divergência.

No mesmo ano de 2018, a Eslováquia (73%), a Hungria e a Polónia (71%), a Letónia (69%), a Roménia (66%) e a Bulgária (51%), eram os únicos países da União que ainda se situavam atrás de Portugal.

Mas é com sensação de desconforto que se regista que todos estes países vinham a acusar taxas de crescimento real superiores à portuguesa.

A variação deste último indicador, em 2018, situou-se no insatisfatório nível de 2,1% para a média da União Europeia, tendo sido de apenas 1,7% para a França, 1,5% para a Alemanha e 0,8% para a Itália. Isto permitiu a Portugal, com 2,4%, registar ténue melhoria na capitação do PIB em relação à média da União. Mas a verdade é que, nesse mesmo ano, o crescimento real do PIB atingiu 5,1% para a Hungria e para a Polónia, 4,6% para a Letónia, 4,4% para a Roménia, 4% para a Eslováquia. Ora, a manter-se, nos anos subsequentes, esta disparidade de ritmos de crescimento, não será de surpreender que, dentro de algum tempo, estes

países (com particular brevidade nos casos da Eslováquia, Hungria e Polónia) venham a ultrapassar Portugal na escala que exprime a distância do PIB “per capita” em relação à média da União.

Note-se que, ao contrário de Portugal, todos os países aqui mencionados como estando mais atrás encurtaram por forma muito sensível a distância que os separava da média europeia: em 1995, a Hungria ainda se quedava nos 51%, a Eslováquia, nos 48%, a Polónia nos 42%, a Roménia nos 30% ...

10. O constrangimento decorrente da acumulação de dívida externa em Portugal dificulta — para além de outros factores, como a insuficiente progressão da produtividade —, a aceleração do ritmo de variação do PIB nacional. Aliás, a ênfase que vem sendo posta, com discutível ufania, na consecução do excedente orçamental não se mostra propícia a tal aceleração.

As perspectivas são, assim, bem pouco promissoras, pelo que, no presente, se intensifica a premência na adopção de reformas estruturais, designadamente no domínio da justiça, da educação e formação, da administração pública, matéria que não parece coadunar-se com o estilo de navegação à vista que continua a processar-se no domínio da política económica e financeira em Portugal.

Relembre-se que antes das datas que aqui se consideram, Portugal já tinha alcançado, no final do século XX, a marca de 85% da média da CEE, parecendo então que estava aberto o caminho para uma plena convergência. Todavia, o decepcionante declínio que depois se verificou no ritmo de crescimento da economia não deixa de suscitar uma reflexão bem amarga em torno da oportunidade perdida.

Mais grave terá sido apenas o caso muito especial da Grécia, protagonista da crise das dívidas soberanas, que em 1995 alcançara 85% da média comunitária, para, em 2018, ter recuado para meros 68%.

Em relação à Espanha, país com o qual, pela proximidade geográfica e por compreensíveis razões históricas, interessa particularmente estabelecer comparações, é de apontar que a quase estagnação que se observa em relação à média europeia de capitação do produto (90% em 1995, contra 91% em 2018), se processa em patamar sensivelmente mais elevado do que aquele em que Portugal se encontra: o desnível neste domínio até se acentuou.

Em conclusão: na programação da política económica do País deverá assumir-se frontalmente o objectivo de se atingir, e depois exceder, a média do indicador europeu de níveis de vida. Não sendo assim, correr-se-á o risco de se recuar, mais ainda, para a cauda da lista, circunstância que, no mínimo, não deixaria de ser profundamente vexatória.

Nota Final

O presente texto foi concluído em Fevereiro de 2020, antes da eclosão da crise pandémica do corona vírus, pelo que não se contemplaram os efeitos devastadores nas economias do confinamento que os países se viram forçados a praticar — efeitos que continuam presentemente (Julho de 2020) a desenrolar-se.

Desde já se antevê que a contracção atingirá proporções nunca vistas. Tem-se dito que, contrariamente à crise das dívidas soberanas da passada década, está presente neste caso um “choque simétrico”, suscitado por um gravíssimo problema sanitário advindo do exterior, e que assume alcance global. A verdade, porém, é que os Estados-Membros da União Europeia não se encontram igualmente apetrechados para enfrentar as consequências económicas da pandemia e procederem na devida altura à recuperação.

No caso português, são factores de vulnerabilidade os particularmente graves efeitos do encerramento temporário das fronteiras (atente-se no elevado contributo dos serviços turísticos para o produto interno) e a persistência do muito elevado nível de endividamento público, cerceando a margem de manobra para a acção macro-económica.

É, assim, bem compreensível a ansiedade com que se aguarda concretização de dispositivos que possam traduzir o despertar de certa perspectiva de solidariedade intra-europeia. O plano de recuperação apresentado pela Comissão (inspirada na posição comum franco-alemã) parece combinar tal perspectiva com a preocupação de assegurar as condições de subsistência do mercado interno, elemento fundamental do processo de integração. No momento em que escrevemos esta nota, falta, ainda, no entanto, a insubstituível aprovação pelo Conselho Europeu. Mas pode desde já antever-se, como ponto positivo, o incurso da União em reformas que não pareciam pensáveis antes da deflagração da crise pandémica — envolvendo designadamente a ascensão do orçamento europeu a novo patamar.

REFLEXÕES SOBRE A DELIMITAÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS PÚBLICAS: O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

Por Débora Melo Fernandes()*

SUMÁRIO:

1. Colocação do problema. 2. Distinção entre capacidade jurídica de direito privado e capacidade jurídica de direito público. 3. Capacidade jurídica de direito privado e autonomia privada. 4. O princípio da especialidade. 5. A capacidade jurídica privada das entidades públicas empresariais: o princípio da especialidade do objeto. 6. A capacidade jurídica privada das empresas públicas sob a forma societária: princípio da especialidade do fim ou do objeto? 6.1. O princípio da especialidade do fim no Direito societário: o fim tipológico. 6.2. A prossecução do interesse público como fim tipológico das empresas públicas. 6.3. Interesse público tal como corporizado no objeto social = princípio da especialidade do objeto. 6.4. O princípio da especialidade do objeto como corolário dos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade administrativa. 6.5. Dois possíveis contra-argumentos à tese do princípio da especialidade do objeto. 6.6. Síntese. 7. Em jeito de conclusão: o significado prático do princípio da especialidade do objeto.

1. Colocação do problema

Ao passo que a personalidade jurídica, enquanto aptidão ou idoneidade para ser centro de imputação de direitos e obrigações⁽¹⁾, é um conceito que traduz uma noção absoluta ou qualitativa (ou se é ou não se é

(*) Advogada.

(1) Na clássica mas sempre atual fórmula de ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1960 (reimp. 1992), p. 30.

pessoa, ente jurídico), a capacidade jurídica ou de gozo é um conceito relativo ou quantitativo que exprime o conjunto mais ou menos alargado de direitos e obrigações de que uma pessoa é titular⁽²⁾.

Neste sentido, diz-se da capacidade jurídica das pessoas singulares ser ilimitada ou genérica, por oposição às das pessoas coletivas, que se caracteriza por ser limitada ou específica⁽³⁾. Eis o que resulta, desde logo, do art. 12.º, n.º 2, da Constituição e dos arts. 67.º e 160.º do Código Civil. Com esta asserção pretende exprimir-se duas ideias: por um lado, a de que as pessoas coletivas não são titulares dos direitos e obrigações inseparáveis da personalidade singular (art. 160.º, n.º 2, do Código Civil), os quais postulam a existência de uma pessoa humana; e, por outro, a de que as pessoas coletivas são titulares (de todos mas) apenas dos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus *fins* (art. 160.º, n.º 1, do Código Civil).

O propósito do presente estudo consiste justamente em fornecer algumas coordenadas para a delimitação do significado preciso desta segunda ideia no que diz respeito às empresas públicas. Isto é, contribuir para o recorte da capacidade jurídica das empresas públicas. É que, conforme melhor veremos de seguida, não é absolutamente claro, em face dos dados normativos disponíveis, qual o critério delimitador da capacidade jurídica deste tipo de empresas: se o seu fim, se o respetivo objeto social.

Ao longo deste texto, a expressão “empresas públicas” reporta-se quer às empresas públicas sob a forma de sociedade comercial (pessoas coletivas privadas) quer às entidades públicas empresariais (pessoas coletivas públicas)⁽⁴⁾ e, salvo indicação em contrário, abrange indiferenciada-

(2) Neste conjunto, identifica-se ainda o conceito de capacidade de exercício, que exprime a suscetibilidade de a pessoa exercer *motu proprio* (de forma pessoal e livre) os direitos e obrigações de que é titular, sendo também um conceito relativo.

(3) Sobre a natureza limitada ou restrita da capacidade jurídica das pessoas coletivas, cf., entre os cultores do direito privado, v.g., ANDRADE, MANUEL DE, *ob. cit.*, p. 121, ss.; FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 6.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, pp. 134-135, p. 600, ss.; PINTO, CARLOS MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 318-320; e, entre os cultores do direito administrativo, CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 1973, p. 211; AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 639, ss.; SOUSA, MARCELO REBELO DE, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa: Lex, 1999, p. 178; GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 125-126, 559, ss.; COUTINHO, JULIANA FERRAZ, *O Público e o Privado na Organização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 360, ss.

(4) Fora deste universo ficam, pois, as empresas participadas, isto é, empresas em que o Estado ou quaisquer outras entidades públicas detenham uma participação permanente, direta ou indireta, desde que o conjunto das participações públicas não origine influência dominante (cf. art. 7.º,

mente o conjunto das empresas públicas inseridas nos setores estadual, regional e local⁽⁵⁾.

2. Distinção entre capacidade jurídica de direito privado e capacidade jurídica de direito público

Antes da entrada na análise a que nos propomos, cumpre começar por deixar claro que o presente estudo se circunscreve à delimitação da capacidade jurídica de *direito privado* das empresas públicas, ficando à margem o exame da respetiva capacidade jurídica de *direito público*.

Com efeito, as empresas públicas são — ou, em rigor, podem ser — dotadas de uma dupla capacidade jurídica: de direito privado, que se reporta à sua atuação sob a égide do direito privado, despidas de *ius imperii* e praticando atos de gestão privada como qualquer outro particular; e de direito público, que respeita ao exercício de poderes de autoridade, através dos instrumentos e formas de ação específicos do direito público, sendo aqueles atribuídos, caso a caso, por diploma legal, por via contratual ou através de um ato de delegação de poderes⁽⁶⁾.

Neste sentido, enquanto a capacidade jurídica de direito público das empresas públicas é sempre parcial, a sua capacidade jurídica de direito privado é geral. É que, como assinala PEDRO COSTA GONÇALVES, “os direitos e obrigações do âmbito do direito público só existem na medida em que uma lei os confira caso por caso”⁽⁷⁾ (princípio da legalidade da competên-

n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, alterado, por último, pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro).

(5) O primeiro rege-se pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, alterado, por último, pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial; e o último pela Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, na redação dada, por último, pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais. Por sua vez, o setor empresarial da Região Autónoma dos Açores é ainda regulado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7/2008/A, de 24 de março, alterado, por último, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 3/2017/A, de 13 de abril, que estabelece o Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores; e o setor empresarial da Região Autónoma da Madeira pelo Decreto Legislativo Regional n.º 13/2010/M, de 5 de agosto, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 2/2011/M, de 10 de janeiro, que estabelece o Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira.

(6) Cf. art. 22.º do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, art. 18.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores, art. 16.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira e art. 27.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais.

(7) *Entidades Privadas com Poderes Públicos — O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 254.

cia)⁽⁸⁾, ao passo que a capacidade jurídica de direito privado “não resulta de uma atribuição específica ou casuística de situações jurídicas subjetivas, mas antes de uma atribuição genérica, em bloco, de um complexo de situações jurídicas subjetivas”⁽⁹⁾.

Como começámos por sublinhar, esta capacidade geral de direito privado não equivale, contudo, a uma capacidade genérica ou ilimitada (como se disse ser a das pessoas singulares), dado que a respetiva extensão “é determinada pela subtracção de certos direitos e deveres ao conjunto de direitos e deveres possíveis”⁽¹⁰⁾, isto é, pela subtracção dos “direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular” (art. 160.º, n.º 2, do Código Civil).

Deste modo, uma primeira ideia preliminar que importa reter é a de que as empresas públicas são dotadas de “uma *capacidade geral* — embora relativa [ou limitada] — *de direito privado* e uma *capacidade parcial de direito público*”⁽¹¹⁾.

3. Capacidade jurídica de direito privado e autonomia privada

Outro dado introdutório que não pode perder-se de vista é o de que a capacidade jurídica privada das empresas públicas não se confunde com o conceito de autonomia privada, enquanto “faculdade reconhecida aos particulares de fixarem livremente, segundo o seu critério, a disciplina vinculativa dos seus interesses, nas relações com as demais criaturas”⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Significa isto, em síntese, que as empresas públicas apenas atuam pelas formas típicas de direito público se e na medida em que se encontrem investidas de poderes públicos de autoridade; os seus atos só poderão qualificar-se como administrativos se se contiverem dentro dos limites de uma delegação de poderes públicos. Cf., nestes exatos termos, GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Entidades...*, pp. 252-257 (em especial, nota 477) e 1061-1062. Segundo ensina este Autor, se uma empresa pública dirigir aos utentes do serviço público por si gerido uma ordem que não encontra respaldo nas competências de direito público conferidas aos seus órgãos, estaremos em princípio diante de um ato de direito privado, que será nulo se também não tiver cabimento na sua capacidade de direito privado, cf. *Entidades...*, p. 256

⁽⁹⁾ GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual...*, p. 125, nota 155, e *Entidades...*, p. 254.

⁽¹⁰⁾ GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Entidades...*, p. 255.

⁽¹¹⁾ GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Entidades...*, p. 255.

⁽¹²⁾ VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000 (reimp. 2015), p. 226. Em geral sobre a relação entre a autonomia privada das pessoas coletivas públicas e o princípio da especialidade, cf. CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 525-532.

Com efeito, os fins prosseguidos pelas empresas públicas são-lhes heteronomamente impostos pelas entidades públicas que as criam, e a estas pela Constituição e pela lei, não sendo livremente escolhidos pelas entidades públicas participantes⁽¹³⁾. Justamente a este propósito, MARIA DA GLÓRIA GARCIA defende que a atuação jurídico-privada da Administração Pública (na qual se incluem, numa aceção funcional, as empresas públicas)⁽¹⁴⁾ não pode fundar-se no princípio da autonomia privada, caso em que a “fuga para o direito privado” constituiria uma verdadeira fuga ao direito⁽¹⁵⁾. No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES assinala que “o direito privado só pode ser utilizado pelas instâncias públicas como uma *técnica jurídica de actuação* e não como sistema normativo ao serviço da liberdade da autonomia (privada) ou da auto-determinação. Este conjunto de princípios não vale para a Administração Pública, pois que a sua actuação não se rege por uma lógica de liberdade, mas sim por parâmetros de vinculação”⁽¹⁶⁾.

Neste contexto, a ação das empresas públicas, mesmo ao abrigo do direito privado, encontra o seu fundamento e limite no princípio da especialidade, que recorta necessariamente o respetivo âmbito de atuação nos termos que agora veremos.

(13) Sobre o princípio da legalidade administrativa (na sua dimensão de reserva de lei) em sentido institucional, isto é, aplicado à criação de entidades privadas para a execução de tarefas públicas, cf. GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Entidades...*, p. 404.

(14) Segundo PAULO OTERO, as empresas públicas fazem parte da Administração indireta do Estado: as entidades públicas empresariais integram a Administração indireta *pública* e as empresas públicas sob a forma societária a Administração indireta *privada*: cf. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 228-229, e *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003 (reimp. 2007), pp. 304-307. Reconduzindo igualmente as empresas públicas à Administração indireta do Estado, cf. GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual...*, pp. 758, 781, ss., e *Entidades...*, p. 396, ss.

(15) Cf. “As transformações do Direito Administrativo na utilização do Direito Privado pela Administração Pública — reflexões sobre o lugar do Direito no Estado”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 358.

(16) *O Contrato Administrativo — Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 47.

4. O princípio da especialidade

Para uma primeira aproximação à delimitação da capacidade jurídica de direito privado das empresas públicas, o quadro legal aplicável fornece duas coordenadas elementares de que se impõe partir.

No que se refere às entidades públicas empresariais (pessoas coletivas de direito público), a lei estabelece que a respetiva capacidade jurídica “abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu *objeto*” (destaque aditado)⁽¹⁷⁾.

Pelo contrário, a lei é omissa quanto ao recorte da capacidade de gozo das empresas públicas sob a forma societária (pessoas coletivas de direito privado), mas determina que estas se regem, por via de regra, pelo direito privado^(18/19), o que nos remete de imediato para o disposto no art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. Segundo esta disposição, a capacidade jurídica das sociedades comerciais “compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu *fim*” (destaque aditado).

Os dados disponíveis no plano do direito positivo apontam, portanto, *prima facie*, para que a capacidade jurídica ou de gozo das empresas públicas se encontre limitada pelo *objeto*, no caso das entidades públicas empresariais, ou pelo *fim*, no caso das empresas públicas sob a forma societária⁽²⁰⁾. Isto é, ambas estão sujeitas ao princípio da especialidade⁽²¹⁾, embora o critério delimitador não seja, à primeira vista, idêntico.

(17) Cf. art. 58.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, art. 34.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores e art. 34.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira.

(18) Cf. art. 14.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, art. 9.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores, art. 7.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira e art. 21.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais.

(19) A remissão para o direito privado deve entender-se como feita para o direito comercial e, em especial, para o direito das sociedades comerciais, sendo o direito civil subsidiariamente aplicável como direito privado comum. Cf., nestes precisos termos, CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos: natureza jurídica e vinculações jurídico-públicas*, intervenção proferida no Colóquio Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, novembro de 2010, disponível em <http://www.amjafp.pt/images/phocodownload/Interven%C3%A7%C3%B5es/coloquio2010_carloscadilha.pdf>, p. 5, nota 15.

(20) A capacidade jurídica das empresas públicas encontra-se ainda limitada por outros dois fatores: não abrange os direitos e obrigações incompatíveis com a personalidade coletiva nem aqueles que sejam expressamente vedados por lei. Cf. art. 160.º, n.º 2, do Código Civil e art. 6.º, n.º 1, *in fine*, do Código das Sociedades Comerciais.

(21) Sobre o princípio da especialidade do fim das pessoas coletivas privadas, cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *ob. cit.*, p. 600, ss.; PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *ob. cit.*, pp. 318-320; divergente-

É evidente que estas coordenadas elementares, se lançam uma importante luz sobre o problema da identificação do critério delimitador da capacidade de gozo das empresas públicas, não são suficientes para o fixar em termos definitivos. Com efeito, sobram dúvidas sobre qual seja o exato alcance da distinção entre o recorte da capacidade pelo *objeto* (entidades públicas empresariais) e o recorte da capacidade pelo *fim* (empresas públicas sob a forma societária), afigurando-se necessário apurar se a referida distinção é apenas aparente ou se dela efetivamente derivam consequências substantivas a que importa atender. Eis o que de seguida se fará.

5. A capacidade jurídica privada das entidades públicas empresariais: o princípio da especialidade do objeto

Como se disse, decorre da lei que a capacidade jurídica das entidades públicas empresariais — que são, sublinhe-se, pessoas coletivas de direito público, embora se encontrem sujeitas, por regra, a um regime de direito privado⁽²²⁾, tal como sucede com as empresas públicas sob a forma societária — é recortada pelo respetivo objeto, abrangendo todos mas apenas os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do mesmo⁽²³⁾.

O objeto das entidades públicas empresariais encontra-se fixado nos respetivos estatutos, os quais são obrigatoriamente aprovados pelo decreto-lei ou pelo decreto legislativo regional que, consoante o caso, crie a empresa pública em causa⁽²⁴⁾. Nos termos do art. 6.º do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, o objeto das empresas públicas corresponde

mente, todavia, VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 140-147. Em especial no domínio das sociedades comerciais, cf. SANTO, JOÃO ESPÍRITO, *Sociedades por Quotas e Anónimas — Vinculação: Objecto Social e Representação Plural*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 106, ss. Sobre o princípio da especialidade e a capacidade jurídica privada das pessoas coletivas públicas, cf., por todos, CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, p. 522, ss.; GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual...*, p. 559, ss.

⁽²²⁾ Cf. art. 14.º, n.º 1, *ex vi* do art. 56.º, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial.

⁽²³⁾ E já assim era na legislação anterior. Cf. art. 25.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, e art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril. Sublinhe-se, aliás, que, neste último diploma, a capacidade jurídica das empresas públicas era delimitada em termos ainda mais restritivos, abrangendo tão-somente os atos *necessários* à prossecução do objeto social.

⁽²⁴⁾ Cf., consoante o caso, art. 57.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, art. 33.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores e art. 33.º, n.º 1, do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira.

à “atividade económica fixada no ato ou contrato que determinou a sua constituição e cuja prossecução e desenvolvimento lhe foi confiada”, o que se encontra em linha com a ideia de objeto social consagrada no art. 11.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais (“atividades que os sócios propõem que a sociedade venha a exercer”).

Por conseguinte, no que respeita às empresas públicas de substrato público, a delimitação da respetiva capacidade faz-se em termos que não oferecem dificuldades de maior, tendo por referencial o concreto programa de atividades económicas confiado pelas entidades públicas que as criam, tal como plasmado no respetivo objeto estatutário⁽²⁵⁾. Deste modo, todos os atos e negócios praticados ou celebrados por entidades públicas empresariais que ultrapassem o perímetro do seu objeto estatutário (atos *ultra vires*) — isto é, todos os atos e negócios não necessários e nem sequer convenientes à prossecução do objeto — são nulos, por força do disposto nos arts. 280.º e 294.º do Código Civil⁽²⁶⁾.

Em suma, no que respeita às entidades públicas empresariais, a lei consagra o princípio da especialidade do *objeto*, segundo o qual a capacidade jurídica privada daquelas abrange todos os direitos e obrigações que se justifiquem (sejam necessários ou só convenientes) em ordem ao desempenho do seu escopo estatutário. Trata-se, aliás, de fórmula que não é desconhecida na delimitação da capacidade jurídica de outras pessoas coletivas de direito público⁽²⁷⁾.

(25) Questão diversa, mas que extravasa do âmbito do presente estudo, é a de saber para que fins podem ser criadas empresas públicas ou adquiridas participações em empresas públicas; por outras palavras, que objeto social podem as empresas públicas acolher. Sobre este aspeto em particular, *vd.* OTERO, PAULO, *Vinculação...*, pp. 122-131. Segundo este Autor, “deve [...] considerar-se inválida a criação de uma empresa pública sem que a actividade que lhe está subjacente seja nesse preciso momento de interesse público ou sem que tenha em vista prosseguir finalidades públicas, nem se integre nos fins ou atribuições da entidade instituidora” (p. 129). Questão interessante conexa com esta, e muito discutida, é a de saber se a atividade económica pública está subordinada a uma lógica de subsidiariedade relativamente à atividade económica privada, da sociedade civil, em termos tais que uma empresa pública apenas poderia ser validamente criada quando o objetivo subjacente à sua constituição não pudesse ser melhor e mais eficientemente prosseguido através da iniciativa privada, sob pena de verificação de uma compressão injustificada da liberdade de iniciativa económica privada (art. 61.º da Constituição). Ainda segundo PAULO OTERO, “se em matéria organizativa e funcional ao nível das suas relações com outras entidades públicas, o Estado deve respeitar o princípio da subsidiariedade, por identidade de razão, senão mesmo por maioria de razão, o Estado deve nas suas relações com a sociedade civil, designadamente em termos económicos, pautar-se por um princípio de subsidiariedade de intervenção” (p. 37). Na mesma linha, já antes afirmara SÉRVULO CORREIA que “existem, na vida em sociedade, interesses que não devem ou não merecem ser publicizados” (*Legalidade...*, p. 524).

(26) Cf. CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, p. 523.

(27) Cf., a título meramente exemplificativo, art. 14.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos

Ilustrativo das consequências do extravasamento do perímetro do objeto social de uma empresa pública de substrato público é o acórdão do Tribunal de Contas n.º 16/2010 de 27 de abril (proc. n.º 280/2010, 1.ª secção em subsecção), proferido no âmbito de um processo de fiscalização prévia⁽²⁸⁾. Estava em causa a apreciação de um protocolo celebrado entre o Município de Lisboa e uma empresa local que, à data, assumia a natureza de entidade empresarial local, sendo pois pessoa coletiva de direito público (a EMEL — Empresa Municipal de Estacionamento de Lisboa)⁽²⁹⁾, através do qual o município confiara à empresa local a vigilância dos túneis da Av. João XXI e do Marquês de Pombal, em Lisboa. O Tribunal de Contas entendeu que a monitorização do trânsito no interior dos túneis não tinha enquadramento no objeto social da EMEL, que consistia na gestão do serviço de estacionamento público em Lisboa, julgando improcedente o argumento de que a atividade protocolada era *conveniente* à prossecução do objeto social da EMEL.

Neste quadro, o Tribunal de Contas concluiu que a assunção dos direitos e obrigações contratuais pela empresa local configurava “prática de actos com falta de capacidade de gozo”, o que “determina a nulidade dos actos praticados, tanto em termos de direito civil (arts. 160.º e 294.º do Código Civil) como em termos de direito administrativo [art. 133.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), do Código do Procedimento Administrativo]”, recusando o visto prévio. No acórdão, o Tribunal de Contas acabou, em síntese, por firmar a doutrina de que, no que tange às entidades públicas empresariais,

(aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, alterada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 96/2015, de 29 de maio) e art. 5.º dos Estatutos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 novembro).

(28) Também com interesse para a problemática da delimitação da capacidade jurídica das entidades públicas empresariais, cf. acórdão n.º 65/2011 do Tribunal de Contas de 17 de outubro (proc. n.º 926/2011, 1.ª secção em subsecção).

(29) À data da celebração do protocolo, a EMEL era uma entidade empresarial local (pessoa coletiva de direito público), nos termos do art. 33.º, n.º 1, da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que estabelecia o regime jurídico do setor empresarial local, tendo sido posteriormente revogada pela Lei n.º 50/2012. Nos termos do art. 35.º, n.º 2, da Lei n.º 53-F/2006, “[a] capacidade jurídica das entidades empresariais locais abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objeto”, assemelhando-se, deste modo, ao que agora se dispõe no art. 58.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (princípio da especialidade do objeto). Atualmente, e na sequência da entrada em vigor deste último regime e da obrigatoriedade de adequação dos estatutos das empresas locais existentes à norma nele contida (cf., em especial, art. 70.º, n.º 1), a EMEL assume a forma de sociedade anónima (pessoa coletiva de direito privado), sendo que a figura da entidade empresarial local, com a natureza de pessoa coletiva pública, deixou de existir — todas as empresas locais devem assumir a forma de sociedade comercial de responsabilidade limitada (cf. art. 19.º, n.ºs 1 e 6, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais).

“não faz [...] sentido convocar a polémica doutrinal sobre a amplitude e sentido do princípio da especialidade aplicado à capacidade das pessoas colectivas [de direito privado], por referência ao disposto no art. 160.º do Código Civil e no art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais”. Neste sentido, o discurso fundamentador do Tribunal de Contas assenta numa clara aproximação da capacidade jurídica privada das entidades públicas empresariais à das demais pessoas coletivas de direito público, referindo-se de forma relativamente indiferenciada a “objeto social” e “atribuições” para delimitar a capacidade de gozo da empresa local em causa, partindo de um paralelismo perfeito entre o princípio da especialidade do objeto e o princípio da especialidade das atribuições⁽³⁰⁾. E, mesmo que possa dizer-se ter sido acolhida uma leitura relativamente restrita do objeto social da empresa em questão, o certo é que conclusão a que chega o Tribunal de Contas é, em última análise, coerente com o recorte que o legislador faz da capacidade jurídica das empresas públicas de substrato público a partir do respetivo objeto e não do seu fim.

Em todo o caso, importa deixar uma nota quanto à invocação, no acórdão, do art. 133.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), do Código do Procedimento Administrativo de 1991 [no Código aprovado em 2015, a norma relevante consta do art. 161.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*)] para determinação da consequência da conclusão de negócios *ultra vires* (a nulidade). Embora compreensível a referência a esta disposição, pelo paralelismo evidente com o *princípio da especialidade das atribuições*, a verdade é que, na nossa interpretação, ela não carece de ser convocada quando estejam em causa atos ou negócios concluídos ao abrigo do direito privado, já que a mesma tem em vista os atos adotados no exercício de poderes de autoridade (atos administrativos), dirigindo-se deste modo à capacidade jurídica pública e não à capacidade jurídica privada. Para as hipóteses que temos por referência, a consequência deve ser encontrada nos arts. 280.º e 294.º do Código Civil, que, de resto, cominam também com a nulidade a prática de atos ou a conclusão de negócios fora do perímetro do objeto estatutário. Com isto não pretende de modo algum obliterar-se a relevância do princípio da legalidade, mesmo na vertente mais exigente da legalidade-fundamento, no que concerne à atividade das empresas públicas levada a cabo através de

(30) Sobre a capacidade jurídica e as atribuições das pessoas coletivas públicas, cf. CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, pp. 522-532; AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *ob. cit.*, p. 639, ss.; SOUSA, MARCELO REBELO DE /MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral — Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa: D. Quixote, 2009, p. 164; GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual...*, p. 559, ss.; ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A Fuga para o Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 199-206.

formas jurídico-privadas. Simplesmente, a nossa visão é a de que o princípio da legalidade, que se impõe mesmo nesse âmbito (o art. 266.º da Constituição não consente outra interpretação), enforma a atividade das empresas públicas desenvolvida no quadro do direito privado por via do *princípio da especialidade do objeto*, cuja violação, como referido, gera também nulidade, nos termos dos já mencionados arts. 280.º e 294.º do Código Civil. Por outras palavras: o recorte da capacidade jurídica privada das empresas públicas faz-se por via do seu objeto social, não parecendo inteiramente rigorosa, ou sequer necessária, neste contexto a referência a “atribuições” — ainda que o objeto social das empresas públicas seja sempre definido em função das atribuições das entidades públicas criadoras ou participantes.

6. A capacidade jurídica privada das empresas públicas sob a forma societária: princípio da especialidade do fim ou do objeto?

6.1. O princípio da especialidade do fim no Direito societário: o fim tipológico

A questão já parece colocar-se de forma diversa a propósito das empresas públicas sob a forma societária. Efetivamente, como referido, a delimitação da sua capacidade jurídica faz-se nos termos do Direito societário, em concreto do art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, que consagra o princípio da especialidade do fim⁽³¹⁾.

Ora, no Direito das sociedades comerciais prevalece atualmente uma visão que tende a limitar fortemente o alcance do aludido princípio. Com efeito, parece ser hoje consensual na jurisprudência e na doutrina que o fim que recorta a capacidade de gozo das pessoas coletivas é o fim *tipológico* ou *abstracto* e não o fim *estatutário* ou *concreto*⁽³²⁾. Posto de outro

(31) Também o art. 160.º, n.º 1, do Código Civil estabelece que a “capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”.

(32) Para uma súpula das posições doutrinárias e da jurisprudência portuguesas sobre o tema, cf. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Reflexões acerca do princípio da especialidade do fim”, in *Revista da Faculdade de Direito*, Porto: Universidade Lusófona do Porto, v. 7, n.º 7 (2015), pp. 15-23. Cf., ainda, *inter alia*, FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *ob. cit.*, p. 602; SANTO, JOÃO ESPÍRITO, *ob. cit.*, p. 109; D’ALTE, SOFIA TOMÉ, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Servi-*

modo, a delimitação da capacidade jurídica tem por referência os fins típicos de determinada categoria ou espécie de pessoa coletiva existente na ordem jurídica e não os fins específicos de cada pessoa coletiva concreta tal como delimitados no respetivo objeto estatutário⁽³³⁾.

Mais do que isso, parece ser hoje praticamente consensual na doutrina e na jurisprudência comercialistas a ideia de que o art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais⁽³⁴⁾ veio tornar claro que o objeto das sociedades comerciais não limita a respetiva capacidade de gozo, não determinando, por conseguinte, a nulidade dos atos que dele extravasem (os atos *ultra vires*)^(35/36). Esta capacidade é antes recortada pelo fim típico ou abstrato⁽³⁷⁾ das sociedades comerciais, que consiste na prossecução do lucro e sua posterior repartição pelos sócios (art. 980.º do Código Civil). É, pois, o fim lucrativo que circunscreve a capacidade de gozo das sociedades comerciais, de tal sorte que os atos que exorbitem do objeto social são atos válidos e eficazes perante as respetivas contrapartes

ços Públicos, Coimbra: Almedina, 2007, p. 365; GONÇALVES, DIOGO COSTA, “A capacidade das sociedades comerciais: uma visão luso-brasileira”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano X (2018), n.º 4, p. 668.

⁽³³⁾ Deste modo, a capacidade jurídica de uma *sociedade civil* ou *comercial* é limitada pelo seu fim lucrativo (art. 980.º do Código Civil), não abrangendo a prática sistemática de atos gratuitos ou liberalidades; a de uma *cooperativa* pelos seus fins mutualistas (art. 2.º do Código Cooperativo), não podendo esta dedicar-se profissionalmente a atividades lucrativas; e a de uma *fundação* pelos seus fins de interesse social, não estando autorizada a sua criação para o desenvolvimento de atividades de natureza puramente económica ou política.

⁽³⁴⁾ Em cujos termos “[a]s cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à entidade um determinado objeto ou proibam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade”. Esta norma teve a sua fonte histórica no art. 9.º da Diretiva 68/151/CEE, de 9 de março, apelidada de Primeira Diretiva sobre Direito das Sociedades, na qual o legislador europeu, influenciado pela lei alemã das sociedades, e ao arripio da doutrina *ultra vires* americana, veio determinar que “os atos realizados pelos órgãos sociais obrigam a sociedade relativamente a terceiros, mesmo quando tais atos são estranhos ao objeto social, a menos que excedam os poderes que a lei confere ou permite conferir aos referidos órgãos”.

⁽³⁵⁾ Cf., na doutrina, *inter alia*, ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 188, ss.; CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 88; MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 285; ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades: Parte Geral*, 4.ª ed., Porto: edição de autor, 2013, pp. 238-239; D’ALTE, SOFIA TOMÉ, *ob. cit.*, pp. 360-369.

⁽³⁶⁾ Cf., na jurisprudência, *inter alia*, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 21.09.2000 (proc. n.º 1762/00) e da Relação do Porto de 09.02.1998 (proc. n.º 9751140). Segundo aquele primeiro acórdão, “[o] acto ou negócio jurídico praticado pelos sócios gerentes de uma sociedade comercial não pode ser considerado nulo com fundamento de que, dado o princípio da especialidade [do objeto], a sociedade não tem capacidade de gozo para o realizar”.

⁽³⁷⁾ Também por vezes designado como *fim mediato*, por contraposição ao *fim imediato* corporizado no objeto social.

(art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais), vinculando a sociedade e impedindo esta de opor àquelas a natureza extraestatutária dos mesmos (arts. 260.º, n.º 1, e 409.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais)⁽³⁸⁾.

6.2. A prossecução do interesse público como fim tipológico das empresas públicas

Assente esta premissa, a questão que de imediato se suscita é a de saber se esta ideia se aplica, sem qualquer adaptação, às sociedades comerciais que sejam empresas públicas. Será de admitir que as empresas públicas sob a forma societária, contrariamente às entidades públicas empresariais, podem validamente adotar atos extraestatutários, ficando vinculadas pelos mesmos, nos termos em que o ficam as sociedades comerciais que não são empresas públicas?

A natureza, as funções e o enquadramento jurídico-constitucional das empresas públicas de substrato societário desaconselham uma resposta imediatista. Vejamos.

Decerto que a ausência, a respeito das empresas públicas societárias, de uma norma que consagre expressamente o princípio da especialidade do objeto autoriza, *prima facie*, uma posição que recuse qualquer assimilação da situação deste tipo de empresas à das entidades públicas empresariais e que negue uma concomitante derrogação do disposto no art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais. É dizer: afigura-se legítimo supor, numa primeira leitura, que a diferenciação (aparentemente) existente teria sido desejada pelo legislador, o qual teria pretendido introduzir, neste ponto, um elemento distintivo entre os dois tipos de empresas públicas, consoante o seu substrato público ou privado. Esta leitura seria até um contributo a depor a favor da pertinência da dualidade de formas jurídico-

⁽³⁸⁾ Em todo o caso, não obstante, em princípio, ineficazes no plano das relações externas, as limitações estatutárias são relevantes e vinculantes no plano interno, fazendo impender sobre os gerentes ou administradores o dever de as respeitar, não praticando atos que exorbitem do objeto social, e responsabilizando-os pelos danos resultantes de um eventual incumprimento desse dever (cf. arts. 6.º, n.º 4, 64.º, n.º 1, alínea *a*), 72.º e 405.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais). Cf. MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *ob. cit.*, p. 322, ss. Por outro lado, o exercício prolongado de atividades não compreendidas no objeto social expõe a sociedade ao risco de ser requerida por terceiros a respetiva dissolução administrativa [cf. art. 142.º, n.º 1, alínea *d*), do Código das Sociedades Comerciais e art. 4.º, n.º 1, alínea *d*), do Regime Jurídico da Dissolução e da Liquidação de Entidades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março].

organizatórias que as empresas públicas podem assumir, uma vez que representaria mais um traço distintivo entre ambas⁽³⁹⁾. Argumentar-se-ia, nesta linha, que a capacidade de gozo das entidades públicas empresariais é mais estreita do que a das empresas públicas sob a forma societária, na medida em que a primeira vai definir-se em função do objeto estatutário e a segunda tem por referência o escopo lucrativo, sendo o último, por natureza, mais vasto do que o primeiro.

Não parece, todavia, que deva entender-se assim — e isto porque, no essencial, o fim tipológico ou abstrato das empresas públicas, qualquer que seja a sua forma, se afasta estruturalmente do fim típico das sociedades comerciais “privadas”. O ponto fulcral da análise centra-se, pois, na determinação de qual seja esse fim.

É inequívoco que o interesse público é o fundamento, o critério e o limite da atuação económica do Estado e das demais pessoas coletivas públicas, designadamente quando essa atuação ocorre através da criação de ou da participação em empresas públicas. Como afirma PAULO OTERO, “a intervenção empresarial do Estado encontra no princípio constitucional da prossecução do interesse público o seu fundamento, o seu limite e o seu critério de configuração”, de tal modo que “apenas pode ser feita visando prosseguir fins qualificados pela Constituição ou pela lei como sendo de interesse público, sendo inválida, desde logo, qualquer intervenção sem que exista um concreto interesse público, incluindo-se aqui os casos em que se pretende prosseguir fins específicos de entidades privadas sem qualquer relevância ou utilidade pública ou, por outro lado, a simples prossecução do lucro em si, isto é, sem um remoto fundamento de interesse público”^(40/41). Na verdade, as empresas públicas são entes criados ou par-

⁽³⁹⁾ Manifestando, porém, dúvidas quanto à pertinência da autonomização de duas categorias organizatórias de empresas públicas, cf. ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 70; COUTINHO, JULIANA FERRAZ, *ob. cit.*, p. 488, ss.

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Vinculação...*, p. 206. Cf., ainda, *inter alia*, CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 982; CORREIA, SÉRVULO, “Os princípios constitucionais da Administração Pública”, (1989), repub. in *Escritos de Direito Público*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2019, p. 33; e ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *ob. cit.*, pp. 167-168.

⁽⁴¹⁾ O Autor alude ainda à proibição de criação ou participação em empresa pública com o intuito *exclusivo* de prossecução do lucro desligado de qualquer outro interesse público (cf. *Vinculação...*, p. 206). Em todo o caso, pode questionar-se se não seria desejável, e mesmo compatível com a Constituição, aceitar a ideia de que a simples realização de receitas capaz de desonerar o erário público pode ser suficiente para legitimar a ação pública na economia. Cf., neste sentido, CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *ob. cit.*, p. 982. Um contra-argumento que pode, todavia, esgrimir-se é o de que tal ideia põe em causa o princípio da subsidiariedade a que se considera estar subordinada a intervenção empresarial pública e constitui uma agressão aos direitos fundamentais dos particulares à iniciativa e à liberdade económica. Avançando justamente com este contra-argumento, mas aceitando que cumpre a

tipicados por entidades públicas para participarem no exercício da função administrativa, sendo por isso e ainda meios de revelação do poder executivo⁽⁴²⁾. Neste quadro, não espanta que se sustente que a intervenção pública empresarial deve prosseguir, em primeira linha, finalidades de interesse público, sendo o lucro postergado para um lugar secundário e revestindo uma natureza meramente instrumental (embora possa e deva, na medida do possível, estar presente)^(43/44). E não espanta também o reco-

condição do interesse público a atividade económica para aproveitamento de uma capacidade instalada, cf. GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 46. Ainda sobre esta questão, com considerações sobre como tem sido encarada na Alemanha, cf. BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *Fins e Funções das Empresas Municipais*, aula lecionada no Curso de Verão sobre Empresas Municipais, em 05.07.2010, disponível em <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/11232449.pdf>>, pp. 27-29.

(42) Como de forma lapidar observa RUI GUERRA DA FONSECA, “ao Estado só será permitida a criação de sujeitos jurídicos distintos de si quando estes se destinem a desempenhar funções originariamente suas, por assim o reclamar o interesse público”, cf. *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 81.

(43) Até como forma de assegurar a tendencial autossustentabilidade económico-financeira das empresas públicas. Note-se que o governo das empresas públicas se subordina ao dever de prosseguir uma gestão tendente ao equilíbrio geral entre custos e proveitos, assim contribuindo para o equilíbrio económico-financeiro do setor público. Neste sentido milita, por exemplo, o art. 10.º, n.º 2, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, que faz depender a constituição de uma empresa pública sob a forma societária da respetiva viabilidade económica e financeira. De igual forma, o art. 40.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais estabelece que “[a]s empresas locais devem apresentar resultados anuais equilibrados”. Defendendo, em especial, a importância do elemento lucrativo no contexto do setor público empresarial, cf. D’ALTE, SOFIA TOMÉ, *ob. cit.*, pp. 349-353 (em especial, 352): “diremos que num sector empresarial onde convivem actividades claramente deficitárias, com outras que de longe não têm de o ser, atribuir relevância ao intuito lucrativo que normalmente caracteriza a actuação empresarial privada, transpondo-o no geral para o sector empresarial público, reconhecendo-o como um elemento relevante a desempenhar na própria dinamização do sector globalmente considerado, só pode apresentar vantagens. Assim, do mesmo modo que uma empresa, para o ser, não tem necessariamente de ser lucrativa, é importante sublinhar também que uma empresa pública, por o ser, não tem obrigatoriamente de ser deficitária”. Sobre o tema, *vd.*, ainda, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 26/85, de 15.02.1985.

(44) Cf., neste sentido, GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Regime...*, pp. 45-48 e 110; BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *ob. cit.*, pp. 30-32; ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 279, ss.; ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito Económico*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1979, p. 133; ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Comercial*, Vol. I, Lisboa, 1998/99, p. 488; CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito da Economia*, 1.º Vol., Lisboa: AAFDL, 1986, p. 241; CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial — Direito da Empresa*, 13.ª ed., Lisboa: Ediforum, 2016, pp. 47, ss.; CUNHA, PAULO OLAVO, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 109; D’ALTE, SOFIA TOMÉ, *ob. cit.*, p. 350; DUARTE, ANTÓNIO PINTO, “Notas sobre o Conceito e o Regime Jurídico das Empresas Públicas Estaduais”, in *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 79; e RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 116. Também fora de portas se vai encontrar idêntica linha de pensamento, nomeadamente na Alemanha, em Espanha, em França e em Itália (cf., sobre isto, GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Regime...*, pp. 38-41).

nhecimento de que o escopo lucrativo não deve, em qualquer caso, pôr em causa o interesse público diretamente visado com a criação da empresa pública. É evidente que esta secundarização, ou mesmo inexistência⁽⁴⁵⁾, de intuito lucrativo assoma com maior visibilidade nas empresas encarregues da prestação de serviços públicos ou de interesse económico geral⁽⁴⁶⁾, onde os interesses públicos subjacentes podem legitimar a compressão ou mesmo o sacrifício do interesse lucrativo⁽⁴⁷⁾, mas não deixa de ser um traço característico e identitário da categoria de pessoas coletivas que sejam qualificadas, nos termos da lei, como empresas públicas (sejam elas entidades públicas empresariais ou empresas públicas societárias), que se encontram sempre, e em qualquer caso, preordenadas à prossecução de fins de ordem pública.

À conclusão vertida no parágrafo anterior não obsta a circunstância de a lei omitir qualquer referência expressa ao interesse público como critério orientador da criação ou da participação em empresas públicas e da definição do respetivo objeto social — embora não possa deixar de se anotar, com estranheza, essa omissão. Efetivamente, não ignoramos que o anterior regime jurídico do setor empresarial público — o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro — estabelecia, no seu art. 4.º, que a “atividade do setor empresarial do Estado deve orientar-se no sentido da obtenção de níveis adequados de satisfação das necessidades da coletividade, bem como desenvolver-se segundo parâmetros exigentes de qualidade, economia, eficiência e eficácia, contribuindo igualmente para o equilíbrio económico e financeiro do conjunto do sector público”. Uma disposição deste teor não foi transposta para o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial aprovado em 2013, mas o art. 43.º não deixa de referir-se à “missão” das empresas públicas, expressão que remete, de forma evidente, para uma ambiência de interesse público; e o art. 56.º, ainda que no con-

⁽⁴⁵⁾ Contra a doutrina dominante, defendendo a essencialidade do fim lucrativo das empresas públicas, cf. AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *ob. cit.*, pp. 336-337; GOMES, NUNO SÁ, *Notas sobre a Função e Regime Jurídico das Pessoas Colectivas Públicas de Direito Privado*, Lisboa: CEF, 1987, p. 6, ss.; BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *ob. cit.*, p. 31; COUTINHO, JULIANA FERRAZ, *ob. cit.*, pp. 449-452.

⁽⁴⁶⁾ Cf. art. 55.º do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, arts. 29.º e 30.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores, arts. 29.º e 30.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira e arts. 45.º a 47.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais.

⁽⁴⁷⁾ Cf., por exemplo, o art. 55.º, alínea *d*), do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, no qual se determina que as empresas inseridas nesta categoria devem “[g]arantir o fornecimento de serviços ou a gestão de atividades cuja rentabilidade se encontre assegurada por via de dotações orçamentais, indemnizações compensatórias ou outros subsídios ou subvenções públicas, em especial devido aos investimentos necessários ao desenvolvimento de infraestruturas ou redes de distribuição”.

texto específico das entidades públicas empresariais, esclarece que estas entidades são criadas pelo Estado “para prossecução dos seus fins”. E, neste contexto, assoma ainda, e sobretudo, o art. 266.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual a atividade da Administração Pública (aqui considerada numa aceção funcional e ampla, incluindo as empresas públicas) está subordinada ao interesse público. Não encerra, aliás, novidade o facto de esta norma constitucional, antes mesmo de vincular as empresas públicas, nortear as decisões de intervenção pública na economia, incluindo as que respeitam à criação ou participação em empresas públicas⁽⁴⁸⁾. Explicando de outro modo, a vinculação das empresas públicas (incluindo as de base societária) à prossecução do interesse público impõe-se por força da natureza instrumental destas relativamente aos interesses integrantes dos fins ou atribuições das entidades públicas participantes⁽⁴⁹⁾.

Por outro lado, não deve perder-se de vista que mesmo o direito ordinário continua a fornecer outros pontos de apoio sólidos para o que se vem defendendo. Assim, o art. 7.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma dos Açores e o art. 5.º do Regime Jurídico do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira estabelecem que “[a] atividade das empresas [...] deve orientar-se no sentido da obtenção de níveis adequados de satisfação das necessidades coletivas”; depois, o art. 6.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais estabelece que “[a] constituição de empresas locais e as participações [locais] devem ser fundamentadas na melhor prossecução do interesse público”⁽⁵⁰⁾; finalmente, o art. 20.º, n.º 1, deste mesmo Regime prevê que “[a]s empresas locais têm como objeto exclusivo a exploração de atividades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, [...] de forma tendencialmente autossustentável, sendo proibida a constituição de empresas locais para prossecução de atividades de natureza exclusivamente administrativa ou com o intuito exclusivamente mercantil”. Desta última disposição ressalta, aliás, de forma patente, que a prática de atos lucrativos por parte das empresas públicas locais só é admissível enquanto atos acessórios ou instrumentais da consecução dos seus fins públicos nucleares⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cf., neste sentido, OTERO, PAULO, *Vinculação...*, p. 206.

⁽⁴⁹⁾ Cf., neste sentido, OTERO, PAULO, *Vinculação...*, p. 228.

⁽⁵⁰⁾ Cf., ainda, art. 52.º do Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais a propósito das sociedades comerciais participadas.

⁽⁵¹⁾ Como afirma MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, em termos com os quais concordamos, “mesmo que fosse possível isolar uma empresa que devesse ser qualificada como empresa pública e que levasse a cabo uma atividade estritamente concorrencial, de oferta de bens e serviços no mercado, sem a titula-

Aqui chegados, estamos pois em condições de concluir que o fim tipológico das empresas públicas — e, para o que ora nos importa, das empresas públicas sob a forma societária em especial — não radica na prossecução do lucro e sua distribuição pelos respetivos sócios. Aqui, o lucro conhece uma subalternização, podendo mesmo inexistir em certas condições (em particular, nos casos das empresas que prestam serviços de interesse económico geral). Diversamente, o fim identitário das empresas públicas inclui nuclearmente a prossecução de fins de interesse público económico geral, regional ou local, consoante o subsector empresarial em que se integrem.

6.3. Interesse público tal como corporizado no objeto social = princípio da especialidade do objeto

Todavia, mesmo assumindo este pressuposto, cabe ainda perguntar se as empresas públicas podem prosseguir todo e qualquer fim de interesse público, mesmo que ao arrepio do seu objeto estatutário, estando sempre a coberto do princípio de que a sua capacidade jurídica é recortada, não pelo fim lucrativo nem sequer pelo seu objeto social, mas por uma ideia de interesse público que os membros dos seus órgãos de gestão decidam, a cada momento, eleger como fio condutor da atuação da empresa. Se assim fosse, tais atos ou negócios, mesmo que fora do objeto estatutário, cairiam ainda dentro do círculo da capacidade de gozo das empresas públicas, mantendo incólume a respetiva validade.

A resposta é, evidentemente, negativa. O interesse público que delimita a capacidade de gozo das empresas públicas (incluindo as empresas públicas de tipo societário) é um interesse público heterodeterminado pelas entidades públicas que as criam e, indiretamente, pela Constituição e pela lei, tal como corporizado no respetivo objeto social. Eis o que impõe o princípio da legalidade, a que tanto as entidades públicas participantes como as empresas públicas se encontram subordinadas. Como pertinentemente observa MARIA JOÃO ESTORNINHO, “[o] primeiro corolário do princípio da prossecução do interesse público consiste em só a lei poder definir os interesses a cargo da Administração, não podendo ela defini-los por si própria”⁽⁵²⁾.

ridade de quaisquer poderes de autoridade e sem a qualidade de concessionário de serviço público ou análoga, ainda assim nunca poderíamos afirmar estarmos perante uma empresa ‘igual às outras’”, *ob. cit.* p. 31.

⁽⁵²⁾ *Ob. cit.*, p. 169. Cf., ainda, SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito*

Decorre, pois, do exposto que a capacidade jurídica das empresas públicas de substrato societário também é delimitada pelo princípio da especialidade do objeto e não pelo princípio da especialidade do fim, como à primeira vista poderia parecer.

6.4. O princípio da especialidade do objeto como corolário dos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade administrativa

A posição perfilhada no ponto antecedente é, como já se compreende, uma simples decorrência dos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade administrativa.

Em certa medida, a criação de uma empresa pública representa uma atenuação, um afrouxamento do rigor do princípio da legalidade, que apresenta aqui uma configuração mais lassa. Isto ocorre, sobretudo, pela sujeição das empresas públicas ao direito privado como ordenamento-regra⁽⁵³⁾, universo no qual os efeitos jurídicos dos atos e negócios praticados não conhecem uma predeterminação normativa, mas também pelo facto de não se exigir um nexo de necessidade mas tão-só de conveniência entre os atos praticados e o objeto social da empresa pública. Cabe, por conseguinte, perguntar “em que medida se concilia com o princípio da legalidade administrativa a permissão da produção administrativa de efeitos jurídicos sem predeterminação normativa, ainda que apenas de efeitos jurídico-privados se trate”⁽⁵⁴⁾. Esta questão, se é válida para as entidades públicas empresariais, assume evidentemente maior relevo no que diz respeito às empresas públicas sob a forma societária, nas quais, numa certa leitura, a circunscrição da respetiva capacidade jurídica se poderia entender como feita a partir, não do objeto social, mas do seu escopo lucrativo, como analisámos.

Ora, é justamente o princípio da especialidade do objeto que permite assegurar a compatibilização da autonomia privada e da atuação sob a égide do direito privado com os princípios da legalidade administrativa e

Administrativo Geral — Introdução e princípios fundamentais, Tomo I, 3.^a ed., Lisboa: D. Quixote, 2008, pp. 207-208.

⁽⁵³⁾ A sujeição das empresas públicas ao direito privado como direito-regra configura uma exigência ditada por princípios e valores de natureza jurídico-pública e diretamente tutelados pela Constituição e pelo direito da União Europeia: a igualdade e a livre concorrência. Cf., neste sentido, OTERO, PAULO, *Legalidade...*, pp. 797-801; GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Manual...*, p. 787.

⁽⁵⁴⁾ Cf. CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, p. 529.

da prossecução do interesse público, a que, por força do disposto no art. 266.º da Constituição, se acha subordinada a intervenção empresarial do Estado e das demais entidades públicas participantes⁽⁵⁵⁾. Só assim se garante a sujeição das próprias empresas públicas ao princípio da legalidade, a que, também elas, incluindo as de natureza jurídico-privada, devem obediência⁽⁵⁶⁾.

Deste modo, o princípio da especialidade do objeto representa um corolário dos princípios da prossecução do interesse público e da legalidade. Nesta perspetiva, como ensina SÉRVULO CORREIA, através da norma legal ou da cláusula contratual que estabelece o objeto da empresa pública, a entidade pública participante “imprime ainda uma direcção aos negócios jurídicos privados [da empresa pública], pois que, se saírem fora do âmbito dos escopos institucionais legalmente fixados, serão nulos”⁽⁵⁷⁾, sendo assim assegurada a necessária ligação àqueles princípios constitucionais. Usando as palavras do ilustre Professor, o princípio da especialidade aplicado às empresas públicas “determina que os seus poderes só podem ser exercidos para alcançar os fins institucionais, isto é, interesses públicos”⁽⁵⁸⁾.

6.5. Dois possíveis contra-argumentos à tese do princípio da especialidade do objeto

É verdade que sempre poderia contra-argumentar-se que, sendo o art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais aplicável às empresas públicas sob a forma societária, por não haver no regime jurídico especificamente aplicável a estas empresas qualquer derrogação do mesmo, o entendimento por nós perfilhado padeceria de um inultrapassável vício de base. Nesta linha de pensamento, o problema colocar-se-ia exclusivamente no plano da responsabilidade civil dos administradores perante a própria empresa pública e os seus sócios, mas a validade e a eficácia dos atos e negócios extraestatutários perante terceiros não seriam afetadas. Mas a

⁽⁵⁵⁾ Cf., *inter alia*, OTERO, PAULO, *Vinculação...*, p. 205.

⁽⁵⁶⁾ Cf., neste sentido, CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, pp. 529-530. Embora o Autor se expresse a propósito das pessoas coletivas de direito público, não pode entender-se de modo diferente a respeito das empresas públicas societárias, tendo em conta a natureza e os fins destas. No sentido da vinculação das empresas públicas de base societária aos princípios gerais resultantes da Constituição para o exercício da atividade administrativa, cf. OTERO, PAULO, *Legalidade...*, p. 798.

⁽⁵⁷⁾ *Legalidade...*, p. 530.

⁽⁵⁸⁾ “Os princípios...”, *cit.*, p. 33.

verdade é que este contra-argumento, ainda que impressivo, encontra duas outras objeções de relevo.

Por um lado, temos em equação os casos em que o próprio objeto social da empresa pública é fixado por lei⁽⁵⁹⁾. Em tal cenário, nem sequer poderá considerar-se preenchida a previsão do art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais em termos tais que deva ser desencadeada a respetiva estatuição. Efetivamente, refere-se esta norma ao objeto estatutário das sociedades comerciais tal como fixado no *contrato de sociedade* ou em *deliberações sociais*, pelo que, em termos literais, só nessa circunstância é que o objeto estatutário deverá ter-se por irrelevante no plano da validade e da eficácia dos atos e negócios *ultra vires*. Pelo contrário, já terá de concluir-se de modo diferente quando o objeto social seja fixado por lei, o que ocorre sempre que os estatutos da empresa pública são aprovados por diploma legal⁽⁶⁰⁾ ou quando, não o sendo, o objeto se encontre definido, à partida, numa disposição legal. Nestes casos, é a própria lei que impõe um limite negativo indireto à capacidade jurídica das empresas, devendo considerar-se aplicável o inciso final do art. 6.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (e, bem assim, do art. 160.º, n.º 1, do Código Civil): “exce tuados [os direitos e obrigações] que lhe sejam vedados por lei”^(61/62).

(59) Cf., a título meramente exemplificativo, o caso da Rádio Televisão de Portugal, S.A., cujos estatutos, aprovados pela Lei n.º 39/2014, de 9 de julho, estipulam, no respetivo art. 3.º, o objeto da mesma; o da Parpública — Participações Públicas, SGPS, S.A., cujos estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de setembro (alterados, por último, pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio), fixam o objeto social da empresa no art. 4.º; e o do Metro do Porto, S.A., cujos estatutos, aprovados como anexo III ao Decreto-Lei n.º 394-A/98, de 15 de dezembro (alterados, por último, pela Lei n.º 38/2016, de 19 de dezembro), estabelecem, nos respetivos arts. 3.º e 4.º, o objeto principal e acessório desta sociedade. Num plano diferente, também as empresas locais de exploração e gestão de serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos têm, pelo menos parcialmente, o seu objeto social fixado no art. 17.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto (alterado, por último, pela Lei n.º 12/2014, de 6 de março), assim como as empresas locais de natureza metropolitana de mobilidade e transportes nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, cujo objeto social se encontra previsto no art. 6.º do Decreto-Lei n.º 121/2019, de 22 de agosto.

(60) O qual reveste a natureza de lei-medida. Cf., neste sentido, CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 8.

(61) Assim, da mesma forma que pode afirmar-se que uma sociedade comercial “privada” que não revista a natureza de instituição de crédito não pode desenvolver atividades bancárias, por força do princípio da exclusividade consagrado no art. 8.º do Regime Geral das Instituições de Crédito, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro), sendo nulos os atos ou negócios jurídicos que consistam no exercício de tais atividades, por violação de um limite negativo à capacidade jurídica das sociedades comerciais estipulado na lei, também os atos ou negócios imputáveis a uma empresa pública sob a forma societária que extravasem do seu objeto social, desde que fixado na lei, serão nulos, por desrespeito desse limite negativo.

(62) Diversamente, o disposto no art. 25.º, n.º 5, do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial não configura um limite negativo à capacidade de gozo das empresas públicas, mas sim uma res-

Por outro lado, deve salientar-se que foi o próprio legislador que, no art. 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 282/86, de 2 de setembro (diploma que aprovou o Código das Sociedades Comerciais), ressaltou expressamente que “[a]s disposições do Código das Sociedades Comerciais não revogam os preceitos da lei que consagram regimes especiais para certas sociedades”.

É ainda equacionável um segundo argumento contra a posição que defendemos, baseado na *ratio* da norma do art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais: a proteção da boa-fé dos terceiros. Contudo, parece-nos que também este contra-argumento é improcedente, na medida em que, contrariamente ao que sucede com as sociedades comerciais “privadas” — cujo objeto apenas é divulgado por via do registo comercial⁽⁶³⁾ —, o objeto social das empresas públicas de substrato societário, além de muitas vezes fixado na própria lei, conhece um nível de publicidade superior, posto que estas devem divulgá-lo na sua página institucional na Internet⁽⁶⁴⁾. Por conseguinte, atendendo às circunstâncias que rodeiam o caso particular das empresas públicas, dificilmente poderá aceitar-se que os terceiros aleguem que não sabiam ou que não tinham obrigação de saber qual o objeto social da empresa pública e invocar o disposto no art. 409.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. Daqui deve extrair-se o princípio de que, uma vez que as contrapartes em negócios celebrados com empresas públicas de base societária dispõem de um mais amplo acesso à informação societária relevante, estão aquelas contrapartes investidas no dever de conhecer a empresa com quem contratam (*know your client*), incluindo, em particular, o respetivo objeto social.

trição à respetiva *capacidade de exercício*, na medida em que o que está em causa é a insusceptibilidade de exercer *motu proprio* (de forma pessoal e livre, isto é, sem prévia autorização de um terceiro) certos direitos e obrigações. O mesmo se diga, por exemplo, do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 175/2014, de 5 de dezembro, que aprova o quadro jurídico geral da concessão de serviço público de transporte por metropolitano de passageiros na cidade de Lisboa, e o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 174/2014, de 5 de dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 86-D/2016, de 30 de dezembro), que estabelece o quadro jurídico geral da concessão de serviço público de transporte público coletivo de superfície de passageiros na cidade de Lisboa, ambos epigrafados de “restrições à capacidade”.

⁽⁶³⁾ Sendo que o art. 410.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais estabelece expressamente que “[o] conhecimento [das limitações resultantes do objeto social] não pode ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade”.

⁽⁶⁴⁾ Embora o art. 44.º do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (“obrigações de divulgação”) não aluda expressamente aos estatutos, não parece que possa entender-se, atendendo à importância desse documento *genético*, que as empresas públicas societárias possam deixar de o publicar nos termos do art. 53.º, n.º 3, segundo o qual “[o] sítio na Internet das empresas do setor público empresarial disponibiliza informação clara, relevante e atualizada sobre a vida da empresa”.

6.6. Síntese

Em suma, a nosso ver, apesar de a letra da lei poder, numa primeira leitura, sugerir o contrário, a verdade é que a natureza e a função das empresas públicas sob a forma societária reclamam a conclusão de que também estas, à semelhança das entidades públicas empresariais, veem a sua capacidade de gozo recortada pelo respetivo objeto social, sendo-lhes aplicável, não o princípio da especialidade do fim tal como atualmente caracterizado no Direito societário, mas o da especialidade do objeto⁽⁶⁵⁾. Tal conclusão afigura-se, de resto, inteiramente adequada à equivalência estrutural e funcional entre os dois tipos de empresas públicas. De facto, em ambos os casos: (i) as empresas públicas são instrumentos ao serviço da realização de fins das entidades públicas participantes; (ii) as entidades públicas participantes são titulares de amplos poderes de intervenção e controlo, havendo necessariamente uma influência dominante; e (iii) está nas mãos das entidades públicas participantes a sobrevivência dessas empresas, podendo a sua extinção ser livremente decidida por estas⁽⁶⁶⁾.

7. Em jeito de conclusão: o significado prático do princípio da especialidade do objeto

O presente estudo não ficaria completo sem uma análise da operatividade prática do princípio da especialidade do objeto, que concluímos ser aplicável tanto às empresas públicas de substrato público, como às empresas públicas sob a forma societária, o que implica compreender os limites que dele decorrem, em concreto, para a capacidade jurídica destes entes.

Neste contexto, importa assinalar que o aludido princípio não impede as empresas públicas de praticarem atos sem ligação direta e necessária com o seu objeto, conquanto os mesmos tenham carácter acessório ou instrumental relativamente a este⁽⁶⁷⁾. De facto, o princípio da especialidade

(65) Esta conclusão poderá não ser inteiramente aplicável quando esteja em causa uma participação que não confira influência dominante nos termos do art. 9.º do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial. Embora também aqui não deva admitir-se a participação de uma entidade pública em termos que escapem, em absoluto, a uma lógica de interesse público, não será, a nosso ver, fácil aceitar que a capacidade jurídica das empresas (meramente) participadas se encontre circunscrita, não pelo fim lucrativo, mas pelo respetivo objeto social.

(66) Cf. OTERO, PAULO, *Vinculação...*, pp. 228-229.

(67) Cf. CAETANO, MARCELLO, *ob. cit.*, p. 203; CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade...*, p. 524.

do objeto exige tão-só que os atos praticados e os negócios concluídos sejam, de algum modo, *convenientes* à realização do objeto estatutário das empresas, não tendo de ser estritamente necessários: trata-se da consagração do critério do nexo de *conveniência* em detrimento do nexo de *necessidade*.

Exemplificando: não será de exigir que os atos ou negócios concluídos se traduzam na adoção de medidas indispensáveis ou imprescindíveis à realização do objeto principal ou acessório que foi confiado à empresa pública. Pelo contrário, deverá, decerto, reconhecer-se capacidade jurídica para, por exemplo, a contratação de serviços publicitários, empréstimos ou seguros ou para a aquisição de imóveis, mesmo que a empresa pública não tenha por objeto a atividade publicitária, bancária, seguradora ou imobiliária, desde que os mesmos sejam convenientes ao desenvolvimento do seu objeto estatutário. Isto é, desde que os serviços publicitários se relacionem com a atividade desenvolvida pela empresa, o financiamento se destine a investimentos relacionados com o objeto desta, o seguro respeite aos ativos ou trabalhadores da empresa e o imóvel se destine ao exercício da sua atividade. Já se os contratos forem completamente estranhos à atividade desenvolvida pela empresa pública⁽⁶⁸⁾ — se os serviços publicitários forem de todo em todo alheios à atividade prosseguida, o seguro não cobrir pessoas ou bens pertencentes à organização, o financiamento visar fazer face a despesas particulares dos seus administradores ou pessoal ou o imóvel se destinar simplesmente à revenda em mercado —, serão então nulos, por extrapolarem o perímetro do respetivo objeto social⁽⁶⁹⁾.

Nestes termos, a verificação do nexo de conveniência reclama um exame concreto do ato ou negócio jurídico em causa, não sendo à partida possível identificar tipos de atos ou negócios proibidos em abstrato⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Questão discutida a este respeito, mas que extravasa o âmbito do presente estudo, é a de saber se as empresas públicas podem, ao abrigo da sua capacidade jurídica privada, desenvolver atividades privadas, acessíveis a todos (v.g., explorar um restaurante turístico ou uma fábrica de queijos — os exemplos são de PEDRO COSTA GONÇALVES). Referindo-se, apenas às pessoas coletivas públicas — mas em termos que são transponíveis para as empresas públicas societárias —, PEDRO COSTA GONÇALVES refere que “não se revela suficiente para assegurar a legitimidade desta utilização do direito privado [...] a simples conciliação com as atribuições da entidade pública e com o art. 160.º do Código Civil; impõe-se ainda que o desempenho da atividade corresponda ainda à procura da realização de um interesse público específico incluído nas atribuições da entidade pública” (*Manual...*, p. 135).

⁽⁶⁹⁾ Questão diversa é a da responsabilidade pessoal dos gerentes ou administradores perante as contrapartes nesses contratos.

⁽⁷⁰⁾ Não se ignora, todavia, a discussão suscitada — inclusive em Portugal — em torno da questão de saber se a participação de empresas públicas em negócios financeiros de natureza puramente especulativa é ou não sempre abstratamente proibida, porque desligada de qualquer fundamento de interesse público, revelando-se substancialmente equivalente a “jogar no casino” ou a “apostar em

Ainda neste contexto, impõe-se uma nota final: apesar do que atrás se deixou dito a propósito da natureza meramente instrumental do escopo lucrativo, não deverá rejeitar-se em termos absolutos — pelo contrário, a nosso ver — a prática de atos que se enquadrem numa lógica de aproveitamento da capacidade instalada e que de outro modo permaneceriam improdutivos, de acordo com um princípio de racionalidade económica⁽⁷¹⁾, já que podem ainda considerar-se como convenientes à prossecução do objeto social da empresa. Seria esse o caso, por exemplo, do arrendamento de um imóvel que deixe de ser necessário à instalação dos serviços da empresa ou o licenciamento a terceiros de *software* que tenha sido especificamente desenvolvido para a empresa.

cavalos”. Pronunciando-se contra a admissibilidade de as entidades públicas celebrarem contratos de derivados financeiros de natureza especulativa, cf. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *ob. cit.*, p. 254. Na jurisprudência, há que destacar o conhecido caso inglês *Hazell v. Hammersmith and Fulham LBC* (1991), no qual estava em causa a contratação a uma escala massiva de operações de *swap* de taxa de juro por parte de uma autoridade de natureza local, alegadamente tendo em vista cobrir o risco associado a empréstimos bancários contraídos por essa autoridade local. A sentença da *House of Lords* estabeleceu que uma entidade pública local, ainda que possa contrair empréstimos para a prossecução dos seus fins, não pode celebrar *swaps* de natureza especulativa, os quais constituem atos *ultra vires* sem qualquer conexão com a sua esfera de atribuições. Para um comentário sobre este caso, *vd.* KOLAR, ALEXANDER E., “Hammersmith Meets Orange County: ‘Wishing upon a Star’ with Taxpayer Money in the Municipal Bond Derivative Market”, in *Urban Law Annual, Journal of Urban and Contemporary Law*, n.º 49, Washington, janeiro 1996, disponível em <http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=law_urbanlaw>.

(71) Cf. GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Regime...*, p. 45; BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE, *ob. cit.*, p. 32.

TRABALHADOR, RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E «REDES SOCIAIS»

Nótulas reflexivas sobre um delicado problema juslaboral

Por Diogo Figueiredo Perfeito Dias Ferreira^(1/2)

SUMÁRIO:

1. Introdução: o direito à reserva da intimidade da vida privada. 2. Informática e reserva da intimidade da vida privada: contornos de um dificultoso equilíbrio. 3. Reserva da intimidade da vida privada, trabalhador e... «redes sociais»: um equilíbrio (im)possível? 4. Bibliografia.

1. Introdução: o direito à reserva da intimidade da vida privada

Que há uma multiplicidade de direitos que inerem ao homem, enquanto pessoa e cidadão, todos sabemos. Ademais, há que ter presente, aqui, o binómio direitos de personalidade/direitos fundamentais, para cuja delimitação acolhemos a lição do nosso Professor RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA⁽³⁾. Com

(1) Licenciado e Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Históricas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Históricas) na mesma Faculdade. Assistente Convidado da Secção de Ciências Jurídico-Históricas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bolseiro de Investigação da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I. P. (Bolsa Individual de Doutoramento — Ref.ª SFRH/BD/126146/2016). Investigador, de *motu proprio*, nos domínios da História Local e da Genealogia.

(2) Faz-se notar que, por sua expressa opção, o Autor adoptará, na redacção do presente estudo, a norma ortográfica dimanante do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945.

(3) Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª ed. (reimpresão), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 581-586, que seguimos de perto.

efeito, os direitos de personalidade (numa formulação necessariamente sumária) vêm a ser aqueles que, achando guarida no nosso Código Civil (arts. 70.º e seguintes)⁽⁴⁾, lançam o seu raio de influência apenas sobre as relações entre particulares, ou entre estes e o Estado (desde que, *in casu*, intervenha ele despedido do seu poder de império), a isso correspondendo uma tutela assente em meios igualmente promanantes do Direito Civil⁽⁵⁾. Por outra banda, serão direitos fundamentais aqueles que, encontrando assento no texto constitucional (no caso português, *vd.* os arts. 24.º e seguintes da Constituição da República Portuguesa), pressupõem uma relação entre os particulares e o Estado (revestido este, aqui, do seu *ius imperii*), posto que lancem, outrossim, sua luz sobre as relações entre particulares, por força do comando presente no n.º 1 do art. 18.º da nossa Constituição. Além disso, neste caso, os mecanismos de tutela já serão de índole jusconstitucional.

Em face do que nos não será difícil compreender que nem todos os direitos de personalidade serão veros direitos fundamentais, e vice-versa. Mas também é verdade que, hodiernamente, se verifica larga tendência de absorção daqueles por estes; é dizer, de «constitucionalização» de alguns direitos de personalidade, alçapremando-os, de tal guisa, ao *status* de direitos fundamentais⁽⁶⁾.

Ocioso será referir que muitos dos direitos a que aludimos — fundamentais ou de personalidade — se vão reflectir, inegavelmente, no âmbito específico do Direito do Trabalho, como, de resto, não poderia deixar de ser, atento tudo aquilo que já fomos dizendo, e até porque — repetindo algo que nos não cansamos de salientar — o trabalhador é sempre, antes de mais, pessoa e cidadão, com todas as prerrogativas que daí decorrem, e que nem as limitações conaturais à subordinação jurídica ínsita à relação laboral podem obnubilar por completo.

(4) Em enumeração, note-se, não taxativa, apenas se concretizando alguns desses direitos, pelo que se remete, no mais, para a cláusula geral do art. 70.º. Sobre o ponto, cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 207 e seguintes, e GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade — Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 33-34.

(5) Sobre as características dos direitos de personalidade, cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pp. 208-209. Distinguindo entre «direitos de personalidade *stricto sensu*» e «direitos de colaboração social», cf. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Direitos da Personalidade (Lições ao Segundo Ano de Direito — 1990-1991 — na Cadeira de Teoria Geral do Direito Civil)*, Associação Académica da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 1991, pp. 4-5.

(6) Também neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, *cit.*, pp. 582-583 e 585-586. Sobre esta tão rica temática, *vd.*, por todos, as pertinentes reflexões de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «Constitucionalização do direito civil», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, pp. 729-755.

Ora, um desses direitos — e, diga-se de passagem, um dos que de maior relevo se recobrem — é, justamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada, que acha consagração no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa, bem como no art. 80.º do Código Civil e nos arts. 16.º e seguintes do Código do Trabalho^(7/8).

A nossa Constituição actual veio consagrar, inequivocamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada, no seu art. 26.º, parificando-o, ademais, com outros direitos de importância basililar (à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à imagem, à palavra, etc.). Porém, é de realçar que o texto constitucional se abstém de proceder a uma densificação deste direito, remetendo, pois, tal espinhoso múnus para as sedes competentes (legislativa, doutrinal e jurisprudencial). Apenas se prevê que a lei venha estabelecer «(...) garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias» (n.º 2 do mesmo artigo).

Sendo assim, há que apelar à lei civil. E esta cura do problema, como já dissemos *supra*, nos seus arts. 70.º e seguintes. O art. 70.º procede, tão-somente, a uma genérica alusão, consagrando uma tutela geral de personalidade. Não quer isso significar, propriamente, uma concepção redutora do nosso Código, porquanto, como diziam os insignes Mestres da Escola de Coimbra Pires de Lima e Antunes Varela, «(...) daquela referência genérica pode, sem dúvida, inferir-se a existência de uma série de direitos (à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, até ao repouso essencial à existência física, etc.), que a lei tutela nos ter-

(7) Sobre a génese histórico-jurídica de semelhante direito, podem ver-se TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões», in *Questões Laborais*, ano XX, n.º 41, Janeiro/Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 41-101 (pp. 43, ss.), DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64, Vol. I/II, Novembro de 2004, disponível em <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/>>, sub 1.2, e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador* (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 319), Lisboa, 1982, p. 7, ss.

(8) Também inúmeros instrumentos de Direito Internacional o consagram, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12.º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 8.º), o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art. 17.º) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (arts. 7.º e 8.º). Tem ele, por outro lado, sido objecto de vária jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Cf., a propósito, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais» em contexto de trabalho — Algumas questões*, dissertação de Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais), Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2011, p. 21, ss. e 68, *in fine*.

mos do n.º 1 do artigo (...)»⁽⁹⁾. Nos artigos subsequentes, veio o legislador proceder à consagração de alguns direitos de personalidade em especial, de entre os quais se conta, precisamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 80.º)⁽¹⁰⁾.

Também neste último o legislador de 1966 deixou larga margem de manobra ao julgador, ao adoptar, como convém, uma formulação aberta, susceptível, portanto, de adequada densificação no caso *sub iudice*. Porém, o n.º 2 do mesmo artigo afirma que «[a] extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas», o que nos chama a atenção para o facto de que «(...) a sua aplicação deve variar em função dos elementos materiais fornecidos pelo caso concreto (...)»⁽¹¹⁾. Ou seja: não se fornece, avisadamente, uma noção do que seja a «vida privada», o que caberá, portanto, ao juiz densificar, em face do caso que se lhe apresente. O preceito legal consigna, sim, as «bases objectivas» que hão-de nortear-lhe o trabalho, pois que, afinal, há que considerar atentamente o grau de violação da intimidade da vida privada, a própria atitude do visado (mais ou menos permissiva, mais ou menos desveladora) quanto à reserva que o mesmo faz dessa intimidade, etc.⁽¹²⁾.

É igualmente relevante aludir-se ao art. 81.º — que nos servirá, ademais, para uma estação mais avançada no curso da nossa exposição —, atinente a eventuais limitações voluntárias dos direitos de personalidade. Assim é que tais limitações, a verificarem-se, haverão de compaginar-se com os critérios de restritividade que naturalmente defluem do art. 280.º do Código Civil (impossibilidade física ou legal, contrariedade à lei, indeterminabilidade e, mormente, para o caso, contrariedade à ordem pública ou ofensa dos bons costumes)⁽¹³⁾, sob pena de nulidade. Por outro lado, preceitua-se o carácter de livre revogabilidade da limitação voluntária

⁽⁹⁾ Cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª edição revista e actualizada (com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 104.

⁽¹⁰⁾ Sobre esta matéria, *vd.*, outrossim, as acuradas reflexões de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, *cit.*, pp. 316 e seguintes.

⁽¹¹⁾ GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade...*, *cit.*, pp. 54-55.

⁽¹²⁾ Cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *cit.*, p. 110. Porém, não quer isto dizer que, *v.g.*, uma figura pública tenha um «menor» — passe o termo — direito à privacidade ou à intimidade do que o cidadão comum: é natural que não possa invocar tal direito da mesma forma por que este último o fará, mas isso não significa uma pura e simples denegação do mesmo. Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pp. 212-213, e GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade...*, *cit.*, p. 57, onde o Autor cita Pedro Pais de Vasconcelos.

⁽¹³⁾ Sobre o teor deste art. 280.º, cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, *cit.*, pp. 258-259.

(n.º 2 do mesmo artigo), posto que acarretando um dever indemnizatório com respeito aos prejuízos por esse motivo causados à contraparte (*maxime*, no que tange às suas legítimas expectativas).

Muito embora o Direito Civil haja de perfilar-se como direito subsidiário relativamente ao Direito do Trabalho (porquanto, como bem se sabe, aquele se caracteriza por ser Direito Privado Geral ou Comum, ao passo que este se antolha como um dos ramos de Direito Privado Especial)⁽¹⁴⁾, andou bem o legislador laboral de 2003 quando entendeu dever consignar, outrossim, no Código do Trabalho algumas disposições tangentes aos direitos de personalidade do trabalhador, transpondo, pois, a consideração de matéria tão capital para o específico âmbito juslaboral. E assim surgiram os arts. 15.º e seguintes do mesmo Código, os quais transitaram, com algumas alterações mas no essencial, para o Código do Trabalho de 2009 (arts. 14.º e seguintes)^(15/16).

Não iremos obrar, nesta sede, uma dissecação minuciosa de todos estes artigos do Código, até porque, para a problemática que intentamos analisar, isso nos não interessará directamente. Procederemos, sim, a um relance de olhos pelo art. 16.º, cuja numeração e redacção passaram incólumes ante a modificação legislativa.

O art. 16.º do Código do Trabalho segue, em termos de técnica legislativa, um figurino idêntico àquele que, de certo modo, já é possível surpreender nas mencionadas disposições do Código Civil. Com efeito, nota-se um evidente recurso a uma formulação aberta, a conceitos indeterminados, os quais exigirão, do aplicador do Direito, um exercício de ponderação casuística, de densificação conceitual em função das circunstâncias enoveladoras do caso *sub iudice*. Não se diz o que seja a «vida privada» para efeitos da norma em apreço. Importa, outrossim, salientar o facto de se

⁽¹⁴⁾ Assim, também, v.g., PEDRO ROMANO MARTINEZ, «A justa causa de despedimento — Contributo para a interpretação do conceito indeterminado de justa causa de despedimento do art. 9.º, n.º 1 LCCT», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 173-180 (p. 173).

⁽¹⁵⁾ Salientando a importância da introdução, em sede juslaboral, de disposições atinentes à temática que vimos analisando, *vd.* DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, «O direito...», *cit.*, sub 1.1 e 3.1. Também GUILHERME MACHADO DRAY (*Direitos de Personalidade...*, *cit.*, p. 63, ss.) salienta o indiscutível relevo da consagração de disposições tangentes aos direitos de personalidade no Código do Trabalho, dizendo mesmo que «(...) as especificidades deste ramo do Direito não só justificavam, como aconselhavam a consagração de um regime autónomo no domínio dos direitos de personalidade (...)» (*cf. ob. cit.*, p. 64). *Vd.*, por último, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, pp. 43-45.

⁽¹⁶⁾ A positivação de disposições deste jaez no Código do Trabalho não nos desonera, evidentemente, de apelar sempre aos correspondentes artigos da lei civil e, bem assim, da Constituição (e, ainda, das normas relativas à protecção de dados, a que faremos sucinta referência *infra*).

dizer (n.º 2 do mesmo artigo) que «[o] direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o **acesso**, quer a **divulgação** de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes (...)» (o sublinhado é, obviamente, nosso). Ora, se bem virmos, isto veda à entidade empregadora estas duas modalidades de intromissão na vida privada do trabalhador: o acesso e a divulgação. Até porque, aliás, pode sempre, por hipótese, verificar-se o consentimento do trabalhador relativamente ao conhecimento, por banda do empregador, de certas informações pertencentes ao seu foro privado, não sendo já admissível a divulgação ou publicidade das mesmas⁽¹⁷⁾.

Muito de passagem, há que referir que este preceito legal parece ter recolhido influência da conhecida *Sphärentheorie* («teoria das esferas»), dimanada da doutrina alemã (mormente quando fala em «esfera íntima e pessoal das partes»)^(18/19).

Em suma, sempre afirmaremos que, perante o exposto, também o Código do Trabalho consagra, sem dúvida, o direito à reserva da intimidade da vida privada, posto que de guisa aberta, cabendo, consequentemente, à jurisprudência (e, bem assim, à doutrina, e ao seu inestimável contributo aclarador) a densificação de tudo quanto aí fica dito. Haverá, portanto, que praticar, decididamente, uma «(...) jurisprudência necessariamente valorativa e axiológica (...)»⁽²⁰⁾, pois que «(...) o círculo da

⁽¹⁷⁾ Assim, GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade...*, cit., pp. 74-75. Já ao abrigo do direito vigente na época pré-codicística, postulava o mesmo Autor [cf. o seu estudo «Justa causa e esfera privada», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 35-91 — *vd.*, in *casu*, p. 51] que a melhor interpretação do n.º 1 do art. 80.º do Código Civil (segundo o qual «[t]odos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem») seria aquela que abrangesse, quer o acesso, quer a divulgação da informação, não podendo, por conseguinte, afirmar-se que do texto do mesmo artigo resultaria uma implícita permissividade do acesso à informação atinente à vida privada do trabalhador, de guisa «livre e ilimitada» (expressão de GUILHERME MACHADO DRAY, no estudo e página citados), apenas se vedando a sua divulgação. O sentido seria bem outro: por princípio, interditar-se-iam ambas as coisas, sendo, não obstante, possível o trabalhador permitir, em casos pontuais, o acesso à informação, o que, de resto, não traria consigo uma permissão de divulgação.

⁽¹⁸⁾ Como afirma RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, a «(...) ampliação da tutela civil do ser e da vida privada de cada indivíduo não é incompatível com a existência aí de diversos **círculos** concêntricos de reserva, dotados de maior ou menor eficácia jurídica, particularmente de garantias mais ou menos profundas (...)» (cf. o seu *O Direito Geral...*, cit., p. 826 — sublinhado no original).

⁽¹⁹⁾ Para uma descrição da *Sphärentheorie*, cf. DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, «O direito...», cit., sub 1.2 (realçando, em nota, a controvérsia que a doutrina portuguesa manifesta a propósito, nomeadamente quanto à distinção das esferas «íntima» e «privada»), e GUILHERME MACHADO DRAY, «Justa causa...», cit., pp. 48-49. DAVID DE OLIVEIRA FESTAS critica a formulação constante do art. 16.º do Código do Trabalho, ressaltando a confusão terminológica que nela pode verificar-se (com efeito, se a esfera íntima é, por definição, sempre pessoal, já a inversa não é verdadeira...) — cf., uma vez mais, o seu estudo citado, sub 3.2.

⁽²⁰⁾ Cf. GUILHERME MACHADO DRAY, *Direitos de Personalidade...*, cit., p. 72.

reserva da intimidade da vida privada não é uniforme e não segue padrões absolutos: a reserva deve ser definida consoante a natureza do caso, sendo legítima a adopção de diferentes concretizações em função do tipo de actividade laboral e do grau de subordinação do trabalhador (...)(²¹).

2. Informática e reserva da intimidade da vida privada: contornos de um dificultoso equilíbrio

Quando curamos de informática, remetemos, sobretudo, para a Internet, e para o imenso potencial que a mesma encerra. A possibilidade de qualquer pessoa, usando um computador, poder, pelas mais diversas formas (*sites*, «blogs», «redes sociais», etc.), partilhar informação, exprimir a sua opinião, contactar outrem, ainda que encontrando-se as partes em diálogo nos antípodas, é verdadeiramente impressionante(²²).

Pois bem: à mais ampla capacidade armazenadora e difusora da informação veio, indubitavelmente, a informática juntar, no pólo oposto, um sem-número de intrigantes problemas. Com efeito, não podemos deixar de manifestar certa apreensão quando pensamos no facto de, em determinados sistemas ou bases de dados, poderem estar armazenadas informações que, uma vez concatenadas, darão, de cada um de nós, um «retrato» minucioso e de altíssimo pormenor, quase sendo pensável determinar os «caminhos» por que certo indivíduo andou durante vários meses: que estabelecimentos frequentou, quanto pagou, se utilizou certos meios de transporte, quais os itinerários neles percorridos, qual o seu emprego, quantas vezes foi ao médico, que medicamentos lhe foram prescritos e quais os exames que realizou, etc.(²³).

De qualquer modo, a informatização é uma realidade que está aí, que se nos impõe, que se afigura, hodiernamente, como algo absolutamente necessário para o bom funcionamento de vários aspectos conaturais à vida societária (mormente, na gestão da *res publica*, na máquina administrativa, sendo evidente o seu alto contributo para uma desejável desburocratização

(²¹) Cf. GUILHERME MACHADO DRAY, *últ. ob. cit.*, p. 75.

(²²) Cf. JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, «As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista», in *Direito Penal da Comunicação — Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 143-177 (p. 152).

(²³) Veja-se, a propósito, o que já há quase quarenta anos dizia MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema...*, *cit.*, p. 19 (palavras que mantêm flagrante actualidade!). Cf., também, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 45-47.

e simplificação de procedimentos)⁽²⁴⁾. Eis as razões por que dela se não poderá prescindir.

Pese embora a evolução tecnológica seja um verdadeiro «dato adquirido», não poderemos, por outra banda, arredar a alta importância de que se reveste o estabelecimento, com contornos minimamente nítidos e seguros, de certos limites inultrapassáveis, que salvaguardem aquela plêiade de valores ínsitos à dignidade da pessoa humana — aí se incluindo, por certo, os direitos fundamentais/de personalidade, e, como seria expectável, o por nós já sumariamente analisado direito à reserva da intimidade da vida privada. Se quisermos sintetizar estas ideias, diremos que o *punctum crucis* de todo este «dilema» residirá num preciso «compromisso» entre a expansão tecnológica e a salvaguarda dos mais elementares direitos inerentes ao ser humano, à pessoa *qua tale*⁽²⁵⁾. Com efeito, a informática nunca deverá ser encarada como um fim em si mesma, mas apenas como uma ferramenta auxiliadora do Homem no seu viver quotidiano.

Os primeiros problemas — inclusive de índole jurídica (ou, talvez melhor, sobretudo de índole jurídica...) — que despontaram neste campo tiveram que ver com o problema da concentração e armazenamento de dados em sistemas informáticos. De facto, desde cedo se anteviu que, embora o recurso a semelhante tecnologia pudesse configurar-se como preciosa ferramenta auxiliadora e facilitadora de um sem-número de procedimentos, com os consequentes ganhos de tempo e dinheiro, uma superlativa aglomeração de dados pessoais poderia, eventualmente, comportar sérios riscos de intromissão na privacidade alheia, mormente quando alguém recorresse a métodos de concatenação desses elementos (*rectius*, «cruzamento de dados», como frequentemente se diz) com fins menos lícitos. Por isso se entendeu ter o indivíduo um direito de acesso aos dados que lhe dizem directamente respeito, bem como, correlatamente, um direito a exigir a sua alteração, caso os mesmos ostentem incorrecções ou incongruências — isto para além de, obviamente, ser patente a necessidade de definição de mecanismos de protecção de dados, que dêem aceitáveis e curialmente sólidas garantias de segurança⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Palavras de JORGE BACELAR GOUVEIA: «(...) os benefícios que a sua utilização [da informática] oferece apresentam-se tão significativos que seria já impensável levar a cabo certas tarefas sem o seu precioso auxílio. A revolução informática marcou (...) decididamente uma nova era na evolução da Humanidade (...)» (cf., deste Autor, «Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991-III, pp. 699-732 [p. 700]). Cf., outrossim, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, cit., pp. 2-3.

⁽²⁵⁾ Sobre o ponto, cf., outrossim, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema...*, cit., pp. 20-21.

⁽²⁶⁾ Para uma mais desenvolvida perspectiva acerca das ideias que ficam expostas (aliás,

No plano jusconstitucional, cabe salientar que Portugal assumiu, neste ponto, um papel que pode dizer-se, de certo modo, pioneiro, pelo menos no que toca à forma por que tal assunto recebeu consagração na nossa Lei Fundamental⁽²⁷⁾. De facto, logo na sua versão originária, o art. 35.º da Constituição da República Portuguesa (o qual, compete realçar, se insere no título respeitante aos «direitos, liberdades e garantias») consagra o direito de acesso dos cidadãos aos dados que lhes dissessem respeito, bem como a faculdade de exigirem a sua rectificação ou actualização (n.º 1). A mais disso, interditava-se o tratamento de dados que bulissem com «convicções políticas, fé religiosa ou vida privada», salvo se se tratasse de dados não identificáveis e com meros fins estatísticos (n.º 2), vedando-se ainda a atribuição de um número nacional único aos cidadãos (n.º 3). A redacção vigente (introduzida pela revisão constitucional de 1997, após várias outras alterações advenientes das revisões constitucionais de 1982 e 1989)⁽²⁸⁾ mostra-se, como seria expectável, bastante mais abrangente, prevendo, para além dos direitos que já constavam do antigo n.º 1, o direito ao conhecimento da finalidade a que se destinam os dados pessoais recolhidos. O n.º 3, que recolheu, *grosso modo*, a matéria do anterior n.º 2, também conta com um espectro mais amplo, prevendo as situações em que o titular das informações venha a dar o seu consentimento — expresso — ao tratamento informático das mesmas (ou, outrossim, em que haja autorização legalmente prevista, com garantias de não-discriminação). Proíbe-se expressamente (n.º 4) o acesso de terceiros, «salvo em casos excepcionais previstos na lei»⁽²⁹⁾.

No que à lei ordinária tange, o nosso país conheceu, após uma primeira experiência, de carácter mais genérico, em 1973 (Lei n.º 3/73, de 5 de Abril), a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, a qual veio suprir uma notória inércia

dando conta de inúmeras questões, altamente problemáticas, que tudo isto suscita), *vd.* MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema...*, *cit.*, pp. 29, ss. *Vd.*, também, JORGE BACELAR GOUVEIA, «Os direitos fundamentais...», *cit.*, pp. 701-702 e *passim*.

(27) Cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema...*, *cit.*, p. 27, e JORGE BACELAR GOUVEIA, «Os direitos fundamentais...», *cit.*, p. 706.

(28) As redacções que este artigo conheceu até à revisão constitucional de 1989 podem ver-se em JORGE BACELAR GOUVEIA, «Os direitos fundamentais...», *cit.*, pp. 703-705.

(29) Haveremos de entender este preceito com a latitude bastante para admitir que, evidentemente, se não repudia, *in limine*, toda e qualquer intervenção de terceiros — porquanto semelhante interpretação se mostraria claramente excessiva, vedando o acesso à informação até por banda dos funcionários que têm por missão lidar com ela, no seu trabalho administrativo. Terá sido esta, porventura, uma das razões que conduziram ao acrescentamento da expressão «salvo em casos excepcionais previstos na lei». Cf., já em face da redacção resultante da revisão constitucional de 1989, JORGE BACELAR GOUVEIA, «Os direitos fundamentais...», *cit.*, p. 722.

do legislador, aliás suscitadora de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, por banda do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 182/89).

O diploma de 1991, especificamente direccionado para a «protecção de dados pessoais face à informática», como constava da sua epígrafe, proclamava, logo no seu art. 1.º, que «[o] uso da informática deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada e familiar e pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão». Previa especiais preceitos que haveriam de presidir à recolha de dados de índole pessoal, contendo um capítulo — o capítulo VI — consagrado aos «direitos e garantias individuais», e postulava a criação da Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados (CNPDP)(³⁰), «(...) com a atribuição genérica de controlar o processamento automatizado de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei» (cf. art. 4.º, n.º 1)(³¹).

Posteriormente, viria a dispor sobre tal matéria a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro — resultante, ademais, da transposição, para a ordem jurídica interna, de uma directiva comunitária tangente à protecção dos dados pessoais, mormente quanto ao seu tratamento e livre circulação (Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995) —, recentemente revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto, também ela determinada pela necessidade de dar execução, na ordem jurídica interna, ao Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016 — o tão famigerado Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados (RGPD). Não curaremos de dissecar mais profundamente sobre o ponto, na medida em que tal nos levaria muito longe. Fique, pois, tão-só, esta nótula.

Passando agora directamente ao universo juslaboral, sempre diremos que o Código do Trabalho, na versão vigente, lança já alguma luz quanto às questões da utilização de meios informáticos e, bem assim, da protecção de dados pessoais do trabalhador. E fá-lo, precisamente, na subsecção relativa aos «direitos de personalidade», a par, pois, com o já referido art. 16.º, relativo ao direito à reserva da intimidade da vida privada.

(³⁰) Hoje designada CNPD — Comissão Nacional de Protecção de Dados, por força da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (designação que a Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto, manteve). Cf., outrossim, a Lei n.º 43/2004, de 18 de Agosto, na sua versão actual.

(³¹) Com a revisão constitucional de 1997, alguns dos preceitos inclusos nesta lei foram transpostos para a redacção do art. 35.º do texto constitucional — caso frisante do n.º 1 do art. 11.º da mesma —, tendo havido uma densificação da formulação progressivamente ostentada pela Constituição.

Pois bem: o art. 17.º preceitua, desde logo, no seu n.º 1 que o empregador não poderá exigir ao trabalhador (ou candidato a trabalhador) informações que digam respeito à sua vida privada, a menos que estas se perfilhem absolutamente necessárias *in casu*, devendo, em consonância, ser prestada, por escrito, a respectiva fundamentação. Repare-se em que, sempre que informações dessa índole hajam sido fornecidas, o trabalhador (ou candidato a trabalhador, repete-se) goza do direito de controlo dos seus dados pessoais, sendo-lhe sempre possível tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam e, por outro lado, exigir a sua rectificação e actualização (n.º 3 do mesmo artigo). É de salientar, também, o n.º 4, que sujeita à legislação tangente à protecção de dados pessoais os ficheiros e acessos informáticos que o empregador venha a utilizar para tratamento dos dados pessoais do trabalhador.

De tomo se antolha ainda o art. 22.º, que contém uma importante disposição acerca do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo de mensagens de cariz pessoal e ao acesso a informação de teor não profissional que o trabalhador venha a enviar, receber ou consultar, sobretudo por correio electrónico (n.º 1), sem embargo de ser lícito à entidade empregadora o estabelecimento de regras de utilização dos meios de comunicação presentes na empresa (*maxime*, precisamente, do *e-mail* — n.º 2 do mesmo artigo)⁽³²⁾.

Eis, pois, aquilo que, em matéria de protecção de dados e utilização de meios informáticos, o Código do Trabalho contém. Regulamentação que, muito embora logre abarcar certos pontos de candente relevo, ainda se queda, noutros, por uma parcimónia evidente a todas as luzes.

3. Reserva da intimidade da vida privada, trabalhador e... «redes sociais»: um equilíbrio (im)possível?

Muitas das coordenadas de análise que ficaram expostas *supra* são, de certa forma, complexificadas quando introduzimos, neste polinómio, o elemento «redes sociais».

O conceito de «rede social» não é novo — a sua essencialidade, com efeito, já de há muito é estudada por ciências como a Sociologia e a Antro-

⁽³²⁾ O Código do Trabalho dedica, também, alguns preceitos à protecção de dados biométricos do trabalhador (art. 18.º) e, bem assim, à utilização, pela entidade empregadora, de meios de vigilância a distância (arts. 20.º e 21.º) — assuntos a merecer, aliás, uma demorada reponderação em face do novo RGPD. Disso não curaremos aqui.

pologia. Ademais, não nos será dificultoso compreender que uma pessoa, inserida numa multiforme e heterogénea *societas*, campeando pela afirmação do seu «eu», haja de estabelecer, à medida que vai trilhando os caminhos da existência, as mais diversas relações com outros, distintos indivíduos que, de igual maneira, vão prosseguindo a sua epopeia. Como é óbvio, a inter-relação societária é algo de conatural ao ser humano, algo que constitui, a bem dizer, uma parte fundamental e ineliminável do conjunto da sua personalidade. Por isso, antolha-se muito natural a formação de «redes sociais», em um sentido similar àquele que, de guisa mal-amanhada, vimos de expor⁽³³⁾.

Relativamente recente se afigura, todavia, este hábito, cada vez mais disseminado, de cultivar «redes sociais» num mundo... digital^(34/35). E os problemas por elas suscitados não lograram, até agora, de todo em todo, soluções completamente satisfatórias — quiçá pela precisa razão de que apenas com o correr do tempo, e uma vez queimados todos (ou quase todos...) os cartuchos do inicial fulgor da novidade estrepitosamente revelada, se vieram a descobrir, com a «nudez forte da verdade» (como diria o insigne Eça de Queiroz), as grandes e profundas implicações — as mais delas, de inegável relevo jurídico — da utilização destas formas de comunicação interpessoal e de inter-relação societária.

O primeiro problema de tomo que, porventura, se nos poderá colocar a propósito tem que ver com a compaginação que se possa fazer entre a utilização de «redes sociais» e o por nós já analisado direito à reserva da intimidade da vida privada.

Aqui se digladiam, em boa verdade, duas tensões opostas e contraditórias do indivíduo: por um lado, nós apenas somos em interconexão com

⁽³³⁾ Cf. TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 52-54.

⁽³⁴⁾ Preferimos muitíssimo o designativo «digital» ao de «virtual», apesar de este último haver logrado uma confrangedora consagração, a qual se traduz — a nosso ver — num claro aborto etimológico-linguístico.

⁽³⁵⁾ Abstemo-nos, prudentemente, de avançar uma definição nossa de «rede social». Por isso, pedimos de empréstimo a noção que nos dá MARIA REGINA REDINHA, no seu artigo «Redes sociais: incidência laboral (primeira aproximação)», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Setembro/Dezembro de 2010, Centro de Estudos Judiciários/Coimbra Editora, pp. 33-44 (p. 33): «(...) uma aplicação internet [sic], qualificável como *medium social*, que permite a criação de conteúdos gerados pelos utilizadores e se destina a congregar, em regra por multiplicação, comunidades virtuais assentes na partilha de informações, interesses e actividades (...)». Como salienta, e bem, a Autora, é, por vezes, duvidoso o carácter de «socialidade» destas redes, porquanto se afigura simples e fácil a criação de «perfis» fictícios ou distorcidos, emanadores de uma imagem individual que não tem correspondência com a realidade, sendo, outrossim, frequentes *fora* de expressão das mais diversas tendências anti-sociais (cf. o estudo citado, p. 33, bem como TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 56-57). *Vd.*, igualmente, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, pp. 5-7.

os demais, até porque o exacto oposto — um solipsismo exacerbado, por exemplo — conduz, irremediavelmente, à alienação societária, à segregação (se quisermos empregar um termo mais acerbo); por outro lado, mesmo a vida em sociedade reclama momentos de introspecção, em que o sujeito possa «voltar-se para dentro de si mesmo», em um necessário — e mesmo salutar e higiénico — esforço de auto-análise e reflexão. E, como perfeitamente sabemos, até pela experiência própria de todos os dias, a tarefa de traçar nitidamente a fronteira entre estas duas faces contraditórias, mas ambas elas constitutivas do «eu», é por demais complexa, razão que conduz à confusão que amiudadamente se pressente neste aspecto⁽³⁶⁾. Pois bem: há vezes — e não são tão poucas como se possa pensar... — em que o sujeito, embora tenha para si que determinado acto ou modo de proceder se reveste, indubitavelmente, da inexpugnável armadura da privacidade (ou da intimidade, se quisermos), acaba, se objectivamente analisarmos os factos, por actuar para além dessa fronteira que aparta a sua vida privada da sua vida pública. É dizer: a confusão entre a «esfera privada» (e mesmo a «esfera íntima») e a «esfera pública» da vida do indivíduo é frequentíssima, tão frequente que daí recorrentemente advêm situações de fúlgura problematicidade. Tal o caso, a nosso ver, das «redes sociais».

A magna questão, pois, que aqui se coloca é esta: como poderemos dizer que alguém tem direito a ver respeitada a reserva da intimidade da sua vida privada quando é esse exacto indivíduo o responsável pela partilha, com um conjunto mais ou menos alargado de destinatários, de informação que, por diversas vezes, bole com aspectos do foro pessoal ou particular?

É, porém, evidente que isto se não pode reconduzir a tão seca e singela formulação. Por detrás da aparente evidência do problema escondem-se *nuances* várias e intelectualmente desafiantes, a reclamarem, por certo, uma maturada actividade de excogitação de possíveis respostas.

Com efeito, há que ter presente que o «normal» utilizador das «redes sociais», quando intenta fazer uso deste meio comunicacional, nem sequer atenta devidamente nas respectivas definições de privacidade, limitando-se a partilhar dados com base nas opções predefinidas⁽³⁷⁾. E tal predefinição vai, não raras vezes, no sentido de uma publicidade relativa-

(36) Vejam-se as iluminantes palavras de JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, em «O direito penal, a informática e a reserva da vida privada», in *Direito Penal da Comunicação — Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 63-82 (pp. 65-66).

(37) Assim, também, MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, pp. 40-41, *maxime* nota 22.

mente lata, facto de que, amiúde, os utilizadores se não aperceberão. Mas será mesmo que se não apercebem?

Aqui está algo que temos de ponderar, pois que se cura de aspecto que, se bem vemos, chama a si uma grande relevância, até mesmo no âmbito juslaboral. Será que, de facto, o utilizador de uma «rede social», quando partilha informações, exhibe traços característicos da sua vida privada, não terá uma mínima percepção de que o está (ou poderá estar) fazendo perante um universo plúrimo, de latitude, por vezes, não inteiramente cónita? Não terá ele, até, um certo desejo de assim proceder, satisfazendo, porventura, as naturais motivações egoísticas (de exibição pessoal, até de envidamento) que irremediavelmente povoam o ser humano? É algo a que, evidentemente, não será possível responder generalizada e seguramente, mas que será interessante — mais do que isso: importante — averiguar casuisticamente, a propósito das situações que forem surgindo nos nossos tribunais. Quer-nos parecer que este aspecto — o verdadeiro *animus* de exhibir factos respeitantes à vida privada, ou a mera consciência ou percepção disso — será uma peça-chave para a solução de várias controvérsias, como adiante tentaremos concretizar melhor.

Daqui passamos para um outro ponto: supondo que o utilizador até teve plena consciência de que as informações que partilhava na «rede social» seriam vistas por diversos destinatários, ou admitindo mesmo, por hipótese, que nesse sentido ele configurou as suas definições de privacidade, será possível vir ele, *a posteriori*, em situação de litígio, arguir o carácter privado das mesmas? Dizendo de outra forma: poderá ele valer-se do seu direito à reserva da intimidade da vida privada?

Propendemos, aqui, para uma solução negativa. De facto, se alguém, com uma mínima consciência do seu proceder, intenta colocar informações em um espaço — mesmo do universo «digital» — que sabe poder ser visualizado por outros (*rectius*, por um universo interpessoal de dimensões verdadeiramente incomensuráveis), antolha-se-nos que uma futura arguição, pelo mesmo sujeito, do seu direito à reserva da intimidade da vida privada, à luz, desde logo, do preceituado no art. 80.º do Código Civil, constituirá, para secundarmos o eminente parecer de Faria Costa, a propósito de questões similares, um autêntico *venire contra factum proprium...*⁽³⁸⁾. Parafraseando Menezes Cordeiro, «(...) [o] titular que aceite restringir um seu direito não pode, depois, apelar à Constituição (...)»⁽³⁹⁾.

(38) Cf. JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, «O direito penal...», *cit.*, pp. 70-71.

(39) Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra,

Mas mais uma vez realçamos que, na prática, as questões a resolver se não reclamarão de tamanha linearidade. Muitas vezes, as pessoas não houveram esse ensejo de configurar as suas definições de privacidade, ou, pura e simplesmente, nem sequer delas desconfiavam... Ou então, por outra banda, supunham estar a compartilhar informação apenas com os seus «amigos» naquela «rede social»...(40). Ou, ainda, na sua concepção pessoal, muito própria, aquela concreta forma de actuar não extravasaria a sua noção de «privacidade»...(41). Tudo isto a impor, como se vê, uma adequada ponderação casuística por banda do julgador, o qual, perante a factualidade concreta, será a pessoa mais bem posicionada para aquilatar dos contornos, mais ou menos exactos, do caso *sub iudice*.

Até poderíamos — é um alvitre que nos pareceu, em certo sentido, plausível — aventar, a este propósito, uma eventual limitação voluntária de direitos de personalidade: *in casu*, do direito à reserva da intimidade da vida privada, com base no art. 81.º do Código Civil. Restaria, depois, avaliar se, na situação concreta, os requisitos de admissibilidade de tal limitação se achariam cumpridos(42).

1998, pp. 19-37 (p. 31). Cf., outrossim, e exactamente sobre o assunto de que curamos, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, p. 91. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30-10-2013 (Proc. n.º 1087/12.9TAMTS.P1; Relatora: Eduarda Lobo), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>, chegou a considerar «meio de comunicação social» uma página da conhecida «rede social» Facebook, quando aberta ao acesso público.

(40) Poder-se-ão aplicar aqui (translatamente, é certo, desde já o ressaltamos de forma muito clara) as considerações, *v.g.*, de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA (*O Direito Geral...*, *cit.*, pp. 336-337), quando nos distingue «pessoas de confiança no sigilo» e «terceiros»? Expliquemo-nos. Será pensável equacionar, por exemplo, no âmbito das «redes sociais», uma distinção entre os «amigos» do utilizador, que poderão ter acesso à informação veiculada, mas a quem será já vedada a divulgação da mesma, dos demais utilizadores, alheios àquele, que, por qualquer motivo, vêm a ter acesso a essas informações de guisa indevida? Tal possibilidade parece-nos revestir algum interesse, embora antolhe-mos uma certa insuficiência da sua aplicação a esta nova realidade, pois que, como bem sabemos, as «redes sociais» acabam por ter uma vocação de publicização, sendo, as mais das vezes, absolutamente simples a forma de «fazer amigos» e de, portanto, divulgar, em maior ou menor escala, aquilo que se lá coloca. O facto de apenas se pretender exibir certo conteúdo ante «amigos» não vem a ser penhor bastante de confinamento da informação a um restrito círculo. Mas será, porventura, de examinar melhor a situação da divulgação, de formas pouco aceitáveis, de determinados dados destinados a «amigos», quando sejam eles propalados inescrupulosamente por banda destes. Só que, aí, coloca-se a questão de saber: será que o utilizador se não apercebeu de semelhante possibilidade, quando lá postou a informação? Ou será que chegou a figurá-la, e com ela se conformou? Haverá responsabilidade eventualmente assacável aos receptores-retransmissores da informação? São problemas que deixamos em aberto.

(41) Alertando-nos para a variabilidade — até mesmo temporal — da noção de privacidade, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O problema...*, *cit.*, pp. 13-17 (*maxime*, p. 16).

(42) Cf. art. 280.º do Código Civil. Sobre a eventual possibilidade de renúncia ao direito à reserva da intimidade da vida privada e os problemas que a mesma suscita (dando como exemplo ilustrativo o caso da participação em *reality shows*), *vd.* o estudo de BENEDITA MAC CRORE «Renúncia (A) ao

Perante o exposto, pergunta-se: onde fica, no meio de tudo isto, o trabalhador? Sim, como fica o trabalhador que recorre, por exemplo, a uma «rede social» para exprimir os seus desabafos, o seu descontentamento em relação ao local e ao ambiente de trabalho, e que, exorbitando dos naturais limites do bom senso, lança objurgatórias, nos termos mais soezes, à sua entidade empregadora?

Como já havemos ensejo de frisar, deveremos, também aqui, ter em conta diversos factores atinentes a toda a envolvência do caso concreto, a reclamarem, *sine dubio*, uma adequada ponderação casuística por banda do julgador⁽⁴³⁾.

Assim é que, por um lado, deveremos tentar indagar sobre qual a susceptibilidade de difusão da informação partilhada pelo trabalhador — pois que, mesmo nas «redes sociais», é possível distinguir diversos níveis de privacidade, e até mesmo funcionalidades díspares. Os utilizadores de algumas das mais «badaladas» dessas redes não ignoram que elas possuem, entre outros aplicativos, um *chat*, onde é possível a troca de mensagens de cariz particular. Mas também é verdade que o utilizador poderá expor e partilhar informação na sua página ou «perfil público», de acordo com níveis diferenciados de privacidade. Cremos, por isso, haver necessidade de proceder a uma destriça: as mensagens trocadas por meio de *chat* ou aplicativo similar, porque revestindo-se, em princípio, de uma acrisolada feição de privacidade (inserindo-se, porventura, na «esfera privada» de que falávamos há pouco), deverão merecer, se bem vemos, a tutela cabida às mensagens de correio electrónico (*e-mail*)⁽⁴⁴⁾, antolhando-se-nos esta hipótese perfeitamente enquadrável no disposto no art. 22.º, n.º 1, do Código do Trabalho (o qual, ademais, se refere ao «conteúdo das mensagens de natureza pessoal», expressão que reputamos de suficiente amplitude para abranger, outrossim, aquelas mensagens, pessoais, trocadas por meio de um *chat*, ainda que este se insira num mais vasto conjunto de funcionalidades ínsitas a determinada «rede social»); coisa diferente se passará quanto às informações constantes do «perfil público» do utilizador⁽⁴⁵⁾.

direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», in JORGE BACELAR GOUVEIA (Dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, 2007, pp. 618-642, e bibliografia aí citada.

(43) Postulando, igualmente, a necessidade de uma adequada ponderação casuística em situações deste jaez, cf. TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, p. 86.

(44) Sobre a tutela (no âmbito juslaboral) cabida às mensagens de correio electrónico de cariz pessoal, *vd.*, por todos, o interessante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-07-2007 (Proc. n.º 07S043; Relator: Mário Pereira), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

(45) Convergentemente, se bem vemos, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, pp. 49-50, 75 e 76-77, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*,

No que concerne a estas últimas, será de bom aviso proceder a uma avaliação situacional que procure lançar luz quanto a estes pontos: nível de privacidade previamente definido pelo utilizador; existência (ou não) de uma *voluntas* no sentido da ampla publicitação de determinada informação, ou, por outro lado, mera consciência ou percepção da eventualidade de isso se verificar; universo de destinatários, e possibilidade de difusão mais alargada da informação partilhada também por banda destes; lesão efectivamente causada à entidade empregadora ou violação de deveres insitos à relação de trabalho.

De facto, será mister averiguar se o trabalhador procedeu no sentido de partilhar a informação com um vasto leque de destinatários ou se, pelo contrário, apenas a quis dirigir a um grupo selecto. Em qualquer dos casos,

pp. 88-90, e o importante (e sumamente bem fundamentado) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08-09-2014 (Proc. n.º 101/13.5TTMTS.P1; Relatora: Maria José Costa Pinto), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>, aresto no qual, entre outras considerações de grande valia, se distingue o «perfil público» na «rede social» *Facebook* de um «grupo», posto que «privado», mas com... cerca de 140 membros, todos inerentes a uma mesma entidade empregadora, em que mensagens contendo afirmações e imputações desabonatórias para esta última iam sendo lançadas, com grande virtualidade, pois, de potenciação da sua difusão, porquanto, ao contrário do que aduzia o recorrente no caso em questão, o facto de curar-se de um «grupo privado» não obstava a que as informações aí vertidas conhecessem mais ampla divulgação, pelo que nunca poderia aplicar-se a tal situação a tutela constante do art. 22.º, n.º 1, do Código do Trabalho. Considerando como inerente à vida privada da trabalhadora (embora com fundamentos diversos dos que apresentamos em texto, assentando, tão-somente, no facto de tratar-se de uma conduta extralaboral, exercida fora do horário e do local de trabalho, posto que com reflexos no aspecto profissional) uma mensagem por ela endereçada, através da aplicação de *chat* do *Facebook*, a uma aluna do estabelecimento onde a mesma exercia a sua actividade profissional, contendo formulações desprimorosas para esta última, *vd.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-07-2019 (Proc. n.º 15070/18.T8LSB.L1-4; Relatora: Filomena Manso), também disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>. A propósito (posto que referindo-se às mensagens trocadas por meio de programa de mensagens instantâneas — vulgo, *Messenger* —, mas aplicável ao nosso caso, *mutatis mutandis*), *cf.*, outrossim, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «Controlo do *Messenger* dos trabalhadores: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 91 e 92, Janeiro/Abril e Maio/Agosto de 2012, Centro de Estudos Judiciários/Coimbra Editora, pp. 135-142 (pp. 141-142, bem como o sumário do mesmo acórdão, a pp. 135-136). Ainda no sentido para que propendemos, *vd.* (apesar de não incidirem, propriamente, sobre matéria laboral, mas curando de problemas suscitados pela utilização da conhecida «rede social» *Facebook*) os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 13-04-2016 (Proc. n.º 471/15.0T9AGD-A.P1; Relator: Renato Barroso) — neste se classificando expressamente, aliás, o conteúdo vertido em mensagens (tipo *chat*) do *Facebook* como «comunicação semelhante a correio electrónico» — e do Tribunal da Relação de Coimbra de 13-11-2013 (Proc. n.º 321/11.7TAPMS.C1; Relator: Frederico Cebola) — em que claramente se diz que as mensagens privadas, endereçadas a destinatários determinados, posto que através da correspondente ferramenta disponibilizada pela «rede social» *Facebook*, não têm aptidão para facilitar ou promover a sua divulgação num espectro mais amplo, o que sucederia se, inversamente, tal conteúdo houvesse sido plasmado num «mural» da mesma «rede social», com acesso livre e irrestrito —. Ambos estão também disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/>>.

teremos de perguntar se ele, porventura, haverá figurado a hipótese de, mesmo que não desejasse dar à informação ali postada uma divulgação por demais ampla, poder, eventualmente, a mesma conhecer uma difusão em escala considerável. Aliás, temos mesmo de questionar se não foi intenção do trabalhador proceder, à partida, no sentido de uma lata publicitação da informação. Para além disso, há que ponderar a hipótese de os destinatários desses dados virem, de *motu proprio*, a propalá-los, muito para além do círculo de receptores inicialmente definido⁽⁴⁶⁾. Ao cabo de tudo, deveremos perguntar: houve prejuízo causado à entidade empregadora, ou registou-se, com semelhante conduta, violação de deveres ínsitos à concreta relação de trabalho?

Por nossa banda, tendemos a admitir que, caso um trabalhador venha a adoptar uma conduta injuriosa ou difamatória relativamente à respectiva entidade empregadora, por meio da utilização do seu «perfil público» numa rede social, poderá haver motivo para a aplicação de eventuais sanções disciplinares, conformemente à gravidade do seu proceder⁽⁴⁷⁾. Com efeito, se de tal conduta resultar prejuízo para a imagem ou o bom nome da

⁽⁴⁶⁾ Em idêntico sentido, segundo nos parece, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 86-88 e 91. *Vd.*, quanto a este ponto, o interessante Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-09-2014 (Proc. n.º 431/13.6TTFUN.L1-4; Relator: Jerónimo Freitas), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>, em que, muito acertadamente, se pondera a vera significação do conceito de «amigos» numa rede social, não considerando — e bem — que se integre na esfera privada do trabalhador uma publicação injuriosa e difamatória da sua entidade empregadora, posto que a mesma, por hipótese, haja sido apenas colocada como visível a «amigos» do seu autor no *Facebook*, pois que estes, como é fácil de ver, poderiam, ainda que existisse tal parametrização da conta, difundi-la, por sua vez, ante mais vasto auditório (e, no caso em referência, com a agravante de o trabalhador ter rematado o seu texto com a expressão «PARTILHEM AMIGOS» [*sic*], que pouca margem deixa para dúvidas...).

⁽⁴⁷⁾ Deixando algumas ideias sobre o eventual carácter público ou privado das «redes sociais», *vd.* MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, pp. 40-43, bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-11-2018 (Proc. n.º 4053/15.9T8CSC.L1.S2; Relator: Júlio Gomes), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>, que tange, posto que apenas superficialmente, tal ponto. E quando o trabalhador lance juízos difamatórios sobre a entidade empregadora por meio de um «perfil falso» (vale por dizer, escondendo a sua verdadeira identidade sob um nome fictício)? Apurando-se a sua identidade, nada obstará a que valham os considerandos que, de seguida, vertemos em texto. Havendo a utilização de um «perfil falso», na situação descrita, como facto particularmente grave — por contrário, desde logo, à boa-fé que deve pontuar o cumprimento do contrato de trabalho — e justificativo, a juntar ao carácter difamatório das afirmações produzidas, de despedimento com justa causa, *vd.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 30-01-2014 (Proc. n.º 8/13.6TTFAR.E1; Relator: José Feteira), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>, no qual, todavia, nos não é possível destrinçar perfeitamente as situações em que o trabalhador em questão recorreu a mensagens privadas, através da funcionalidade de *chat* do *Facebook*, e aquelas em que haverá produzido mensagens que publicou em «perfis» da mesma «rede social», distinção que, em nosso entendimento, talvez contribuisse para mais perfeitamente aquilatar do grau de publicidade da sua conduta — e, conseqüentemente, da extensão do dano causado à reputação e ao bom nome da entidade empregadora.

entidade empregadora, com eventuais repercussões até mesmo junto do público, atento o acendrado quilate de difusão que a informação pode conhecer nas «redes sociais»⁽⁴⁸⁾, isso configurará, decerto, uma violação clara dos deveres conaturais ao estabelecimento da relação juslaboral, não apenas ao arrepio do art. 128.º, n.º 1, alínea *f*), do Código do Trabalho (dever de lealdade para com o empregador, que, neste caso, pensamos ser afectado) — e até mesmo do art. 128.º, n.º 1, alínea *a*), do mesmo Código (porquanto, adoptando o trabalhador uma conduta injuriosa ou menos própria, inadimpe o seu dever de urbanidade e probidade) —, como também dos chamados «deveres acessórios de conduta», pois que, *in casu*, actuou o trabalhador em sentido oposto a estes (designadamente, ao princípio da boa-fé)⁽⁴⁹⁾.

Assim sendo, será legítimo pensar-se no despedimento com justa causa, como eventual sanção cabível a semelhantes comportamentos? Tudo isso dependerá, cremos, da percepção que haja de fazer-se do caso decidendo. Porém, dir-se-á, por nosso turno, que deveremos, aqui, ter em consideração o carácter fiduciário da relação juslaboral. Posto que não ignorando as reservas com que a generalidade da doutrina portuguesa tende, hoje, a encarar a questão da confiança na pessoa do trabalhador como uma das notas características do contrato de trabalho⁽⁵⁰⁾, sempre afirmaremos que, no nosso modesto entendimento, esse ponto não poderá ser postergado na sua integralidade. Com efeito, nem só nos cargos de chefia ou liderança haverá necessidade de apelar para o carácter fiduciário.

(48) E todos nós sabemos que esta possibilidade não é mera *blague*, nem sequer um mais imaginoso vislumbre de visionário... *Vd.* MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, pp. 34-35, mas também PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, pp. 56-57.

(49) É evidente que isto nos não desonera — como, de resto, bastante temos realçado — de uma adequada e criteriosa consideração do caso concreto, mormente para lograr traçar, com um mínimo quilate de nitidez, a fronteira entre a liberdade de expressão do trabalhador e o ilícito traduzível em uma conduta injuriosa e/ou difamatória relativamente à sua entidade empregadora. Sobre quanto vimos de dizer, *vd.* novamente o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 08-09-2014 (Proc. n.º 101/13.5TTMTS.P1; Relatora: Maria José Costa Pinto), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>. Sobre o interessante caso de uma ex-trabalhadora que, através de comentário inserto no «perfil público» da sua antiga entidade empregadora no *Facebook*, dirige a esta afirmações de cariz difamatório — visíveis, dessarte, a um largo espectro de pessoas —, *vd.* ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21-03-2017 (Proc. n.º 373/14.8T9STR.E1; Relator: Alberto Borges), igualmente disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

(50) Acerca da consideração (ou não) da nota fiduciária como um dos elementos caracterizadores do contrato de trabalho, *cf.*, *v.g.*, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho — Vol. I — Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 86-89, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 288-290, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 520, e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 65-66.

Havê-la-á, aí, mais intensamente⁽⁵¹⁾. Mas não cremos que, na relação da entidade empregadora com um trabalhador «comum», seja de afastar *in limine* este aspecto: não dizemos que venha ele a ser considerado determinante; pretendemos, sim, que situações há em que a relação de confiança entre as partes fica de tal maneira abalada que impensável se torna a manutenção do contrato de trabalho (ademais, mesmo que se não entenda assim, idêntico resultado se logrará, cremos, se apelarmos para os «deveres acessórios de conduta», *maxime* para a boa-fé no cumprimento do contrato)⁽⁵²⁾. Tal o caso, se bem vemos, do trabalhador que usa as «redes sociais» para propalar viperinos argumentos contra o empregador⁽⁵³⁾. Não dispensando nunca a ponderada análise das circunstâncias do caso *sub iudice*, pensamos, todavia, não ser de afastar, em um cenário colorido com tais matizes, a possibilidade de aplicação da sanção máxima prevista no Código do Trabalho, o despedimento sem indemnização nem compensação (art. 328.º, n.º 1, alínea *f*), do mesmo Código): ponto é que se prove, de guisa inelutável, a insustentabilidade da relação juslaboral em causa⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ Neste sentido, v.g., PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Incumprimento contratual e justa causa de despedimento», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 93-118 (p. 99).

⁽⁵²⁾ Conforta-nos, neste ponto, a noção de «justa causa» de despedimento constante do n.º 1 do art. 351.º do Código do Trabalho, quando se salienta que o «comportamento culposo do trabalhador» deverá ser de tal modo grave que «torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho». No fundo, há que proceder, como postula PEDRO ROMANO MARTINEZ («Incumprimento contratual...», *cit.*, pp. 115-116 — Autor que igualmente fala da questão da violação de deveres acessórios de conduta, conexcionados com a boa-fé ínsita ao cumprimento dos deveres defluentes do contrato de trabalho), a uma «ponderação de interesses», mensurando-se, por um lado, o efectivo prejuízo causado ao empregador naquele momento, mas também, por outro lado, o virtual dano que da subsistência ulterior do vínculo juslaboral poderá advir (ou seja, há que proceder a um «juízo de prognose sobre a viabilidade da relação laboral», como defende Bernardo Lobo Xavier). Sobre a noção de «justa causa» de despedimento, de guisa genérica, cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato...», cit.*, p. 371, ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual...», cit.*, p. 818, ss., e PEDRO ROMANO MARTINEZ, «A justa causa...», *cit.*

⁽⁵³⁾ Se quisermos, porém, recorrer ao elenco — meramente exemplificativo — constante do n.º 2 do art. 351.º do Código do Trabalho, sempre diremos que nos não parece despropositado, porventura, chamar à colação a situação de «lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa» [cf. alínea *e*), *ibidem*], desde que se prove que a conduta do trabalhador, mercê, inclusive, da publicidade susceptível de recobrir eventuais informações difamatórias relativas à empresa exibidas em «rede social», redundou em um claro prejuízo daquela (v.g., perda de clientela). Cremos ser hipótese curial, embora admitindo que talvez a mesma venha a forçar um pouco a nota — passe a expressão. Sobre o ponto, cf., ademais, as reflexões de SOFIA LEITE BORGES, «A justa causa de despedimento por lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa e pela prática de actos lesivos da economia nacional», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 165-178.

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, sufragamos, em parte, as reflexões que nos oferece ISABEL RIBEIRO PARREIRA no seu artigo «A quebra de confiança como critério de concretização da justa causa de despedimento», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina,

Afinal, e pedindo de empréstimo uma lapidar síntese de Pedro Romano Martinez, «(...) tendo o trabalhador violado qualquer dever contratual, **mesmo que acessório**, se o comportamento for **culposo e grave** a ponto de **inviabilizar a prossecução do vínculo contratual**, estar-se-á perante uma justa causa de despedimento, ainda que a situação factual não possa ser subsumida em nenhuma das alíneas [do n.º 2 do art. 351.º do Código do Trabalho] (...)»⁽⁵⁵⁾.

Este era o ponto central da problemática por nós suscitada. Porque vindas a propósito, relançemos a vista por outras situações correlatas, que bolem com a conduta do trabalhador e a utilização de «redes sociais».

Coimbra, 1998, pp. 273-280. Com efeito, tendemos a pensar, como a Autora, que «(...) o comportamento culposo do trabalhador seria grave e conseqüente a ponto de impossibilitar imediata e praticamente a relação laboral, quando provocasse a quebra de confiança nele depositada pelo empregador (...)» (cf. o estudo citado, p. 274), pois que, afinal, quando um empregador contrata um trabalhador, fá-lo expectando que o mesmo terá «(...) a idoneidade necessária ao cumprimento dos compromissos contratuais que assumiu. O empregador **confia no trabalhador porque acredita que ele vai cumprir bem (...)**» (*idem*, p. 275 — sublinhado nosso). E se, por certo, essa relação de confiança (que, também o salientamos, para que se não pense que adoptamos uma posição estritamente monolítica, se pauta pela mutualidade, pela sua dupla direcção) se afigura variável, conforme a especificidade das funções que venham a ser assinaladas, *in concreto*, ao trabalhador, nem por isso ela deixa de estar presente em qualquer contrato de trabalho. A Autora a que nos vimos reportando postula, por outro lado, que «(...) qualquer comportamento do trabalhador, ocorrido dentro ou fora do horário e local de trabalho pode consubstanciar uma justa causa de despedimento, desde que seja culposo e concretize um perigo, objectivo e imediato, de uma futura violação, [i]minente e intensa, de certos deveres laborais, fundamentais na actividade a que o mesmo trabalhador se obrigou, independentemente de terem existido reflexos directos e efectivos na relação laboral (...)» (*idem*, p. 278). Quanto a esta impostação das coisas, não podemos deixar de manifestar, no entanto, algumas reservas. Pois se é certo que julgamos ser de relevo o factor da confiança no âmbito da apreciação de determinado comportamento «menos próprio» do trabalhador, em sede de responsabilidade disciplinar, já encaramos de guisa muito prudente a possibilidade de sancionar alguém — mormente, com o despedimento sem indemnização ou compensação, e a título de justa causa — apenas pelo facto de certa conduta poder concretizar um «perigo de uma futura violação» de deveres laborais. Repare-se em que, na situação que serve de mote às nossas reflexões, a violação desses deveres já ocorreu, de facto. A apreciação da «quebra da confiança» do empregador naquele trabalhador servirá para motivar a respectiva sanção, mas ante um facto ocorrido. Mais problemática se tornará esta questão quando, digamos, o facto tangível ainda não ocorreu, mas exista uma conduta — culposa, de resto — que indície fortemente a possibilidade dessa ocorrência. Cremos que, neste ponto, deveremos seguir mais prudentemente, e de guisa extremamente limitada, sob pena de se legitimarem despedimentos virtualmente persecutórios. Se bem pensamos, e em suma: uma coisa é a apreciação da «quebra da confiança» perante uma consumada violação de um dever laboral (havendo, portanto, o risco de novas violações se sucederem futuramente); outra, bem diferente e mais lata, vem a ser essa mesma apreciação quanto a uma conduta que, embora reprovável, ainda não consubstanciou semelhante violação (posto que haja alta probabilidade de poder vir a espoletá-la). Antolha-se-nos plausível a primeira hipótese; temos sérias dúvidas quanto à aceitabilidade da segunda (que, de qualquer modo, e mesmo que seja aceite, terá de sê-lo, forçosamente, em termos limitados, e sempre beneficiando de uma adequada ponderação jurisprudencial).

⁽⁵⁵⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Incumprimento contratual...», *cit.*, p. 118 (sublinhado nosso).

Uma delas tem, ainda, relação directa com o que vimos de expor, e prende-se, precisamente, com a questão da licitude dos meios de prova. Na verdade, e admitindo-se que o trabalhador incumpriu deveres de conduta ínsitos à sua prestação laboral por meio de informação partilhada em uma «rede social», como poderá disso o empregador fazer prova?

Também neste ponto, se bem vemos, há que considerar alguns cambiantes de não desprecienda importância. Se a informação veiculada for acessível a todos, se os níveis de privacidade que se lhe apliquem isso permitirem, poderá, em princípio, o empregador servir-se dela como frisante meio de prova⁽⁵⁶⁾. E se assim não for? E se a informação apenas for visível para os «amigos» do utilizador? E se, nesta hipótese, recorrer o empregador a expedientes menos ortodoxos, como seja a criação de um perfil falso, dissimulado, que oculte a sua verdadeira identidade, de molde a poder aceder aos conteúdos postados pelo trabalhador em questão sem levantar suspeitas⁽⁵⁷⁾? Talvez que aqui se dividem já motivos para apodar de inadmissível semelhante conduta do empregador, o que conduzirá naturalmente, não apenas à ilicitude da prova, como também, muito possivelmente, à responsabilidade (mormente, criminal)⁽⁵⁸⁾ cabida *in casu*.

Outra questão tem que ver com a circunstância de tratar-se ou não de uma conduta extralaboral. Se o trabalhador adoptou uma conduta como

⁽⁵⁶⁾ Cf. PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, p. 48. Em sentido que cremos convergente (posto que não curando de questões juslaborais), *vd.* os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 05-04-2017 (Proc. n.º 671/14.0GAMCN.P1; Relator: Moreira Ramos) e de 13-09-2017 (Proc. n.º 498/15.2GBPNE.P1; Relator: João Pedro Nunes Maldonado), disponíveis em <www.dgsi.pt>, de ambos parecendo defluir a conclusão de que será bastante, como meio de prova, a mera cópia das informações contidas num «perfil público», sem restrições de acesso, da «rede social» Facebook, até mesmo por meio de simples operação de *print-screen*, desde que se não ponha em causa a fidedignidade do respectivo teor. De todo o modo, a prova estará naturalmente sujeita à livre apreciação do julgador, conforme decorre do art. 127.º do Código de Processo Penal.

⁽⁵⁷⁾ Problema similar — de verificabilidade não postergável... — será o de a entidade empregadora vir a «exigir» ao trabalhador que se torne «amigo» da sua página oficial na «rede social», o que, *inter alia*, será precioso garante de maior cognoscibilidade da informação por ele veiculada, ao mesmo tempo que se coarcta, em certa medida, a latitude da sua expressão (o trabalhador ficará, desde logo, ciente da conveniência de não divulgar conteúdos que eventualmente firam susceptibilidades do empregador, a menos que, num acto de coragem... suicidária, resolva «oferecer o peito às balas» e dar vazão à sua veia mais crítica, com todas as consequências que daí poderão resultar). Postulando, como nós também o entendemos, a inadmissibilidade de semelhante forma de proceder, cf. TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, p. 78.

⁽⁵⁸⁾ A título, eventualmente, de devassa da vida privada [art. 192.º do Código Penal — mormente, alínea *a*) do n.º 1], de devassa por meio de informática (art. 193.º, *idem*) ou de violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º, *idem* — mormente, n.ºs 2 e 3), conforme a consideração que se faça do caso concreto, sendo, outrossim, possivelmente aplicáveis as disposições atinentes ao «ciber-crime» (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro — *maxime*, arts. 6.º e 7.º). Sobre o ponto (posto que em texto não inteiramente actualizado), cf. JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, «O direito penal...», *cit.*, p. 69, ss.

aquela que descrevemos no foro doméstico, após o expediente, usando o seu computador pessoal (ou quaisquer outros equipamentos que sirvam os mesmos fins — *v.g.*, o seu telemóvel, com acesso à Internet), *quid iuris?* Admitindo que a informação veiculada o foi de tal maneira que o seu conhecimento e, bem assim, a sua utilização a título de meio de prova se antolharão admissíveis por banda da entidade empregadora, será que esta conduta extralaboral relevará em sede de responsabilidade disciplinar? Cremos que isso carecerá, uma vez mais, de uma apreciação casuística, porquanto apenas em face dos dados tangentes à factualidade concreta será possível ao julgador efectuar tal apreciação. Contudo, sempre afirmaremos a nossa propensão para considerar que vários casos existirão em que tais condutas haverão de relevar para efeitos disciplinares⁽⁵⁹⁾.

E se, porventura, a conduta se verificou no local de trabalho, dentro do horário de serviço do trabalhador, usando meios da entidade empregadora⁽⁶⁰⁾? Aí também teremos, por certo, a violação de deveres atinentes à prestação laboral, e de guisa mais flagrante, pois que a situação vem a verificar-se no seio do período de tempo naturalmente adstrito ao desempenho das suas funções. Aliás, antolha-se-nos que, nesta situação, a mais da violação dos seus deveres de lealdade e, outrossim, de urbanidade e probidade, como já deixámos expresso, poderá aduzir-se, ainda, uma contrariedade ao consabido dever de zelo e diligência na prestação de trabalho (cf. o art. 128.º, n.º 1, alínea *c*), do Código do Trabalho), porquanto o tempo despendido nas «redes sociais» será sempre susceptível de protelar o cumprimento das tarefas assinaladas ao trabalhador em questão, ou de motivar uma sua deficiente consecução.

Diga-se, ainda, alguma coisa sobre uma prática recorrente nos Estados Unidos, e que vem já campeando por outros países⁽⁶¹⁾: a circunstância de, amiudadas vezes, os empregadores recorrerem a uma cuidada «busca» de informações referentes ao candidato a trabalhador — ainda, portanto, no período pré-contratual —, nos mais diversos sítios da Internet (desde a

(59) Cf., a propósito, TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 92-95, bem como, novamente, o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-07-2019 (Proc. n.º 15070/18.T8LSB.L1-4; Relatora: Filomena Manso), disponível em <<http://www.dgsi.pt/>>.

(60) Ou mesmo que os não tenha usado... Com efeito, dado o imparável avanço tecnológico que é já timbre da nossa era, nem sequer é forçoso para o trabalhador recorrer ao computador do seu local de trabalho para aceder à Internet e às «redes sociais» — pode, muito simplesmente, fazê-lo a partir do seu telemóvel. Cfr. MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, p. 39.

(61) Cf., a propósito, MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, pp. 36-37, PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, *cit.*, pp. 8 e 10-12, e TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, p. 68, ss.

«simples» pesquisa pelo nome da pessoa num qualquer «motor de busca» até um demorado «rastreio» da conduta individual numa «rede social»), a fim de, dessa maneira, poderem obter um retrato quase completo da pessoa em causa, desvelando, indubitavelmente, muito mais características do que aquelas que seriam notórias em qualquer tradicional processo de selecção (mormente, numa entrevista). Será curial esta prática? Julgamos que o ponto carecerá de mais profunda reflexão. Apenas deixamos registada a orientação que, com base nos pareceres que nos foi possível colher, supomos, para já, dominante: não se curará de prática ilícita, desde que sejam utilizados meios legítimos (e nunca insidiosos — haja em vista o que já dissemos a propósito); apenas se reclamará como merecedora de especial censurabilidade se a informação assim recolhida servir como elemento reprovavelmente discriminatório de determinado(s) candidato(s) a trabalhador(es) durante o processo de selecção⁽⁶²⁾. Para além disso, sempre há-de ter-se em vista o imperativo limitador dimanante do art. 17.º do Código do Trabalho (*maxime*, do seu n.º 1), o qual impede eventuais atitudes devassadoras do empregador, no que à vida privada do candidato a trabalhador tange.

De guisa epilodal, ser-nos-á lícito, cremos, exarar um fervoroso voto no sentido de que, num futuro desejavelmente próximo, possa verificar-se, não apenas nacional como também internacionalmente (*maxime*, ao nível do Direito da União Europeia)⁽⁶³⁾, uma adequada densificação legislativa em torno da matéria que vimos de versar⁽⁶⁴⁾, porquanto, apesar da volatili-

(62) *Vd.*, também aqui, MARIA REGINA REDINHA, «Redes sociais...», *cit.*, pp. 36-39. Segundo a Autora, práticas como a utilização de aplicativos *spyware* ou de «perfis fictícios» serão susceptíveis de constituir a entidade empregadora em responsabilidade pré-contratual, à luz do disposto no art. 102.º do Código do Trabalho. Ademais, sempre que se verifique uma recolha, por meios ilícitos, de informação protegida atinente ao trabalhador, será assacável ao empregador a correspondente responsabilidade laboral, civil e, porventura, criminal. Note-se, ainda, que, na Alemanha, como refere a mesma Autora, já foi encetada actividade legislativa no sentido de vedar a recolha de informações, em «redes sociais», por banda da entidade empregadora — o que, porém, esbarra com as naturais dificuldades de implementação prática, como bem se compreenderá. Cf., igualmente, o que diz TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «A privacidade...», *cit.*, pp. 74-77.

(63) Poderão divisar-se alguns sinais esperançosos, *v.g.*, no novo RGPD? Cremos que sim, embora assaz ténues e, aliás, talvez que apenas de guisa reflexa.

(64) Guardámos para este lugar, posto se não trate de uma manifestação da actividade do legislador, uma especial menção à Deliberação n.º 1638/2013 da Comissão Nacional de Protecção de Dados, a qual — embora já preemta em diversos pontos — teve o mérito de abordar, com alguma sistematicidade e detença, diversos aspectos de sumo relevo tangentes ao «(...) controlo da utilização para fins privados das tecnologias de informação e comunicação no contexto laboral». Entre outras coisas, aí se sublinhava a importância de adequada densificação, em sede regulamentar, da forma por que o trabalhador poderia utilizar a Internet no seu local de trabalho. No entanto, as referências que na mesma se contêm às «redes sociais» não colhem, de todo em todo, o nosso aplauso, pois que tendem a

dade que é sempre conatural a realidades de semelhante jaez, vai sendo tempo azado, se bem vemos, a que o legislador se pronuncie mais em pormenor sobre tudo isto — a realidade, de resto, reclama-o prementemente⁽⁶⁵⁾. Julgamos, outrossim, ser plenamente acolhível o alvitre de alguns autores⁽⁶⁶⁾, no sentido da fixação, ao nível das empresas, de «códigos de conduta» relativos ao uso das tecnologias da informação e, muito em especial, da Internet, por meio dos quais, de forma adequada e nunca inadmissivelmente coarctadora dos direitos fundamentais inerentes ao trabalhador, se definam alguns postulados de base que hajam de nortejar, tão eficazmente quanto possível, a forma de proceder, em ambiente de trabalho, de empregador e trabalhadores.

encarar o problema sem a diferenciação que neste estudo propusemos — e acha, aliás, respaldo, como se viu, em vária doutrina e jurisprudência —, antes consignando, simplesmente, que, «[m]esmo que o trabalhador utilize a Internet no local de trabalho, em condições não permitidas pelo Regulamento Interno da Empresa, (...) o acesso ao perfil pessoal do trabalhador em redes sociais é proibido», sob o argumento de que «[n]as redes sociais os perfis pessoais são espaços utilizados para expressar a individualidade de cada um, caindo no círculo restrito da reserva de intimidade da vida privada, contendo, por regra, informações de carácter pessoalíssimo, e mesmo íntimo», além de entender-se que «[o] acesso a esta informação está manifestamente fora do espectro da norma ínsita no art. 22.º, n.º 2, do CT» (cf. as pp. 23-24 da referida deliberação, disponível em <https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf>). Salvo o devido respeito, dizer tal equivale a... nada dizer, pois que semelhante impositão, a mais de ser superficial, nunca resolveria o problema. Não é possível afirmar-se que o «perfil pessoal» do trabalhador numa «rede social» se integra, todo ele, no «círculo restrito da reserva de intimidade da vida privada», muito menos quando é o próprio «titular» do «perfil» a proceder bem ao contrário de tal perspectiva, conferindo assinalável publicidade às informações por si vertidas e conformando-se com isso... Nem, tão-pouco, seria curial impedir que a entidade empregadora fizesse valer os seus direitos quando em questão estivesse informação assim publicitada (a qual tem tudo menos de «íntima» ou «pessoalíssima») e que para a mesma revestisse carácter lesivo. As restrições ao acesso e utilização (designadamente para efeitos disciplinares e jurídico-penais) de tal informação não-de ser perfeitamente delimitadas *in concreto*, não podendo aplicar-se *in totum*, porquanto tal seria manifestamente desrazoável. Acabámos por repetir e sintetizar, destarte, algumas ideias já expendidas *supra*, mas cremos, atentos os argumentos transcritos e a crítica que os mesmos nos merecem, que isso mesmo se justificou.

(65) Coisa que já se tem vindo a ensaiar em alguns países, como a Alemanha. Cf. PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, cit., p. 74.

(66) Como PAULO JORGE DE SOUSA E CUNHA, *Utilização de «redes sociais»...*, cit., pp. 71 e 76, e TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, «Controlo do Messenger...», cit., pp. 139-140, e «A privacidade...», cit., pp. 96-97.

Bibliografia

- AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- BORGES, SOFIA LEITE, «A justa causa de despedimento por lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa e pela prática de actos lesivos da economia nacional», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001 (pp. 165-178).
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Direitos da Personalidade (Lições ao Segundo Ano de Direito — 1990-1991 — na Cadeira de Teoria Geral do Direito Civil)*, Associação Académica da Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 1991.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito do Trabalho*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 1991.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998 (pp. 19-37).
- COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FÁRIA, «As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista», in *Direito Penal da Comunicação — Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (pp. 143-177).
- COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FÁRIA, «O direito penal, a informática e a reserva da vida privada», in *Direito Penal da Comunicação — Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998 (pp. 63-82).
- CUNHA, PAULO JORGE DE SOUSA E, *Utilização de «redes sociais» em contexto de trabalho — Algumas questões*, dissertação de Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais), Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2011.
- DRAY, GUILHERME MACHADO, *Direitos de Personalidade — Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006.
- , «Justa causa e esfera privada», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001 (pp. 35-91).
- FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, «O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64, Vol. I/II, Novembro de 2004, disponível em <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/>>.
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Direito do Trabalho — Vol. I — Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador* (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 319), Lisboa, 1982.
- GOUVEIA, JORGE BACELAR, «Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, 1991-III (pp. 699-732).
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a ed. revista e actualizada (com a colaboração de MANUEL HENRIQUE MESQUITA), Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

- MAC CROIRIE, BENEDITA, «Renúncia (A) ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», in JORGE BACELAR GOUVEIA (Dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Lisboa, 2007 (pp. 618-642).
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, «A justa causa de despedimento — Contributo para a interpretação do conceito indeterminado de justa causa de despedimento do art. 9.º, n.º 1 LCCT», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998 (pp. 173-180).
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- , «Incumprimento contratual e justa causa de despedimento», in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. 2 («Justa Causa de Despedimento»), Almedina, Coimbra, 2001 (pp. 93-118).
- MOREIRA, TERESA ALEXANDRA COELHO, «A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões», in *Questões Laborais*, ano XX, n.º 41, Janeiro/Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra (pp. 41-101).
- , «Controlo do Messenger dos trabalhadores: anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 91 e 92, Janeiro/Abril e Maio/Agosto de 2012, Centro de Estudos Judiciários/Coimbra Editora (pp. 135-142).
- PARREIRA, ISABEL RIBEIRO, «A quebra de confiança como critério de concretização da justa causa de despedimento», in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998 (pp. 273-280).
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- REDINHA, MARIA REGINA, «Redes sociais: incidência laboral (primeira aproximação)», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Setembro/Dezembro de 2010, Centro de Estudos Judiciários/Coimbra Editora (pp. 33-44).
- RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «Constitucionalização do direito civil», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, pp. 729-755.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

EXTENSÃO SUBJETIVA DA EFICÁCIA DO CASO JULGADO FORMADO SOBRE A EXISTÊNCIA DUM CAMINHO PÚBLICO EM AÇÃO ENTRE O MUNICÍPIO E O PROPRIETÁRIO DO PRÉDIO POR ELE ATRAVESSADO

Por José Lebre de Freitas⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Enunciado. 2. Extensão a terceiros da eficácia da sentença civil, por equivalência com a eficácia subjetiva do negócio jurídico. 3. Extensão a terceiros da eficácia da sentença proferida perante a Administração, por equivalência com a eficácia subjetiva do ato administrativo. 4. Ação popular e ação pública. 5. Afetação e desafetação dos caminhos públicos. 6. O caso da hipótese. 7. Concluindo.

1. Enunciado

Em artigo anterior, publicado nos n.ºs III/IV de 2019 da ROA, dediquei a minha atenção à delimitação do conceito de exceção do caso julgado em face dum conceito de autoridade do caso julgado circunscrito às relações de prejudicialidade entre objetos processuais. Teci aí algumas considerações sobre o entendimento do requisito da identidade de sujeitos ou partes processuais, que me proponho agora desenvolver, mediante aplicação à hipótese de uma sentença proferida por um tribunal cível sobre a

(1) Advogado. Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

natureza pública de um caminho, em ação entre um município e a proprietária da herdade por ele atravessada.

Imaginemos que nessa ação o município defende, contra a proprietária do prédio, que o vedou com a instalação de portões, que o caminho é público e que na sentença é decidido, com trânsito em julgado, que ele antes tem as características dum atravessadouro, hoje sem a utilidade que já teve no passado e por isso, nos termos dos arts. 1383.º e 1384.º do Código Civil (CC), sem qualquer relevância jurídica, pelo que dele é plena proprietária a proprietária da herdade.

Imaginemos ainda que, mais de 5 anos depois, uma associação local propõe contra esta última nova ação popular com o mesmo objeto da primeira, pretendendo, tal como anteriormente o município, o reconhecimento da natureza pública desse caminho.

O caso julgado material decorrente da sentença de mérito transitada em julgado estende-se à nova contraditora da proprietária da herdade atravessada pelo caminho pretensamente utilizado pelos seus associados e pelos demais habitantes locais, impedindo-a de obter nova decisão de mérito na ação que propôs?

2. Extensão a terceiros da eficácia da sentença civil, por equivalência com a eficácia subjetiva do negócio jurídico

2.1. A decisão transitada em julgado [art. 628.º do Código de Processo Civil (CPC)] constitui sempre caso julgado formal, com efeitos circunscritos ao processo em que é proferida, e também, quando de mérito, caso julgado material, com efeitos extraprocessuais (art. 619.º-1 CPC). Ficam, neste caso, definitivamente acertadas as situações jurídicas objeto do litígio, as quais, tornando-se indiscutíveis, não podem ser objeto, entre as mesmas partes, de nova decisão: se outro processo, já pendente à data da decisão ou instaurado depois dela, tiver o mesmo objeto e correr *entre partes idênticas*, a exceção dilatória do art. 577.º-*i* CPC obsta a que nele seja proferida segunda decisão (efeito negativo do caso julgado); se o objeto do primeiro processo constituir questão prejudicial do objeto do segundo e este correr entre partes idênticas, a decisão desta questão prejudicial impõe-se no segundo processo, ficando assim assente um elemento da causa de pedir (efeito positivo do caso julgado).

Requisito essencial da exceção do caso julgado (art. 581.º-1 CPC), a identidade das duas ações quanto aos sujeitos não exige que as *mesmas*

peças jurídicas sejam parte numa e noutra ação, verificando-se também quando pessoas distintas revistam, num e noutro processo, *idêntica qualidade jurídica* (art. 581.º-2 CPC), a qual se afere perante a posição de ambas na relação — ou outra situação — jurídica que constitui o elemento material das pretensões deduzidas (relação de representação; situações derivadas da transmissão do direito litigioso sem habilitação do adquirente e da transmissão do direito já reconhecido ou constituído por sentença). Há, além disso, que atender à *extensão subjetiva da eficácia do caso julgado*, pois a identidade de sujeitos estende-se àqueles que, não sendo partes, são — ou hão-de ser — abrangidos pela força do caso julgado formado na primeira ação⁽²⁾.

Excluída a ação popular e os casos de sujeição à sentença de mérito dos terceiros a quem foi dada a possibilidade, por eles não utilizada, de intervirem no processo (chamado a intervir como parte principal ou acessória, este com as limitações do art. 332.º CPC; substituído processual que haja sido citado para a ação; sócio que não impugne a deliberação social e a quem seja comunicada a impugnação por outro sócio), esta extensão subjetiva a terceiros da eficácia da sentença tem o seu paralelo, *no direito privado*, na circunscrição da eficácia do negócio jurídico pelas regras da legitimidade, tradicionalmente enunciadas pelo princípio *res inter alios acta allis nocere non potest*.

Daí decorre que a eficácia da sentença se estende:

- Aos *terceiros juridicamente indiferentes* (o credor comum, ou outro titular de direito relativo, perante a sentença que declare que o seu devedor, ou outra contraparte, não é titular de certo direito absoluto, cuja titularidade é de quem com ele litigou);
- Aos terceiros juridicamente interessados que sejam:
 - titulares de *situação jurídica cuja constituição ou extinção dependa do exercício da vontade negocial de uma ou de ambas as partes no processo* (subcontraente, preferente, terceiro beneficiário do contrato);
 - titulares de situação jurídica concorrente com a de quem obtém vencimento (credor ou devedor solidário; credor de obrigação indivisível; contraente beneficiário da nulidade de cláusula contratual geral; comproprietário, co-herdeiro na fase da comunhão

(2) VARELA/BEZERRA/NORA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 302 (3); LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 2019, n.º 3 da anotação ao art. 581.º.

hereditária ou contitular de outro património comum); ou com ela em relação de subordinação genética, mas que não dependa, na sua vigência, da vontade negocial da parte (credor/fiador; sociedade pessoal/sócio)⁽³⁾.

2.2. Na doutrina alemã, a equiparação entre a eficácia subjetiva do negócio jurídico e a eficácia subjetiva da sentença que acerta as situações jurídicas entre as partes vem de longe: já no início do século XX se afirmava que a sentença acerta as situações jurídicas das partes entre si com a mesma eficácia com que elas próprias o poderiam fazer celebrando um *negócio jurídico à data da sentença*⁽⁴⁾.

A doutrina posterior continua a socorrer-se desta velha ideia e, distinguindo as situações de dependência na *origem* da relação jurídica e de dependência na sua *vigência*⁽⁵⁾, circunscreve os efeitos perante terceiros aos casos em que estes estão sujeitos pelo direito substantivo às consequências do exercício dos poderes dispositivos da parte, entendendo que a norma processual que limita às partes a eficácia subjetiva do caso julgado opera, nas *repercussões perante terceiros* das situações jurídicas materiais definidas pela sentença, um corte semelhante ao operado pelo direito material no campo das repercussões perante terceiros das situações jurídicas resultantes do negócio jurídico ou objeto de tratamento negocial⁽⁶⁾.

Esta orientação doutrinária, irradiada para fora da Alemanha, pode dizer-se hoje maioritária.

⁽³⁾ LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *cit.*, n.º 2 da anotação ao art. 662.º.

⁽⁴⁾ MAX PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, 1905, pp. 140 a 143. Posição semelhante encontramos em KONRAD HELWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901 (Aalen, 1967), pp. 27 a 29 e nota 85, e pp. 51, 62 e 96.

⁽⁵⁾ Por não fazer esta distinção e limitar-se a constatar a existência duma dependência *objetiva* entre relações jurídicas de direito substantivo, a chamada doutrina dos efeitos reflexos do caso julgado, hoje afastada mas outrora muito defendida em França e em Itália e com alguns escassos defensores na Alemanha, sustentava que a sentença, sendo válida *erga omnes*, perante todos define as situações jurídicas das partes entre si, verificando-se depois sobre as situações de terceiros repercussões que são mera consequência do modo como o direito substantivo conexiona as situações jurídicas desses terceiros com as das partes (FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, pp. 297 a 300; ENRICO ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 67 a 69; ROGER PERROT, *Autorité de la chose jugée*, Jurisclasseur de la procédure civile, VI, pp. 30-32; ROSENBERG-SHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, 1986, pp. 992-993). Veja-se a crítica a esta doutrina em VARELA/BEZERRA/NORA, *cit.*, pp. 724 a 729.

⁽⁶⁾ ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlin, Humblot, 1985, pp. 505-506; NICOLÒ TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, Rivista di diritto processuale, 1988, pp. 49 a 55 e 65 a 70; LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, com 2.ª ed. em 2013.

Assim se explica que a extinção da empreitada, reconhecida na sentença proferida na ação entre o dono da obra e o empreiteiro, ou a do arrendamento, reconhecida ou constituída na ação de despejo, provoque a extinção da subempreitada ou da sublocação, não obstante o subempreiteiro ou o sublocatário não tenha tido intervenção na ação. Assim se explica igualmente que o comproprietário, interessado em exercer o direito de preferência, não possa sustentar a validade do contrato de venda da quota do outro comproprietário depois de declarada a sua nulidade em ação que haja corrido entre comprador e vendedor, que o terceiro a favor de quem o contrato foi celebrado tenha de suportar o efeito da sentença que haja julgado válida a revogação do contrato pelo promissário antes da adesão do terceiro ou em vida do promissário, nos termos do art. 448.º do Código Civil (CC), ou que o credor comum se tenha de conformar com o reconhecimento judicial de que o bem de que, na sua convicção, é proprietário o devedor pertence a quem com este litigou na ação de reivindicação. Assim se explica ainda a extensão do caso julgado, mas só *secundum eventum litis*, às situações jurídicas concorrentes (paradigmática a solidariedade) e às geneticamente subordinantes ou subordinadas cuja vigência não dependa da vontade negocial da parte (paradigmática a relação de fiança).

Em todos estes casos, a sentença equivale ao entendimento negocial que as partes, que são os *legítimos contraditores*⁽⁷⁾, podiam ter tido, sem oposição do terceiro indiretamente afetado, de acordo com o direito substantivo: senhorio e arrendatário, por acordo, ou só um deles nos termos em que a lei lhe consente a denúncia, podiam ter feito cessar a relação de arrendamento, caducando o subarrendamento (art. 1089.º CC); o dono da obra podia desistir da empreitada (art. 1229.º CC); o comproprietário e o comprador eram livres de celebrar ou não a compra e venda; só após a sua adesão ao contrato a favor de terceiro, ou até à morte do promissário quando só depois dela a promessa devesse ser cumprida, é que este se podia opor à revogação da promessa (art. 448.º CC); o credor comum só tem como garantia patrimonial os bens que, em cada momento, façam parte do património do devedor e sobre os quais, até à sua apreensão judi-

(7) O mesmo conceito de legítimo contraditor dá lugar, nas ações relativas ao estado das pessoas, a que a sentença proferida em ação movida contra todos os *interessados diretos* e contestada por algum deles, tenha eficácia *erga omnes* (art. 622.º CPC). Por interessados diretos entende-se “os portadores do principal interesse oposto ao do autor; o sujeito, os sujeitos ou o outro sujeito (ou respetivos sucessores) do estado jurídico controvertido” (MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p. 294); trata-se daqueles que, no dizer do art. 30.º-1 CPC, têm interesse direto em contradizer, de acordo com o direito material (LEBRE DE FREITAS — ISABEL ALEXANDRE, *cit.*, n.º 3 da anotação ao art. 622.º).

cial, só o devedor tem o poder de disposição; o pagamento a um dos credores solidários exonera o devedor perante os restantes e o pagamento por um devedor solidário exonera os restantes perante o credor (arts. 532.º e 523.º do CC); a suspensão ou a interrupção da prescrição relativamente ao devedor não produz efeito contra o fiador (art. 636.º CC).

Os exemplos poderiam prosseguir.

3. Extensão a terceiros da eficácia da sentença proferida perante a Administração, por equivalência com a eficácia subjetiva do ato administrativo

3.1. O que acaba de se dizer sobre a equiparação da eficácia subjetiva da sentença à do negócio jurídico que as partes podiam ter celebrado na mesma data aplica-se, *ipsis verbis*, no domínio dos *contratos administrativos*.

Fora dele, já carece de adaptação à natureza do *ato administrativo* a aplicação subsidiária, em virtude do art. 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), do regime processual civil do caso julgado às sentenças proferidas perante as pessoas coletivas de direito público que o podiam ter praticado, *seja no foro administrativo, seja no foro cível*. Já não se trata então de efeitos negociais, mas dos *efeitos de atos administrativos*. O raciocínio, porém, é o mesmo: o terceiro relativamente ao processo terá de se sujeitar à repercussão na sua esfera jurídica dos efeitos da sentença que equivalham àqueles que resultariam dum ato que a entidade administrativa, parte no processo, podia ter praticado, sem que para tanto *tivesse* de ser manifestada a vontade do mesmo terceiro e tida ainda em consideração a *possibilidade* de este o impugnar.

3.2. Praticado um ato administrativo, não tem só legitimidade para o impugnar, fazendo valer a sua inexistência, nulidade ou anulabilidade, quem se arrogue a titularidade dum direito subjetivo (“parte na relação material controvertida”: art. 9.º-1 CPTA), mas, mais latamente, todo aquele que se arrogue titular de um *interesse direto e pessoal*, “designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos” (art. 55.º-1-a CPTA)⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ A estes requisitos acrescentava a lei anterior o dum *interesse legítimo* [arts. 821.º-2 do Código Administrativo (CA) e art. 46.º-1 do Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo

É interesse *pessoal* o que é “invocado como pertencendo *especificamente* à própria pessoa que o invoca”⁽⁹⁾. O interesse é *direto* quando “incide sobre o *próprio* bem que forma o objeto do processo, e não sobre outro, embora conexo com ele”⁽¹⁰⁾.

Respeitam estes requisitos à chamada *ação particular*⁽¹¹⁾, que pressupõe, pois, a titularidade dum interesse legalmente protegido, radicado no titular.

Coincide a *norma de legitimidade processual* do CPTA com a *norma de legitimidade para o procedimento administrativo*: a pretensão de titularidade dum posição jurídica substantiva, ainda que não organizada em direito subjetivo, constitui condição de acesso ativo ao tribunal dos mesmos *interessados* a quem, no procedimento administrativo conducente à prática do ato administrativo, é comunicado o início deste (art. 55.º-1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) vigente à data, de há mais de cinco anos, da sentença proferida na nossa primeira ação, equivalente ao art. 110.º-1 do CPA atual), a quem são dirigidas notificações para se pronunciarem (arts. 59.º e 100.º do antigo CPA; arts. 80.º e 121.º-1 do atual CPA), que têm o dever de prestar a sua colaboração para o esclarecimento dos factos e a descoberta da verdade (arts. 60.º-2 e 89 do antigo CPA; art. 117.º do novo CPA), bem como o direito de apresentar prova e colaborar na sua produção (arts. 95.º a 97.º do antigo CPA; art. 116.º do CPA atual), de reclamar e recorrer hierarquicamente da decisão (art. 160.º-1 do antigo CPA; arts. 184.º e 186.º-*a* do atual CPA). A intervenção no procedimento destes interessados é tão importante que a sua falta de audiência antes da decisão final determina a anulabilidade desta⁽¹²⁾.

(RegSTA)]. Era *legítimo*, segundo a orientação prevalecente, o interesse *juridicamente qualificado* (JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 143). Tal excluía os titulares dum mero interesse prático ou *de facto*, ou dum interesse reflexo ou *difuso* (FREITAS DO AMARAL, *Direito administrativo*, Lisboa, 1988, IV, pp. 170-171).

(9) CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1980, II, p. 159.

(10) CASTRO MENDES, *cit.*, p. 158. As duas definições veem-se adotadas, no domínio do direito processual administrativo, por WLADIMIR BRITO, *Lições de direito processual administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 140.

(11) JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça administrativa*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 97-98, considerando para ela legitimado, como portador de interesse direto, pessoal e *legítimo* aquele que “retire imediatamente (diretamente) do facto da anulação um benefício específico não contrário à lei (legítimo) para a sua esfera jurídica (pessoal), mesmo que não invoque a titularidade da sua posse jurídica subjetiva lesada, mas tão-só um interesse simples (que na situação concreta será obviamente diferenciado).

(12) JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009, p. 363, no seguimento da interpretação de FREITAS DO AMARAL e PEDRO MACHETE e contra a de SÉRVULO CORREIA e VASCO PEREIRA DA SILVA, que, mais radicalmente, defendem a cominação da nulidade.

3.3. Para além dos titulares dum direito subjetivo ou dum interesse legalmente protegido, os particulares e as associações têm legitimidade para intervir no procedimento administrativo e para impugnar o ato administrativo. Esta legitimidade tem medidas variáveis: qualquer particular pode *intervir* no procedimento (art. 52.º CPA anterior; art. 67.º-1 CPA vigente); os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos podem *iniciar* o procedimento (art. 53.º, n.ºs 1 e 2-*a*, do CPA anterior; art. 68.º-1 CPA atual); além disso, também os residentes na circunscrição em que se localize o *bem do domínio público afetado pela ação da Administração* (o que pressupõe que esta não assumiu a sua defesa) podem *iniciar* o procedimento (art. 53.º-2-*b* CPA anterior; art. 68.º-3 CPA atual, falando já de “ação ou omissão”); o mesmo (início e intervenção) podem fazer as associações que tenham entre as suas atribuições a defesa de *interesses difusos*, tal como os *órgãos autárquicos* e qualquer cidadão [art. 53.º-3 CPA anterior e art. 12.º-1 da Lei da Arbitragem Voluntária (LAP); art. 68.º-2 CPA atual]⁽¹³⁾. Mas estes legitimados não são notificados, salvo norma especial que o imponha, para o procedimento administrativo que preceda a decisão administrativa⁽¹⁴⁾, nem são notificados para impugnar o ato administrativo ou para intervir na ação de impugnação que outrem proponha⁽¹⁵⁾, o que só *espontaneamente* farão; têm para a impugnação jurisdicional, quando residentes (ou sediados) no continente, o prazo de *três meses* (art. 58.º-2-*b* CPTA), ressalvadas as situações do art. 58.º-4 CPTA, contados, na falta de notificação ou publicação, a partir do *conhecimento* do ato (art. 59.º-3-*c* CPTA). Só, portanto, por *iniciativa espontânea e oportuna* é que o legitimado para a ação popular pode requerer o procedimento administrativo ou nele intervir e impugnar o ato administrativo ou intervir em impugnação pendente.

⁽¹³⁾ O CPTA permite-lhes também *intervir* na ação destinada à defesa de interesse difuso (art. 9.º-2), o que antes dele só era expressamente consentido, no recurso para o STA, às pessoas que demonstrassem ter interesse *idêntico* ao do recorrente ou com ele conexo, as quais ficavam com o estatuto de meros assistentes (art. 49.º RegSTA).

⁽¹⁴⁾ Diferentemente dos titulares de interesses individuais homogêneos, o legitimado para a defesa de interesses coletivos e difusos não é um *interessado* incerto ou de paradeiro desconhecido, como tal considerado notificado através de edital ou anúncio (art. 70.º-1-*d* CPA anterior; art. 112.º-1, alíneas *d* e *e*), do CPA atual); só participa num *interesse geral*, por definição não radicado em pessoas individuais.

⁽¹⁵⁾ Quanto aos contrainteressados, são citados para contestar, mas esta citação pode ter lugar mediante a publicação de anúncio quando eles sejam em número superior a 20 ou quando esteja em causa o pedido de declaração com força obrigatória geral da ilegalidade de uma norma (arts. 81.º e 82.º do CPTA). Note-se, relativamente a este último caso, que o art. 82.º-5 CPTA fala de “*eventuais* contrainteressados”, o que mostra que não está incluído o potencial defensor de interesse coletivo ou difuso, *sempre* existente, por definição, nas ações em que esse interesse esteja em causa.

3.4. Estas diferenças de estatuto entre o *pessoalmente* interessado e o defensor dum interesse *geral* derivam da própria Constituição da República Portuguesa (CRP): no art. 52.º-3 CRP não há já qualquer referência ao direito subjetivo ou interesse *próprio* do autor, tal como ela se vê nos arts. 20.º-1 e 268.º, n.ºs 4 e 5, da CRP (“*seus* direitos e interesses legitimamente protegidos”).

3.5. Suponhamos, para exemplificar, que *um órgão municipal delibera*, dentro da sua competência, *desafetar* um bem do domínio público. Podem impugnar tal deliberação, instaurando uma *ação popular*, tal como podem, antes disso, intervir no procedimento administrativo, as associações e fundações defensoras do *interesse difuso*⁽¹⁶⁾ em questão, bem como qualquer pessoa singular, quer esteja em causa um bem do domínio público do Estado, quer um bem do domínio público duma autarquia local⁽¹⁷⁾. Quem não tenha proposto a ação popular⁽¹⁸⁾ tem de aceitar a decisão de mérito que nela seja proferida (art. 19.º-1 LAP: *infra* n.º 4)⁽¹⁹⁾.

Suponhamos agora que corre contra o município uma ação em que o direito de propriedade dum bem público municipal (ou como tal suscetível de ser considerado) é reivindicado por uma pessoa privada; nessa ação, *o município defende a dominialidade do bem*, mas perde, sendo reconhecido que o bem é do reivindicante. O efeito desta ação equivale ao duma deliberação de desafetação, no pressuposto da anterior pertença do bem à autarquia.

Para que jogue o juízo de equivalência entre os efeitos desta ação e os do ato administrativo de desafetação, no que respeita à extensão subjetiva do caso julgado a terceiros, nos mesmos termos que vimos vigorar no direito processual civil, há que verificar se o terceiro era ou não titular dum direito ou dum interesse direto, pessoal e legítimo; sendo-o, *se lhe foi dada a possibilidade de o fazer valer*; não o sendo, mas pretendendo atuar como

(16) O melhor critério de distinção entre o interesse coletivo e o interesse difuso consiste em que neste os interessados são indetermináveis, enquanto naquele, embora permaneçam indeterminados, são determináveis, nomeadamente por todos pertencerem a uma associação ou outro grupo organizado. Aceite este critério, o utilizador dum caminho público é, por natureza, indeterminável.

(17) Como já dito, é-lhes igualmente permitido intervir em ação proposta com a mesma finalidade.

(18) Nem tenha intervindo espontaneamente, a título principal, na ação de impugnação proposta por outro legitimado para a ação popular, ou por quem o ato tenha direta e pessoalmente prejudicado, pelo Ministério Público, por outro órgão administrativo do mesmo município, pelo presidente do órgão decisor ou por autoridade para tanto legitimada por lei (art. 55.º-1 CPTA).

(19) Mesmo que esta seja de improcedência, não poderá, mais tarde, ainda que dentro do prazo da impugnação (hipótese de difícil verificação sendo o ato meramente anulável, dados os prazos estabelecidos por lei), mover nova ação com o mesmo objeto.

defensor dum interesse difuso, se a tal não constitui obstáculo o âmbito subjetivo dos efeitos da sentença proferida perante o município; finalmente, se assim não for, se lhe é conferido o direito de *espontaneamente atuar, perante a ação e a sentença, em moldes semelhantes àqueles que lhe seriam consentidos perante o ato administrativo*.

4. Ação popular e ação pública

Começo por constatar que não faria sentido que o caso julgado formado, nomeadamente, numa ação em que a Administração pugne por um resultado oposto ao da decisão de mérito proferida, defendendo a propriedade pública do bem em face do particular que nela é reconhecido como proprietário, tivesse eficácia inferior à do caso julgado que se formaria em ação popular que, com o mesmo objeto, fosse movida contra a Administração ou contra o mesmo particular.

O autor da ação popular é configurado, pela nossa Lei da Ação Popular, como *representante* de todos os titulares (indeterminados) do interesse difuso ou coletivo (ver nota 15 *supra*) que, feita a citação edital ou publicado o anúncio exigido pelo art. 15 LAP, nos n.ºs 1 e 2, não se excluem da causa (art. 15.º LAP, n.ºs 1 e 4); daí é retirada, logicamente, a consequência da *eficácia erga omnes* da sentença de mérito, seja ela de absolvição ou de condenação, ressalvadas apenas, quando se trate de interesses individuais ou homogêneos, as particularidades do caso concreto (art. 19.º-1 LAP). Este regime diverge do da extensão subjetiva do caso julgado às relações concorrentes, atrás descrito (oponibilidade do caso julgado *secundum eventum litis*), e quer o caso julgado favorável, quer o caso julgado desfavorável, são oponíveis a qualquer terceiro. A ideia subjacente à configuração da atuação do autor da ação popular como representativa, em si fictícia, mais não visa, aliás, do que justificar a eficácia *erga omnes* dum caso julgado que, *sendo ainda particular* (tal como o “interesse legalmente protegido” do art. 20.º-1 CRP), se situa, pela sua generalidade, a meio caminho do interesse público.

A citação edital da generalidade dos interessados, ou a publicação, num meio de comunicação social, do anúncio da ação popular, constitui a garantia mínima⁽²⁰⁾ que, no entender da lei, legitima a representação por

⁽²⁰⁾ Tenho defendido que é insuficiente, à luz da Constituição (LEBRE DE FREITAS, *Estudos de direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, I, pp. 215 a 219).

um qualquer cidadão ou por uma associação ou fundação defensora desse tipo de interesse (art. 2.º-1 LAP).

Compreende-se que, quando se passa do interesse coletivo e difuso para o *interesse público*, a mesma necessidade de justificação não exista: a prossecução e a defesa do interesse público cabem à pessoa coletiva de direito público e compreendem-se na esfera da sua competência; o campo do direito privado está definitivamente abandonado e a garantia mínima a estabelecer é só a do titular do direito ou do interesse pessoal e direto, sem prejuízo das possibilidades de controlo difuso oferecidas a qualquer cidadão ou associação defensora do interesse geral em causa. Por isso, o contrainteressado a citar para a ação de impugnação do ato administrativo é aquele a quem a procedência da ação possa *diretamente* prejudicar ou que tenha *legítimo* interesse na manutenção do ato impugnado (art. 57.º CPTA), isto é, que seja titular dum interesse que é protegido pela norma jurídica como *seu*⁽²¹⁾.

Preenchidas estas condições, a eficácia da sentença de mérito proferida na ação proposta (ou na reconvenção deduzida) pela Administração, parte necessária como “legítima representante do interesse público”⁽²²⁾, não pode ser inferior à do caso julgado proferido na ação popular, projetando portanto eficácia *erga omnes*.

5. Afetação e desafetação dos caminhos públicos

5.1. Depois de no art. 82.º garantir a coexistência de três setores de propriedade (pública; privada; cooperativa e social), a Constituição enuncia, no art. 84.º, as categorias de bens do domínio público, entre os quais as *estradas* (n.º 1-d), conceito que abrange todas as vias públicas, incluindo os *caminhos municipais*⁽²³⁾, e estabelece que à lei ordinária cabe definir os bens que integram o domínio público do Estado, o das regiões autónomas e o das autarquias locais, bem como o seu regime, condições de utilização e limites (n.º 2). Outros bens como tal *classifica-*

(21) O CPTA mantém para os contrainteressados a exigência de que tenham um interesse legítimo (isto é, segundo a orientação prevalecente, *juridicamente qualificado*) na ineficácia do ato administrativo (ver *supra*, n.º 3.2 e nota 7).

(22) SCHWABE, *Verwaltungsprozessrecht*, Düsseldorf, Werner Verlag, 1991, p. 69.

(23) GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, n.º VII da anotação ao art. 84.º; JORGE MIRANDA-RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2018, n.º X da anotação ao art. 84.º.

dos por lei integram, além dos diretamente enunciados na Constituição, o domínio público (n.º 1-f).

À lei ordinária cabe, pois, determinar, com respeito pelos direitos fundamentais e observando o princípio da proporcionalidade, as *classes* ou *tipos* de bens do domínio público que como tal não são diretamente qualificados na Constituição⁽²⁴⁾ e à Administração, por ato subsequente, *concretizar* os bens que integram esses tipos legais, mediante operações de *afetação* ao domínio público, que acarretam o recíproco poder de *desafetação*.

O ato de afetação nem sempre é constitutivo, podendo ser também *declarativo*: a Administração declara o que já pertence ao domínio público, nomeadamente, no caso dos caminhos públicos, por eles serem publicamente usados desde tempos imemoriais⁽²⁵⁾.

O ato de desafetação, tal como o de afetação, é *discricionário*⁽²⁶⁾, mas a Administração tem o dever de desafetar o bem quando se verifique a sua desnecessidade para a prossecução do fim justificativo do regime da dominialidade⁽²⁷⁾. Se o ato afetar direitos ou *interesses diretamente protegidos* de particulares, estes têm a possibilidade de promover o controlo jurisdicional da respetiva *legalidade*⁽²⁸⁾. Podem também os particulares, na defesa do *interesse geral*, fazer petições (art. 52.º-1 CRP) ou lançar mão da ação popular prevista no art. 52.º-3-b CRP. Nesta última, o particular *substitui-se processualmente*, na defesa do bem do domínio público, à pessoa coletiva que dele é proprietária⁽²⁹⁾, *o que pressupõe que esta não o faz*⁽³⁰⁾.

(24) ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O domínio público*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 121, 126 (69) e 128, falando de domínio público *ex constitutione* e domínio público *ex lege* (pp. 119-120); JORGE MIRANDA-RUI MEDEIROS, *cit.*, n.ºs XIII, XVI e XVII da anotação ao art. 84.º.

(25) ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *cit.*, pp. 136 e 150 a 152.

(26) ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *cit.*, pp. 153-154 e nota 140. Negar a existência de poderes discricionários da Administração em matéria de desafetação equivaleria a afirmar um direito de particulares à conservação da afetação, que obviamente não existe, dizem AFONSO QUEIRÓ/JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ, citados pela autora na mesma nota 140.

(27) JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *cit.*, n.º XXVI da anotação ao art. 84.º.

(28) Só dele pode resultar a anulação ou a declaração de nulidade ou inexistência do ato (art. 50.º-1 CPTA).

(29) JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *cit.*, n.º XVIII da anotação ao art. 52.º. A substituição processual dá-se quando é excepcionalmente admitida, como parte no processo, litigando em próprio nome, uma pessoa que não é titular do direito ou interesse em causa, mas é titular dum interesse que dele depende [LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2017, n.º I.5 (5A)]. Por isso é de negar a configuração, *em geral*, do direito de ação popular como exprimindo uma substituição processual (*idem*, n.º II.2.2.2). Diversamente, a ação do art. 52.º-3-b CRP (que se contém na *ação popular administrativa* do art. 12.º-1 LAP) tem, quando movida *em vez* da pessoa coletiva pública, natureza substitutiva desta na defesa dum interesse que, *mais do que difuso, é público*. Trata-se, aliás, tal como a antiga ação popular supletiva do art. 369.º CA, não duma verdadeira ação popular, mas duma “*ação pública individual*” (CARLA AMADO GOMES, citada por JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *cit.*, n.º XVIII da anotação ao art. 52.º).

5.2. Foi preciso esperar pelo DL 280/2007, de 7 de agosto, para que tivéssemos uma regulação geral do património imobiliário público (do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais), que anteriormente só existia, dispersa por vários diplomas, para os bens imóveis do Estado (nomeadamente, quanto à aquisição e à alienação de bens: Decretos-Leis 27/79, de 22 de fevereiro, 309/89, de 19 de setembro, e 115/2000, de 4 de julho). Nele é, também pela primeira vez, expressamente prevista a desafetação do domínio público, com conseqüente ingresso no domínio privado da pessoa pública, por *perda das utilidades* que justificavam a sujeição do bem ao regime da dominialidade (art. 17.º): desafetado o bem, à sua inalienabilidade (art. 18.º) substitui-se o estatuto da alienabilidade (art. 77.º).

Era, porém, há muito competente a Assembleia Municipal para proceder, sob proposta da Câmara Municipal, à afetação e desafetação de bens do domínio público municipal. Foi norma que constou do art. 53.º-4-b da Lei 169/99, de 18 de setembro, que acrescentava que essa afetação ou desafetação era feita “nos termos e condições previstas na lei”⁽³¹⁾. Fossem quais fossem esses termos e condições⁽³²⁾, o ato era — tal como continua a ser — da competência da assembleia municipal⁽³³⁾. Deliberada a desafetação, o bem passava, tal como hoje, a integrar o domínio privado da autarquia, tornando-se alienável⁽³⁴⁾.

Quando o ato de desafetação é impugnado, a ação respetiva é proposta, não contra o órgão que o praticou, mas contra o município (art. 10.º-2 CPTA), com a consequência de todos os órgãos do município ficarem vinculados pela decisão que venha a ser proferida⁽³⁵⁾. A *representação do município em juízo* compete ao presidente da Câmara Municipal (arts. 35.º, n.ºs 1-a e 2-g, da Lei 75/2013, de 12 de setembro), sem prejuízo da compe-

⁽³⁰⁾ Não há substituição processual quando o titular do direito ou do interesse o faz valer, ele próprio, em juízo. Bem expresso era em estabelecê-lo o art. 369.º CA.

⁽³¹⁾ A norma consta atualmente do art. 25.º-1-q da Lei 75/2013, que deixou de incluir o referido acrescento.

⁽³²⁾ O que é irrelevante para o presente estudo. Eles só influiriam na validade ou invalidade do ato administrativo, por razões alheias à *competência* do órgão que o pratica e às *atribuições* da pessoa coletiva em que se insere. A equiparação da eficácia da sentença à eficácia do ato basta-se com a verificação abstrata de que o *tipo de efeito* em causa é obtível através da atuação dum órgão da pessoa pública que é parte na causa.

⁽³³⁾ Já o Decreto-Lei 34.593, de 11.5.45, que definia os caminhos públicos no art. 6.º, distinguindo-os em municipais (os que permitiam o trânsito automóvel) e vicinais (os que só permitiam o trânsito rural), punha os primeiros “a cargo” das câmaras municipais.

⁽³⁴⁾ ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *cit.*, p. 418.

⁽³⁵⁾ CARL HERMANN ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, Beck, 1987, pp. 314-315.

tência do presidente da Assembleia Municipal, em representação desta (art. 30.º-1-a da Lei 75/2013), nos litígios (*internos*) com outros órgãos municipais (art. 10.º-6 CPTA). Cabe, portanto, ao presidente da câmara defender nos tribunais os atos da competência da assembleia municipal por esta praticados e objeto de impugnação.

Ao presidente da Câmara Municipal compete, aliás, também praticar os atos exteriores referentes à administração do domínio público municipal e os que visem a conservação do património do município (arts. 33.º-1-*qq* e 35, n.ºs 1-*b* e 2-*h*, da Lei 75/2013).

Na ação de impugnação do hipotético ato de desafetação dum caminho do domínio público, movida contra um município, a representação deste seria feita pelo presidente da câmara.

6. O caso da hipótese

6.1. O preenchimento dos requisitos de equivalência do círculo subjetivo dos efeitos da sentença proferida na ação em que se discute a dominialidade dum caminho hipotético ao ato administrativo que procedesse a uma desafetação mostra-se perfeito no caso que hipotizámos.

Constituindo objeto da primeira ação a questão da propriedade do caminho (público ou privado?) e tendo nesta sido decidido que ele não é público, integrando-se na herdade, e que não é fonte de quaisquer direitos a sua natureza de atravessadouro, essa integração do caminho no objeto do direito de propriedade *plena* sobre a herdade tornou-se indiscutível entre a proprietária e a pessoa coletiva de direito público que, se o caminho fosse público, poderia proceder à sua desafetação e posterior disposição, isto é, *entre os legítimos contraditores do objeto da reconvenção*.

Pelo princípio da equiparação do âmbito subjetivo de eficácia da sentença ao da eficácia dos atos de desafetação e alienação que o município teria o poder de praticar se o caminho fosse público, a decisão é eficaz perante os terceiros que, não tendo de ser notificados para o hipotético procedimento administrativo nem para a impugnação jurisdicional do ato administrativo que nele fosse praticado, *não atuam de modo equivalente ao que poderiam adotar perante o hipotético ato administrativo*.

O ato de desafetação que a assembleia do município, sob proposta da câmara municipal, praticasse poderia, *nos prazos legais*, ser impugnado numa ação popular, mas sem que a pessoa singular ou a associação de defesa do interesse difuso em causa pudesse ser tida como *pessoalmente*

interessada e devesse, portanto, ser notificada para garantia da regularidade do ato ou exercício do direito de o impugnar.

Transitada em julgado a sentença cujos efeitos equivalem aos do ato hipotético do município, a ação popular proposta mais de 5 anos depois⁽³⁶⁾ não pode abalar a repercussão desses efeitos na esfera jurídico-processual de terceiros que nem sequer têm a qualidade de pessoalmente interessados. Perante o ato administrativo, o legitimado para a ação popular teria de o impugnar no prazo de três meses. Equiparadas as duas situações, *a propositura da ação popular*, se ainda fosse admissível depois do trânsito em julgado da sentença proferida na ação em que o município assumiu ativamente a defesa do interesse público, *teria de ter lugar nos três meses posteriores ao trânsito em julgado da sentença proferida na primeira ação* — data em que, se a desanexação resultasse dum ato administrativo, se daria, com o conhecimento da autora, a consolidação jurídica da posse anteriormente manifestada através da colocação dos portões que impediam a travessia da herdade, *correspondendo à execução do ato*⁽³⁷⁾.

Mas, em meu entender, a ação popular nem sequer neste prazo seria admissível, pois a sentença proferida sobre o pedido deduzido pelo município tem, pelo menos, a eficácia *erga omnes* da sentença proferida numa ação popular (*supra*, n.º 4) e esta só cede quando a absolvição se deva a insuficiência de provas ou se verifiquem *motivações próprias do caso concreto*, pressupondo estas um *interesse pessoal* radicado em terceiro, o qual, como se viu, não radicava na autora da segunda ação da nossa hipótese. Tendo a ação popular do art. 52.º-3-b CRP *natureza substitutiva*, só sendo admissível quando a própria Administração não propõe a ação de defesa do bem público (*supra*, n.º 5.1 *in fine*), *a decisão proferida, com trânsito em julgado, sobre o pedido reconvenicional deduzido pelo município impor-se-ia imediatamente erga omnes*⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Note-se que até o prazo máximo para o recurso de revisão (5 anos) é inferior a este — isto já sem considerar o prazo de 2 anos que, conjuntamente com ele, tem de ser observado (art. 697.º CPC, n.ºs 2 e 3). Um terceiro que uma hipotética simulação do litígio prejudicasse, por se lhe estender a eficácia do caso julgado (arts. 631.º-3 e 696.º-g do CPC), não poderia sequer recorrer de revisão para afastar a projeção dos efeitos indiretos da sentença na sua esfera jurídica.

⁽³⁷⁾ Outra possibilidade, que porém a nossa jurisprudência, habitualmente muito formalista na interpretação da lei, dificilmente aceitaria, seria considerar que o legitimado para a ação popular tem o direito de, em substituição da pessoa pública que não o faça, recorrer ordinariamente da sentença, a esta desfavorável, proferida em ação em que esteja em causa um interesse difuso. A analogia com o que lhe é permitido no processo administrativo (art. 9.º-2 CPTA) pode ser invocada nesse sentido.

⁽³⁸⁾ No direito processual administrativo tem sido dado tratamento específico à formação do caso julgado nos processos de impugnação do ato administrativo. Tem também regime próprio o caso julgado formado na ação de impugnação de normas (art. 76.º-1 CPTA). Fora destes casos, aplica-se,

6.2. Merece, porém, alguma atenção a questão de saber se a autora da segunda ação terá tido conhecimento da primeira e da sentença nela proferida: embora, por não ser pessoalmente interessada, ela não tivesse de ser notificada para a primeira ação, tal como não teria de ser notificada para o hipotético procedimento administrativo conducente à desanexação do caminho, o facto de dela ter tido conhecimento, sem haver esboçado qualquer tentativa de intervenção, não poderia deixar de se considerar como voluntária, significando que se conformava com a defesa do interesse público (e difuso) pelo município, reforçando a ideia da inadmissibilidade da segunda ação.

Note-se, aliás, que o facto de a autora ser uma associação local torna muito improvável que não tenha tido conhecimento da ação movida pelo município para defesa de interesses pelos quais a ela cabe zelar. De qualquer modo, atuando a autora na defesa de interesses que não lhe são próprios, o seu conhecimento pessoal da ação é pouco relevante, mais relevando o *conhecimento da generalidade dos municípios*. Ora estes seguramente souberam do desfecho da ação, bem como da continuação da situação de factos (portões impedindo a passagem) depois de ter terminado o processo.

6.3. Na sentença da primeira ação, o caminho em causa foi, na nossa hipótese, qualificado como mero *atravessadouro* e não como caminho público. Tal não constitui obstáculo à identidade objetiva, aliás não controvertida, entre as duas ações.

O pedido de reconhecimento de que o caminho era público é comum às duas ações. A qualificação da sentença é um *minus* relativamente à qualificação pretendida pela proprietária do prédio, cabendo dentro desta; competindo ao juiz fazer officiosamente as qualificações que julgue adequadas e delas retirar as respetivas consequências jurídicas, a qualificação de *atravessadouro* e a consequente conclusão sobre a sua extinção automática com a perda da sua necessidade (art. 1384.º CC), seria insuscetível de nova discussão. Sabido que a *qualificação jurídica* não é elemento estruturante do caso julgado⁽³⁹⁾, o objeto das duas ações seria indubitavelmente idêntico.

Verificar-se-ia assim a tripla identidade do caso julgado, que por isso constituiria, na segunda ação, a exceção dilatória do art. 581.º CPC.

sem grande necessidade de adaptação, o regime geral do processo civil. É para o efeito indiferente que a defesa do interesse público pela Administração se faça no foro administrativo ou no foro cível.

(39) LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *cit.*, n.º 5 da anotação ao art. 581.º.

6.4. Nem sempre os tribunais têm devidamente atendido ao conceito de identidade de partes em que assenta o presente parecer. Bem pelo contrário, pode dizer-se que a jurisprudência dominante tem sido no sentido de afastar a verificação dessa identidade quando na segunda ação as partes não são as mesmas pessoas jurídicas, assim a rejeitando quando ocorre a abrangência de terceiros pela eficácia da sentença. Estaríamos então, aí, perante a figura da *autoridade do caso julgado*.

A divergência é de qualificação: a extensão subjetiva do caso julgado a terceiros não integraria a identidade das partes; mas, através da autoridade do caso julgado, o mesmo resultado prático seria atingido. Na verdade, o uso extensivo da figura da autoridade do caso julgado tem servido, na jurisprudência portuguesa, não para restringir, mas sim para alargar o caso julgado para além dos limites que tradicionalmente, de acordo com a lei, lhe são atribuídos⁽⁴⁰⁾.

A consideração de que, nos casos de extensão da eficácia do caso julgado a terceiros, joga a autoridade do caso julgado não beliscaria, pois, senão ao nível da designação da qualificação jurídica, as conclusões do presente estudo.

7. Concluindo

1. A extensão dos efeitos do caso julgado formado em processo civil, ou em processo administrativo sobre contratos, aos terceiros titulares de situação jurídica cuja constituição ou extinção dependa do exercício da vontade negocial de uma ou ambas as partes, legítimos contraditores perante o objeto do processo, repousa em que a sentença acerta as situações jurídicas das partes com a mesma eficácia, interna e externa, com que elas próprias o podiam fazer celebrando um negócio jurídico à data da sentença.
2. Constitui critério prático de aferição dos casos desta extensão da eficácia da sentença a terceiro a verificação de que a vontade deste não seria exigida, nem negativamente relevaria, para que perante ele produzisse efeitos o negócio que as partes hipoteticamente celebrariam para obter efeito equiparado ao da sentença.

⁽⁴⁰⁾ Para a crítica desta orientação, remeto para o meu artigo *Um polvo chamado autoridade do caso julgado*, ROA, 2019, III/IV, pp. 691, ss.

3. Semelhantemente, mas com as necessárias adaptações, está sujeito a que os efeitos da sentença se repercutam na sua esfera jurídica o terceiro relativamente ao processo, do foro administrativo ou do foro cível, em que seja parte a pessoa coletiva pública que podia ter praticado um ato administrativo de efeito equivalente ao da sentença, independentemente da manifestação da vontade, *ex ante* ou *ex post*, desse terceiro.
4. Em desenvolvimento da garantia da tutela jurisdicional efetiva dos interesses legalmente protegidos (art. 268.º-4 CRP), as leis ordinárias em vigor à data da sentença, transitada, proferida na primeira ação da nossa hipótese, conferiam legitimidade para o procedimento administrativo, dando-lhe início ou apenas nele intervindo, ao titular dum interesse, em si pessoalmente radicado, diretamente respeitante ao objeto do procedimento, ao passo que para a impugnação do ato administrativo se exigia, além disso, que esse interesse fosse juridicamente qualificado.
5. No campo dos interesses difusos, e em desenvolvimento da garantia dos direitos de petição e de ação popular (art. 52.º CRP), têm igualmente legitimidade para, *sponte sua*, iniciar o procedimento administrativo, ou nele intervir, as associações dedicadas à defesa desses interesses em determinada circunscrição, bem como qualquer particular, sem prejuízo de os residentes na circunscrição em que se localizassem os bens do domínio público afetados por ação da Administração poderem também iniciar o procedimento; e qualquer cidadão e as associações que tivessem entre as suas atribuições a defesa de interesses difusos podem, também, *sponte sua*, impugnar o ato administrativo, com fundamento em ilegalidade, no prazo de três meses, contados a partir do conhecimento do ato.
6. Consequentemente, tendo a assembleia municipal o poder de afetar e desafetar os bens do domínio público da autarquia, sob proposta da câmara municipal (art. 25.º-1-*q* da Lei 75/2013), a autora da segunda ação podia ter participado no procedimento administrativo tendente à hipotética desafetação do caminho público que atravessava a herdade e, uma vez tomada deliberação nesse sentido, impugná-la jurisdicionalmente, mediante a propositura de ação popular, no prazo de três meses, contados do conhecimento do ingresso do caminho no património da herdade.

7. Em virtude do enunciado princípio da equivalência da projeção subjetiva dos efeitos da sentença à dos efeitos do ato administrativo, há que verificar, por um lado, se a ação popular é logo excluída com o trânsito em julgado da sentença proferida em ação em que o município tenha assumido, como legítimo contraditor da pretensão do proprietário da herdade, a defesa da dominialidade do caminho e, não sendo automática essa exclusão, se os defensores do interesse difuso tiveram a possibilidade de atuar, perante a ação e a sentença, em moldes semelhantes aos que lhe seriam consentidos perante o ato administrativo.
8. A sentença proferida contra o município em ação em que este tenha defendido a dominialidade do caminho perante o proprietário do prédio por ele atravessado, e que reconheça que este é dele proprietário, tem efeito de caso julgado não inferior ao da sentença proferida numa hipotética ação popular, tida nomeadamente em conta a coincidência concreta entre o interesse público da autarquia e o interesse difuso e a abstrata prevalência do primeiro sobre o segundo.
9. Aliás, o direito de “ação popular” conferido pelo art. 52.º-3-*b* CRP é, rigorosamente, um direito à ação pública, em substituição processual da pessoa de direito público (Estado, região autónoma ou autarquia local) proprietária do bem a cuja defesa a ação se destina, pelo que o direito de ação só pode ser exercido, pela associação ou pelo particular, quando a pessoa de direito público omite essa defesa, sem prejuízo da admissibilidade da intervenção da associação ou do particular na ação movida pela pessoa de direito público.
10. Paralelamente, o art. 68.º-3 CPA (tal como já o art. 53.º-2-*b* do anterior CPA) revela que o procedimento administrativo para defesa do bem do domínio público só pode ser iniciado por um particular contra a ação da Administração (não quando esta assumia a sua defesa) e o art. 68.º-2-*b* CPA (tal como já o art. 53.º--3 do anterior CPA) equipara o exercício do direito de defesa do interesse difuso pelas associações ao seu exercício pelos órgãos autárquicos.
11. Estaria, pois, excluída no caso da hipótese a admissibilidade duma ação popular com o mesmo objeto da ação em que o município (representado, como é de lei, pelo presidente da câmara municipal) tivesse defendido a dominialidade do caminho público.

12. Não sendo os autores da segunda ação titulares dum interesse pessoal e direto e não tendo, por isso, de ser notificados para o procedimento que levasse ao hipotético ato de desafetação do caminho público, nem para a impugnação jurisdicional que se lhe seguisse, a equiparação da primeira ação ao ato administrativo de desafetação levaria tão-só à admissibilidade: ou de recurso de apelação da primeira decisão; ou de ação popular proposta nos três meses subsequentes ao trânsito em julgado da sentença proferida na primeira ação, momento em que, a ter havido um ato administrativo de desafetação à data da sentença, operaria, com conhecimento da autora, a consolidação, correspondente à execução desse ato, do ato de posse consistente na pré-construção dos portões que obstruíram o caminho.
13. A total inércia da autora da segunda ação no decurso da primeira, se desta tivesse tido conhecimento, reforçaria a total inadmissibilidade duma ação proposta mais de cinco anos depois do trânsito em julgado da sentença proferida na primeira ação, com ofensa do caso julgado por ela formado.
14. Verificar-se-ia, pois, na segunda ação (popular) que hipotizámos, a exceção do caso julgado, como efeito negativo que obsta a nova discussão sobre o mesmo objeto, dado ter de se considerar que o conceito de identidade das partes se estende aos casos de eficácia da sentença perante terceiros e que é irrelevante a qualificação, na sentença, do caminho como atravessadouro, dado ter sido pedido o seu reconhecimento como caminho público e ser irrelevante a qualificação jurídica para a formação do caso julgado.
15. A consideração, a meu ver errada, de que a extensão subjetiva do caso julgado a terceiros não integra a identidade de partes teria como resultado que se tivesse por verificado um caso de autoridade do caso julgado, com o mesmo resultado prático, sendo que a divergência é de mera qualificação jurídica dum mesmo objeto.

PUBLICIDADE E SEGREDO EM PROCESSO CIVIL — QUE FRONTEIRAS?

Por Lucinda Dias da Silva(*)

SUMÁRIO:

I. Dinamismo da comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).
II. Publicidade. 1. Publicidade do processo. 1.1. Razão de ser. 1.2. Desdobramento em duas dimensões. 1.2.1. Informação processual escrita. 1.2.2. Informação processual não escrita. **III. Desvios à regra.** 1. Ampliação da publicidade. 2. Limitação da publicidade. 2.1. Limitações da publicidade dos autos. 2.2. Limitações da publicidade da audiência final. 3. Regime de impugnação. **IV. Conclusão.**

I. Dinamismo da comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)

A norma que inaugura o Código de Processo Civil português confere visibilidade à historicamente distante circunstância que justifica a existência dessa codificação. É a proibição, como regra, da autodefesa que determina a necessidade de oferecer aos litigantes um meio alternativo de resolução de conflitos⁽¹⁾.

A previsão, no art. 2.º do mesmo Código, do direito de acesso à via jurisdicional (tendencialmente centralizada no Estado) evidencia, assim, a transição do sistema de justiça privada para o sistema de justiça pública, bem como o segundo enquanto contrapartida alternativa ao primeiro⁽²⁾.

(*) Advogada. Professora Auxiliar da Universidade de Coimbra.

(1) “A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei”.

(2) “1 — A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida

A evolução do sentido e da função do processo civil, enquanto instrumento operacionalizador, no plano civil, daquele sistema de justiça pública, conduziu a um modelo que atualmente apela à ideia de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) alargada. Para o pleno exercício desta atividade concorrem, além dos sujeitos processuais (juiz e partes), os sujeitos externos que nela (ou com ela) são convidados a cooperar.

As conexões interativas entre esses sujeitos⁽³⁾ materializam-se em múltiplos direitos, ônus e deveres que, quando observados, operam, as mais das vezes, pela transmissão de recíprocos fluxos informativos.

É no contexto dessa global comunidade de trabalho que, comunicacionalmente, se exerce o direito de ação, se realiza o direito ao contraditório e se cumpre o dever de cooperação, nas várias dimensões (objetivas e subjetivas) que cada uma dessas valências pode assumir.

Comunidade cujos sujeitos, não obstante movidos por interesses distintos (frequentemente opostos, quando considerados os pólos ativo e passivo da relação jurídica processual), se encontram vinculados a padrões comuns de atividade (em particular no que respeita à atuação em juízo de acordo com a boa fé, em ordem à promoção de realização de justiça efetiva).

Acresce que os termos em que se desenvolve a atividade congregada dos diversos sujeitos que integram a comunidade de trabalho processual não se reflete apenas no grau de realização dos fins do *processo*; tem também capacidade de influência na realidade *extraprocessual* em que cada um deles se integra.

Trata-se, portanto, de uma atividade em rede e dotada de poder de produção e de expansão de consequências no domínio exterior ao processo, como que em ondas concêntricas semelhantes às que se produzem pelo impacto de uma pedra no lago.

À existência e grau de impacto destes efeitos não será estranho o contexto de publicidade ou de reserva em que a atividade dessa comunidade de trabalho se desenvolva.

em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 — A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”.

(3) Que assim não se circunscrevem aos sujeitos processuais. Quanto à relação jurídica processual, sua configuração e conteúdo, *vd.* ANTUNES VARELA, “O direito de ação e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 125, n.º 3824 (1993), pp. 325 a 331; n.º 3825, pp. 357 a 361; ano 126, n.º 3826, pp. 12 a 16; n.º 3827, pp. 37 a 41; n.º 3828, pp. 70 a 75; n.º 3829/3830, pp. 103 a 107 e n.º 3831, pp. 166-170.

II. Publicidade

A teia de relações entre os diversos sujeitos jurídicos que, de forma mais ou menos intensa, intervêm no processo desenvolve-se, por princípio, em ambiente de publicidade.

Apesar de esse ser um princípio de conquista consolidada no século XIX⁽⁴⁾, assiste-se, mais recentemente, a renovado debate sobre esta garantia processual, em movimento figurativamente designado por “batalha pela publicidade judicial” (*Kampfes um die Gerichtsöffentlichkeit*)⁽⁵⁾.

Impõe-se, em antecâmara, começar por balizar dois aspetos.

O primeiro diz respeito à natureza do processo (quando considerado enquanto suporte de informação). Atentas as alterações de regime⁽⁶⁾ introduzidas no sentido da sua tramitação em plataforma informática, em conformidade com a ideia de realidade «digital por definição»⁽⁷⁾, o processo assume, hoje, dimensão eletrónica⁽⁸⁾, complementada, em certas hipóteses, por suporte físico⁽⁹⁾.

(4) Para uma análise da evolução histórica do princípio da publicidade, NIKLAS MAXIMILIAN SEITZ, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, pp. 24, ss.

(5) STEFAN ARNOLD, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 12.

(6) Salientam-se, no plano recente, o regime constante do novo Código de Processo Civil (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho), em particular na redação decorrente das alterações introduzidas pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de fevereiro (em matéria de inquirição de testemunhas por meios tecnológicos) pelo D.L. n.º 68/2017, de 16 de julho (no que concerne à certidão judicial eletrónica) e pelo D.L. n.º 97/2019, de 26 de julho (que alterou o regime da tramitação eletrónica nos tribunais judiciais) e da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto (que tem por objeto a tramitação eletrónica dos processos judiciais e revogou a Portaria n.º 114/2018, de 6 de fevereiro).

(7) A expressão é mobilizada pelo legislador na exposição de motivos do D.L. n.º 97/2009, de 26 de julho.

(8) Nesta sua dimensão, o processo é integrado por “informação estruturada constante do sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais e por documentos eletrónicos” (art. 132.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

(9) Nos termos do previsto no art. 144.º, n.º 11 do Código de Processo Civil e do art. 12.º - A, n.º 1 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, se a apresentação de peças processuais e documentos for efetuada em suporte físico a secretaria procede à sua digitalização e inserção no sistema de informação. Porém, pode não haver lugar a digitalização nas hipóteses previstas no art. 12.º-A, n.º 1 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, circunstância em que o original é conservado no tribunal. Se, nos casos previstos no número 13 do art. 144.º do Código de Processo Civil, a secretaria verificar que a digitalização não permite um adequado exame da peça processual ou documento, arquiva e conserva o seu original no suporte físico do processo (assim decorre do n.º 14 desse preceito). Também quando não for possível à parte ou ao seu representante assinar eletronicamente ato da secretaria que exprima a manifestação de vontade de alguma das partes ou importar para ela qualquer responsabilidade, o mesmo é impresso e assinado autograficamente, procedendo-se em seguida à sua digitalização e junção ao processo, sendo a versão em papel arquivada no suporte físico do processo (art. 160.º, n.º 3 do Código de Processo Civil).

O segundo concerne ao conceito de publicidade. Tomaremos, para o presente efeito, a noção de publicidade em sentido amplo, por ser esse o sentido em que o conceito é considerado no âmbito do Código de Processo Civil. Corresponde (nesta dimensão significativa) à possibilidade de acesso à informação processual, quer pelas partes e sujeitos integrados na orgânica do sistema de administração de justiça (publicidade interna)⁽¹⁰⁾, quer por outros sujeitos (publicidade externa).

No âmbito do regime *regra* vigente, no domínio civil, em matéria de publicidade processual, são pontuais os momentos que se ressalvam do olhar exterior e do alcance de visão das partes: é resguardado que o juiz reflete sobre a prova e elabora a sentença⁽¹¹⁾; é intramuros que o juiz relator projeta o acórdão; é ao abrigo da presença de terceiros que o colégio de juízes reúne em sessão⁽¹²⁾.

Ressalvados estes momentos introspectivos, o processo obedece, por regra, ao princípio da publicidade.

Analisemos mais de perto esta máxima processual.

1. Publicidade do processo

1.1. Razão de ser

A transmissão de informação no interior do processo, bem como entre este e o exterior, ocorre, por princípio, de acordo com o paradigma de publicidade dinâmica (*dynamische Öffentlichkeit*), ou seja, no âmbito de uma tramitação processual que assume caráter público entre o seu início e o seu termo⁽¹³⁾. A natureza pública não se reduz, assim, à estática de um momento.

⁽¹⁰⁾ THIAGO MARRARA convoca esta expressão, num outro contexto (publicidade no interior do sistema de administração pública), como uma das dimensões do princípio da publicidade. Distingue, em simultâneo, no âmbito do princípio da publicidade (considerado também nesse enquadramento administrativo), quatro outras dimensões: a publicidade formal, a publicidade educativa, a publicidade-transparência e a publicidade -participação, “O princípio da publicidade: uma proposta de renovação”, *Princípios de Direito Administrativo*, org. por Thiago Manzarra, S. Paulo, Editora Atlas, 2012, pp. 280 a 299.

⁽¹¹⁾ ALBERTO DOS REIS observa, quanto a este último aspeto, que a confidencialidade do que se passa na reunião do colégio implica que esta não seja presenciada por pessoas estranhas e a proibição de revelação do que aí se passe, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1951, p. 350.

⁽¹²⁾ A não aplicabilidade do princípio da publicidade aos momentos de votação e deliberação encontra-se estabelecida no §193 (1) GVG (Gerichtsverfassungsgesetz).

⁽¹³⁾ MARTIN LUTSCHOUNIG contrapõe a noção de *dynamische Öffentlichkeit* a *statische Öffentlichkeit*, querendo significar, com a primeira expressão, a publicidade da tramitação processual e, com

Mais do que conhecido pelos sujeitos processuais, o processo torna-se, em virtude da sua natureza pública, cognoscível por um conjunto alargado de outros sujeitos.

Além de consagrada, no plano jurídico internacional, na parte final do n.º 1 do art. 6.º⁽¹⁴⁾ da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁽¹⁵⁾ no n.º 2 do art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, no art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no n.º 1 do art. 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, a publicidade da instância processual como um todo beneficia de consagração expressa no art. 163.º, n.º 1 do Código de Processo Civil⁽¹⁶⁾.

A conformação pública do processo civil assenta em raízes profundas.

Preside-lhe, por um lado, um intuito de tutela de interesses individuais. Que a atividade de administração da justiça ocorra sob escrutínio público permite, mais eficazmente, proteger as partes de tratamento arbitrário.

Também razões de interesse público justificam a generalizada vigência desse princípio. Sendo, no contexto de um Estado de Direito democrático, a justiça administrada pelo Estado (em exercício da função jurisdicional), com recurso a meios públicos e em nome do povo, impõe-se que este disponha de meio que lhe permita aferir se a realização de justiça obedece aos parâmetros jurídicos (substantivos e adjetivos) geral e abstratamente desenhados em termos comunitariamente aceites. Representa, nesta medida, como, na esteira de ZIMMERMANN, STEFAN ARNOLD salienta⁽¹⁷⁾, forma de promover a confiança dos cidadãos, mediante demonstração pública de que a justiça é administrada por via de um processo justo e transparente (*gerechten und transparenten Verfahren*)⁽¹⁸⁾. Fidúcia (alicerçada na legiti-

a segunda, a publicidade do seu resultado (julgamento), *Zivilprozess und Öffentlichkeit*, pp. 2 e 3, disponível em <https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft_neu/Neu_Versuch/Doktorat_Expose/Expose1/ZGV/Zivilprozess_und_Oeffentlichkeit.pdf>.

(14) “O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente”.

(15) Sobre a protecção jurisdicional dos direitos humanos no âmbito desta Convenção, RUI CARDONA FERREIRA, “Os sistemas de protecção jurisdicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos”, *O Direito*, IV, 2007, p. 895, ss. (em particular no ponto 2).

(16) “O processo civil é público, salvas as restrições previstas na lei.”

(17) STEFAN ARNOLD, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 13.

(18) STEFAN ARNOLD, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a.

mação pelo procedimento) que se basta com a possibilidade de acesso à informação (não com o seu necessário conhecimento) e que, sendo elemento de combate à desconfiança na administração da justiça⁽¹⁹⁾, contribui para densificar a consistência da estrutura comunitária.

Por outro lado, tendo o direito caráter objetivo (como enfatizado por HEGEL) e *geral*, deve, também por esta razão, a sua realização em juízo ser passível de observação e compreensão pela generalidade dos sujeitos⁽²⁰⁾.

A transparência que, como TEIXEIRA DE SOUSA sublinha⁽²¹⁾, a publicidade proporciona, viabiliza, assim, a avaliação democrática do exercício da jurisdição⁽²²⁾, bem como o desenvolvimento de controlo tendente a impedir que o arbítrio possa prejudicar uma ou ambas as partes⁽²³⁾.

A efetividade dessas formas de fiscalização beneficiará, contudo, se, além de acessível (suscetível de ser conhecida), a informação for compreensível por quem a conhece. O princípio da utilização de linguagem simples e clara representa, nesta medida, complemento de relevo para cabal realização dos fins subjacentes à garantia da publicidade processual⁽²⁴⁾.

(Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 12.

⁽¹⁹⁾ Assim o nota TEIXEIRA DE SOUSA, em *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 53

⁽²⁰⁾ Como sublinha STEFAN ARNOLD, quando recorda excerto da Filosofia do Direito, de HEGEL: “...der Zweck des Gerichts das Recht ist, welches als eine Allgemeinheit auch vor die Allgemeinheit gehört”, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 14.

⁽²¹⁾ *Introdução ao Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1993, p. 55.

⁽²²⁾ Avaliação democrática que assim se torna possível, não obstante, como nota REMÉDIO MARQUES, os juízes não serem eleitos por sufrágio direto e universal, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 3.ª ed., 2011, p. 220.

⁽²³⁾ No sentido de que o princípio da publicidade é uma emanação do princípio da equidade, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013, p. 124. Sobre o controlo do caráter equitativo do processo jurisdicional, PAULA COSTA E SILVA, “Processo equitativo e magistratura judicial”, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais* (org. Paulo Pinto de Albuquerque), 2.º Vol., 1.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 980-985. Salientando as atuais virtualidades da equidade no plano da realização da justiça, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A equidade (ou a “justiça com coração””, A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 1, janeiro-março, 2012, pp.109-146.

⁽²⁴⁾ Art. 9.º-A do Código de Processo Civil: “O tribunal deve, em todos os seus atos, e em particular nas citações, notificações e outras comunicações dirigidas diretamente às partes e a outras pessoas singulares e coletivas, utilizar preferencialmente linguagem simples e clara.” Não obstante, como STEFAN ARNOLD observa na esteira de KÖBL e de LUHMANN, a efetividade do controlo visado pela publicidade não pressupõe que o público disponha de conhecimentos jurídicos. Por outro lado, a mera possibilidade de presença motiva especial zelo e atenção por parte do decisor, o que é suficiente para minorar o risco de arbítrio, não se tornando indispensável a presença efetiva, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, pp. 14 e 15. No sentido de que a circuns-

1.2. Desdobramento em duas dimensões

A atividade processual que, assim, se torna visível a um universo de sujeitos não circunscrito às partes e decisor, abrange quer a informação processual escrita, quer a informação processual não escrita.

Porém, o regime a que cada um desses tipos de informação obedece não é absolutamente idêntico, pelo que os consideraremos de forma individualizada.

1.2.1. Informação processual escrita

Reconduzimos à categoria de informação processual escrita a que ingressa no processo, ou nele se produz, de forma originariamente escrita.

Aí se incluem, a título de exemplo, os articulados, requerimentos, despachos, aberturas de conclusão, documentos (em sentido estrito) juntos aos autos e decisões (intercalares e final).

Sob o ponto de vista subjetivo distinguem-se, a este propósito, cinco tipos de sujeitos⁽²⁵⁾: as partes, os representantes das partes, os mandatários judiciais das partes, qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial e quem revele interesse atendível no conhecimento da informação⁽²⁶⁾.

A publicidade traduz-se, quanto a esta categoria de informação, na possibilidade de aceder ao seu teor.

No âmbito deste direito de conhecimento distinguem-se, porém, várias vias de acesso à informação processual, sendo que o seu discernimento assume relevo por razões que superam o mero interesse de sistematização, na medida em que cada uma das vias concede diferentes âmbitos de poderes e abrange diversos universos de sujeitos.

A par do direito de *i*) exame e consulta do processo (representativo de direito de acesso direto à informação), discerne-se o direito a *ii*) formular pedido de informação quanto ao estado do processo (representativo de direito de acesso indireto à informação) e o direito de *iii*) obtenção de cópia ou certidão de elementos constantes dos autos (representativo de direito de obtenção documentada de informação).

tância de numa audiência judicial, realizada na Alemanha, ter o inglês por língua aplicável não viola o princípio da publicidade, *vd.* o mesmo autor e obra, pp. 25 e 26.

⁽²⁵⁾ Além, naturalmente, do decisor e de quem, integrando a orgânica judicial, auxilia, por dever de ofício, no desenvolvimento da atividade de tramitação processual.

⁽²⁶⁾ Art. 163.º, n.º 2, parte final do Código de Processo Civil.

i) Direito a exame e consulta do processo

O primeiro direito pode ser exercido fora ou dentro da secretaria judicial e, em qualquer uma das hipóteses, por via eletrónica ou mediante acesso ao suporte físico do processo⁽²⁷⁾.

O acesso por via eletrónica fora da secretaria judicial pode ser desenvolvido, de modo *autónomo*, relativamente àquele processo, pelo mandatário judicial que neste represente as partes, mediante acesso à plataforma eletrónica que serve de suporte ao processo⁽²⁸⁾.

Diferentemente, quando esteja em causa pessoa capaz de exercer o mandato judicial, mas não representante de qualquer das partes nos autos⁽²⁹⁾, a consulta eletrónica pressupõe prévia solicitação de consulta à secretaria⁽³⁰⁾, “que disponibiliza o processo por um período de 10 dias para consulta na área reservada do mandatário no sistema informático de suporte à atividade dos tribunais”⁽³¹⁾.

A consulta eletrónica pelas partes, bem como por pessoa que nisso revele interesse atendível⁽³²⁾, efetua-se na Área de Serviços Digitais dos Tribunais⁽³³⁾ e pressupõe autenticação prévia⁽³⁴⁾, sendo que, no segundo caso⁽³⁵⁾, a consulta do processo⁽³⁶⁾ é, ademais, precedida por prévia apreciação do pedido pelo tribunal⁽³⁷⁾.

A consulta, fora da secretaria judicial, do processo, na sua dimensão física, encontra-se reservada aos mandatários judiciais das partes⁽³⁸⁾ no

(27) Sobre a evolução histórica do regime processual de acesso ao processo, no domínio civil, em Portugal, desde 1939, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2014, p. 323.

(28) Art. 163.º, n.os 2 e 3 do Código de Processo Civil. O acesso é, neste caso, precedido por registo realizado nos termos do previsto no art. 27.º, n.º 1, a) e n.º 2 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

(29) Arts. 163.º, n.os 2 e 3 do Código de Processo Civil e 27.º e 27.º-A da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

(30) Sempre que a secretaria tenha dúvidas sobre o direito de acesso do requerente ao processo, deve submeter, por escrito, a questão à apreciação do juiz (art. 168.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

(31) Arts. 163.º, n.os 2 e 3 do Código de Processo Civil, 3.º e 27.º, n.º 4 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

(32) Art. 163.º, n.os 2 e 3 do Código de Processo Civil.

(33) Acessível no endereço eletrónico <<https://tribunais.org.pt>> (art. 27.º-A, n.º 1 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto).

(34) Com recurso ao certificado digital de autenticação integrado no cartão do cidadão ou à chave móvel digital (art. 27.º-A, n.º 1 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto).

(35) Consulta do processo por pessoa que invoque interesse atendível.

(36) Disponibilizada pelo período de 10 dias.

(37) Art. 27.º-A, n.º 5 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

(38) Constituídos pelas partes ou em exercício de patrocínio por nomeação oficiosa.

processo e aos magistrados do Ministério Público, a quem assiste o direito de, pelo prazo regra de cinco dias^(39/40), obter⁽⁴¹⁾, para esse efeito, junto da secretaria, a confiança dos suportes físicos de processos pendentes que contenham atos e documentos que não tenham representação eletrónica^(42/43).

Quando, porém, estejam em causa processos findos, o direito a obter confiança alarga-se a qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial a quem seja lícito o exame na secretaria⁽⁴⁴⁾.

O exame, por via eletrónica, do processo, pelas partes⁽⁴⁵⁾, no tribunal (em computadores para o efeito aí existentes), realiza-se através de código de acesso, de uso temporalmente limitado⁽⁴⁶⁾, emitido por qualquer secretaria de um tribunal judicial ou administrativo e fiscal, após confirmação

⁽³⁹⁾ Este prazo pode, porém, ser reduzido, se for motivo de embaraço grave ao andamento da causa (art. 165.º, n.º 3 do Código de Processo Civil). Pode também ser objeto de requerimento de prorrogação o que, a verificar-se, implica que o processo seja feito de imediato concluso ao juiz, para que este profira decisão (art. 168.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). A não restituição do suporte físico do processo dentro do prazo fixado determina que haja lugar a notificação para justificação do procedimento no prazo de dois dias. A ausência de justificação (apresentada pelo mandatário ou do conhecimento pessoal do juiz) para a não restituição ou o facto de a justificação apresentada não representar justo impedimento (a aferir de acordo com o critério constante do art. 140.º) determinam a aplicação de multa (aplicada no seu montante máximo). Caso não haja entrega do suporte físico do processo no prazo de cinco dias a contar da notificação para pagamento da multa, esta é elevada ao seu dobro e é de tanto dado conhecimento ao Ministério Público (para promoção de procedimento por crime de desobediência e apreensão do processo) à associação pública profissional a que o mandatário pertença (art. 166.º do Código de Processo Civil).

⁽⁴⁰⁾ O prazo de entrega do suporte físico do processo será o correspondente ao prazo de exame quando o direito de exame do processo decorra de disposição legal ou de despacho do juiz, sendo que se considera que o mandatário beneficia desse prazo sempre que o processo aguarde o decurso do prazo para a prática de um ato que caiba praticar só à parte patrocinada pelo mandatário em causa (art. 167.º, n.º 1, primeira parte e n.º 2 do Código de Processo Civil). Nestas hipóteses a secretaria confia o suporte físico do processo, pelo prazo marcado, na sequência de simples pedido verbal (art. 165.º, n.º 1, parte final do Código de Processo Civil). As consequências da sua não devolução até ao termo do prazo de exame são as mesmas que se explicitaram na nota anterior (art. 167.º, n.º 3 do Código de Processo Civil).

⁽⁴¹⁾ A solicitação de confiança pode ser oral ou escrita (art. 163.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Já o ato de recusa obedece necessariamente à forma escrita, encontra-se subordinado ao dever de fundamentação, implica que o processo seja feito imediatamente concluso ao juiz e é passível de reclamação para este último (arts. 165.º, n.º 4 e 168.º do Código de Processo Civil).

⁽⁴²⁾ Art. 165.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

⁽⁴³⁾ Quer a entrega, quer a devolução do suporte físico do processo estão sujeitos a registo no sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais (art. 169.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

⁽⁴⁴⁾ Art. 165.º, n.º 4 do Código de Processo Civil.

⁽⁴⁵⁾ Ou por quem as represente, contanto comprove a titularidade de poderes de representação (art. 27.º-A, n.º 5 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto).

⁽⁴⁶⁾ Válido por 4 horas (art. 27.º-A, n.º 2 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto).

(presencial) da identidade do requerente⁽⁴⁷⁾. A consulta do processo, por esta mesma via, por quem nisso revele interesse atendível pressupõe apreciação prévia do pedido pela secretaria⁽⁴⁸⁾.

ii) Direito a solicitar informação quanto ao estado do processo

A segunda modalidade de obtenção de informação quanto ao processo abrange apenas as partes (diretamente ou através de representante ou mandatário judicial)⁽⁴⁹⁾, a quem assiste o direito de obter informação, junto da secretaria, relativamente ao estado dos processos pendentes em que sejam interessadas⁽⁵⁰⁾.

iii) Direito a obtenção de informação documentada

A terceira modalidade de acesso à informação processual respeita ao direito de requerer⁽⁵¹⁾, junto da secretaria, certidões ou meras cópias de quaisquer peças incorporadas no processo⁽⁵²⁾. Trata-se de um direito de âmbito subjetivo mais extenso que o anterior, na medida em que dele beneficiam as partes, os seus mandatários judiciais, qualquer pessoa capaz de exercer o mandato judicial e quem nisso revele interesse atendível⁽⁵³⁾.

Porque a celeridade na obtenção de informação pode ser condição de *efetiva* garantia do interesse que se pretende tutelar com o recurso a esta via de assegurar a publicidade do processo, o legislador procurou promover a efetiva emissão de certidão⁽⁵⁴⁾, bem como a rapidez no ato de disponibilização desse documento⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁷⁾ Art. 163.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

⁽⁴⁸⁾ Art. 27.º-A, n.º 5 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

⁽⁴⁹⁾ Ou aos funcionários destes, devidamente credenciados (art. 163.º, n.º 4 do Código de Processo Civil).

⁽⁵⁰⁾ Art. 163.º, n.º 4 do Código de Processo Civil.

⁽⁵¹⁾ Oralmente ou por escrito (art. 163.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

⁽⁵²⁾ Art. 163.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

⁽⁵³⁾ Arts. 163.º, n.º 2 e 170.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

⁽⁵⁴⁾ Em caso de recusa de passagem de certidão, a secretaria deve fazer o processo imediatamente concluso ao juiz. A falta de fundamento válido para a recusa pode, por outro lado, dar causa à aplicação de medidas disciplinares (arts. 171.º, n.º 2 e 168.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

⁽⁵⁵⁾ Contribuem para a sua promoção o facto de a passagem de certidão não depender (neste regime regra) de despacho prévio, a possibilidade de a certidão ser passada por via eletrónica, a fixação de um prazo máximo de 5 dias para a sua emissão (salvo casos de urgência ou de manifesta impossibilidade) e a circunstância de o retardamento na passagem de certidão ser fundamento para a formulação de requerimento, dirigido ao juiz, no sentido da prolação de despacho que mande passar a certidão ou que fixe prazo para o efeito (arts. 170.º, n.ºs 1 e 3 a 6 e 171.º, n.ºs 1 e 3 do Código de Processo Civil).

1.2.2. Informação processual não escrita

Incluímos na categoria de informação processual não escrita a que se produz ou ingressa no processo em registo oral (sem embargo da sua possível redução a escrito ou a outra forma de registo estável)⁽⁵⁶⁾.

Pela especial importância que assume na economia da instância processual⁽⁵⁷⁾, centrar-nos-emos, a este propósito, na informação respeitante à audiência final⁽⁵⁸⁾.

A publicidade desta audiência encontra-se consagrada, como regime regra e em termos idênticos, tanto no plano da lei ordinária⁽⁵⁹⁾ como no plano constitucional⁽⁶⁰⁾ e, ao contrário do que sucede relativamente à publicidade dos autos, concede-se, por sua via, o acesso à audiência a qualquer sujeito jurídico — interessado ou desinteressado na decisão da causa, como TEIXEIRA DE SOUSA sublinha⁽⁶¹⁾ — e, assim, independentemente da demonstração de interesse atendível⁽⁶²⁾.

A intensa e rápida evolução tecnológica criou um contexto de facilidade inter-relacional que confere um outro potencial à natureza pública das audiências judiciais. O mundo viu profundamente contraída a distância comunicacional. Se, em 1939⁽⁶³⁾, o horizonte de publicidade da audiência

⁽⁵⁶⁾ Assim, por exemplo, por via de gravação da audiência final (art. 155.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

⁽⁵⁷⁾ Designadamente por aí se concentrar, na generalidade dos casos, a absorção processual de informação especialmente valiosa para a boa decisão da causa (a proporcionada pela prova).

⁽⁵⁸⁾ Notamos, contudo, o entendimento (que acompanhamos) de TEIXEIRA DE SOUSA, no sentido de que o regime de publicidade da audiência final não é transponível quanto à audiência prévia, dado que a realização das finalidades a que esta se destina não pressupõem a publicidade, podendo mesmo esta revelar-se prejudicial ao alcance desses fins, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 54.

⁽⁵⁹⁾ Na primeira parte do n.º 1 do art. 606.º do Código de Processo Civil e no art. 25.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

⁽⁶⁰⁾ No art. 206.º da Constituição da República Portuguesa consagra-se a regra da publicidade das audiências dos tribunais. Trata-se de uma previsão com maior amplitude aplicativa que as constantes de lei ordinária, na medida em que se refere ao conjunto das audiências dos vários tribunais. Não se encontrando literalmente consagrado o princípio da publicidade na lei fundamental alemã, Seitz sustenta que esta garantia decorre, no plano constitucional, da conjugação entre as dimensões constitucionais do Estado de Direito e da democracia, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, p. 315.

⁽⁶¹⁾ *Introdução ao Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1993, p. 55.

⁽⁶²⁾ No sentido de que o princípio da publicidade não implica para o tribunal o dever de assegurar publicidade representativa, NIKLAS MAXIMILIAN SEITZ, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, p. 67.

⁽⁶³⁾ No Código de Processo Civil de 1939, o princípio da publicidade da audiência encontrava-se consagrado no art. 657.º. Passou a constar, depois, na versão originária do Código de Processo Civil de 1961, no n.º 4 do art. 656.º. Por via do D.L. n.º 368/77, 3 de setembro foi consagrado, com

se circunscrevia, no essencial, ao número de pessoas comportável pela sala de audiências⁽⁶⁴⁾, existiria hoje a possibilidade (técnica) de a tornar virtualmente acessível ao conjunto do mundo civilizado.

Porém, um tal acesso, massivo, às sessões de audiência judiciais, não só seria dispensável para cumprimento dos fins que presidem ao princípio da publicidade, como seria prejudicial para a boa administração da justiça, pelos efeitos negativos que produziria nos planos intra e extraprocessual.

Com efeito, a ampla divulgação da audiência produz impacto direto no desempenho dos sujeitos que intervêm *no processo*. A pressão produzida pelo alargamento da publicidade da audiência a um número indeterminado e generalizado de pessoas, bem como o bulício social que tanto gera, interfere com o grau de paz intelectual e anímico do decisor, humanamente necessário à serenidade e à ponderação de raciocínio indispensáveis à produção de uma decisão justa (adequada e eficaz).

Por outro lado, a consciência, pelos demais sujeitos intervenientes na instância (em particular no âmbito da produção de prova pessoal), de que o seu desempenho é objeto de ampla difusão, transformando-se, cada um, no foco de atenção da multidão, transmuta a perceção de atuação, gerando a impressão de que a sala de audiências se converte em palco (“*zum Theater*”, na expressão que ARNOLD toma na esteira do pensamento de SIMOTTA)⁽⁶⁵⁾; o que pode prejudicar a espontaneidade e o teor da informação prestada e, em consequência, a fidelidade do material de que o tribunal disporá para efeitos decisórios⁽⁶⁶⁾.

Tudo o que, na concentrada expressão de TEIXEIRA DE SOUSA, “coloca necessariamente a questão, tão inquietante e incómoda como irrespondí-

outra redação (no sentido da sua adaptação ao art. 211.º da Constituição da República Portuguesa), no n.º 1 do mesmo artigo. Manteve inalterada a sua localização até à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, introduzido pelo D.L. n.º 41/2013, de 26 de junho, onde passou a constar, com o mesmo teor, no n.º 1 do art. 606.º.

(64) Público que, na prática, tendia, por regra, a coincidir com pessoas do meio social envolvente.

(65) “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 17.

(66) J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sublinham o perigo da “transmutação da publicidade da audiência em publicidade mediática”, notando que “a publicidade das audiências é, em primeiro lugar, uma publicidade directa e imediata na sala e dentro da sala de audiências”, bem como que “o tradicional processo de partes não pode converter-se num «canal justiça» à revelia dos intervenientes directos e, até, contra a sua própria vontade”. Acrescentam impor-se “uma interpretação conforme à constituição em termos de concordância prática e de ponderação de direitos que não afaste necessariamente uma interpretação «mais amiga» da comunicação electrónica das audiências judiciais”, salvaguardando, quanto a este último aspeto, que tanto se restringe a audiências, “não abrangendo a investigação e, muito menos, a investigação em segredo de justiça”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 535.

vel, de saber se o resultado de um julgamento que teve uma publicidade mediática seria exactamente o mesmo se ela não tivesse existido”(67).

Os efeitos negativos repercutir-se-iam também no plano extraprocessual. O registo áudio e vídeo da audiência, em termos que permitam a utilização indiscriminada de tais conteúdos, torna possível, além da sua ilimitada divulgação, a repetição futura (por número de vezes indefinido) dessa informação. Recorrência que gera o perverso efeito de constante reacendimento, na memória coletiva, do ato de julgamento, impedindo (ou dificultando) o natural efeito de apagamento e consequente esquecimento, que o decurso do tempo traz, bem como o paralelo processo de gradual e integral reintegração social do indivíduo.

As consequências negativas repercutem-se, também no plano extraprocessual, a um outro nível, na medida em que, sobretudo no âmbito de casos mais mediáticos (objeto de maior divulgação), o público tende, naturalmente, a fazer um juízo próprio, em função dos elementos que lhe são dados perceber. Porém, a fragmentação e carácter limitado, bem como a falta de contextualização jurídica dessa informação, propiciam a formação de juízos incorretos, imprecisos ou incompletos. A força que tal convicção ganha na comunidade alargada que inadequadamente a formou pode, contudo, tornar-se dificilmente modificável, mesmo após prolação da decisão jurisdicional definitiva(68). Tanto, a ser admissível, significaria a subordinação das partes a um duplo processo de julgamento, sendo que aquele que, na prática, se revelaria prevalecente no juízo da comunidade, poderia não ser o que tivesse obedecido aos parâmetros de um processo justo e equitativo, antes o julgamento social.

Porque a audiência deve ser fonte de realização de justiça e não de estigmatização, torna-se, assim, decisivo o grau de rigor observado no que diz respeito ao grau de exposição pública a conferir a este tipo de informação.

A adequação do critério para que a publicidade se não converta de *panacea* em *venenum* assentará, assim, no seu adequado doseamento do nível de publicidade. Afigura-se que a conjugação da limitação da publicidade presencial ao número de pessoas comportável pela sala de audiências com uma articulação cooperante entre o tribunal e os meios de comunicação social, no sentido de estes poderem desempenhar a sua atividade em conformidade com as regras do *due process of law*, é um bom ponto de partida na construção desse caminho de equilíbrio(69).

(67) *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.^a ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 54.

(68) Para uma relação entre a força de caso julgado e a força probatória das decisões judiciais, MARIA JOSÉ CAPELO, *A Sentença entre a Autoridade e a Prova*, Almedina, 2019, pp. 27, ss.

(69) No âmbito desta articulação assumiria relevo a prévia definição dos limites da possibilidade de recolha de registos de som e de imagem do espaço (por princípio limitados aos momentos

III. Desvios à regra

O modo de harmonização entre publicidade e privacidade processuais vigente no âmbito do regime regra (que vem de se explicitar) sofre, contudo, ajustamentos em particulares contextos, quer no sentido da ampliação, quer no sentido da restrição do grau de publicidade.

1. Ampliação da publicidade

São exemplos de hipóteses em que há ampliação do grau de publicidade aquelas em que a ação⁽⁷⁰⁾ ou a decisão final⁽⁷¹⁾ são objeto de registo

anterior e posterior ao decurso da audiência), a disponibilização de condições de trabalho aos profissionais da comunicação social (designadamente mediante a disponibilização de sala própria) e a existência, nos tribunais, de interlocutor, dotado de formação nos planos jurídico e da comunicação, que assegurasse o diálogo com esses profissionais proporcionando-lhes suporte para atuação, nomeadamente (no sentido da promoção do grau de precisão e de fidelidade da informação veiculada para o público) no que diz respeito ao esclarecimento das regras que presidem à fase processual em causa, bem como à interpretação de vocabulário técnico aí relevante. De acordo com o previsto no §169, (1), S. 2 da GVG alemã é proibido o uso de gravações sonoras e televisivas, bem como de gravações sonoras e cinematográficas. É da primeira frase desse preceito que decorre a regra da publicidade do processo. Sobre distinção entre publicidade direta ou imediata (a incluir apenas os sujeitos que estão presentes na sala de audiências) e publicidade indireta ou mediata (a incluir quem pode acompanhar o processo sem estar fisicamente presente, graças ao recurso a tecnologia visual e acústica), NIKLAS MAXIMILIAN SEITZ, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, p. 55.

⁽⁷⁰⁾ Assim sucede com as ações que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no art. 2.º do Código do Registo Predial, as ações de impugnação pauliana [alínea *a*] do art. 3.º do Código do Registo Predial]; as ações que tenham por fim, principal ou acessório, a reforma, a declaração de nulidade ou a anulação de um registo ou do seu cancelamento [alínea *b*] do art. 3.º do Código do Registo Predial]; os procedimentos que tenham por fim o decretamento do arresto e do arrolamento, bem como de quaisquer outras providências que afetem a livre disposição de bens [alínea *d*] do art. 3.º do Código do Registo Predial]. O registo não é obrigatório quanto às ações de impugnação pauliana e aos procedimentos mencionados na alínea *d*] do n.º 1 do art. 3.º do Código de Registo Predial; por outro lado, o registo da providência cautelar não é obrigatório se já se encontrar pedido o registo da ação principal [alínea *b*] do n.º 1 e n.º 2 do art. 8.º-A do Código do Registo Predial]. A propositura das ações judiciais de declaração de nulidade ou de anulação e a apresentação em tribunal de pedido reconvenicional com a mesma finalidade são suscetíveis de averbamento (de que se publica aviso no Diário da República), efetuado a requerimento de qualquer dos interessados [art. 29.º, n.ºs 1, *d*), 4 e 6 do Código da Propriedade Industrial]. Também são objeto de registo as ações constantes das alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 215.º do Código da Propriedade Industrial. Nos termos do previsto no art. 9.º do Código do Registo Comercial encontram-se sujeitas a registo as ações constantes das suas alíneas *a*) a *g*).

⁽⁷¹⁾ Assim sucede com as decisões finais das ações referidas nas alíneas *a*) e *b*) do art. 3.º do Código do Registo Predial, logo que transitem em julgado [alínea *c*] do art. 3.º do Código do Registo

público. Assim também quando a decisão é objeto de especial publicação (a título oficioso⁽⁷²⁾ ou na sequência de pedido da parte)⁽⁷³⁾.

2. Limitações da publicidade

Em sentido inverso, discernem-se hipóteses de diminuição do grau de publicidade do processo ou de alguns dos atos que o integram.

Predial]; as providências decretadas nos procedimentos referidos na alínea *d*) do art. 3.º do Código do Registo Predial [alínea *e*] do art. 3.º do Código do Registo Predial]; as decisões proferidas em ações respeitantes a factos sujeitos a registo nas Conservatórias do Registo Civil e que devam ser averbados (arts. 1.º e 78.º do Código do Registo Civil, com ressalva do estabelecido no art. 274.º do mesmo Código). As decisões de acompanhamento de maior aplica-se, com as devidas adaptações, em matéria de registo e das consequências da falta deste, o regime previsto nos artigos 1920.º-B e 1920.º-C do Código Civil (arts. 153.º, n.º 2 do Código Civil e 902.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). No âmbito do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos são objeto de registo as decisões finais, quando transitadas em julgado, das ações constantes das alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 215.º desse diploma [alínea *c*] do n.º 2 do art. 215.º do Código da Propriedade Industrial]. Nos termos do previsto no art. 9.º do Código do Registo Comercial encontram-se sujeitas a registo as decisões constantes das suas alíneas *h*) a *o*).

⁽⁷²⁾ As decisões judiciais de declaração de nulidade ou a anulação de patentes, de certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores devem, após o trânsito em julgado, ser remetidas ao INPI, I. P., pela secretaria, para publicação do respetivo texto e correspondente aviso no Boletim da Propriedade Industrial, bem como para averbamento (art. 34.º, n.ºs 1 e 5 do Código da Propriedade Industrial). Tanto vale, igualmente, quanto às decisões proferidas em instância de recurso (art. 46.º do mesmo Código). No âmbito do processo de acompanhamento de maior incumbe ao juiz decidir, em cada caso, a “publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo de acompanhamento”, devendo esta limitar-se “ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros” (arts. 153.º do Código Civil e 893.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). A publicidade pode, quando necessário, ocorrer por via de publicação de anúncios em sítio oficial (art. 893.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Pode também o tribunal, quando o interesse do beneficiário assim o justificar, “dirigir comunicações e ordens a instituições de crédito, a intermediários financeiros, a conservatórias do registo civil, predial ou comercial, a administrações de sociedades ou a quaisquer outras entidades” (art. 894.º do Código de Processo Civil), sendo que este último regime se aplica também no que diz respeito à publicação e comunicação da decisão de decretamento de acompanhamento de maior (art. 902.º, n.º 3 do Código de Processo Civil).

⁽⁷³⁾ Assume natureza facultativa a ampliação do grau de publicidade decorrente de pedido de publicação da decisão final formulado pelo lesado no sentido de, a expensas do infrator, ordenar a publicação (por extrato de que constem elementos da sentença e da condenação, bem como a identificação dos agentes) da decisão final no Boletim da Propriedade Industrial ou através da divulgação em qualquer meio de comunicação que se considere adequado (art. 350.º do Código da Propriedade Industrial). No processo de acompanhamento de maior pode o requerente, na petição inicial, “indicar a publicidade a dar à decisão final” [art. 892.º, n.º 1, alínea *d*) do Código de Processo Civil].

2.1. Limitações da publicidade dos autos

2.1.1. Constitui fundamento de limitação da publicidade da informação processual escrita a circunstância de a divulgação do seu conteúdo poder “causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, ou pôr em causa a eficácia da decisão a proferir”⁽⁷⁴⁾.

A decisão sobre a verificação ou não destes pressupostos incumbe ao juiz do processo, que a proferirá, por princípio, na sequência da apreciação a que proceda, atentos os elementos de facto e de prova de que disponha.

No âmbito de específicas modalidades de ações, o legislador antecipou-se, porém, à ponderação concreta do juiz (relativamente ao preenchimento de tais conceitos indeterminados)⁽⁷⁵⁾, retirando aos correspondentes processos carácter público.

Neste sentido, previu que os processos de anulação de casamento, divórcio, separação de pessoas e bens, os relativos ao estabelecimento ou impugnação de paternidade⁽⁷⁶⁾ e os processos de acompanhamento de maior⁽⁷⁷⁾ são objeto de limitação da publicidade, o que representa uma emanação concretizadora e vinculativa do geral critério da perigosidade para a *intimidade da vida privada*⁽⁷⁸⁾ ou *familiar* como causa de restrição da publicidade processual⁽⁷⁹⁾.

Em termos equivalentes, a previsão legal de restrição da publicidade no âmbito de procedimentos cautelares e de processos de execução em que haja diferimento do contraditório⁽⁸⁰⁾, bem como (no âmbito dos processos executivos) quanto à informação relativa aos bens indicados pelo exequente para penhora (e aos atos instrutórios da mesma) constitui concretização vinculativa da restrição da publicidade por razões de *eficácia da decisão a proferir*⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁴⁾ Art. 164.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

⁽⁷⁵⁾ Sobre a medida de concretização de conceitos indeterminados, TEIXEIRA DE SOUSA, “Linguagem e Direito”, *Estudos em Homenagem do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, outubro, 2008, pp. 275 e 276.

⁽⁷⁶⁾ Art. 164.º, n.º 2, a) do Código de Processo Civil.

⁽⁷⁷⁾ Art. 164.º, n.º 2, d) do Código de Processo Civil. De notar o carácter misto destes processos, bem como dos referidos na nota anterior, na medida em que quanto aos mesmos se preveem medidas quer de ampliação (como decorre do que *supra* se explicitou), quer de restrição da publicidade.

⁽⁷⁸⁾ Sobre a relação entre a tutela da intimidade da vida privada e os direitos de personalidade, PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, p. 481, ss.

⁽⁷⁹⁾ Art. 164.º, n.º 2, a) do Código de Processo Civil.

⁽⁸⁰⁾ Quanto aos fundamentos de diferimento do contraditório no âmbito dos procedimentos cautelares, vd. o art. 366.º do Código de Processo Civil.

⁽⁸¹⁾ Art. 164.º, n.º 2, alíneas b) e c) do Código de Processo Civil. No que diz respeito aos referidos procedimentos cautelares, o carácter sigiloso do procedimento deve manter-se até execução da

A limitação do caráter público do processo incide, quanto a este segundo grupo de ações, sobre a publicidade interna⁽⁸²⁾ e externa⁽⁸³⁾, ao passo que, no primeiro grupo, a restrição do caráter público do processo se reflete apenas no âmbito da publicidade externa⁽⁸⁴⁾.

A limitação do caráter público destas ações tem, em coerência de eficácia sistêmica, reflexo restritivo no regime de emissão de certidões⁽⁸⁵⁾ e de consulta eletrônica do processo⁽⁸⁶⁾.

2.1.2. A evolução da redação do art. 164.º do Código de Processo Civil reflete a história do progressivo ganho de extensão do espectro de informação merecedora de tutela no que diz respeito ao segredo processual. Em 2019⁽⁸⁷⁾ acrescentou-se, como fundamento de restrição do caráter público do processo, a possibilidade de, em respeito pelo regime de tratamento e proteção de dados pessoais, a publicidade dos autos ser circunscrita relativamente a dados pessoais constantes do processo, quando os mesmos não sejam pertinentes para a justa composição do litígio.

providência e notificação do requerido (art. 366.º, n.º 6 do Código de Processo Civil). O cumprimento dos fins que justificam o caráter secreto do procedimento cautelar determina também a natureza sigilosa do processo de recurso que o requerente aí interponha antes de citado o requerido, bem como a restrição da publicidade na ação principal que o requerente intente e de que o procedimento cautelar dependa (nela não devendo ser admitida citação, nem intervenção ou consulta por outrem que não o requerente ou se mandatário), até que a possibilidade de exercício diferido do contraditório seja concedida no procedimento cautelar.

⁽⁸²⁾ A limitação da publicidade abrange, nestes casos, também quem figure como réu ou executado, a quem não é (num primeiro momento) facultado o conhecimento da pendência do processo e do seu teor [art. 164.º, n.º 2, alíneas b) e c) do Código de Processo Civil]. Essa restrição da publicidade interna assume, contudo, natureza necessariamente transitória, sob pena de violação do princípio do contraditório. Quanto ao momento (e modalidades) de exercício diferido do contraditório (com o impacto que tanto importa no plano do grau de publicidade processual) nas hipóteses em análise, vd. os arts. 372.º (quanto aos procedimentos cautelares) e 856.º (quanto aos processos executivos) do Código de Processo Civil.

⁽⁸³⁾ Sobre o regime de limitação da publicidade interna, em matéria de *follow up litigation*, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Private enforcement do direito antitrust: novas perspectivas sobre a aplicação privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/EU”, *Revista de Direito Comercial*, pp. 733 e 734.

⁽⁸⁴⁾ No âmbito dos processos de anulação de casamento, divórcio, separação de pessoas e bens, bem como dos que respeitem ao estabelecimento ou impugnação de paternidade, apenas as partes e os seus mandatários podem ter acesso ao processo [art. 164.º, n.º 2, alínea a), parte final do Código de Processo Civil].

⁽⁸⁵⁾ Neste tipo de processos, nenhuma certidão é passada sem prévia pronúncia judicial sobre a justificação invocada, em requerimento escrito, acerca da sua necessidade, devendo-se, no despacho, fixar os limites quanto aos fins de uso (e teor, se for o caso) da certidão (art. 170.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

⁽⁸⁶⁾ Arts. 27.º, n.º 3 e 27.º-A, n.º 6 da Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto.

⁽⁸⁷⁾ N.º 3 do art. 164.º do Código de Processo Civil, na redação introduzida pelo D.L. n.º 97/2019, de 26 de julho.

Compreende-se a razão de ser do regime. Estando, por um lado, em causa dados pessoais não pertinentes para a adequada resolução do conflito, não serão estes relevantes para o tipo de sindicância do conteúdo do processo que está na base do princípio da publicidade, pelo que deixa de se justificar a subordinação dos mesmos ao escrutínio público. Por outro lado, sendo o processo espaço fértil para recolha de dados pessoais, na medida em que, frequentemente, dele constam vários tipos de dados quanto a diversos indivíduos (dados que, se separadamente considerados se podem revelar com diminuto potencial lesivo, mas que, quando congregados, podem com facilidade permitir traçar o perfil das pessoas em causa — o que eleva consideravelmente o potencial de danosidade decorrente da indevida exploração que deles se possa fazer)⁽⁸⁸⁾, torna-se acrescidamente relevante rodear tais dados de especial resguardo no processo.

São também razões relacionadas com a tutela da vida privada das pessoas (em termos mais amplos que as abrangidas pela intimidade da vida privada) que justificam esta mais recente consagração legal da possibilidade de restrição da publicidade processual.

Contrariamente ao que sucede com a previsão restritiva constante do n.º 2 do art. 164.º, a limitação do carácter público do processo prevista no n.º 3 não se reporta a particulares classes de ações. De resto, não só o seu âmbito aplicativo se não limita a certas ações, como todas abrange.

Na verdade, quando se tome por referência a noção de dados pessoais constante do regime jurídico vigente quanto a essa matéria (e a esse regime expressamente se reporta a letra da norma em apreço)⁽⁸⁹⁾, não se vislumbram ações de que não conste informação desse tipo, atenta a amplitude que tal noção (dados pessoais) assume.

Nos termos do art. 4.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados⁽⁹⁰⁾, entende-se por dados pessoais a informação relativa a uma pes-

⁽⁸⁸⁾ Pense-se, a título de exemplo, nos dados que devem imperativamente constar do processo quanto às partes (nomes, domicílios e, “obrigatoriamente, no que respeita ao autor, e sempre que possível, relativamente às demais partes, números de identificação civil e de identificação fiscal, profissões e locais de trabalho”, como decorre no previsto no art. 552.º, n.º 1, *a*) do Código de Processo Civil) e quanto às testemunhas (estas “são designadas no rol pelos seus nomes, profissões e moradas e por outras circunstâncias necessárias para as identificar”, como se retira do estabelecido no n.º 1 do art. 498.º do Código de Processo Civil).

⁽⁸⁹⁾ “O acesso a informação do processo também pode ser limitado, em respeito pelo regime legal de proteção e tratamento de dados pessoais...”.

⁽⁹⁰⁾ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revogou a Diretiva 95/46/CE). Foi complementado, no direito interno, pela Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto).

soa singular identificada ou identificável⁽⁹¹⁾, sendo que, dentro dessa amplíssima categoria, se distinguem categorias específicas de dados pessoais a que é aplicável um regime especialmente garantístico⁽⁹²⁾.

Se, no que diz respeito aos dados pessoais gerais integrados na categoria geral, o tratamento é *lícito* desde que cumprida pelo menos uma das condições contempladas no art. 6.º, n.º 1⁽⁹³⁾ do Regulamento Geral da Proteção de Dados, o tratamento da categoria de dados especiais prevista no art. 9.º do mesmo Regulamento é *proibido*, salvo se verificada alguma das circunstâncias previstas no n.º 2 dessa norma, de que cumpre destacar a alínea *f*) (em que se inclui a possibilidade de tratamento desse tipo de dados quando tanto seja “necessário à declaração, ao exercício ou à defesa de um direito num processo judicial ou sempre que os tribunais atuem no exercício da sua função jurisdicional”)⁽⁹⁴⁾.

Embora a *possibilidade* de tratamento jurisdicional dos dados seja questão distinta da relativa à tutela processual da sua *confidencialidade*, os respetivos regimes não se revelam em desarmonia.

Constando, na generalidade dos processos, informação reconduzível à noção de dados pessoais, torna-se importante operacionalizar a tutela da

⁽⁹¹⁾ Considerando-se, na segunda parte dessa norma, “identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

⁽⁹²⁾ A esse especial regime estão sujeitos os dados relativos à origem racial ou étnica, a opiniões políticas, a convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical, bem como os dados genéticos, os dados biométricos que permitam identificar uma pessoa de forma inequívoca, os dados relativos à saúde e os dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa (art. 9.º do Regulamento Geral da Proteção de Dados). Assim também com os “dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações ou com medidas de segurança conexas com base no art. 6.º, n.º 1” do mesmo Regulamento (art. 10.º do Regulamento Geral da Proteção de Dados).

⁽⁹³⁾ A interpretar, no que diz respeito ao consentimento, com o art. 7.º do mesmo Regulamento.

⁽⁹⁴⁾ No ponto 20 da Exposição de Motivos do Regulamento Geral da Proteção de Dados salienta-se que: “Na medida em que o presente regulamento é igualmente aplicável, entre outras, às atividades dos tribunais e de outras autoridades judiciais, poderá determinar-se no direito da União ou dos Estados-Membros quais as operações e os procedimentos a seguir pelos tribunais e outras autoridades judiciais para o tratamento de dados pessoais. A competência das autoridades de controlo não abrange o tratamento de dados pessoais efetuado pelos tribunais no exercício da sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência do poder judicial no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões. Deverá ser possível confiar o controlo de tais operações de tratamento de dados a organismos específicos no âmbito do sistema judicial do Estado-Membro, que deverão, nomeadamente, assegurar o cumprimento das regras do presente regulamento, reforçar a sensibilização dos membros do poder judicial para as obrigações que lhe são impostas pelo presente regulamento e tratar reclamações relativas às operações de tratamento dos dados”.

confidencialidade (dessa informação) que se pretende assegurar com o estabelecido no n.º 3 do art. 164.º do Código de Processo Civil.

Creemos que se revelaria, para tanto, adequada a previsão de solução normativa cujo âmbito abrangesse a generalidade dos processos e de que resultasse a necessária criação de duas *versões* dos elementos informativos que integram cada tramitação processual: uma (*versão integral*) que contemplasse a totalidade da informação e outra (*versão tratada*) de que tivesse sido excluída a menção dos dados pessoais cujo conhecimento não seja pertinente para a justa composição do litígio.

Exclusão a abranger, sob o ponto de vista subjetivo, os dados pessoais (prescindíveis para a justa resolução do conflito) de todos os sujeitos jurídicos⁽⁹⁵⁾ envolvidos.

A versão consultável (eletronicamente ou em suporte físico) e passível de ser fonte de extração de certidão seria, por defeito, a versão com os dados pessoais omitidos (*versão tratada*), sem embargo da possibilidade de consulta ou obtenção de certidão da *versão integral* (ou, sendo o caso, de parte dela) desde que para tanto se invocasse e demonstrasse interesse atendível, em requerimento a submeter à apreciação do juiz^(96/97).

⁽⁹⁵⁾ A incluir, designadamente, as partes, as testemunhas, os peritos, terceiros que cooperem com o tribunal e aqueles a quem seja feita menção nos documentos juntos.

⁽⁹⁶⁾ Despacho que, a ser de deferimento, poderia assumir natureza favorável total ou parcial. Assim (parcial) se, por exemplo, o requerente apenas houvesse logrado comprovar interesse atendível no conhecimento de parte dos dados pessoais (prescindíveis para a justa composição do litígio) constantes do processo. Da conjugação entre este regime (geral) e o aplicável aos processos sujeitos a segredo pelas razões previstas nos n.ºs 1 e 2 do mesmo art. 164.º do Código de Processo Civil resultaria, por exemplo, que, quanto a estes últimos, a possibilidade de obtenção de certidão dependeria (em conformidade com o previsto no n.º 2 do art. 170.º do mesmo Código) de despacho judicial mesmo relativamente à versão de que se tivessem apagado os dados pessoais prescindíveis para a justa composição do litígio. Assim, nesses casos, a obtenção de certidão integral dependeria não apenas da demonstração de interesse atendível na obtenção de certidão, como ainda da comprovação da existência de interesse justificado no conhecimento dos dados pessoais prescindíveis para a justa composição do litígio. Quando proferido despacho de sentido favorável à emissão de certidão integral, fixar-se-ia também, na linha do previsto na segunda parte do mesmo n.º 2 do art. 170.º, os limites de uso da certidão. Este artigo (170.º do Código de Processo Civil) representaria, assim, sob o ponto de vista sistemático, sede adequada para consagração da solução em apreço.

⁽⁹⁷⁾ De forma aparentemente paradoxal, o aumento do grau de confidencialidade da informação processual pode permitir maior grau de publicidade das decisões. Assim, por exemplo, o tratamento dos textos das decisões, de modo a que deixe de ser possível a associação destas a qualquer sujeito (o que representa realidade diferente da *supra* descrita no corpo do texto) viabilizaria, sob o ponto de vista da tutela da confidencialidade, a publicitação de todas as decisões judiciais proferidas em plataforma eletrónica publicamente acessível. O acesso a este tipo de base informativa integral poderia assumir interesse para fins científicos, bem como para incremento da efetiva potencialidade de certos meios processuais (designadamente a interposição de recurso assente na existência de decisões contrárias) e para conhecimento alargado do direito aplicado. Não se nos afigura, porém, ainda, abso-

2.1.3. Revelar-se-á adequado, no atual contexto, o perímetro de aplicação normativa do art. 164.º do Código de Processo Civil, no que toca aos casos abrangidos por segredo processual, ou pecará por defeito?

O legislador revelou-se sensível à necessidade de tutelar um outro tipo de informação, não abrangida pelo referido art. 164.º, quando, em 2019, consagrou, no revisto Código da Propriedade Industrial⁽⁹⁸⁾, o regime de segredo processual a observar, em ações judiciais, relativamente a informação representativa de segredo comercial. Nos considerandos introdutórios⁽⁹⁹⁾ da Diretiva (UE) 2016/943, de 8 de junho de 2016⁽¹⁰⁰⁾ (que aquele regime transpõe) revelam-se as razões que presidem à especial tutela jurídica concedida a este tipo de informação: “As empresas, independentemente da sua dimensão, valorizam os segredos comerciais tanto como as patentes e outras modalidades de direitos de propriedade intelectual. Utilizam a confidencialidade como um instrumento de gestão da competitividade empresarial e da inovação na investigação, em relação a um conjunto variado de informações que vão para além dos conhecimentos tecnológicos e abarcam dados comerciais tais como informações sobre os clientes e os fornecedores, planos de negócios e estudos e estratégias de mercado. As pequenas e médias empresas (PME) valorizam ainda mais os segredos comerciais e são ainda mais dependentes deles.

lutamente líquida a possibilidade de extrapolação algorítmica que esta espécie de base de dados permitiria, nem, sobretudo, o tipo de fins que essa extrapolação poderia servir. Importa que o ato de julgamento conserve a sua natureza judicativa concreta e humana, garantindo às partes que haverá lugar a avaliação singular e ponderada do seu caso e aos juízes a liberdade de, em apreciação crítica e fundamentada, assegurar essa ponderação sem se sentirem inibidos pela pressão de terem sobre si o peso (sublinhado pela generalidade dos cidadãos) de centenas ou milhares de decisões anteriores em sentido diferente. A contínua recriação (sustentada, que não arbitrária) no ato de realização do direito (que as especificidades de cada caso impõem e a liberdade e independência dos decisores determinam) — vital que é para que o sistema jurídico não cristalice, nem se formalize, transformando-se o avesso de si próprio — só é assegurada se a criação do tipo de plataformas em apreço não for de molde a gerar na comunidade o perigoso sentimento de legítima expectativa à necessária repetição do sentido decisório em casos posteriores (sentimento facilmente inculcável e de difícil dissipação, pela impressividade da invocação não esclarecida dos princípios da igualdade e da transparência). Recentemente, foi publicado, em França, em matéria de disponibilização pública de decisões judiciais sob a forma eletrónica, o Décret n.º 2020-797, du 29 Juin, publicado no Journal Officiel em 30 de junho (disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=DnpVIPYrAPUpGACFs1EL9_W-c5JqEb-SEAZ0MfC11vU=>>).

⁽⁹⁸⁾ Aprovado pelo D.L. n.º 110/2018, de 10 de dezembro, transpondo as Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943.

⁽⁹⁹⁾ Ponto 2.

⁽¹⁰⁰⁾ Diretiva relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Em especial sobre “A assistência técnica nos contratos de Know-How”, GABRIELA DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Boletim da Faculdade de Direito, Stvda Irvídica*, 10, Coimbra Editora, 1995.

Ao protegerem um tão vasto conjunto de know-how e de informações comerciais, quer como complemento, quer como alternativa aos direitos de propriedade intelectual, os segredos comerciais permitem aos criadores e inovadores retirar lucros das suas criações ou inovações, pelo que são especialmente importantes para a competitividade das empresas, para a investigação e o desenvolvimento e para o desempenho relacionado com a inovação”⁽¹⁰¹⁾.

Pretendendo-se, por intermédio desse regime, impedir que o processo seja instrumentalizado enquanto *fishing tank* de segredo comercial, bem como por quem nisso tenha interesse, bem como obstar a que as partes se vejam na alternativa de escolher entre o pleno exercício dos seus direitos processuais (invocando factos ou juntando prova, em juízo, reveladores de segredo comercial cujo conhecimento, pelo tribunal, seja indispensável ou importante para a procedência das suas pretensões) e a publicitação de segredo comercial (cuja confidencialidade é para si vital)^(102/103), adotaram-se medidas de *enforcement* que atuam em duas frentes⁽¹⁰⁴⁾. Como

⁽¹⁰¹⁾ Sobre a tutela do segredo comercial no novo contexto tecnológico, ante os desafios que este traz no âmbito da propriedade intelectual, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “A proteção jurídica do software executado por robots (e obras geradas por I.A.)”, *Direito da propriedade intelectual & novas tecnologias*, Vol. I, 1.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2019. Para uma reflexão sobre o tema reportada a momento anterior ao novo Código da Propriedade Industrial, NUNO SOUSA E SILVA, “Um retrato do regime português dos segredos de negócios”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 75, n.º 1-2, Janeiro-Junho, 2015, pp. 223-257. O mesmo autor pronuncia-se em sentido crítico sobre o regime constante do novo Código da Propriedade Industrial em “A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2019, p. 49, ss. e, em particular, sobre a preservação processual da confidencialidade, na p. 77, ss.

⁽¹⁰²⁾ A preservação do segredo (mediante a adoção de medidas que obstem à sua divulgação por via processual) assume também relevo comunitário, pelas implicações que o mesmo tem em matéria de concorrência (entre os *players* atuantes no mercado) e no plano económico (pela influência que tem na capacidade de produção de lucro), como AMINA-VIVIANA MALMSTRÖM observa *Schutz von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess*, PL Academic Research, 2013, p. 83.

⁽¹⁰³⁾ DÁRIO MOURA VICENTE observa ter sido intuito da Diretiva evitar “o risco de o titular do segredo o perder por ter de o revelar em juízo a fim de exercer os seus direitos”, “Proteção do know how, segredo de negócios e direito intelectual”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, 2018, p. 108.

⁽¹⁰⁴⁾ Para um confronto entre as posições de GRUNSKY e KÖBL (numa perspetiva de *lege ferenda*), de um lado, e EWER (numa perspetiva de *iure constituto*), do outro, no sentido de que a publicidade se encontra no poder de disposição das partes, STEFAN ARNOLD, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts (Festschrift für Daphne-Ariane Simotta)*, Wien, 2012, p. 21. No sentido de que, atento o interesse público que também o justifica, tal princípio não está ao alcance do poder de disposição das partes, nem deve vir a estar *de iure constituendo*, vd. o mesmo autor e obra, p. 21, ss. Em perspetiva analítica quanto ao grau de recetividade dos juristas alemães à possibilidade das partes poderem dispor da aplicação do princípio da publicidade processual, MATTHIAS KILLIAN, “Ausschluss der Öffentlichkeit in Zivilverfahren?”, *Anwaltsblatt*, 12, 2016, p. 899, ss. Para uma análise sobre as várias dimensões, manifestações e sentido do princípio do dispositivo, NIKLAS MAXIMILIAN SEITZ, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, p. 86, ss.

NUNO SOUSA E SILVA observa, importa garantir que “o titular de segredos consiga exercer os seus direitos sem afectar a subsistência do segredo”⁽¹⁰⁵⁾.

Distingue-se, de um lado, uma linha de intervenção normativa através da qual se pretende *evitar* que a informação *se torne conhecida* por sujeitos que não aqueles que, para justa decisão da causa, tenham necessariamente de a conhecer. Procura-se, por esta via, obstar à frustração do que AMINA-VIVIANA MALMSTRÖM refere como peculiaridade do segredo: a sua existência depende do facto de ser mantido em segredo⁽¹⁰⁶⁾. Neste sentido, prevê-se a possibilidade de serem adotadas medidas concretas para preservar a confidencialidade de qualquer segredo comercial ou alegado segredo comercial utilizado ou mencionado no decurso de um processo judicial, contanto que tais medidas observem o princípio da proporcionalidade⁽¹⁰⁷⁾. De entre as medidas que o legislador exemplificativamente enuncia, sobreleva, na presente sede, a possibilidade de limitar o acesso processual a documentos (na sua totalidade ou em parte) que “contenham segredos comerciais ou alegados segredos comerciais e que tenham sido apresentados pelas partes ou por terceiros” a um número restrito de pessoas⁽¹⁰⁸⁾.

Embora tal limitação tenha capacidade para poder invadir as fronteiras da publicidade interna (na medida em que a privação de conhecimento pode afetar as próprias partes), a necessidade de observância de notas essenciais do direito a um processo justo, no contexto de um Estado de Direito, justificam a previsão legal de salvaguarda no sentido de que a restrição de acesso “não deve exceder o necessário para assegurar o respeito do direito das partes à ação e a um julgamento imparcial”. A baliza mínima dessa garantia de conformidade ficou delimitada mediante explicitação de que é imprescindível a inclusão (no âmbito da possibilidade de acesso à informação representativa de segredo comercial) de, pelo menos, uma pes-

⁽¹⁰⁵⁾ “A nova disciplina dos segredos de negócio: análise e sugestões”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2019, p. 79.

⁽¹⁰⁶⁾ *Schutz von Betriebs-und Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess*, PL Academic Research, 2013, p. 29.

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 352.º, n.º 3 do Código da Propriedade Industrial.

⁽¹⁰⁸⁾ Alínea *a*) do n.º 3 do art. 352.º do Código da Propriedade Industrial. Afigura-se-nos que a eficácia da norma implicará a adoção de uma noção ampla de documento, de modo a abranger todos os elementos dos autos de que conste informação confidencial (e não apenas a prova documental). Na medida em que a prova tem por fim a demonstração da verificação de versões factuais, revelar-se-ia inconsistente o regime que conferisse confidencialidade à prova documental destinada a demonstrar a verificação de versão factual consubstanciadora de informação merecedora de sigilo, mas já não atribuisse esse carácter sigiloso ao segmento da peça processual em que se exponha essa versão de facto.

soa singular de cada uma das partes e dos respectivos mandatários (ou outros representantes)⁽¹⁰⁹⁾.

As pessoas a quem não seja facultado o acesso ao conhecimento integral do processo beneficiarão, contudo, da possibilidade de acesso a uma versão não confidencial de decisões judiciais de que tenham sido eliminados ou ocultados os segmentos de que conste a informação que consubstancie segredo comercial⁽¹¹⁰⁾.

Assegurou-se, por outro lado, uma *segunda* linha de intervenção que tem por objeto os sujeitos que *tomem*, legitimamente, *conhecimento*, no processo, de informação representativa de segredo processual, no sentido de que a *não usem, nem divulguem*. Prevê-se, para tanto, que quem participe em processo ou tenha acesso aos documentos que o integram e tome conhecimento, em virtude dessa participação ou acesso, de qualquer segredo comercial (ou alegado segredo comercial) que o tribunal tenha identificado como confidencial (na sequência de pedido fundamentado da parte com interesse na manutenção dessa informação em sigilo), fica impedido de usar ou divulgar essa informação⁽¹¹¹⁾.

Proibição que abrange também o período subsequente à extinção do processo⁽¹¹²⁾ e cuja violação é passível de sanção^(113/114).

2.1.4. O regime vigente revela já um grau desenvolvido de preocupação em garantir equilíbrio entre publicidade e confidencialidade processuais.

Sendo, porém, o regime processual um barómetro importante da axiologia comunitária prevalecente em cada momento histórico, não deixará de se revelar permeável à evolução que se venha a consolidar na per-

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 352.º, n.º 4 do Código da Propriedade Industrial.

⁽¹¹⁰⁾ Art. 352.º, n.º 3, c) do Código da Propriedade Industrial.

⁽¹¹¹⁾ Art. 352.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial.

⁽¹¹²⁾ Excecionam-se da obrigação pós-processual de preservação da confidencialidade as hipóteses previstas na segunda parte do n.º 2 do art. 352.º do Código da Propriedade Industrial.

⁽¹¹³⁾ Relevam, a este propósito, os arts. 347.º, 348.º e 349.º do Código da Propriedade Industrial, em matéria de dever indemnizatório, de sanções acessórias e de medidas inibitórias, respetivamente. Embora não conste do Código de Processo Civil regime sancionatório próprio para as hipóteses em que quem tome conhecimento, no âmbito de um processo civil, de matéria aí tutelada como confidencial, a use ou divulgue, durante ou após o processo, não deixará a parte lesada de poder ver ressarcidos, ao abrigo do regime geral da responsabilidade civil, os danos sofridos em virtude de tal uso ou divulgação. De outro modo, a impunidade da violação do dever de preservação da confidencialidade da informação processual que beneficie dessa especial tutela fragilizaria, na prática, a consistência prática da eficácia dessa obrigação.

⁽¹¹⁴⁾ Sobre o reflexo na Diretiva no Código da Propriedade Industrial, DÁRIO MOURA VICENTE, “Proteção do know how, segredo de negócios e direito intelectual”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, 2018, p. 111, ss.

ceção social (juridicamente filtrada) do que merece ou não a proteção do escudo do segredo.

Um dos nichos em que se afigura provável o desenvolvimento futuro de mais profunda reflexão doutrinal respeita ao discernimento acerca da existência ou não, no que concerne à vida interna das pessoas coletivas, de acrescida informação merecedora de tutela da confidencialidade, por quanto a ela se cumprirem, *mutatis mutandis*, razões equiparáveis às que justificam a concessão desse tipo de tutela à informação relativa às pessoas singulares.

Caso fundamentamente se venha a concluir em sentido positivo, importaria ajustar, em conformidade, o regime processual civil, na medida em que a noção de segredo comercial obedece a critérios especificamente delimitados⁽¹¹⁵⁾ (o mesmo valendo, conseqüentemente, quanto ao âmbito aplicativo da tutela que lhe está associada) e as limitações à publicidade do processo constantes do art. 164.º do Código de Processo Civil têm por especial alvo garantir a posição de pessoas singulares.

Também no que diz respeito às pessoas físicas o campo de reflexão pode não se afigurar esgotado. O regime jurídico dos fundamentos de escusa a prestar informação ao abrigo do princípio da cooperação processual⁽¹¹⁶⁾ não deve, cremos, ser perspetivado em termos dissociados do regime adotado quanto à informação que, tendo ingressado no processo, aí beneficia de tratamento confidencial⁽¹¹⁷⁾.

Importa, a este propósito, ponderar: não deverá a informação sensível que, ao abrigo do princípio da cooperação, terceiro preste ao tribunal (não obstante ter a possibilidade de invocar um dos fundamentos de escusa previstos no n.º 3 do art. 417.º do Código de Processo Civil ou outro fundamento legal para não colaboração)⁽¹¹⁸⁾, beneficiar da tutela de

(115) Nos termos do previsto no n.º 1 do art. 313.º do Código da Propriedade Industrial (em leitura conjugada com o estabelecido no n.º 3 desse artigo) reveste a natureza de segredo comercial a informação que reúne três características: deverá representar informação secreta (não geralmente conhecida ou facilmente acessível para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informação em questão); representará informação comercialmente valiosa pelo facto de ser secreta e deverá ser especialmente protegida pelo seu titular (a informação em causa deve ser objeto de diligências razoáveis — a avaliar em função das circunstâncias — para a manter secreta pela pessoa que para tanto exerce o controlo dessa informação). Para uma reflexão sobre o alcance da noção, JÚLIO GOMES, “A Diretiva (EU) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2016 e suas implicações jurídico-laborais”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-dezembro, n.º 1-4, esp. p. 93, ss.

(116) Art. 417.º, n.º 3 do Código de Processo Civil.

(117) Arts. 164.º e ss. do Código de Processo Civil.

(118) Salientando ser cada vez maior o número de exceções ao caráter secreto da escrituração mercantil, JORGE COUTINHO DE ABREU explicita-as em secção a que dá por epígrafe “O caráter (não)

confidencialidade da informação regulada nos arts. 164.º e seguintes do Código de Processo Civil?

A existência da possibilidade de invocação de escusa é um estímulo à não cooperação, com o prejuízo que tanto implica para a boa resolução da causa. Por outro lado, a viabilização legal (nessas circunscritas hipóteses) da não cooperação assenta no reconhecimento, pelo legislador, de que se trata de informação que é legítimo conservar no domínio privado (não público).

Caso o convidado a cooperar pudesse beneficiar, nesses casos, da garantia de que a informação proporcionada veria a sua confidencialidade preservada no processo (conferindo-se caráter secreto a esse segmento do processo, mediante aplicação, a tais elementos informativos, do regime de confidencialidade previsto para as hipóteses contempladas no art. 164.º do Código de Processo Civil), receberia um estímulo de sentido contrário, com potencial para o determinar a colaborar (prestando a informação solicitada), com o ganho que tanto geraria no plano da efetividade do direito de ação ou do direito ao contraditório (consoante a parte a quem a produção de tal prova interessasse), bem como, sob um ponto de vista global, da mais esclarecida administração justiça e, conseqüentemente, da boa decisão da causa⁽¹¹⁹⁾.

secreto da escrituração mercantil”, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 11.ª ed., 2018, Almedina, pp. 192 a 194. No mesmo sentido, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO sublinha que, não obstante o previsto no art. 41.º do Código Comercial, “uma série de exceções veio a transformar a regra no seu oposto”, *Direito Comercial*, 3.ª ed., 2012, p. 409.

⁽¹¹⁹⁾ Também nos casos em que, não obstante a dedução de escusa ao cumprimento do dever de cooperação, com fundamento na alínea c) do n.º 3 do art. 417.º do Código de Processo Civil, venha a ser proferida decisão (por aplicação do regime previsto no Código de Processo Penal, por remissão do n.º do art. 417.º do Código de Processo Civil) no sentido de que deve ser prestado testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante, importa ponderar até que ponto o sigilo deve ser afetado. Uma vez revelada a informação ao processo e, assim, atingido o objetivo que se pretendia prosseguir com a quebra de sigilo — obtenção, na instância, de elemento de prova relevante para descoberta da verdade e justa decisão da causa —, não deverá preservar-se, no mais, a confidencialidade dessa informação, mediante aplicação do regime de preservação da confidencialidade previsto nos arts. 164.º e ss. do Código de Processo Civil. Preside a esta linha de pensamento a ideia de que o levantamento do caráter sigiloso da informação a prestar no processo deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, não devendo manter-se na medida em que não se afigure necessário para cumprimento do fim que justificou tal levantamento. Pretendendo-se com este que a informação possa ser conhecida e tida em consideração no processo, uma vez atingido este fim deixa de se justificar a manutenção de subordinação da informação a grau de publicidade que deixou de ser necessária à prossecução do objetivo que se pretendia assegurar. Não impressionaria, assim, que tal informação, uma vez no processo, pudesse beneficiar do mesmo estatuto de preservação da confidencialidade que é concedido a outras categorias de informação.

Se essa conciliação entre regimes se verifica, atualmente, quando está em causa informação relativa à intimidade da vida privada e familiar⁽¹²⁰⁾, já não resulta expressa quando se trate, por exemplo, de informação sujeita a sigilo profissional quanto ao qual tenha sido obtida dispensa.

De ponderar, ainda, se também, se também a tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos justificaria a adoção de um regime de confidencialidade processual⁽¹²¹⁾ (quanto a informação especialmente sensível) similar ao adotado no âmbito da propriedade industrial, sobretudo quando esteja em causa informação que seja vital manter em sigilo, atenta, designadamente, a importância que pode ter, para o êxito de mercado, o facto de a informação se manter inédita até ao momento em que ocorra a sua programada divulgação.

2.2. Limitações da publicidade da audiência final

Os critérios de restrição da publicidade da audiência final encontram-se previstos, em termos praticamente coincidentes, nas várias fontes normativas internas que os regulam⁽¹²²⁾.

Reconduzem-se tais parâmetros a condições de natureza *subjéctiva, formal e objectiva*.

A limitação de acesso à audiência pressupõe a prolação de decisão pelo *juiz do processo* (pressuposto subjéctivo), por via de *despacho fundamentado* (pressuposto formal)⁽¹²³⁾ e com base num dos *fundamentos legalmente previstos* — salvaguarda da dignidade das pessoas, salvaguarda da moral pública e garantia do normal funcionamento da audiência (pressuposto objectivo)⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁰⁾ Arts. 417.º, n.º 3, b), 1.ª parte e 164.º do Código de Processo Civil.

⁽¹²¹⁾ A verificar-se quer no âmbito de ações em que esses direitos estejam diretamente em causa, quer no âmbito de ações que não tenham tais direitos por objeto, mas em que a convocação de informação com eles relacionada possa assumir pertinência.

⁽¹²²⁾ Acima referidas nos arts. 206.º da Constituição da República Portuguesa, 606.º, n.º 1 do Código de Processo Civil e 25.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário.

⁽¹²³⁾ O que, como J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sublinham, por si só evidencia não estar em causa um despacho de mero expediente, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 354.

⁽¹²⁴⁾ Fundamentos que assumem natureza taxativa, pelo que o que extravase este perímetro não constitui fundamento válido de restrição da publicidade da audiência. Notam, a este propósito, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que, porque não incluídos nesse elenco, os “interesses do Estado” e o “segredo de Estado” não representam razões válidas de restrição da publicidade das audiências, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 534.

Este último tipo de fundamento ganhou, recentemente, especial atualidade em virtude dos condicionalismos de atividade e de proximidade física impostos pelo contexto de pandemia. Ao seu abrigo se justifica, assim, a restrição do acesso à sala de audiências a um menor número de pessoas, de modo a preservar o necessário distanciamento entre os presentes. Legítima, igualmente, a não autorização de acesso a quem não reúna as condições de segurança (designadamente pelo uso de máscara e desinfeção, de acordo com as regras estabelecidas pelas autoridades de saúde competentes)⁽¹²⁵⁾.

Nem, porém, este contexto anómalo dispensa que tal restrição, a tornar-se necessária num concreto processo, conste de decisão proferida com observância, nos termos gerais, do dever de fundamentação. Imperioso será igualmente que tal limitação se circunscreva ao período de tempo estritamente necessário ao cumprimento das razões que a justificam.

Destinando-se, por regra, a audiência final, à prática de vários atos (art. 604.º, n.º 3 do Código de Processo Civil), o regime de publicidade a observar quanto a este momento processual poderá não assumir carácter unitário, podendo determinados atos assumir natureza pública e outros carácter sigiloso (consoante se não verifiquem ou, diferentemente, se preencham, quanto a cada um deles, os critérios atributivos de confidencialidade)⁽¹²⁶⁾.

A coerência do sistema deverá garantir, também nesta sede, que a preservação da confidencialidade processual não se frustre, na prática, pelo facto de, sendo embora garantido sigilo, numa certa fase processual, quanto a determinada informação absorvida no processo, a confidencialidade dessa mesma informação não seja já assegurada num momento pos-

⁽¹²⁵⁾ Apesar de o princípio da publicidade, quando referido à fase da audiência, visar permitir a sindicância da atividade que nela se desenvolve, está em causa uma sindicância passiva, no sentido de que, como NIKLAS MAXIMILIAN SEITZ explicita, não confere direito a intervenção ativa nos trabalhos, mediante expressão de concordância ou de desaprovação, observando também que este último tipo de conduta (manifestação de insatisfação) conduz a que os decisores sejam inconscientemente instados a chegar a uma determinada hipótese em que a publicidade “sabotaria” os fins que com a publicidade se pretende garantir, *Disposition über die Öffentlichkeit im Zivilprozess?*, Nomos, 2019, pp. 59 e 136. A intervenção ativa será, por isso, motivo válido para restrição do acesso para garantia do normal funcionamento da audiência.

⁽¹²⁶⁾ Reportando-se, embora, ao regime aplicável em momento anterior à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, mas desenvolvendo raciocínio que mantém atualidade ante o regime vigente, TEIXEIRA DE SOUSA observa: “Mesmo quando a audiência seja pública, a publicidade pode ser excluída quando se proceda à exibição de reproduções cinematográficas ou de registos fonográficos [art. 652º, n.º 3, a) linha b) 2.ª parte]. Dado que a lei não define os critérios para a exclusão da publicidade neste caso, deve entender-se que valem aqueles que se encontram enunciados no art. 209.º CRP (bem como no art. 656.º, n.º 1)”, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 335.

terior⁽¹²⁷⁾, terminando, por essa via, por se conceder publicidade a informação que se quis proteger desse conhecimento abrangente.

A referida congruência pressuporia a existência de perfeita articulação entre o âmbito aplicativo das restrições da publicidade no acesso ao processo (em qualquer das suas dimensões: física e eletrônica) e o âmbito aplicativo das restrições de publicidade da audiência.

Compatibilidade que não é clara, sob o ponto de vista literal, entre as normas em relação, na medida em que nem todos os fundamentos de restrição da publicidade previstos no art. 164.º do Código de Processo Civil constam da enumeração de fundamentos de restrição da publicidade da audiência contemplados no art. 606.º do mesmo código. A intimidade da vida privada ou familiar é (a par da dignidade das pessoas) causa de restrição de acesso aos autos, mas não consta, enquanto tal, como fundamento de restrição de acesso à audiência (em cujo regime se alude apenas à dignidade das pessoas)⁽¹²⁸⁾.

Também não se declara, no art. 606.º, haver restrição de publicidade quanto às audiências de julgamento das ações contempladas no n.º 2 do art. 164.º, ao passo que neste se esclarece, a título exemplificativo mas inequívoco, haver restrição de acesso público a tais processos⁽¹²⁹⁾.

Esta divergência pode, contudo, não assumir significado prático importante, na medida em que, por norma, não existe grande afluência de público a este tipo de audiências⁽¹³⁰⁾. Por outro lado, porque é admissível a possibilidade de restrição de acesso com fundamento na necessidade de proteção da dignidade das pessoas.

No que respeita à conciliação entre, de um lado, a restrição de acesso aos autos por razões atinentes à proteção de dados pessoais (prevista no n.º 3 do art. 164.º do Código de Processo Civil) e, de outro lado, o caráter público ou não da audiência final nessas ações, a compatibilização torna-se possível mediante não alusão, nesta audiência, a esse tipo de dados, o que poderá não se afigurar de difícil execução, na medida em que, como

(127) Salvaguardada, naturalmente, a hipótese de, entretanto, se terem deixado de verificar os pressupostos justificativos de tal confidencialidade da informação.

(128) Diferentemente, no §170 (1) GVG alemã, onde se prevê que as audiências em assuntos familiares e de jurisdição voluntária não serão públicas. Embora o tribunal possa admitir o público, não o poderá fazer contra a vontade de uma das partes.

(129) Como TEIXEIRA DE SOUSA sublinha relativamente às ações de investigação de paternidade, “a audiência não será realizada, por princípio, com acesso do público”, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 335.

(130) Como salienta LUHMANN, para que os fins associados ao princípio da publicidade se cumpram, basta que exista a possibilidade de acesso à audiência, não se tornando indispensável que esse acesso se efetive, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterland, 1969, p. 123.

resulta da mesma norma, os dados a coberto dessa proteção serão necessariamente dados não pertinentes para a justa decisão do litígio. Caso tal menção se torne necessária, a confidencialidade dos dados poderá ser garantida mediante limitação do caráter público da sessão durante esse limitado período de tempo⁽¹³¹⁾.

Determinar se a decisão de restrição de acesso à sala de audiências implica ou não também a limitação de acesso ao registo vídeo ou áudio da sessão, bem como à ata que documenta a audiência, dependerá das razões que estiveram na base da imposição da restrição de assistência pública. Caso se tenha restringido o acesso à audiência de julgamento por motivos relacionados com a matéria que lá se discutiu, justifica-se a extensão do sigilo ao registo técnico ou escrito dessa audiência. Quando, diferentemente, essa restrição de acesso tenha sido determinada por razões de diferente natureza (por exemplo, por motivos exclusivamente relacionados com a manutenção de ordem na sala), deixa de se justificar essa amplitude de limitação da publicidade, restringindo-se a medida limitativa da publicidade ao momento da audiência de julgamento.

A preocupação em assegurar a estanquicidade e eficácia do regime no que diz respeito à preservação, em todas as fases do processo, da confidencialidade processual da informação a que legalmente se reconheça esse especial estatuto é revelada e conseguida no âmbito do regime consagrado, a este propósito, no Código da Propriedade Industrial. Na verdade, no mesmo artigo em que aí se prevê a limitação do acesso (a um número restrito de pessoas) a documentos que contenham segredos comerciais, estabelece-se, igualmente, a “limitação a um número restrito de pessoas do acesso a audiências, assim como aos respetivos registos e transcrições, quando existir a possibilidade de divulgação de segredos comerciais ou alegados segredos comerciais”⁽¹³²⁾.

3. Regime de impugnação

Que a informação transmitida ao longo da tramitação processual beneficie, total ou parcialmente, de caráter sigiloso (ou que não seja subor-

⁽¹³¹⁾ Sob pena de ofensa do princípio da publicidade. A violação do princípio da publicidade das audiências consubstancia, como TEIXEIRA DE SOUSA refere, nulidade processual (enquadrável, atualmente, no art. 195.º do Código de Processo Civil), *Introdução ao Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1993, p. 55.

⁽¹³²⁾ Art. 352.º, n.º 3, b) do Código da Propriedade Industrial.

dinada a um regime ampliado de publicidade, antes se lhe aplicando o regime regra) pode assumir natureza vital para os envolvidos.

Nestes termos, os efeitos da prolação de decisão em sentido diferente (tornando acessível ao público informação sigilosa ou atribuindo-lhe grau de publicidade maior que o que decorreria do regime regra) podem ter natureza irreversível, na medida em que conduzam a que se tornem públicos (ou mais cognoscíveis que o normal) dados que mereceriam tratamento confidencial (ou menor grau de divulgação).

Embora o *sentido* decisório possa vir a ser invertido em sede de recurso (se procedente), os *efeitos* que a decisão entretanto produzisse seriam irreversíveis, por não se poder posteriormente apagar o grau de conhecimento público entretanto indevidamente verificado.

Porque assim, representa decisão que se afigura enquadrável no âmbito do previsto na alínea *h*) do n.º 2 do art. 644.º do Código de Processo Civil, admitindo recurso de apelação autónomo, por se tratar de decisão cuja impugnação com o recurso da decisão final seria absolutamente inútil⁽¹³³⁾.

Na medida em que a não suspensão imediata dos efeitos da decisão comprometeria o efeito útil a tirar do recurso (pois que a informação que se pretendia sigilosa ou com menor grau de publicidade que aquele que lhe foi concedido se tornaria de acesso público ou mais acessível que o que se verifica em regra), compreender-se-ia que a interposição de recurso produzisse, além de efeito devolutivo, efeito suspensivo.

Contudo, não se enquadrando estas decisões em nenhuma das hipóteses contempladas no n.º 3 do art. 647.º do Código de Processo Civil, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação delas interposto presuppõe, de *iure constituto* (atento o n.º 4 do mesmo artigo), a formulação, pelo recorrente, de requerimento nesse sentido, a demonstração de que a execução da decisão gera a produção de prejuízo grave e a efetiva prestação de caução.

⁽¹³³⁾ Nos termos do previsto no §547, (5) ZPO, a violação das regras processuais da publicidade é fundamento absoluto de *Revision* (*Absolute Revisionsgründe*), a significar que, nesse caso, o legislador define que existe violação do direito. Na interpretação que STEFAN ARNOLD faz desta previsão, a intensidade da sanção aí imposta para a violação dessas garantias tem um fundamento eminentemente preventivo, na medida em que o receio, por parte do decisor, de ver a sua decisão anulada por desrespeito das garantias asseguradas pelo princípio da publicidade o conduzirá a adotar especial rigor na verificação da observância desse princípio nos processos relativos a conflitos que lhe incumba dirimir, “Grundsatz der Öffentlichkeit im Zivilverfahren”, Reinhold Geimer u.a. (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts* (*Festschrift für Daphne-Ariane Simotta*), Wien, 2012, pp. 24 e 25.

Parece-nos excessiva, no caso, a exigência de cumprimento deste terceiro requisito, considerando a natureza das razões que determinam a interposição de recurso, bem como o teor da decisão impugnada. Tem, porém, a virtualidade de impedir que este tipo de impugnação seja usado como meio de induzir atraso patológico na tramitação do processo.

IV. Conclusão

Enquanto garantia integrada no âmbito do direito a um processo justo e equitativo, a publicidade processual não se situa em campo oposto àquele em que o sigredo processual se posiciona.

Ambas as dimensões, quando apropriadamente congregadas, intervêm na criação do equilíbrio indispensável à homeostase da instância e, nessa medida, à adequada administração da justiça e regular funcionamento do sistema que a viabiliza.

O sucesso da articulação entre os valores da publicidade e da confidencialidade processuais dependerá do adequado doseamento que se alcance entre cada uma dessas valências na realidade de cada ação.

Também na finura desta decisão se condiciona, assim, o rigor da justa definição do *suum cuique tribuere*.

Pelo relevo que a harmonia entre espaço processual público e sigiloso assume e pela frequente dificuldade de antecipação, em termos gerais e abstratos, da concreta fórmula certa para a sua combinação, a concessão da possibilidade de pronúncia processual, quanto a este aspeto, dos sujeitos envolvidos, poderá contribuir, de modo importante, para compreensão mais próxima do grau de sensibilidade da informação em causa.

Sendo embora de excluir a concessão de indistinta discricionariedade decisória ao tribunal (com a incomportável diluição das indispensáveis balizas e certezas mínimas que daí adviria), importa que seja efetivo o grau de confiança que se invista na capacidade de ponderação concreta do juiz, perante o singular contexto do litígio que aprecia. De um lado, não o espartilhando, por princípio, em conceitos altamente densificados e rígidos ao nível da hipótese normativa; de outro, permitindo, em sede de estatuição, que, quando apropriado, possa o juiz desenvolver modulações específicas do grau de publicidade a adotar em cada instância, evitando o radicalismo do sistema de tudo ou nada⁽¹³⁴⁾.

(134) O caráter público ou sigiloso do processo pode, assim, assumir diversas conformações,

Bordões normativos (assim flexíveis, mas não rarefeitos) construídos em termos sistematicamente coerentes, de modo a não deixar brechas que permitam que se venha a tornar pública, numa fase processual, a informação que, numa fase anterior, se classificou como sigilosa por razões que justificam a manutenção dessa qualidade ao longo de toda a tramitação processual.

abrangendo todos os seus momentos ou apenas alguns deles e, no que respeita a cada um destes, envolvendo toda a informação a ele respeitante ou apenas segmentos determinados.

TEMAS DE DIREITO MARÍTIMO V

— CONTRATO DE FRETAMENTO À VIAGEM

Por Luís de Lima Pinheiro(*)

SUMÁRIO:

I. Conceito e enquadramento sistemático do contrato de fretamento à viagem. **II. O fretamento marítimo enquanto contrato comercial internacional.** **III. Forma do contrato de fretamento à viagem.** **IV. Obrigações do transportador:** *A)* Apresentação do navio em estado de navegabilidade. *B)* Realização da viagem com o despacho exigível. *C)* Seguir a rota estipulada e, na sua falta, a rota usual. **V. Obrigações do afretador:** *A)* Fornecimento da mercadoria. *B)* Realização das operações de carga nos períodos de tempo estabelecidos. *C)* Pagamento do frete.

I. Conceito e enquadramento sistemático do contrato de fretamento a viagem

I. O *fretamento de navio à viagem* é o contrato pelo qual o transportador se obriga a afetar um navio à realização de uma ou várias viagens marítimas predefinidas, para transportar uma mercadoria determinada, mediante um frete.

O fretamento é tradicionalmente utilizado no transporte de granéis em que o equilíbrio entre a força económica das partes e as características do serviço permitem uma negociação das principais cláusulas do transporte e a sua formalização num documento designado carta-partida [*charterparty*]. Contrapõe-se assim ao transporte de carga geral, que abrangendo uma multiplicidade de parcelas de diferentes carregadores, não

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

permite geralmente uma negociação individualizada das condições do serviço, razão por que tende a ser exclusivamente titulado por um documento pré-elaborado pelo transportador, o conhecimento de carga. A divisão funcional nesta matéria traça-se assim, fundamentalmente, entre transporte titulado por uma carta-partida e transporte titulado exclusivamente por um conhecimento de carga.

II. Segundo a conceção unitária, o transporte marítimo de mercadorias abrange tanto os casos em que uma das partes se obriga a deslocar mercadorias (geralmente transporte sob conhecimento) como aqueles em que se obriga a fornecer um navio para deslocar mercadorias (fretamento). Esta noção encontra correspondência, nos sistemas da *Common Law*, no conceito de *contract of affreightment* ⁽¹⁾, e no Direito alemão, no conceito de *Seefrachtvertrag* ⁽²⁾.

Diferente é a conceção seguida em França e em Itália e que inspirou a legislação portuguesa de 1986/1987 (DL n.º 352/86, de 21 de outubro, que regula o contrato de transporte de mercadorias e o DL n.º 191/87, de 29 de abril, sobre o contrato de fretamento, doravante designado Lei do Contrato de Fretamento). Esta conceção contrapõe o contrato de fretamento ao contrato de transporte. Se o “armador” promete colocar um navio à disposição do afretador estaremos perante um contrato de fretamento; se promete transportar determinada mercadoria temos um contrato de transporte.

Bipartição rica em consequências. No fretamento o “armador” obrigava-se essencialmente a apresentar um navio em estado de navegabilidade, ao que acresceria, no fretamento à viagem, a realização das viagens previstas na carta-partida. Em contraste, no transporte, o transportador estaria vinculado a entregar a mercadoria no destino e a exercer um dever de custódia desde a receção até à entrega ao destinatário.

Esta conceção bipartida não encontra correspondência ao nível do regime aplicável e é errónea de um ponto de vista de construção jurídica.

Na verdade, o “armador” obriga-se pelo contrato de fretamento a prestar um serviço que tem por função a deslocação de mercadorias. Ou bem que o “armador” cede a utilização do navio ao afretador, e temos basicamente um contrato de aluguer, ou bem que é o “armador” a utilizar o navio, mas ao serviço doutrem.

⁽¹⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 23.^a ed. por BERNARD EDER, HOWARD BENNETT, STEVEN BERRY, DAVID FOXTON e CHRISTOPHER SMITH, Londres, 2015, n.º 1-001; THOMAS SCHOENBAUM — *Admiralty and Maritime Law*, 5.^a ed., St. Paul, MN, 2015, § 7-5.

⁽²⁾ Cf. DIETER RABE e KAY BAHNSEN — *Seehandelsrecht*, 5.^a ed., Munique, 2018, § 481, n.º 1, ss.

No fretamento à viagem é manifesto que a “viagem” que o “armador” se compromete realizar mais não é que o serviço de transporte. Os casos de fretamento de navio para fim diferente do transporte constituem uma modificação do tipo legal que implica, no mínimo, um ajustamento do regime aplicável.

Por conseguinte, na exposição que se segue designarei a contraparte do afretador como transportador.

Ao nível do regime aplicável a conceção bipartida deveria implicar que, no fretamento, o “armador” respondesse apenas por avarias de carga quando se provasse que elas foram consequência do incumprimento da obrigação de apresentar um navio em estado de navegabilidade. Ora, quer no transporte sob conhecimento, quer no transporte em regime de fretamento à viagem ou a tempo, a opinião hoje prevalecente é a de que, na falta de estipulação em contrário, o “armador” é *prima facie* responsável pelas avarias verificadas na entrega da mercadoria⁽³⁾. Embora partindo de um quadro legal diferente, a jurisprudência dos tribunais franceses também converge neste sentido, perante o fretamento à viagem⁽⁴⁾.

Enfim, assinala-se que certas diferenças de pormenor entre o regime da responsabilidade por avarias de carga no transporte sob conhecimento e no fretamento são atenuadas pela inclusão nas cartas-partidas da cláusula *Paramount*, que subordina a execução do transporte à disciplina da Convenção de Bruxelas Relativa à Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimentos de Carga (1924 com Protocolos de 1968 e 1979) ou de uma lei interna que a incorpora.

Em conclusão, fretamento e transporte sob conhecimento são diferentes subtipos do contrato de transporte marítimo, que devem obedecer a uma regulação comum, assentando em regras de Direito de diversas fontes e nas cláusulas usuais dos contratos, sem prejuízo da regulação especial aplicável a cada um destes subtipos. Tal sistematização, além de evitar duplicações e incoerências de regulação, teria o importante mérito de ofe-

(3) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 1) n.º 11-031; RABE/BAHNSEN (n. 2) Vor § 481 n.º 92; e SCHOENBAUM (n. 1) § 8-13. A responsabilidade do transportador pela não produção do resultado visado com o contrato (colocação da mercadoria no lugar do destino) nem sempre se presume, razão por que afirmar-se que é *prima facie* responsável não significa que se presume a culpa do transportador na não produção do resultado. Também não é exato que a responsabilidade do transportador só seja afastada quando este demonstre que a avaria foi causada por determinado facto exoneratório e que, por conseguinte, ele suporte sempre as consequências de causas desconhecidas (cf. art. 4.º/1 da Convenção de Bruxelas Relativa à Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimentos de Carga, 1924 e *infra* IV).

(4) Cf. PIERRE BONASSIS e CHRISTIAN SCAPEL — *Droit maritime*, Paris, 2010, n.º 779.

recer uma disciplina jurídica para conformações atípicas ou novos subtipos do contrato de transporte marítimo, sendo consabido que o comércio marítimo gera constantemente novas conformações negociais ⁽⁵⁾.

II. O fretamento marítimo enquanto contrato comercial internacional

I. O fretamento marítimo é, em regra, um *contrato comercial internacional*, que envolve um transporte entre portos de países diferentes e/ou partes localizadas em países diferentes. Este contrato comercial internacional inclui, normalmente, uma cláusula sobre o Direito aplicável ao contrato e uma cláusula estipulando a resolução arbitral dos litígios emergentes do contrato. As soluções de longe mais frequentes, nos fretamentos marítimos que têm um contacto com portos portugueses ou partes localizadas em Portugal, é a escolha do Direito inglês e de arbitragem londrina.

Visto que no fretamento marítimo não existe tipicamente uma parte contratual mais fraca, não vigoram na maior parte dos principais sistemas jurídicos regimes imperativos protetores da contraparte do transportador, diferentemente do que se verifica com o transporte sob conhecimento. O transporte sob carta-partida também não é abrangido pela Convenção de Bruxelas de 1924 nas relações entre as partes da carta-partida, i.e., entre transportador e afretador (arts. 1.º/b e 5.º/2 da Convenção), razão por que o regime contido nesta convenção só é aplicável por força de estipulação das partes.

Isto permite uma ampla atuação do princípio da autonomia privada e uma grande relevância dos usos do comércio internacional e dos usos dos portos. Pode dizer-se que *o conteúdo do contrato é definido principalmente pelas cláusulas da carta-partida e pelos usos do comércio*.

Da conjugação das cláusulas de escolha do Direito inglês e da arbitragem londrina, com a utilização, nas cartas-partidas, de modelos contratuais baseados em expressões e conceções jurídicas do Direito inglês, resulta *a prevalência deste Direito no comércio marítimo internacional*⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — “Contributo para reforma do Direito Comercial Marítimo”, *ROA* 60/III (2000) 1078, ss.

⁽⁶⁾ No mesmo sentido, HEINZ PRÜSSMANN e DIETER RABE — *Seehandelsrecht*, 4.ª ed., Munique, 2000, Vor § 567 n.º 7; ver ainda RABE/BAHNSEN (n. 2) Vor § 481 n.º 210, Vor §§ 527-535 n.ºs 8-9, e Vor § 557 n.ºs 61 e 87.

Com efeito, mesmo na falta de escolha expressa deste Direito, a estipulação de arbitragem londrina e o conteúdo do contrato são geralmente indícios suficientemente fortes de uma escolha tácita do Direito inglês (7).

Nesta matéria, a principal fonte do Direito inglês é a jurisprudência dos tribunais estaduais e arbitrais, que tende a influenciar em maior ou menor grau outros sistemas, como o alemão, dos EUA e francês (8).

A relevância prática do regime material português, contido na Lei do Contrato de Fretamento é, por estas razões, muito limitada. Mas se não se justifica basear o tratamento deste tema no regime material interno, deve fazer-se uma comparação entre este regime e as conceções prevalentes no comércio jurídico, tendo designadamente em vista *a necessidade da sua reforma*.

III. Forma do contrato de fretamento à viagem

Em matéria de forma de contratos comerciais internacionais, o Direito de Conflitos geral, que consta do Regulamento europeu n.º 593/2008 (geralmente designado Regulamento Roma I), consagra uma conexão alternativa, nos termos da qual é suficiente a observância da forma prescrita seja pela lei reguladora da substância do contrato, seja pela lei do lugar de celebração ou, no caso de contratos celebrados à distância, a lei do país em que encontre qualquer das partes ou os seus representantes aquando da sua celebração, ou pela lei do país em que qualquer das partes tenha a sua administração central (arts. 11.º e 19.º).

Como se assinalou, a lei reguladora do fretamento marítimo que tem contacto com portos portugueses ou com partes localizadas em Portugal é, na maioria dos casos, a lei inglesa. Perante a lei inglesa, o contrato de fretamento marítimo à viagem, à semelhança de outros contratos de transporte marítimo, não está submetido a forma legal. A formalização do contrato numa carta-partida é normal, mas não é necessária para a celebração de um contrato válido.

(7) Ver *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15.ª ed., Londres, 2012, n.º 32-062; e LUIS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, 711. Ver ainda, sobre os problemas de determinação do Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias, LIMA PINHEIRO — “Temas de Direito Marítimo — I. Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias”, ROA 68 (2008) 173-214.

(8) Ver, designadamente, PRÜSSMANN/RABE (n. 6) *loc. cit.*; BONASSIES/ SCAPEL (n. 4) n.ºs 765, ss.

Todavia, a existência de uma carta-partida é relevante para a determinação do regime aplicável ao contrato, por duas razões. Por um lado, uma vez que é geralmente emitido um conhecimento de carga, se o contrato não for formalizado numa carta-partida aplica-se o regime da Convenção de Bruxelas de 1924 mesmo na falta de convenção das partes nesse sentido. Por outro, diversos aspetos típicos do fretamento à viagem resultam do conteúdo uniformizado das cartas-partidas, razão por que na sua falta o contrato pode apresentar desvios relativamente ao tipo normal.

Sem qualquer justificação razoável, a lei portuguesa vem subordinar a validade do contrato de fretamento a forma escrita e, mais precisamente, à sua formalização numa carta-partida (art. 2.º da Lei do Contrato de Fretamento).

O art. 6.º da Lei do Contrato de Fretamento enumera os elementos que a carta-partida deve conter, sob pena dos danos resultantes da sua omissão se presumirem imputáveis ao transportador, salvo prova em contrário.

Parece claro que não se trata em todos os casos de elementos essenciais que sejam necessários para a validade do contrato. Assim, a própria lei prevê regras supletivas para a determinação das estadias (art. 6.º/1/e, art. 12.º/1) e das taxas de demora (art. 6.º/1/f e art. 13.º/1) e de despacho (art. 6.º/1/g e art. 13.º/3). A própria exigência da indicação dos portos de carregamento e de descarga tem de ser entendida com flexibilidade, porque podem ser indicadas apenas áreas geográficas dentro das quais os portos serão nomeados pelo afretador.

Resta acrescentar que a presunção de imputabilidade ao transportador da omissão de qualquer dos elementos é pura e simplesmente incompreensível.

IV. Obrigações do transportador

A) Apresentação do navio em estado de navegabilidade

As obrigações principais do transportador são as de exercer a diligência devida para apresentar o navio em estado de navegabilidade para embarcar a mercadoria e empreender a viagem, realizar a viagem com o despacho exigível e não se desviar injustificadamente da rota usual da viagem ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ No fretamento por viagens consecutivas deve entender-se que o transportador é obrigado a apresentar o navio em estado de navegabilidade no início de cada viagem. O transportador só tem direito a substituir o navio indicado no contrato se houver estipulação neste sentido. Em caso de perda

Embora a obrigação de o transportador apresentar um navio em estado de navegabilidade surja, à face dos diferentes Direitos locais, com diversas configurações, na prática do comércio marítimo a sujeição da generalidade dos contratos às disposições da Convenção de Bruxelas de 1924 levou à uniformidade de regulação neste ponto.

Assim, em conformidade com o art. 4.º/1 da Convenção de Bruxelas, o afretador tem o ónus de provar que o navio não estava em estado de navegabilidade antes e no início da viagem. Se isto for demonstrado, cabe ao transportador demonstrar que exerceu a devida diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade.

Os meios de que dispõe o afretador em caso de in navegabilidade do navio apresentam um quadro complexo no Direito inglês, de que aqui apenas se pode dar um breve apontamento.

Por um lado, a possibilidade de rescindir o contrato no caso de a descrição do navio, resultante de informações prestadas pelo transportador durante as negociações e que levaram o afretador a celebrar o contrato, não corresponder à realidade [*misrepresentation*]. Neste caso, o afretador poderá também ter direito a uma indemnização pelos danos sofridos. Perante o Direito português, haverá que atender nestas matérias ao regime do erro sobre o objeto do negócio e do dolo (arts. 251.º e 253.º CC) e à responsabilidade pré-contratual (art. 227.º CC).

Por outro lado, em caso de violação do contrato, o afretador também tem direito a indemnização e, se essa violação for considerada fundamental, tem a faculdade de rescindir o contrato. Por vezes resulta da carta-partida que o afretador tem esta faculdade de rescisão se o navio não estiver pronto ou em todos os aspetos apto a realizar o serviço num determinado momento, independentemente de o transportador ter exercido a devida diligência para o efeito.

B) Realização da viagem com o despacho exigível

O transportador obriga-se ainda a apresentar o navio no porto de embarque, receber a mercadoria, proceder para o porto de destino e completar a viagem com o despacho exigível.

O afretador precisa de saber quando é que o navio estará à sua disposição no porto de carregamento de modo a ter a mercadoria pronta para embarque. O fretamento à viagem está frequentemente conexo com um

total do navio indicado no contrato ou nomeado posteriormente o transportador não é obrigado à sua substituição.

contrato de venda da mercadoria, em que a apresentação do navio tem de estar concatenada com o período em que a mercadoria deve ser entregue pelo vendedor ao abrigo do contrato de venda.

Se ocorrer um impedimento ao início da viagem suficientemente longo para frustrar a realização do fim visado com o contrato qualquer das partes pode resolver o contrato. Se for estipulado um prazo para apresentar o navio, o afretador pode rescindir o contrato se o navio não for apresentado até ao fim do prazo. Isto não prejudica o direito de indemnização do carregador pelo prejuízo sofrido com o incumprimento culposo, mas, dadas as circunstâncias específicas da navegação marítima, não se deve presumir que a falta de apresentação do navio em tempo devido seja imputável a facto culposo do transportador ⁽¹⁰⁾.

Além disso, as estipulações sobre o período de apresentação do navio podem ser as mais variadas, designadamente quanto ao início do período⁽¹¹⁾.

Frequentemente estipula-se a data em que se prevê a prontidão do navio para carregar. Se esta data for indicada pelo transportador de modo honesto e razoável, não se verifica incumprimento se o navio se antecipar ou se atrasar devido, por exemplo, a mau tempo. Caso contrário, o afretador pode optar pela rescisão do contrato⁽¹²⁾.

Na maior parte dos casos, estipula-se também que o afretador pode rescindir o contrato se o navio não se apresentar no porto de carregamento até uma data determinada [cláusula de cancelamento, *cancelling clause*].

Vejamos agora os casos de impedimento ao prosseguimento da viagem.

Quando o prosseguimento da viagem se torne definitivamente impossível devido a eventos não imputáveis a qualquer das partes previstos na carta-partida, o transportador tem a faculdade de rescindir o contrato ou de transbordar a mercadoria.

Caso o impedimento temporário possa ser vencido em tempo razoável e com a realização de despesas razoáveis, o transportador deve fazer o necessário para completar a viagem. Se o impedimento não puder ser vencido nestes termos, o transportador tem a faculdade de rescindir ou executar o contrato, realizando as despesas necessárias ou transbordando a mercadoria.

O transportador que rescinda o contrato só tem direito ao frete proporcional à parte da viagem já efetuada.

⁽¹⁰⁾ Cf. YVONNE BAATZ, in *Maritime Law*, org. por Yvonne Baatz, 3.^a ed., Oxon e Nova Iorque, 2014, 146.

⁽¹¹⁾ Ver BAATZ (n. 10) 144, ss.; BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.^{os} 766, ss.; e RABE/BAHNSEN (n. 2) § 567 n.^{os} 1, ss.

⁽¹²⁾ Cf. BAATZ (n. 10) 144.

Perante a lei portuguesa, serão aplicáveis as regras gerais sobre o incumprimento das obrigações (arts. 790.º e segs. CC) e os preceitos da Lei do Contrato de Fretamento (13).

Cabe distinguir entre o impedimento ao início da viagem e o impedimento ao prosseguimento da viagem.

Quanto ao impedimento ao início da viagem, os arts. 14.º e 15.º da Lei do Contrato de Fretamento estabelecem um regime semelhante ou convergente com essas regras gerais para os casos de impedimento não imputável às partes e de impedimento imputável ao transportador (14).

Sem entrar num exame pormenorizado destes preceitos, farei tão-somente duas notas.

Primeiro, esses preceitos referem-se apenas aos casos de impossibilidade em que está “prevista” a data ou época da viagem, suscitando um problema de interpretação sobre o sentido dessa “previsão”.

Depois, esses preceitos nada dispõem sobre outras situações em que as regras gerais careceriam de concretização ou se justificaria um regime especial, designadamente afastando claramente a presunção de que a falta de apresentação do navio em tempo devido é imputável a facto culposo do transportador, resultante do art. 799.º/1 CC, que, como já se assinalou, não é adequada às circunstâncias específicas da navegação marítima.

A Lei do Contrato de Fretamento prevê também o impedimento definitivo ao prosseguimento da viagem (art. 18.º), mas sem conferir ao transportador a opção entre rescisão e transbordo da mercadoria, o que se afigura criticável.

A Lei do Contrato de Fretamento distingue ainda, deste caso, o do impedimento prolongado à entrada do navio no porto de descarga, conferindo ao transportador a faculdade de desviar o navio para um porto próximo

(13) Caso não tenha sido cumprido o prazo para a apresentação do navio no porto de carregamento, por facto imputável ao transportador, este fica constituído em mora independentemente de interpelação (art. 805.º/2/a CC). A mora converte-se em incumprimento definitivo se o afretador perder o interesse na prestação ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo afretador (art. 808.º/1 CC).

(14) Assim, nos termos do art. 14.º, “Se a viagem ou viagens não poderem ser iniciadas nas datas ou épocas previstas por causa não imputável ao fretador ou ao afretador, qualquer das partes pode resolver o contrato, sem que impenda sobre elas responsabilidade alguma quanto aos danos sofridos”. Por seu turno, o art. 15.º determina que:

“1 — Tornando-se a viagem ou viagens impossíveis, nas datas ou épocas previstas, por causa imputável ao fretador, torna-se este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento. 2 — Independentemente do direito à indemnização, o afretador pode resolver o contrato, exigindo a restituição da parte ou totalidade do frete já pago correspondente à viagem ou viagens não realizadas”.

(art. 17.º/1), ficando o afretador obrigado a suportar os custos adicionais e o transportador a devolver o benefício que obtenha com o desvio (art. 17.º/3 e 4). A solução afigura-se razoável, mas a qualificação como prolongado do impedimento superior a 5 dias é muito discutível (art. 17.º/2).

Particularmente criticável é a faculdade atribuída ao afretador pela Lei do Contrato de Fretamento de alterar o porto de destino mediante o pagamento das despesas adicionais (art. 19.º). O problema é que esta alteração pode não só originar despesas adicionais como também tornar a viagem mais longa e, com isso, entrar em conflito com outros compromissos comerciais do transportador ou atrasar a realização de outros serviços de transporte mais vantajosos para o transportador. Por imperativo da cláusula geral de boa fé, deve entender-se que esta alteração só admissível se for justificada por interesses legítimos do afretador e não causar um prejuízo significativo ao transportador (art. 762.º/2 CC).

Entre as disposições gerais contidas no Cap. V da Lei do Contrato de Fretamento conta-se uma regra de caducidade com respeito ao direito de indemnização decorrente de violação do contrato de fretamento (art. 298.º/2 CC). Nos termos do art. 46.º, este direito deve ser exercido no prazo de dois anos a partir da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete.

C) Seguir a rota estipulada e, na sua falta, a rota usual

Por último, na realização da viagem o navio deve seguir a rota contratualmente estipulada e, na falta de estipulação, a rota usual. Presume-se, na falta de prova em contrário, que é usual a rota geograficamente direta. Considera-se justificado o desvio da rota nos seguintes casos:

- se for necessário para salvar vidas ou comunicar com um navio em dificuldades quando exista perigo para vidas;
- quando se trate de um desvio razoável segundo o que seja de esperar de um comandante prudente com base no conjunto das circunstâncias conhecidas no momento em que tenha lugar, e ponderando os interesses de todas as partes envolvidas, designadamente para evitar um perigo para o navio ou para carga ⁽¹⁵⁾.

Em caso de desvio injustificado e suficientemente grave para colocar em risco a realização do fim visado com o contrato, o afretador tem a

(15) Mesmo que devido a inavegabilidade do navio.

faculdade de o rescindir. Além disso, o transportador fica obrigado a indenizar o afretador pelos danos que este sofra com o desvio injustificado.

Por vezes as cartas-partidas contêm cláusulas de desvio [*deviation clauses*] que conferem ao transportador uma liberdade de desvio mais ampla. Estas cláusulas são de interpretar restritivamente de modo a que não exonerem o transportador do dever de realizar a viagem com o despacho exigível. Por outro lado, da normal remissão para a Convenção de Bruxelas de 1924 resulta que, mesmo na falta de cláusula específica, o desvio é justificado para salvar o tentar salvar vidas ou bens no mar, o que, na verdade, se afigura a solução mais razoável.

A lei portuguesa não regula sistematicamente os casos de desvio, embora contenha os preceitos, atrás examinados, sobre o impedimento prolongado à entrada do navio no porto de descarga não imputável ao transportador e a alteração do porto de destino pelo afretador.

V. Obrigações do afretador

A) Fornecimento da mercadoria

O afretador está obrigado a fornecer a mercadoria, a realizar as operações de carregamento e de descarga da mercadoria nos períodos de tempo estabelecidos pela carta-partida e, na sua omissão, segundo os usos do porto, e a pagar o frete ⁽¹⁶⁾.

Assim, em primeiro lugar, *o afretador garante que a mercadoria estará à disposição do transportador no lugar de carregamento quando o navio se apresentar no porto de embarque.*

Quando o afretador forneça uma quantidade de carga inferior à convencionada, o transportador tem direito ao frete correspondente à quantidade em falta, designado frete morto [*dead freight*]. O transportador tem também direito a frete morto caso o embarque da mercadoria se torne impossível. Se o afretador recusar injustificadamente o embarque da mercadoria o transportador pode rescindir imediatamente o contrato sem prejuízo do direito a frete morto.

⁽¹⁶⁾ O destinatário da mercadoria, que seja pessoa distinta do carregador, adquire os direitos e contrai as obrigações emergentes do contrato de transporte logo que entre na titularidade do conhecimento de carga, ou, se não for emitido conhecimento de carga, logo que aceite a mercadoria.

Estas soluções são compatíveis com o disposto, no Direito português, pelo art. 10.º da Lei do Contrato de Fretamento que, em todo o caso, careceria de uma maior concretização.

O art. 11.º deste diploma acrescenta que se o navio carregar mercadoria superior à convencionada, o afretador é obrigado ao pagamento de um frete suplementar proporcional à quantidade excedente. Isto só parece ter relevância prática quando o frete é fixado numa quantia global fixa (*infra* C).

B) Realização das operações de carga nos períodos de tempo estabelecidos

O afretador tem a obrigação de realizar as operações de carregamento e descarga da mercadoria nos períodos de tempo estabelecidos pela carta-partida, e na sua omissão, segundo os usos do porto. Estes períodos de tempo designam-se *estadias* [*laytime*].

Na maioria dos casos, são fixados períodos de tempo separados para o carregamento e para a descarga. Noutros casos, porém, é estipulado um período de tempo global para o carregamento e para a descarga. Há ainda outras variantes, como por exemplo, a fixação de uma determinada quantidade de mercadoria por dia⁽¹⁷⁾.

Na hipótese essencialmente teórica de o tempo de estadia não ser estipulado pelas partes, será de atender *ao tempo razoavelmente necessário segundo os usos do porto para a realização das operações de carga*⁽¹⁸⁾.

A lei portuguesa determina que neste caso a estadia é fixada pelo transportador segundo critérios de razoabilidade, tendo em conta as circunstâncias do caso e os usos do porto (art. 12.º/1 da Lei do Contrato de Fretamento)⁽¹⁹⁾. Os critérios enunciados correspondem ao padrão internacional, mas a atribuição ao transportador de um papel privilegiado na sua concretização não parece justificada.

O início da contagem da estadia depende geralmente de três pressupostos: chegada do navio ao porto, entrega do aviso de pronto para realizar as operações de carga e efetiva prontidão do navio⁽²⁰⁾.

A lei portuguesa determina que o momento em que o aviso de pronto pode ser entregue é definido pelos usos do porto (art. 12.º/6 da Lei do Contrato de Fretamento). Esta solução é insuficiente, desde logo porquanto muitas vezes os usos do porto não definem este momento e dificilmente

⁽¹⁷⁾ Ver, designadamente, RABE/BAHNSEN (n. 2) § 530 n.ºs 6, ss.; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.º 796.

⁽¹⁸⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 1) n.ºs 15-047-15.049.

⁽¹⁹⁾ Ver também art. 6.º/1/e sobre os elementos que a carta-partida deve conter.

⁽²⁰⁾ Cf. BAATZ (n. 10) 165.

podem ter em conta a multiplicidade de estipulações contratuais relevantes para o efeito.

A lei portuguesa também estabelece que a contagem das estadias se inicia no primeiro período de trabalho normal que se siga à entrega do aviso de pronto, desde que esta entrega tenha sido efetuada até ao termo do período de trabalho normal antecedente (art. 12.º/4 da Lei do Contrato de Fretamento)⁽²¹⁾. É uma solução razoável, mas que deveria ser complementada pela contagem do tempo utilizado antes do início da estadia.

A estadia conta-se continuamente e só se interrompe quando se verifiquem exceções contratualmente estipuladas, impossibilidade legal, atrasos imputáveis a facto culposo do transportador ou outros eventos que desencadeiem a *frustration* do contrato⁽²²⁾.

A lei portuguesa, afastando-se dos padrões internacionais e entrando mesmo em aparente contradição com a construção da compensação por demora como um suplemento do frete, exclui da contagem da estadia todos os factos objetivamente relevantes que impeçam as operações de carga (art. 12.º/3 da Lei do Contrato de Fretamento).

Nas cartas-partidas, o período que excede o tempo permitido para a estadia, bem como a compensação devida por esse excesso, são designados *Demurrage*. O período de tempo de estadia não utilizado, bem como o crédito a que possa dar lugar, são designados *Dispatch*.

Ambos os termos derivam, direta ou indiretamente (i.e., por via de outras línguas), dos mesmos étimos latinos que deram origem às palavras “demora” e “despacho”. O significado corrente destas palavras é inteiramente compatível com a sua utilização no mesmo sentido. A tradição jurídica portuguesa também aponta para a utilização da palavra “demora” neste sentido (veja-se o art. 541.º/7.º do Código Comercial), embora também se empregasse a palavra “sobre-demora” (art. 545.º/§ 1.º do Código Comercial).

Não se divisa razão alguma para utilizar outros termos em língua portuguesa. A opção do legislador de 1987 pelos galicismos “sobrestadias” e “subestadias” (art. 13.º da Lei do Contrato de Fretamento) é, em minha opinião, injustificada, e não teve acolhimento na vida jurídica.

Geralmente as cartas-partidas fixam a compensação devida em caso de demora, definindo uma taxa por dia ou na proporção de parte do dia. No Direito inglês, esta estipulação é considerada uma fixação contratual da

(21) Considera-se horário de trabalho normal o que, nesses termos, seja praticado pelos trabalhadores portuários do respetivo porto (art. 12.º/5 da Lei do Contrato de Fretamento).

(22) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 1) n.º 15-036.

indemnização devida pelo incumprimento do contrato resultante de ter sido excedido o tempo permitido para as operações de carga⁽²³⁾, que corresponde grosso modo à nossa *cláusula penal com função indemnizatória*⁽²⁴⁾. Também é esta conceção dominante nos EUA ⁽²⁵⁾.

Se não for estipulada a compensação devida em caso de demora, o afretador é obrigado a indemnizar pela detenção do navio [*damages for detention*], mas neste caso recai sobre o transportador o ónus da prova do prejuízo sofrido ⁽²⁶⁾.

Diferentemente, nos Direitos português (Preâmbulo e art. 13.º/1 da Lei do Contrato de Fretamento), alemão e francês a compensação por demora é considerada um *suplemento do frete* que remunera o prolongamento do período em que o navio fica à disposição do afretador⁽²⁷⁾. É esta a construção que, na verdade, se mostra mais adequada, pelo menos perante o regime atrás defendido.

Na hipótese de *omissão das partes sobre a taxa de demora aplicável*, a solução preferível é a de estabelecer a sua fixação com base nos usos do tráfego e, na sua falta, com base na taxa de frete corrente no mercado de fretamento a tempo, acrescida das despesas portuárias e do consumo de combustíveis⁽²⁸⁾.

Algumas cartas-partidas estabelecem que caso o tempo permitido para as operações de carga não seja integralmente usado o afretador tem direito a um *prémio* [*Dispatch*], geralmente calculado com base numa determinada taxa por dia ou à sua proporção por parte do dia. Na omissão da carta-partida, o afretador não tem geralmente este direito⁽²⁹⁾.

Também neste ponto o Direito português se desvia dos padrões internacionais, ao conferir ao afretador o direito a despacho calculado com base em metade da taxa de demora (art. 13.º/2 e 3 da Lei do Contrato de Fretamento)⁽³⁰⁾. A solução não é de aplaudir, porque o transportador não beneficia necessariamente da realização das operações de carga em período mais curto do que o permitido (designadamente se não tiver imediata ocu-

⁽²³⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 1) n.º 15-001.

⁽²⁴⁾ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, 247.

⁽²⁵⁾ Cf. “Demurrage”, in *Black’s Law Dictionary*, 8.ª ed., St. Paul, MN, 2005; e HANS-JÜRGEN PUTTFARKEN — *Seehandelsrecht*, Heidelberg, 1997, 138.

⁽²⁶⁾ Cf. BAATZ (n. 10) 172.

⁽²⁷⁾ Ver RENÉ RODIÈRE e EMMANUEL DU PONTAVICE — *Droit maritime*, 12.ª ed., Paris, 1997, n.º 309; RABE/BAHNSEN (n. 2) § 530 n.º 25; PUTTFARKEN (n. 25) 138; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.º 801.

⁽²⁸⁾ Neste sentido, LIMA PINHEIRO (n. 1) 1161.

⁽²⁹⁾ Cf. BAATZ (n. 9) 164; RABE/BAHNSEN (n. 2) § 530 n.º 20; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.º 807.

⁽³⁰⁾ Ver também art. 6.º/1/g sobre os elementos da carta-partida.

pação para o navio). Deve caber às partes a iniciativa de estipular eventuais incentivos ao aceleramento das operações de carga, caso o considerem conveniente.

C) Pagamento do frete

Passe-se agora à *obrigação de pagamento do frete*. O afretador está obrigado a pagar o frete, salvo estipulação segundo a qual o frete deva ser pago no destino pelo destinatário. Geralmente o afretador fica adstrito a esta obrigação, embora o destinatário responda solidariamente pela dívida do frete pagável no destino, se for titular do conhecimento de carga ou, mesmo não o sendo, se aceitar a entrega das mercadorias.

O frete é geralmente definido em função do peso ou medida da mercadoria, mas também pode ser estipulada uma quantia global fixa [*lump sum*]. No primeiro caso é importante saber se a quantidade da mercadoria é determinada no momento do embarque, no momento da entrega no porto de destino ou em conformidade com o indicado no conhecimento de carga. Deve entender-se que, na falta de estipulação, o peso ou medida da mercadoria relevante para o cálculo do frete será o do embarque, salvo uso em contrário.

Geralmente as cartas-partidas fixam o momento em que o frete deve ser pago. Na falta de estipulação, o frete vence-se e é exigível com a entrega da mercadoria no porto de destino. É usual que as cartas-partidas estabeleçam que pelo menos uma parte do frete é pago em avanço. Quando o frete deva ser pago em avanço entende-se, salvo convenção em contrário, que o frete se vence na data em que o pagamento for exigível.

Depois do vencimento, a perda da carga ou a interrupção da viagem, desde que não sejam imputáveis ao transportador, não exoneram o afretador do pagamento do frete, nem fundamentam a restituição do frete pago.

A Lei portuguesa do contrato de fretamento é omissa, o que deve ser considerado uma lacuna, visto que as regras gerais sobre o prazo da prestação (arts. 777.º e segs. CC) são claramente desajustadas ao contrato de fretamento.

A lei inglesa atribui ao transportador um direito de retenção sobre a mercadoria em garantia do frete e de alguns créditos do transportador. É frequente que se estipule nas cartas-partidas que o transportador goza de um direito de retenção que abrange tendencialmente todos os créditos emergentes do fretamento, mas esta estipulação só pode ser oponível ao destinatário quando este se torne titular de um conhecimento de carga ou documento similar que incorpore a carta-partida.

Além disso, deve ter-se em conta que, tratando-se de um direito real de garantia, a lei do país em que se pretenda fazer valer o direito de retenção tem um importante papel a desempenhar (art. 46.º/1 CC). Pelo menos quando o direito de retenção é invocado em portos portugueses perante um destinatário que não é vinculado pela carta-partida, haverá que atender ao disposto no art. 21.º da Lei do Contrato de Fretamento e, por remissão do seu n.º 3, no art. 21.º da Lei do Contrato de Transporte de Mercadorias por Mar (DL n.º 352/86, de 21/10).

ACTUAÇÃO POR CONTA DO GERENTE DE COMÉRCIO E TUTELA DA CONTRAPARTE(*)

Por Manuel Carneiro da Frada(**)
e Francisco Mendes Correia(***)

SUMÁRIO:

1. Propósito geral; um caso paradigmático para um modelo de decisão paradigmático. 2. As questões e as dificuldades de um quadro de partida. 3. O regime geral da imputação ao comerciante do negócio celebrado por um gerente de comércio. 4. (cont.) A representação e, no seu lugar, o requisito da actuação do gerente por conta como requisito suficiente. 5. A gerência como relação de “preposição” prototípica e as suas dimensões, interna e externa. 6. Gerência, actuação por conta e mandato comercial. 7. O regime da gerência comercial, a procuração tácita e a ratificação tácita. 8. A representação tácita, em virtude do recorte social-típico das funções cometidas, e o estatuto da gerência comercial. 9. O estatuto da gerência comercial para lá da teoria do negócio: a procuração aparente e a protecção da confiança. 10. A solidariedade dos responsáveis, na actuação por conta do gerente; o caso do consórcio. 11. *Ex abundantis*: o sentido globalmente convergente do regime da vinculação do comerciante por actos do gerente com as regras gerais da procuração e da ratificação aparentes. 12. (cont.) Alusão (breve) ao regime do contrato de agência a propósito da disciplina da gerência comercial e da procuração aparente. 13. Sobre o regime da gerência comercial, o abuso do direito (como sucedâneo da tutela da aparência) e a inadmissibilidade da invocação da falta de poderes por *venire contra factum proprium*. 14. Excurso breve sobre sucedâneos imperfeitos: responsabilidade civil, gestão de negócios e enriquecimento sem causa. 15. De volta ao caso-base: concurso de modelos de decisão, sedimentações culturais e dogmática jurídica.

(*) Dedicado a Pedro Pais de Vasconcelos, académico e advogado.

(**) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(***) Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Propósito geral; um caso paradigmático para um modelo de decisão paradigmático

I. No âmbito empresarial, a disciplina jurídica da substituição, ou do agir por outrem, tem uma importância particular, por isso que nele interagem organizações complexas de pessoas, importando de modo muito especial a segurança, a transparência e a univocidade da imputação dos efeitos correspondentes aos actos praticados no tráfico jurídico pelo gerente de comércio.

O presente estudo pretende chamar a atenção para algumas especificidades, não suficientemente valoradas, do nosso direito mercantil a tal respeito, colocando-as no contexto das soluções e alternativas prestadas pelo direito comum: de modo a fazer ressaltar a particularidade da resposta que a tradição comercialística dá a problemas que não podem, nem devem ser unilateralmente perspectivados a partir dos quadros do direito civil.

De harmonia com o “método do caso” — que justificamos em outra ocasião —, considerar-se-á uma situação paradigmática, inspirada na prática forense em torno das relações contratuais de um certo consórcio; a fim de delinear a partir dela linhas argumentativas e modelos de solução que, valorizando o legado decantado da prática comercial e harmonizando-o com concepções já desenvolvidas noutros locais⁽¹⁾, o situe e esclareça melhor perante o pano de fundo do direito comum.

II. Consideremos o seguinte “caso-base”⁽²⁾.

Duas sociedades (*A* e *B*) formaram um consórcio (*C*) com vista à realização de determinado empreendimento, tendo uma reputada firma de engenharia (*F*) sido encarregada por elas do desenvolvimento desse projecto.

No âmbito dessa função, a referida firma (*F*) contactou uma empresa terceira (*T*) para apresentar às sociedades em consórcio um orçamento de execução de uma empreitada requerida para a execução do aludido projecto.

Satisfeito o pedido de orçamento, *F* comunicou a *T* a aceitação da proposta apresentada por parte das sociedades consorciadas, e a contratação de *T* para a referida empreitada.

⁽¹⁾ O presente estudo foi elaborado pelo primeiro dos Autores, com a colaboração do segundo. Teve a sua origem próxima num parecer subscrito por ambos. Nele se revisitam temas e testam orientações que foram já objecto de reflexão do primeiro dos Autores em escritos seus anteriores e que vão adiante referenciados.

⁽²⁾ Para uma justificação do método do caso subjacente a este escrito, cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil/Responsabilidade Civil (O método do caso)*, Coimbra, 2011 (reimpr.), 133 ss.

Os trabalhos iniciaram-se e desenvolveram-se, tendo sido emitidas diversas facturas, validadas por *F*, que expressamente aprovou os autos de medição subjacentes.

A sociedade *A* chegou a satisfazer a *T* várias delas.

B, contudo, recusou pagar as demais, assim como quaisquer outras que futuramente viessem a ser apresentadas.

Alegou que, em virtude do contrato de consórcio que celebrou com *A*, só lhe cabia suportar certos custos do projecto, e que não havia conferido quaisquer poderes a *F* para contratar a *T*; pelo que não se encontrava vinculada ao pagamento de tais facturas.

T entende, contudo, que *B* é solidariamente responsável com *A* pelos pagamentos a que tem direito como empreiteiro contratado para a realização da referida obra.

III. A situação descrita, inspirada num conflito real, ilustra um certo tipo de problemas susceptível de surgir no âmbito daquilo que, dentro da cooperação entre sujeitos, pode genericamente designar-se o “agir por outrem” no tráfico jurídico⁽³⁾ e a importância de, particularmente no domínio da vida comercial e das empresas, a ordem jurídica proporcionar soluções fáceis, seguras e expeditas para resolver a quem se devem imputar os efeitos e as consequências dos actos praticados.

Casos paradigmáticos requerem modelos de decisão paradigmáticos, mobilizando os argumentos jurídicos pertinentes, tanto para a sua resolução, como tendo em vista a resposta a variações e desvios relativamente ao padrão de referência.

2. As questões e as dificuldades de um quadro de partida

I. A questão central que se coloca, numa situação como a descrita, é a de saber quem se encontra vinculado pelas obrigações decorrentes da empreitada celebrada. E qual o fundamento dessa vinculação.

Serão, portanto, *A* e *B* responsáveis pelo pagamento da obra realizada? Ou apenas *A*, uma vez que *B* alega não ter conferido quaisquer poderes a *F*, cabendo por isso a *A* suportar sozinho esse pagamento a *T*?

⁽³⁾ A noção é muito ampla. Para ela, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil/Teoria Geral, II (Acções e factos jurídicos)*, 2.^a ed., Coimbra, 2003, 242-243. Entendemos que o agir por outrem é ordinariamente uma forma de cooperação entre sujeitos, tendo como uma das suas modalidades mais relevantes — como se verá — o mandato e a representação.

De harmonia com as exigências do direito comum da representação, dir-se-ia que tudo depende de saber se foram ou não conferidos efectivamente a *F* por *B*, os poderes necessários à sua vinculação perante *T*.

II. Contudo, nem sempre é possível esclarecer suficientemente os factos. Por exemplo, se a pessoa (*F*) com quem o terceiro (*T*) contratou actuou efectivamente em nome de outrem, e de quem em concreto (no caso, *A* e/ou *B*), ou se ela se limitou a actuar por conta deles. E ainda, se, tendo agido efectivamente em nome de outrem, se encontrava realmente legitimada para o vincular.

Na verdade, a não demonstração da ocorrência de uma representação ou, caso ela tenha existido, a falta de comprovação da existência de poderes por parte de quem tenha agido como representante de alguém perante terceiro parece poder não ser — justificadamente! — suficiente, particularmente no âmbito comercial, para excluir uma vinculação do comerciante perante esse terceiro (*T*); pelo menos quando tal corresponde ao que tipicamente o terceiro pretendia verificar-se ao contratar.

São, pois, dois os problemas que podem surgir: dificuldades no apuramento da ocorrência, ou não, de uma actuação em nome de outrem, e incertezas quanto à existência de poderes representativos caso ela exista.

III. Segundo o direito comum, cabe àquele que queira deduzir pretensões contra o representado o ónus da prova, tanto da representação, como dos poderes do representante para vincular aquele.

O cumprimento deste encargo pode, todavia, ser árduo, difícil, ou mesmo impossível e, todavia justificar-se, no tráfico comercial, uma pretensão do terceiro contra o comerciante, seja ele uma sociedade comercial ou um comerciante em nome individual: por não ser razoável nem adequado aplicar-se então, em muitas circunstâncias, o regime-regra aplicável, da ineficácia do negócio em relação a eles. É, na verdade, central na nossa ordem jurídica a disposição segundo a qual, salvo ratificação, o negócio celebrado por quem não tem poderes representativos é ineficaz perante o representado, de harmonia com o disposto no art. 268.º/1, do Código Civil. Mais genericamente, a ineficácia corresponde de facto à consequência-regra da falta de legitimidade do sujeito para vincular outrem.

3. O regime geral da imputação ao comerciante do negócio celebrado por um gerente de comércio

I. O vetusto e — como se verá — sábio direito comercial português oferece, porém, uma resposta inequivocamente positiva, simples e directa à questão básica que colocamos: através do regime muito esquecido, mas nem por isso menos vigente, a que se subordina a actuação dos gerentes de comércio e os seus efeitos por força dos arts. 248.º e segs. do Código Comercial.

À luz desse regime, *F* deve, no exemplo posto, qualificar-se como um gerente de comércio, uma vez que, independentemente da designação, foi “proposto” por *A* e *B* para “tratar do comércio” de ambas (no lugar onde estas o exerciam ou noutra qualquer”).

Por comércio entende-se naturalmente a actividade comercial, desenvolva-se ela ou não num concreto estabelecimento de “comércio”(4).

Ora, depois de esclarecer que o mandato que para o efeito lhe haja sido conferido pode tê-lo sido “verbalmente ou por escrito”, o art. 249.º do Código Comercial estabelece que ele se “presume[-se] geral e compreensivo de todos os actos necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado”. E tal, “sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram”(5).

A demonstração por parte do terceiro do concreto acto de atribuição de poderes por parte do comerciante não se torna, portanto, necessária para a vinculação, perante ele, desse mesmo comerciante pelos actos praticados pelo seu gerente de comércio.

Mas mais longe do que isso: o art. 252.º, e o seu § único, estabelecem a vinculação do comerciante ainda quando o gerente não declarou actuar

(4) Como veremos, para efeitos do art. 248.º do Código Comercial, o gerente de comércio é aquele que desenvolve e dirige (a parte ou a totalidade de) uma actividade comercial do preponente. Nesse âmbito pode celebrar negócios atinentes a essa actividade com terceiros. Mas não tem de ser, necessariamente, o chefe do conjunto da empresa mercantil. Sobre o nosso tema, e para diversos aspectos que a seguir abordaremos (também com conclusões que, no geral, acompanhamos), veja-se, como obra actual de referência, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição — Representação Comercial*, 2018, 2.ª ed., Coimbra, *passim*.

(5) Num paralelo com o disposto nos arts. 268.º e 269.º do Código Civil, relativos à representação sem poderes e ao abuso da representação, os arts. 242.º e 249.º do Código Comercial tornam inoponíveis a terceiros de boa fé, respectivamente, as instruções particulares ou limitações especiais impostas pelo mandante ao mandatário comercial ou ao gerente de comércio. Vigora na gerência comercial, como veremos, um sistema de atribuição típica de poderes gerais, tendo o legislador adoptado o mandato completo como paradigma para delinear depois as soluções aplicáveis aos casos em que há instruções particulares ou limitações especiais (e, portanto, inesperadas no tráfico).

em representação do comerciante. Basta que tenha agido como gerente, isto é — adianta-se — que tenha actuado “por conta” do comerciante, como é próprio de quem gere um comércio alheio.

Com tal, o direito comercial prescinde mesmo da existência de representação para vincular o comerciante aos actos praticados pelo gerente. A prova (positiva) dos poderes de representação torna-se consequentemente desnecessária para a vinculação do comerciante.

Só não há imputação dos efeitos dos actos praticados pelo gerente ao comerciante na hipótese de ele ter actuado por conta própria: nessa situação, tal qual se prevê no art. 252.º — e *a contrario* do que se estabelece no seu § único —, compreende-se que só o gerente fique vinculado: afinal, não actuou ostensivamente, aos olhos da contraparte, como gerente, mas enquanto titular de um negócio próprio, os efeitos do seu acto apenas o devem atingir a ele, encontrando-se-lhes poupado o comerciante.

A solução é expedita, simples e segura, amplamente protectora de terceiros.

No nosso caso-base, tanto *B* como *A* — como proponentes que eram de *F* à frente do comércio que lhes cabia —, haveriam, portanto, de reputar-se vinculados pelos actos de *F* e, logo, ao pagamento a *T* do preço da empreitada.

E, como existia pluralidade de proponentes, a sua responsabilidade era solidária, nos termos do art. 251.º § 1.º do Código Comercial.

Tudo representa um patente desvio ao disposto no art. 268.º/1 do Código Civil: pois no direito comum, tanto a falta de comprovação da existência de representação, como toda a limitação de poderes que venha a verificar-se, implica uma ineficácia do negócio por falta de legitimidade; ilegitimidade que é, à partida e como princípio geral, plenamente oponível pelo titular da esfera jurídica (representado) ao terceiro.

II. Vale, porém, a pena aprofundar e esclarecer melhor o modelo de decisão daqui resultante.

Tudo gira em torno da noção de gerência comercial. Parece ser este o eixo do regime jurídico-comercial, e não já, como no direito comum (civil), a representação ou o negócio atributivo de poderes representativos: pois, tal qual vimos, o direito comercial chega a imputar ao comerciante efeitos fora, ou para lá, de qualquer hipótese de representação, bastando-se com uma “actuação por conta” do gerente.

Em si, a gerência comercial pode provar-se com recurso a múltiplas circunstâncias. São, contudo, notas da gerência que o sujeito tenha sido

- i*) encarregado de desenvolver com autonomia e poder de direcção certas tarefas e competências unificadas (um “comércio”) corres-

pondentes, ou a uma empresa⁽⁶⁾ autónoma, ou integradas no seio de uma empresa mais vasta,

- ii) relacionando-se como tal com terceiros por conta e no interesse de tal organização.

III. Estabelecida a gerência comercial, os efeitos dos actos praticados pelo gerente no exercício do comércio imputam-se, à partida, ao *dominus*, o comerciante.

De harmonia com o disposto no art. 249.º do Código Comercial, é o comerciante quem, caso queira eximir-se aos efeitos dos actos por aquele praticados, tem de fazer a prova positiva de que o terceiro conhecia uma hipotética inexistência ou limitação dos poderes daquele gerente. Ou, de acordo com o referido no art. 251.º do mesmo preceito, há-de ser o comerciante a demonstrar que o gerente actuou em nome próprio de modo reconhecível perante terceiro.

De outro modo, tem de considerar-se vinculado em homenagem às expectativas da contraparte no negócio.

Quer dizer que o ónus da prova, para o terceiro, se “encurta”: cinge-se à demonstração da gerência, a partir da qual se presume a existência de poderes do gerente; sendo que, mesmo que estes não existam, nem por isso deixa de haver imputação do acto ao comerciante se o gerente actuou por conta dele.

E, para facilitar ainda mais a tutela de terceiros face à dificuldade em identificar, caso sejam vários, os comerciantes por conta dos quais o gerente actua, refere ainda o art. 251.º, § 1.º, do Código Comercial, que sendo vários os proponentes — como no caso-base o eram *A* e *B* —, “cada um deles será solidariamente responsável.”

Assim se reforça a tutela de terceiros que contactam em simultâneo com um comércio com pluralidade de titulares; quando se não torna claro que foi apenas um concreto de entre eles que instaurou a relação de gerência, ou não podendo eles saber se, ou distinguir por conta concretamente de quem o gerente de comércio actuava ou pretendia actuar.

⁽⁶⁾ Usamos a expressão em sentido amplo, sem a vincular a uma reflexão jurídica rigorosa sobre o termo e a realidade subjacente, situada fora do nosso propósito. Sobre estes, *colorandi causa*, cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I, 1967, Lisboa, 96 ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. I, 1998, Lisboa, 137 ss.; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 2020 (reimpr.), 12.ª ed., 201 ss.

4. (*cont.*) A representação e, no seu lugar, o requisito da actuação do gerente por conta como requisito suficiente

I. Conforme dispõe o § único do art. 252.º, se a negociação tiver sido feita por conta do proponente, o contratante tem a “opção de accionar o gerente ou o proponente” (mas não poderá demandar ambos).

O significado da disposição parece claro: trata-se de favorecer o terceiro, não de o compelir a exigir o cumprimento do contrato do comerciante (que o recusa), se porventura preferir fazê-lo do gerente⁽⁷⁾. (A tutela está à sua disposição, não lhe é imposta).

O que, se for essa a opção do terceiro, pode gerar uma responsabilidade pessoal do gerente pelo cumprimento de um negócio que não celebrou, afinal, para si, e que pode mesmo ter celebrado em representação de outrem, embora sem poderes.

Nesta última situação teremos uma hipótese similar à do § 179 do BGB; preceito que, ao contrário do que decorre dos princípios gerais do nosso direito, determina a vinculação do representante sem poderes perante a contraparte, à escolha desta, ou ao cumprimento ou à indemnização pelo incumprimento, quando o representado nega a ratificação. Em Portugal, semelhante solução não está genericamente prevista como solução de direito comum: só se contempla no âmbito da gerência comercial, não para qualquer representante fora da veste de gerente.

II. Mas voltemos à imputação da eficácia do negócio ao comerciante: do ponto de vista dogmático um aspecto ressalta: ainda quando o gerente tenha agido em nome próprio ou, actuando em nome alheio, se tenha demonstrado a ausência de poderes representativos para o efeito, há uma produção de efeitos na esfera do comerciante que decorre da simples actuação por conta do gerente no âmbito do comércio de que foi encarregado.

A actuação por conta como que toma o lugar da atribuição de poderes que acompanha a representação. Sem dúvida que na origem podem ter contribuído para a solução da lei as vicissitudes da destriça entre a representação e a relação subjacente, que só tardiamente se impôs⁽⁸⁾. Facto é que, lida com olhos de hoje, essa solução faz todo o sentido, pois a actua-

(7) Por exemplo, também por ser difícil atingir o comerciante: pense-se no gerente de uma filial de uma empresa sediada no estrangeiro.

(8) Cf., em especial, Pedro de Albuquerque, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, Coimbra, 2004, *passim*.

ção por conta prova-se com facilidade a partir da gerência (como nota por ela tipicamente implicada), enquanto a legitimidade representativa não.

Mas é também interessante notar que o regime vai mais além do que resulta do mandato sem representação, sabido que essencial para o mandato é, de acordo com o art. 1157.º do Código Civil, a actuação por conta e não a representação.

No mandato sem representação, com efeito, o mandante deve sempre assumir as obrigações contraídas pelo mandatário no exercício do mandato que lhe conferira (cf. o art. 1182.º CC), uma vez que as obrigações em que este incorreu o foram por conta dele. Só que nada mais do que isso: no direito comum, o terceiro não tem acção directa contra o mandante.

Diferentemente tratando-se de um gerente de comércio. Aqui e à partida, basta a simples actuação por conta para vincular e fazer responder o comerciante. Presume-se certamente a representação a partir da existência de uma actuação material como gerente (por conta do comerciante). Mas não parece ser nessa presunção da existência de poderes que radica o direito de terceiro: o art. 252.º § único, confere na verdade ao terceiro, ainda quando o gerente actua em nome próprio, direitos contra o comerciante, tão só mediante a prova da actuação por conta do gerente.

III. É desta forma, esquematicamente recordada, que o nosso vetusto e inteligente direito comercial responde a elementares exigências do comércio: a protecção dos terceiros que contratam com quantos actuam ostensivamente por conta de comerciantes à frente dos respectivos negócios; uma protecção que é incompatível com a pretensão daqueles que, tendo colocado à frente dos seus comércios certos sujeitos, vêm mais tarde alegar que lhes não conferiram poderes de representação.

5. A gerência como relação de “preposição” prototípica e as suas dimensões, interna e externa

I. Como se vê, todo o regime gravita em torno da noção de gerência.

A expressão abrange não só aqueles que, de modo ainda hoje perfeitamente ajustado à linguagem comum, merecem hoje ainda a designação de gerentes — como os muito justamente chamados “gerentes” de restaurantes, de dependências bancárias, de lojas —, mas também os que o são, em todo o caso, para o Código Comercial, como aqueles que desempenham funções profissionais de chefia em empresas: directores de departamento, de fábrica, de obra, etc.

Essencial à gerência comercial parece, assim, ser a função de direcção de um “comércio”: palavra a dar um sentido amplo e diversificado, que apela para um conjunto de tarefas correspondentes, quando não a um “estabelecimento comercial”, em todo o caso a uma unidade operativa no seio da empresa⁽⁹⁾.

A locução não atinge, pelo contrário, os que foram encarregados de tarefas subordinadas, em organização empresarial alheia, como v.g., caixeiros, viajantes ou representantes comerciais, e outros auxiliares. Estes inserem-se, tal qual os gerentes, numa organização comercial alheia, mas não detêm os poderes e a liberdade de movimento que inerem à função daqueles.

Compreende-se, contudo, que precisamente pela sua inserção na empresa comercial e pela actividade com relevo jurídico que nela muitas vezes desempenham — por exemplo, pela prática de actos jurídicos — se coloquem igualmente quanto a eles, com muita premência, problemas de imputação de tais actos ao comerciante titular da empresa. Noutro escrito tivemos já oportunidade de o apontar, e não é este o momento de o desenvolver⁽¹⁰⁾.

Importa-nos apenas salientar agora que o Código Comercial, não obstante dispor de preceitos, como os dos arts. 255.º a 260.º, que regulam também de forma muito razoável os reflexos do desempenho dessas funções subordinadas na esfera jurídica do comerciante, se encontra basicamente centrado no regime da gerência, no âmbito do qual esses preceitos foram também formulados. Como que a sugerir que o padrão de referência é, efectivamente, o da gerência.

Dele cuidaremos, por conseguinte, apenas. Sem deixar de notar que muitas das nossas considerações se podem aplicar, com adaptações — aliás, por vezes, muito necessárias —, ao desempenho de outras funções de que alguém foi encarregado pelo comerciante.

Por palavras diferentes: a gerência é, para a lei comercial, a relação prototípica de “preposição”, em que alguém é “pré-posto” pelo comerciante para tratar dos seus assuntos⁽¹¹⁾. Daí o seu relevo dogmático, que procuraremos aprofundar.

(9) Os termos, como se recorda, são fluidos e não ignoram a diversidade do seu emprego pela doutrina. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1, cit., 211 ss., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., 96 ss. e 687 ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. I, cit., 103 ss. e 137 ss.

(10) Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa Colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, separata da Revista de Direito e Economia, Vols. 16-19, (1990-1993), 45-53.

(11) Fundamental sobre o tema, entre nós, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição — Representação Comercial*, cit., 553 ss.

II. Subjacentes à gerência comercial — mas também a outras situações de *preposição* em que o comerciante “pré-põe” alguém para tratar dos seus assuntos de comércio — podem existir diversos tipos de actos jurídicos, negócios ou quase-negócios, mediante os quais se instaurou a relação em causa.

Não é, porém, preciso que tais actos existam ou sejam válidos, porque a gerência é, para o Código Comercial, uma realidade de facto: não depende de um título negocial válido. Pois para a sua existência apenas releva o exercício efectivo, pelo gerente, de uma certa actividade por conta, revestida de tipicidade social. Basta, via de regra, que seja exercida por incumbência ou autorização do comerciante⁽¹²⁾.

Contudo, o habitual é que na estruturação jurídica da empresa mercantil exista um vínculo jurídico entre o “preposto” (gerente de comércio ou outro auxiliar) e o comerciante que o institui nas funções⁽¹³⁾.

Temos pois de distinguir, na gerência (como realidade de facto), entre a relação *interna* (ou subjacente) do preposto com o comerciante, e a relação *externa*, ou as diversas relações externas, que o gerente (preposto) enceta e mantém com terceiros no exercício da sua gerência (através dos actos que pratica e dos negócios que celebra).

III. O regime dos arts. 248.º e segs do Código Comercial que acima trouxemos à lembrança, considerámo-lo na perspectiva da imputação de efeitos da conduta do gerente ao comerciante que ele, logo numa primeira aproximação, possibilita, sem atendermos à relação que subjaz à gerência.

É esta que determina os direitos e deveres recíprocos entre o comerciante e o gerente: estabelecendo, *v.g.*, a obrigação do comerciante de, além ou independentemente da retribuição que possa ter sido acordada, ressarcir os prejuízos sofridos pelo gerente, ou de o reembolsar as despesas que este tenha feito; mas também vinculando o gerentes à prestação de contas e a entregar ao comerciante o que tiver obtido com a sua gerência; e

(12) Excluem-se em princípio as hipóteses em que o gerente usurpou um comércio alheio. Nestas hipóteses não actuará ordinariamente por conta, pois quererá manter a situação oculta de terceiros a fim de carrear para si os benefícios da sua actuação. (Mas se, não obstante a usurpação, o gerente continuar a actuar por conta, a imputação do acto ao comerciante não resulta linearmente do regime comercial, e dependerá de ponderações mais vastas de tutela da aparência, que poderão efectivamente conduzir, a nosso ver, a uma imputação de efeitos dos actos praticados pelo gerente ao comerciante como risco do comércio deste: *cf.*, a respeito, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 52 ss., em nota.)

(13) No mesmo sentido, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição — Representação Comercial*, *cit.*, 317 e 366-367.

responsabilizando-o pelos danos causados, ou a restituir ao comerciante aquilo com que se tiver locupletado se se apoderou do comércio alheio, aproveitando as suas oportunidades e negociando por conta própria.

São também flagrantes os paralelismos e conexões dos problemas e soluções com o regime da administração das sociedades comerciais (*de iure* ou *de facto*), a convocar uma maior aproximação e integração dogmático-sistemática (que a actual redacção do art. 80.º do Código das Sociedades Comerciais também incentiva)⁽¹⁴⁾.

Interessa-nos, contudo, agora, a dimensão externa da gerência. A relação interna pode interferir — e interfere, *de facto* — na construção dos termos da imputação ao comerciante dos actos praticados pelo gerente. Há, ou pode haver, nesse sentido, uma sobreposição das dimensões externa e interna da relação de gerência do ponto de vista da tutela de terceiros.

Vê-lo-emos de seguida.

6. Gerência, actuação por conta e mandato comercial

I. É certamente *natural*, ou normal, que o gerente de comércio, por isso que foi colocado à frente de um comércio que lhe não pertence, e sabido que esse comércio se desenvolve, ou só se pode desenvolver, mediante a prática de actos jurídicos, detenha poderes de representação do comerciante.

Trata-se também de um mandato geral para o comércio em causa — que pode, aliás, ser meramente verbal, assim correspondendo também às necessidades de desformalização do tráfico comercial —, nos termos do art. 249.º do Código Comercial.

Mas a atribuição de tais poderes, sendo embora suficiente, não é requisito necessário, nem constitui condição *sine qua non* da gerência, nos efeitos que esta apresenta para com terceiros: pois é substituída, como vimos, pelo requisito da actuação por conta (como pressuposto suficiente de base).

⁽¹⁴⁾ Avultará, entre outras, a dimensão da responsabilidade dos gerentes e administradores das sociedades, e a obrigação de restituir o enriquecimento que tenham obtido em violação dos seus deveres funcionais. Quanto a esta última, o regime da gerência comercial pode utilmente completar aquele regime, como noutra ocasião desenvolvemos: amparando, por exemplo a doutrina do aproveitamento das oportunidades societárias e dando base legal à obrigação de restituição dos lucros obtidos pelo administrador infiel: cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A obrigação de restituir dos administradores», in *Forjar o Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2019, 425 ss.

Podem até existir razões para o comerciante não querer apetrechar este ou aquele seu gerente deste ou daqueles poderes de representação, sem por isso querer entorpecer o seu comércio e sem deixar de os atribuir para outros efeitos. Tal não deve, em qualquer caso, prejudicar, nem a fluência do tráfico jurídico, nem os interesses de terceiros que contratam com o gerente.

Correspondentemente, a noção do art. 248.º do Código Comercial não refere nem implica, verdadeiramente, a atribuição de poderes de representação, mas tão-só a actuação por conta, inerente à investidura do sujeito na gerência de um comércio alheio.

A definição da lei consente, neste ponto, uma leitura impecavelmente congruente com a concepção de fundo que inspirou o legislador ao fixar a disciplina da gerência: o regime legal subsequente abarca, na verdade, situações de imputação de efeitos ao comerciante independente da existência de tais poderes por parte do gerente de comércio. Insistindo sempre: central é antes a conduta “por conta” do comerciante à frente do seu comércio.

II. Contudo e sem prejuízo, o exercício da gerência de comércio tem normalmente subjacente um mandato, e um mandato representativo.

O Código Comercial reflecte-o. A gerência é, de acordo com a sistematização adoptada, uma modalidade do mandato comercial, que é um mandato representativo⁽¹⁵⁾: ao contrário do mandato civil em que o que releva é apenas uma actuação por conta.

Tal expressa-se igualmente na distinção entre o mandato comercial comum (que envolve representação, nos termos dos arts. 231.º e segs.) e a comissão, também ela inserida na disciplina geral do mandato comercial, mas pressupondo a actuação em nome próprio, embora por conta de outrem.

Presente a linguagem do Código Comercial, o que parece distinguir, portanto, as duas situações é principalmente a ostensividade da actuação por conta: na comissão essa actuação por conta alheia não é visível aos olhos de terceiro, que nenhuma pretensão poderá por isso ter, via de regra, contra o mandante. Diferentemente na gerência, em que a actuação por conta é aparente⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cf. a epígrafe do Título V: “Do mandato”.

⁽¹⁶⁾ Cf., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 4.ª ed. (reimpr.), Coimbra, 2019, 289-290; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 2.ª ed., Coimbra, 2018, 304-307.

Por outro lado, mesmo naquilo em que o regime da gerência ultrapassa a nota característica da representação, a figura do mandato marca presença: a actuação por conta à frente do comércio de outrem reconduz-se o mais das vezes, facilmente, a um mandato sem representação.

III. Diversamente do que ocorre na comissão, a actuação por conta é, como se disse, ostensiva, o que significa que no regime da gerência há uma aparência, ao menos, de mandato (representativo ou não).

Tal significa que para o estabelecimento da relação por conta que corresponde à gerência comercial o que importa é a perspectiva da contraparte no negócio celebrado pelo gerente. Releva a conduta externa que é observada pelo terceiro, como ela se apresenta perceptível por ele (da gerência de um comércio alheio), e não qualquer convenção interna entre proponente e gerente. A tipicidade social é decisiva; interpretada e valorada à luz das regras da experiência ou do senso comum.

IV. Tratando-se de uma gerência comercial, está naturalmente em causa um mandato *comercial*, que tem por objecto actos comerciais (art. 231.º do Código Comercial; a empreitada do exemplo-base é também um acto comercial à luz do critério do n.º 6 do art. 230.º, em articulação com o art. 2.º deste diploma). A gerência apresenta-se tipicamente como um fenómeno do âmbito comercial.

V. A relação entre a gerência e o mandato é, pois, complexa a vários níveis.

Aliás, pode haver gerência sem mandato, e mandato sem gerência. Se nem todo o gerente é mandatado, nem todo o mandatário é gerente.

Assim, a relação de gerência advém muitíssimas vezes, singelamente, de um contrato de trabalho.

Ou, subjacente à gerência comercial pode encontrar-se, *e.g.*, um contrato de consórcio mediante o qual, directa ou indirectamente, as entidades consorciadas encarregam outrem — tal como no nosso caso-base — de desenvolver um projecto comum.

O facto de o consórcio não ter personalidade jurídica não significa que não possa apresentar-se como externo: a actuar enquanto tal no tráfico jurídico — conduzindo-se, portanto, os seus membros visivelmente enquanto membros *em consórcio* —, e podendo usar todos os meios à disposição para investir um sujeito na posição de seu gerente comercial; por exemplo, através de um mandato comercial atribuído por todos os mem-

bros do consórcio, ou apenas por um deles enquanto chefe do consórcio⁽¹⁷⁾.

O exemplo, sugerido pelo caso-base, mostra a complexidade que a relação interna da gerência pode apresentar.

Apesar disso, não cremos que a referenciação simples da gerência ao mandato feita pelo legislador comercial seja obsoleta. Na verdade, tanto no caso de uma relação interna nos termos de um contrato de trabalho, como no exemplo do consórcio, os elementos do mandato encontram-se presentes. O mandato constitui uma espécie de “macrotipo” contratual — um tipo contratual de base — que co-conforma outros tipos contratuais que prefigurem o exercício de funções de gestão por conta de outrem, ainda quando deles autonomizáveis ou autonomizados entretanto⁽¹⁸⁾.

VI. Para efeito da tutela de terceiro, o que releva, portanto, é saber — voltemos ao nosso caso-base — se *F* era gerente das entidades consorciadas e se actuou como gerente do consórcio, isto é, ostensivamente por conta delas quando contratou terceiros. Por exemplo, aos olhos destes (*i*) a quem *F* prestava contas do trabalho que desenvolvia, (*ii*) a quem cabia der-

(17) De harmonia com o Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, distingue-se entre consórcios internos e externos. Partindo do regime podem identificar-se duas notas a presidir à distinção das modalidades: a maior intensidade da dimensão organizativa prevista para os consórcios externos (cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial, cit.*, 755), e a invocação da existência do consórcio pelos seus membros quando actuam perante terceiros (cf. RAUL VENTURA, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, ROA, 1981, III, 651; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 2011, 155). Em sentido divergente, sustentando que podem existir consórcios que não se reconduzam a qualquer das categorias previstas na lei (consórcio interno/externo), e que não é possível utilizar os critérios referidos para distinguir as duas categorias legalmente previstas, PAULO SOUSA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Consórcio*, 1999, Coimbra Editora, Coimbra, 101 ss. Ambas as notas distintivas convergem na diferenciação entre aqueles consórcios que operam visivelmente como tal perante o exterior, e os que não representam senão um acordo entre entidades distintas que continuam a actuar isolada ou separadamente no tráfico jurídico (PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição — Representação Comercial, cit.*, 426 ss.). Este o melhor ponto de partida para averiguar os termos da imputação de efeitos aos membros do consórcio. Quanto ao carácter patente/oculto da concertação de actividades, importa sublinhar que tal concertação não tem por que se manifestar em *cada* acto externo praticado pelos membros do consórcio. A qualificação depende antes da assunção, por parte dos membros do consórcio, da sua qualidade de consorciados nas relações externas mais relevantes, mormente nas que concretizem o objecto principal do consórcio; ou então, da qualidade de chefe do consórcio expressa ou tacitamente assumida por um dos seus membros na relação com terceiros, sem a oposição dos demais. Avulta, pois, a tipicidade social marcante, a forma como se há-de entender o comportamento de quem actua no seu todo. Não releva se o sujeito detinha ou não procuração para o efeito. O que conta é a forma como terceiros apreendiam ou podiam compreender a conduta: se do consórcio enquanto tal, se apenas de um certo sujeito isoladamente.

(18) Cf. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Direito das Obrigações*, Vol. III, AAFDL, Lisboa, 1991, 315-317.

radeiramente, no entendimento das partes, a direcção e a orientação dos trabalhos realizados ou a efectuar no futuro, (iii) se foi por conta delas que *F* recolheu orçamentos para as obras a realizar, (iv) a quem, recolhidos eles, os dirigiu depois, (v) como comunicou a decisão de contratar ao empreiteiro escolhido, (vi) a que título fechou o contrato e, mais tarde, (vi) procedeu à validação dos autos de medição e da facturação, etc.

7. O regime da gerência comercial, a procuração tácita e a ratificação tácita

I. Do ponto de vista da imputação dos efeitos ao comerciante, a disciplina da gerência comercial converge em larga medida com a que resulta, segundo o direito comum, de uma procuração tácita atribuída pelo comerciante (sociedade ou comerciante a título individual) ao gerente. Mas ultrapassa-a, como se calcula, desde logo por não implicar necessariamente uma representação e/ou uma atribuição de poderes.

Para o cabal desempenho de determinadas funções comerciais pode ser imprescindível, conveniente ou normal a atribuição de poderes representativos, pelo que a assunção ostensiva do papel de gerente poderá permitir então ao terceiro que com ele contrata a ilação de que, com toda a probabilidade, foi emitida uma declaração negocial atributiva de poderes por parte daquele a quem respeita o comércio (cf. o art. 217.º/1, do Código Civil).

II. Mas há diferenças: o terceiro que invoque a procuração, ainda que tácita, tem obviamente de a provar. Impende sobre ele o ónus de demonstrar a atribuição pelo representado de poderes ao representante.

Não assim no regime da gerência comercial.

Com efeito, ao configurá-la como expressão de um mandato representativo, o legislador comercial basta-se com a tipicidade social da gerência para ficar estabelecida a existência de poderes representativos. A legitimidade do gerente dispensa consequentemente a prova da vontade do comerciante na respectiva atribuição. Apresenta-se, na realidade, baseada num regime legal correspondente — é certo — à normalidade das situações, segundo as regras da experiência e/ou o senso comum, da verificação de um acto atributivo de poderes pelo comerciante ao gerente; mas legitimidade que não deixa, nem por isso, de se alicerçar numa presunção legal (da existência da correspondente vontade) que dispensa o terceiro da prova

ad hoc da vontade que sobre ele recairia no comum dos casos de procuração tácita.

Uma presunção — esta — que é depois completada, em pormenor de coerente recorte, pelo art. 240.º do Código Comercial ao estabelecer que, avisado o mandante da execução do mandato, se este nada disser “imediatamente”, “se presume ratificar o negócio [praticado pelo mandatário], ainda que o mandatário tenha excedido os poderes de representação”.

Na realidade, o conhecimento pelo mandante (do acto praticado pelo mandatário), a sua adesão aos seus efeitos, pode muitas vezes ser presumido por terceiro: por exemplo, se o comerciante foi o *accipiens* da prestação a cargo dele (e.g., se recebeu o dinheiro pago pela mercadoria, se aproveitou o serviço contratado pelo gerente ou se aceitou a obra encomendada pelo gerente).

O estabelecimento pela lei, na gerência comercial, de uma procuração, não apenas tácita, mas presumida, é, pois, completado pela consagração, nas condições do preceito⁽¹⁹⁾, de uma ratificação, não apenas tácita, mas presumida também. Subjacente estará, em muitas situações, uma vontade ratificativa (tácita) do *dominus* — *mutatis mutandis* quanto ao que se verifica na procuração —, que se presume, estando o terceiro dispensado da sua prova.

Mesmo, pois, que o gerente (mandatário comercial) tenha excedido o mandato, o negócio — ao contrário do que sucede no plano civil (art. 268.º do Código Civil) — torna-se eficaz perante o mandante, se este não reagir atempadamente, logo que conheça da sua celebração. Assim assegura a lei rapidamente a estabilização dos efeitos jurídicos do negócio celebrado pelo *procurator*, e impõe ao representado o ónus de reagir ao excesso de representação. Ao presumir a ratificação, e tão-só pelo decurso do prazo, “blinda” a eficácia do negócio (contra o comerciante). Trata-se obviamente uma presunção *iuris tantum*, mas que em muito favorece o terceiro que, fiado na actuação por conta do gerente, assumiu estar este dotado de poderes representativos e, deste modo, vincular-se o comerciante no negócio por aquele celebrado com ele.

III. Verdade seja que o regime da gerência comercial vai mais além, e simplifica tudo ainda mais⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ A ratificação pode naturalmente desenvolver também efeitos na relação entre mandante e mandatário, mas não curamos deles aqui.

⁽²⁰⁾ Assim, são pensáveis exigências de forma para uma procuração segundo o direito comum que se não justifiquem no direito comercial. Nestes casos, falha a possibilidade de uma procuração tácita, face ao disposto no art. 217, n.º 2, do Código Civil, mas não necessariamente a imputação do

É que, ainda que as presunções de legitimidade representativa anterior ao negócio, ou de legitimação posterior através de ratificação sejam ilididas, tal não exclui a vinculação do comerciante ao abrigo do art. 252.º § único.

Nessa medida, a disciplina legal da gerência comercial poupa ao intérprete-aplicador a ingrata tarefa de distinguir entre a procuração tácita, a procuração tolerada, e a procuração meramente aparente que os quadros do direito comum exigiriam. Se, pelo menos a última — e dependendo do sentido que se der à “tolerada”⁽²¹⁾ — já se não pode amparar seguramente no âmbito do art. 217.º/1 do Código Civil, facto é que ela perfaz facilmente as condições da imputação ao comerciante ao abrigo do regime dos arts. 248.º e segs. do Código Comercial.

8. A representação tácita, em virtude do recorte social-típico das funções cometidas, e o estatuto da gerência comercial

I. Viu-se já que o regime legal que reconhece, como regra, poderes representativos ao gerente se encontra genericamente alinhado com a doutrina comum da representação tácita.

Nessa medida, a especificidade da disciplina da gerência situa-se, neste aspecto, antes na demonstração da atribuição de poderes se achar facilitada, por encontrar na gerência um critério simples e expedito de prova que facilita a segurança no tráfico jurídico.

Na verdade, entre os factos que revelam a atribuição tácita de poderes representativos merecem destaque aqueles que se constituem pela incumbência a alguém, por parte do comerciante, do exercício de uma posição funcional no seio da empresa que está tipicamente ligada, segundo as concepções no tráfico, à atribuição de poderes representativos.

Na concretização deste pensamento foi decidido, por exemplo, que quem confia o seu estabelecimento comercial a um empregado lhe confere com isso poderes representativos para o seu giro típico; e que quando um

acto ao comerciante segundo o regime da gerência comercial, sempre ou na medida em que a celebração de certos negócios no comércio não seja vista como dependente dessa forma, e não haja razões que imperativamente excluam a validade do acto, por motivos formais, no comércio.

(21) A plasticidade desta expressão dificulta a sua catalogação, ou na procuração tácita, ou na procuração aparente, a primeira negocial e a outra alicerçada, por contraste, no princípio da confiança; pode ver-se, a respeito, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 49 ss., em nota.

banco institui um balcão de recebimento de depósitos atribui ao encarregado dele poderes representativos, o mesmo acontecendo quando nomeia o director de uma filial. Em todos estes casos devem considerar-se tacitamente atribuídos os poderes representativos próprios do desempenho das funções em causa⁽²²⁾, de harmonia com o recorte dessas funções que se encontra presente no tráfico jurídico.

Pode discutir-se se os casos referidos se integram todos, e do mesmo modo, no conceito usual de gerência, ou se hão-de os sujeitos em causa ser considerados antes auxiliares ou caixeiros, subordinados aos gerentes, aos quais é inerente um poder de direcção do comércio de que estão incumbidos. Mas o pensamento básico é o mesmo⁽²³⁾.

De todo o modo, e como escrevemos noutra local, “o juízo de infereência de uma declaração negocial tácita (aqui de atribuição de poderes representativos) a partir dos factos (os factos concludentes) não precisa de ser absolutamente forçoso ou necessário, bastando que, de acordo com a interpretação usual do comportamento, a declaração deva considerar-se como emitida com toda a probabilidade”⁽²⁴⁾.

É o critério do art. 217.º/1 do Código Civil.

A esta luz, pode, pois, dizer-se que a instituição de alguém como gerente de comércio implica realmente — e tal qual reconhece o Código Comercial, que faz desta normalidade uma presunção legal — a atribuição de poderes representativos correspondentes.

Para lá das regras gerais da procuração tácita, a principal especificidade está, como se disse, em que o direito comercial dispensa o terceiro da prova da declaração tácita de vontade de atribuição de poderes representativos, habilitando-o com uma presunção a partir da demonstração da conduta no âmbito da gerência.

Sendo certo, por outro lado, que o âmbito dos poderes tacitamente conferidos compreende tudo o que se relaciona tipicamente com a função em causa e para ela é susceptível de se tornar conveniente ou necessário: mais do que a vontade tácita, o que se torna objecto precípua da prova é o recorte objectivo-típico da função.

(22) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa Colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, cit., 43-77, 48 e, em particular, as referências da nota 7.

(23) Não se ignora o diferente estatuto destes sujeitos em matéria de representação, segundo o que dispõe a lei comercial em vigor. Contudo, a distinção entre gerentes, caixeiros e auxiliares é também relativa, e algumas similitudes existem entre elas.

(24) *Ibidem*, 48.

II. Persistem, contudo, diferenças mais sensíveis, pois o estatuto da gerência comercial vai para além do alcance das declarações tácitas.

É que o art. 249.º do Código Comercial apresenta-se taxativo ao estipular que o proponente não pode opor a terceiros “limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram”.

Quer dizer que a limitação de poderes — que se traduz numa ausência de poderes (e não num exercício abusivo de poderes efectivamente conferidos) — não obsta à vinculação do comerciante (queira-o este ou não), excepto em caso de conhecimento do terceiro dessa limitação de poderes.

A lei possibilita, pois, a tutela do sujeito que contrata com o gerente investido no comércio independentemente da efectiva atribuição dos correspondentes poderes através de uma declaração negocial, ainda que tácita. E essa protecção só cede se o terceiro tiver conhecimento da falta de poderes: não já logo que “devesse ter conhecimento” dessa falta de poderes. (Quer dizer: o sujeito pode confiar no recorte típico das funções da gerência, sem qualquer preocupação de indagar se eles existiam ou não).

Estamos para lá das fronteiras da comum protecção do destinatário de uma declaração negocial tácita. Dogmaticamente, ultrapassamos na verdade o âmbito da teoria do negócio para transpormos o umbral da tutela da confiança, na sua modalidade de tutela da aparência (de poderes de representação).

A abordagem deste ponto é essencial para termos uma perspectiva completa do alcance e significado do regime legal da gerência comercial.

9. O estatuto da gerência comercial para além da teoria do negócio: a procuração aparente e a protecção da confiança

I. O estatuto do gerente comercial pode com efeito, como já vimos, conduzir a uma imputação de efeitos ao comerciante quando não houve qualquer *negócio* atributivo de poderes representativos (mandato comercial, procuração, ratificação, tácitos ou expressos).

Nesse sentido, estende-se dogmaticamente para lá dos confins da teoria do negócio.

II. Desenha-se neste campo um conflito clássico de interesses. De um lado, o interesse de autodeterminação do comerciante, que pode pre-

tender não assumir qualquer obrigação derivada de um acto, ou actos praticados por quem não tenha investido de poderes de representação; de outro, o interesse de terceiro que contratou com o gerente em imputar ao comerciante as obrigações decorrentes do negócio que celebrou (no caso-base, a obrigação de pagamento do preço da empreitada a esse mesmo comerciante).

Como se sabe, na ausência de outros elementos, esta contraposição de interesses resolve-se, por princípio, no direito privado comum, compreensivelmente, a favor do *dominus*, em virtude da regra da ineficácia do negócio celebrado por aquele que actua em nome de outrem sem poderes de representação: art. 268.º/1 do Código Civil.

Sem prejuízo, são várias — e generosas — as vias gerais de tutela de terceiros que se abrem na nossa ordem jurídica.

Interessa-nos a disciplina especial da gerência de comércio.

No que ela não abranja, e porventura a suprir também as suas limitações, encontra-se o direito comum. Não fora esta última disciplina (da gerência comercial), poderiam equacionar-se *quatro* vias mais gerais de solução que o direito luso, especial ou comum, apresta para a tutela de terceiros a fim de solucionar o nosso caso-base; a saber: a procuração aparente, a ratificação aparente, o abuso do direito do comerciante (de invocar a ineficácia decorrente da falta inicial de poderes do seu representante no comércio por ausência de procuração), e o abuso do direito de recusar a ratificação (ou de invocar a sua falta), em ambos estes casos por *tu quoque* ou por *venire contra factum proprium*⁽²⁵⁾.

Mas o estatuto do gerente é distinto e apresenta pressupostos próprios.

III. Como já vimos, a actuação por conta do gerente de comércio constitui um fundamento autónomo da vinculação do comerciante para tutela de terceiros, segundo dispõe inequivocamente o § único do art. 252.º do Código Comercial. Corresponde-lhe uma disciplina que (i) não depende da existência de mandato ou de poderes de representação atribuídos pelo comerciante, (ii) nem da sua aparência (contando antes a tipicidade social da gerência), (iii) nem de qualquer apreciação da conduta do comerciante (de recusa da sua vinculação) abusiva por inaceitavelmente

(25) Exploramos esta última via em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium* — Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993, Separata da Revista “O Direito”, Ano 126.º, 1994, III-IV, 677 ss.

contraditória com uma qualquer atitude anterior dele (v.g., a inculcar a convicção de que a falta de poderes do gerente não seria invocada).

Protege-se, de modo muito eficaz, a confiança de terceiro. O regime alicerça-se de modo objectivo e auto-suficiente na conduta por conta de outrem do gerente. (Embora se presuma a situação normal de aquele por cuja conta o negócio foi celebrado ter instituído ou manter o sujeito na posição de gerente de comércio, consideramos agora o art. 252.º § único, que não deixa de se aplicar em caso de prova negativa de que assim não foi, porque a vinculação do comerciante é independente de tal)⁽²⁶⁾.

Assim, o *Tatbestand* de confiança deriva, não de uma qualquer declaração negocial, mas da *situação de facto* da gerência, enquanto tipicamente coligada a uma situação de existência de poderes de representação. Por outras palavras, está em causa apenas a *tutela da aparência* de uma normalidade, a da existência desses poderes. E também o nexo de imputação ao comerciante não é negocial: tanto o acto instituidor da situação de gerência, como a manutenção na gerência, constituem *actos reais*, correspondem a uma operação jurídica.

Transcende-se, pois, a tutela negocial de terceiros.

IV. Estamos no campo da protecção da confiança, para a qual se exigem certos requisitos⁽²⁷⁾.

O Direito não tutela, nem pode tutelar, acriticamente, qualquer convicção ou representação de um sujeito, sem se importar de que índole ou em que circunstância. Por isso, além da situação de confiança (traduzida na boa fé da pessoa que acredita numa declaração ou num comportamento alheio), exige-se que essa confiança seja justificada e que tenha existido um investimento de confiança por parte do confiante (e que corre o risco de se perder ou inutilizar). A protecção da confiança, por isso que opera à custa de outrem, terá naturalmente de justificar-se perante este. Requer-se, em princípio, uma imputação de sentido duplo ao sujeito: que ele tenha originado a confiança alheia, e causado também a sua frustração (merecendo, pois, suportar as consequências da frustração da confiança alheia

⁽²⁶⁾ Cf. em sentido convergente e com muito oportuna consideração de modernas formas de comércio em que se verifica um anonimato do comerciante, PEDRO L. PAIS DE VASCONCELOS, *A Preposição — Representação Comercial*, cit., 171-173 (colocando também o fundamento da imputação na actuação por contra do preponente, que releva, portanto, ainda que o preposto atue em nome próprio ou sem invocar nome algum).

⁽²⁷⁾ De modo resumido, pode ver-se, quanto ao a seguir exposto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade pela confiança (por ocasião do cinquentenário do Código Civil)*, in *Católica Talks/Responsabilidade*, Lisboa, 2020, 93 ss.

que concitou). Quando estejam reunidos estes pressupostos, se a ordem jurídica o dispuser de modo específico ou, fora desses casos, reclamando-o impreterivelmente a justiça material, intervém uma forma de tutela que é basicamente de um de dois tipos: ou se se confere ao confiante uma posição correspondente àquela em que acreditou, apesar de não se encontrarem verificados os pressupostos de que a ordem jurídica faz depender o seu surgimento — protecção positiva da confiança -, ou se lhe atribui uma indemnização pela frustração da confiança e pela consequente perda do seu investimento (tutela negativa da confiança)⁽²⁸⁾.

V. Aplicando.

Se há gerência, a confiança do terceiro na existência dos poderes correspondentes é justificada. O investimento traduz-se também univocamente na contratação com o gerente na convicção da vinculação do comerciante. A imputação alicerça-se, por sua vez, não numa inconciliabilidade do comportamento do comerciante apreciado numa perspectiva diacrónica, mas na aparência da existência de uma concessão de poderes representativos na base do seu agir. Estamos, pois, diante de uma modalidade de *responsabilidade pela confiança em declarações*, distinta da confiança num comportamento futuro, como ocorre, nomeadamente, no *venire* (o terceiro não confia simplesmente em que o comerciante não vai arguir a falta de poderes, antes na existência de poderes representativos, ou na afirmação implícita desses poderes quando o gerente actua por conta alheia)⁽²⁹⁾.

Quanto ao juízo global do merecimento de tutela, ele encontra-se abstractamente traçado, em sentido favorável, pelo legislador comercial (ao estabelecer a vinculação do comerciante aos actos praticados pelo gerente): como corresponde às previsões específicas de protecção da confiança que o ordenamento português conhece. (Poupando-se ao intérprete-aplicador uma apreciação *ad hoc* à luz das exigências de uma juridicidade entendida em sentido material, mobilizando, por exemplo, cláusulas gerais como a do abuso do direito.)

E, por se tratar como eficaz um negócio em relação ao comerciante, mesmo se ele não dotou o gerente de poderes representativos (para prote-

⁽²⁸⁾ Pode ver-se, desenvolvidamente, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 584 ss., e 690 ss.

⁽²⁹⁾ Para desenvolvimentos, cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, *cit.*, e.g., 53 ss., 608 ss., 741 ss., e notas, e *passim*. Pela razão do texto, não cremos que o abuso do direito seja uma solução totalmente apropriada ou suficiente à tutela da contraparte no negócio com o gerente, embora lhe reconheçamos a vantagem de uma fácil recondução aos dados do direito vigente através do recurso ao art. 334.º do Código Civil.

ger a confiança da contraparte na existência de tais poderes), o regime da gerência enquadra-se na protecção positiva da confiança. (A ordem jurídica não se limita a indemnizar a contraparte dos prejuízos sofridos com a ausência de poderes do gerente e a consequente ineficácia do negócio)^(30.)

10. A solidariedade dos responsáveis, na actuação por conta do gerente; o consórcio do caso-base

I. A tutela da contraparte no negócio celebrado pelo gerente não é prejudicada no caso de a contraparte não conhecer o comerciante ou de serem vários os proponentes.

Muitas vezes, com efeito, os comércios (à frente dos quais foram colocados os gerentes) são detidos por vários. O terceiro muitas vezes nem o sabe. E, quando o conhece, também não se encontra por dentro da articulação de esferas entre os diversos comerciantes que desenvolvem conjuntamente uma mesma empresa ou empreendimento mercantil. Facto é que, presente que lhe seja um mesmo (e único) comércio — um gerente, ainda que actuando por conta de diversos comerciantes, todos eles *domini* de um mesmo comércio —, ele precisa de ficar protegido da invocação de todas as excepções respeitantes às relações internas entre esses comerciantes.

Nesse sentido, dispõe de modo lapidar o art. 251.º, § 1 do Código Comercial:

“Se os proponentes forem muitos, cada um deles será solidariamente responsável”.

A solução harmoniza-se com o disposto no art. 100.º do Código Comercial, ao estabelecer-se aí que nas obrigações comerciais “os co-obrigados são solidários, salvo estipulação em contrário”.

A co-obrigação resulta, também agora, da co-titularidade na posição de *dominus* do comércio atribuído ao gerente. Mas vai mais longe: enquanto no caso do art. 100.º do Código Comercial a solidariedade cede perante estipulação em contrário, na hipótese de uma pluralidade de comerciantes titulares de um mesmo comércio (à frente do qual colocaram gerentes), essa co-obrigação — que provoca a solidariedade — resulta

⁽³⁰⁾ Cf., por último, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade pela confiança por ocasião do cinquentenário do Código Civil*, cit., 96 ss.

imediatamente de uma valoração particular da lei, como regime especial. É neste ponto que se encontra a sua especificidade.

O Código Comercial dispõe, portanto, de uma regulamentação específica para a gerência por conta de vários (proponentes).

A solução é inequívoca: se vários confiaram a um gerente de comércio a prossecução dos seus interesses comuns, cada um deles é responsável solidariamente com os outros pelas dívidas emergentes da actuação do gerente (preposto) por conta desses interesses. Tem a sua razão-de-ser nas necessidades de segurança do tráfico jurídico que se fazem sentir no âmbito comercial.

Quem entra em contacto com um gerente de comércio não pode evidentemente ser confrontado com responsabilidades meramente parcelares se são diversos os donos desse comércio e várias as entidades por conta das quais o gerente actua. Sujeitar o terceiro às vicissitudes das relações entre os vários beneficiários da sua actividade seria fatal para a celeridade e a segurança das transacções comerciais. Tanto mais que a prestação que por sua vez efectuou acaba por beneficiar em simultâneo os vários donos desse comércio, sem que lhe seja possível distinguir muitas vezes uma afectação diferenciada da prestação que efectua, e que será aliás mesmo, muitas vezes, indivisível.

II. Testemo-lo agora perante o nosso caso-base: *A* e *B* responderiam solidariamente perante *T* pelas dívidas da empreitada.

Vale a pena desenvolvê-lo perante a hipótese — na realidade complexa, mas ilustrativa —, que ele apresenta.

Não obsta à solução apontada pelo legislador comercial o facto de estarmos ali perante um consórcio entre duas entidades, e ser o contrato de consórcio aquele que determina as relações entre elas.

É certo que, de harmonia com o disposto no art. 19.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, “[n]as relações dos membros do consórcio externo com terceiros não se presume solidariedade activa ou passiva entre aqueles membros”.

Não se presume, é certo, mas não se exclui. Compreende-se certamente que o consórcio, por si só, não imponha a solidariedade entre os consorciados: esta pode existir ou não, consoante as circunstâncias.

Não haverá razoável fundamento para a solidariedade naquelas situações em que as obrigações decorrentes dos negócios celebrados pelo gerente correspondiam visivelmente à área de actividade e especialização de apenas um deles: na perspectiva de quem contrata com o gerente, este só poderia estar a actuar por conta de um dos consorciados, e não dos

demais. Quando assim é, com efeito — estando em causa, também aos olhos de terceiros, *apports* específicos de apenas um deles (mas não já prestações fungíveis que por qualquer deles possam ser realizados, como o são, *v.g.*, as prestações pecuniárias) —, não sendo o consórcio externo, justificar-se-á o regime da (mera) conjunção. O consórcio também não gerará tipicamente um comércio conjunto, mas dois comércios distintos, ainda que coligados entre si, e o terceiro apercebeu-se facilmente de tal.

Essencial é, assim, a tipicidade social do comércio, o modo como surge e se exterioriza a actividade por conta do gerente, para verificar em que termos se aplica, em caso de consórcio, o regime da gerência comercial. A distinção traça-se entre a aparência de um mesmo (e único) comércio, levado a cabo por dois ou mais comerciantes consorciados, ou de diversos comércios, cada um deles pertencente “ao seu comerciante” (consorciado, ou não, com outros): no primeiro caso, há uma única actuação por conta de outrem, ainda que vários, enquanto no segundo existem diversas actuações por conta, cada uma do seu *dominus* (comerciante).

III. Certo é, em qualquer caso, que nenhuma razão haveria para privilegiar os comerciantes consorciados — dispensando-os da solidariedade só porque o são —, sobre outras hipóteses de instituição de gerentes por uma pluralidade de comerciantes. Seria inaceitável desproteger o credor, quando dois comerciantes figurem no pólo passivo de uma relação comercial, apenas porque se encontram consorciados.

A regra do art. 19.º, n.º 1 do citado Decreto-Lei n.º 231/81 só pode ser entendida, por conseguinte, enquanto norma *neutral* relativamente ao regime das obrigações decorrentes dos membros de um consórcio⁽³¹⁾. Nem se afasta, nem se implica uma aplicação indiscriminada e acrítica do art. 100.º do Código Comercial. O intérprete-aplicador tem de partir da razoabilidade do legislador (cf. o art. 9.º/3, do Código Civil) e, deste

⁽³¹⁾ Compreende-se, aliás, a fórmula descomprometida da norma, se se tiver presente, como é generalizadamente reconhecido, que o consórcio não congrega, necessariamente, apenas partes comerciais (não dando portanto, também, necessariamente lugar a situações de gerência comercial). Por todos, RAUL VENTURA, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, *cit.*, 634; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, *cit.*, 753. No mesmo sentido, PAULO SOUSA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Consórcio*, *cit.*, 111: “[s]aliente-se que o art. 19.º, n.º 1, apenas declara que não se presume a solidariedade e o n.º 2 adianta que, mesmo que sejam estabelecidas multas ou outras cláusulas penais, ainda assim a solidariedade não se presume. Ela existirá ou não consoante for determinado nas relações estabelecidas com os terceiros, podendo eventualmente ser-lhe aplicável uma presunção de solidariedade decorrente das normas gerais...”. A *ratio* do art. 19.º, n.º 1 é, assim, a de preservar a *neutralidade* do consórcio, e não a de neutralizar outros comandos normativos que imponham a solidariedade, por outras razões metodologicamente exigíveis ou teleologicamente atendíveis.

modo, de que quis satisfazer as exigências que lhe impõem a igualdade de tratamento e a proibição de discriminações injustificadas entre vários tipos de comerciantes.

Per se, o consórcio não reclama, portanto, a solidariedade activa ou passiva, nem dela exime, quando dois ou mais membros seus apareçam num dos pólos da relação instituída. A solução para a situação de pluralidade deverá, pois, ser procurada noutro plano.

E este é o correspondente ao regime consagrado pelo 251.º, § 1 do Código Comercial, que, como regra especial, prevalece, sempre e em qualquer caso, no âmbito que lhe é próprio.

Assim, o que releva é saber se, na perspectiva de quem contrata com o gerente, há um único comércio respeitante a duas ou mais entidades consorciadas, ou comércios separados, cada um deles gerido autonomamente por cada consorciado (caso em que importa saber que a que concreto comércio, distinto do dos demais pertencentes aos outros consorciados, respeita o contrato celebrado).

Nem todos os consórcios têm por que implicar um comércio conjunto aos olhos de terceiros, e há certamente entidades consorciadas que desenvolvem a sua actividade sem o fazerem.

Consórcios existem, portanto, em que o art. 251.º § 1 do Código Comercial se não aplica. Outros, porém, convocam essa aplicação.

11. *Ex abundantia*: o sentido globalmente convergente do regime da vinculação do comerciante por actos do gerente com as regras gerais da procuração e da ratificação aparentes

I. O resultado geral a que somos chegados expressa um sentido de global convergência com princípios e regras gerais da procuração aparente ou da ratificação aparente.

Pois o art. 252.º § único do Código Comercial, tornando dispensáveis os poderes de representação desde que haja actuação por conta, inspira-se na habitual correspondência entre ambos quando há gerência comercial (isto é, na justificada e típica crença da existência de tais poderes por parte de quem contrata com um gerente de comércio que actua no âmbito das suas funções por conta do comerciante, ainda quando ele não actua explicitamente como representante nem invoca expressamente poderes de representação).

É este tipo de tutela de terceiros — da confiança legítima acalentada pelos sujeitos na existência de poderes daqueles que com eles contratam em representação de outrem — que justifica na sua raiz a doutrina geral — muito para lá das hipóteses de gerência que nos ocupam —, da procuração aparente ou da ratificação aparente.

Não é este o local para aprofundarmos tal doutrina. Ela opera, como é sabido, uma restrição à regra básica do art. 268.º/1 do Código Civil: uma doutrina que não pode valer, compreensivelmente, como princípio no direito comum, pela necessidade de preservar a esfera jurídica dos sujeitos contra representações não autorizadas, mas que, não obstante, se alicerça em ponderações que permitem acorrer a incontornáveis necessidades de tutela de terceiros.

Na verdade, ela frutificou no direito comercial em vários âmbitos, e não apenas no contexto da gerência. A partir deles, com base no direito positivo, é possível construir-se efectivamente uma doutrina geral que, prudentemente, cubra situações para além das especificamente previstas⁽³²⁾.

No domínio das relações entre comerciantes, além das ponderações individuais suscitadas por cada caso, concorrem circunstâncias de ordem objectiva, que convocam interesses gerais: a necessidade de tutela do tráfico jurídico é aqui especialmente intensa, e a celeridade e o modo habitual de negociar dificultam ou impossibilitam uma verificação caso a caso dos poderes de representação invocados ou assumidos pelo representante. Mas a complexidade da empresa comercial, das suas formas de organização e os seus riscos implicam, não menos, uma tutela enérgica do não comerciante perante o titular da empresa mercantil.

⁽³²⁾ Pode ver-se MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 49 e 52, ss., em nota, 61 ss., 533, em nota, e já JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, cit., 56 ss. Para situações não linearmente enquadráveis na noção de gerência comercial (em que foram testadas vias diferentes das da tutela da aparência, mas que poderiam facilmente convocá-la), veja-se além deste último estudo, também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium — Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993*, cit., 677 ss.

12. (cont.) Alusão (breve) ao regime do contrato de agência a propósito da disciplina da gerência comercial e da procuração aparente

I. A protecção da aparência não é, de todo o modo, nenhum corpo estranho no direito comercial vigente, e não é só o regime da gerência comercial que o ilustra.

Não apenas, tal qual vimos, ela constituiu afinal um dos esteios de regimes gerais já consagrados no Código Comercial em vigor, como a sua afirmação se viu recentemente alargada e potenciada pelo regime do contrato de agência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho.

Com efeito, de harmonia com o disposto no art. 23.º desse mesmo regime, se o *dominus*, embora não conhecendo que outrem actua como seu representante, devia ter esse conhecimento, em nome da boa fé e do cuidado exigível no tráfico jurídico, aceita-se a sua vinculação pela conduta de um agente sem poderes, por forma a evitar o engano de terceiros.

A imputação depende da confiança de um terceiro de boa fé na existência de poderes, fundada em razões ponderosas e objectivas, e da possibilidade de reconduzir esse investimento de confiança — ainda que parcialmente — ao principal.

Não se está perante a imputação de efeitos a alguém (representado) que cria ou deixa conscientemente criar uma situação que deve ser razoavelmente interpretada como de atribuição voluntária de poderes representativos (mediante procuração ou ratificação tácita), mas de situações em que a necessidade de tutela de terceiros e de segurança no tráfico jurídico impõem a vinculação do putativo representado, independentemente de uma sua vontade compreendendo tal efeito.

Enquanto na procuração tácita há ainda uma conduta mediante a qual o sujeito pretende chamar a si os efeitos de um negócio celebrado por outrem — nela se realizando, portanto, a autonomia negocial do sujeito —, na procuração aparente a imputação do negócio ao sujeito em benefício de terceiros é fundada *independentemente* dele ou mesmo *contra* ele, à revelia da sua autonomia, na falta de diligência no tráfico do representado e por causa dessa falta de diligência.

II. É bem certo que o agente, pela autonomia que possui, não é um gerente de comércio⁽³³⁾. Apesar da plasticidade desta última expressão,

(33) Cf., para a distinção, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*,

temos de distinguir, pois também não é possível usá-la para lá das fronteiras do seu natural significado sem descaracterizar um regime, dissolvendo-o numa doutrina mais geral.

Há, contudo, pontos de contacto. Assim, tal como ocorre com a preposição de um gerente, o principal envolve voluntariamente o agente no âmbito da sua organização, ao contratá-lo para promover de modo estável a celebração de contratos.

A disciplina do contrato de agência confirma, na verdade, um vector que perpassa todo o direito comercial. Presentes as múltiplas formas de colaboração dos sujeitos com os comerciantes que implicam tipicamente a celebração de negócios em nome destes (e de algum modo e nalguma medida, por conta deles, como na gerência), comporta, certamente, aplicação analógica⁽³⁴⁾.

Posição contrária partiria de um pressuposto totalmente não demonstrado: o da inexistência de lacuna nos casos não abrangidos por normas específicas (da gerência comercial ou outras), com a consequência de uma aplicação forçosa e imediata das soluções expressamente previstas no Código Civil quanto à representação sem poderes, mesmo se duras e insuportavelmente injustas ao determinarem para o terceiro, “sem apelo nem agravo”, a ineficácia do negócio em relação ao representado⁽³⁵⁾.

Soluções do tipo das do regime jurídico da agência foram, pois, sem surpresa, acolhidas entretanto no sector dos seguros, a vincular o segurador aos negócios celebrados em seu nome pelo mediador de seguros, mas sem poderes⁽³⁶⁾; sendo de observar que o conceito de distribuição de seguros, que define a categoria de *mediador de seguros*, é marcadamente

Coimbra, 2009, 442; FERNANDO FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição — Da Tutela do Distribuidor Integrado em Face da Cessação do Vínculo*, 2013, Lisboa, 49 ss.

⁽³⁴⁾ Confirma-o a existência de soluções análogas às da gerência; o que significa que, mesmo sem a coordenação desejável, o regime da agência não constitui, de forma alguma, um corpo estranho no direito comercial, revelando-se antes bem conforme com o seu espírito. Sirva de exemplo também que, no regime jurídico da agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho), o art. 22.º, n.º 2 confirma a regra do art. 240.º do Código Comercial, retirando uma “ratificação tácita” do silêncio do principal, quando este adquira conhecimento da representação sem poderes. Simplesmente, no caso da agência, em vez de recorrer ao conceito indeterminado “responder imediatamente” (utilizado pelo artigo 240.º do Código Comercial), o legislador atribuiu um prazo de cinco dias para a reacção do principal, em homenagem à segurança jurídica. Discutindo o problema em sede de direito internacional privado, cf. MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais/Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Coimbra, 1999, 494 ss.

⁽³⁵⁾ Assinalando, no mesmo sentido, este vício de pensamento, PAULO MOTA PINTO, *Aparência de Poderes de Representação e Tutela de Terceiros*, em “Direito Civil — Estudos”, 2018, Gestlegal, Coimbra, 331.

⁽³⁶⁾ Cf. o art. 30.º, n.ºs 2 e 3 da Lei do Contrato de Seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

amplo, abrangendo actuações por conta de outrem que poderiam não se reconduzir à relação agente-principal⁽³⁷⁾.

Assim, no domínio comercial, e como princípio geral, haverá que reconhecer uma potencial aplicação das soluções plasmadas nos arts. 22.º e 23.º do regime jurídico da agência aos casos em que o *dominus* haja recorrido a outrem para actuar por sua conta e no seu interesse, e tenha contribuído por alguma forma para a aparência de poderes e/ou da consolidação dos efeitos do negócio celebrado pelo sujeito na sua esfera⁽³⁸⁾.

13. Sobre o regime da gerência comercial, o abuso do direito (como sucedâneo da tutela da aparência) e a inadmissibilidade da invocação da falta de poderes por *venire contra factum proprium*

I. Se convergente com o regime do contrato de agência, a disciplina da gerência afasta-se já, do ponto de vista da tutela de terceiros, do que

(37) Sobre esta matéria, as definições de “distribuição de seguros” e de “mediador” de seguros do novo regime jurídico da distribuição de seguros e resseguros (“RJDSR”), aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro [art. 4.º, alíneas *a*) e *c*)]. Repare-se que o mediador de seguros é aquele que exerça de forma remunerada a atividade de distribuição de seguros [art. 4.º, alínea *c*) do RJDSR] e que a distribuição de seguros é definida amplamente como “qualquer atividade que consista em prestar aconselhamento, propor ou praticar outros atos preparatórios da celebração de contratos de seguro, em celebrar esses contratos ou em apoiar a gestão e execução desses contratos, em especial em caso de sinistro, incluindo a prestação de informações sobre um ou mais contratos de seguro (...).” O mediador pode, por isso, no limite, agir de forma independente, aconselhando o cliente, a seu pedido, sem qualquer ligação prévia a uma empresa de seguros [sendo qualificado, neste caso como corretor de seguros: art. 9.º, n.º 1, alínea *b*) do RJDSR]. Com efeito, ponderadas as duas categorias de mediadores de seguros — agente de seguros/corretor de seguros — apenas na primeira existirá actuação em nome e por conta de uma ou mais empresas de seguros, ao passo que na segunda a distribuição é feita de forma independente [alíneas *a*) e *b*) do art. 9.º/1 do RJDSR]. Sobre a distinção entre as duas categorias, JOSÉ ALVES DE BRITO, *Anotação ao art. 9.º*, em PEDRO ROMANO MARTINEZ/FILÍPE ALBUQUERQUE MATOS (Org.), *Lei da Distribuição de Seguros Anotada*, 2019, Almedina, Coimbra, 119-122. Sobre a proximidade (e a autonomia) entre mediação de seguros e agência, MARIA EDUARDA RIBEIRO, *Anotação ao Artigo 30.º*, em PEDRO ROMANO MARTINEZ, *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2016, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 199-201.

(38) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, *cit.*, 56 ss. Em sentido paralelo, advogando que em princípio a norma do art. 23.º é aplicável a todos os contratos de cooperação ou de colaboração com o comércio de outrem, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, *cit.*, 117-118. Admitindo também “em termos prudentes” a aplicação da tutela de terceiros conferida pelo art. 23.º para além das fronteiras da agência, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária em Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, *cit.*, 1001 ss.

permite a mobilização da proibição geral do abuso do direito que vigora na nossa ordem jurídica.

Uma das constelações mais relevantes do abuso é a do *venire contra factum proprium*, em que o titular de uma determinada posição jurídica a exerce, inaceitavelmente, em contradição com um comportamento anterior, que suscitou a confiança dos sujeitos envolvidos⁽³⁹⁾. A ordem jurídica reage então à injustiça da situação que se produziria em virtude de um comportamento inconsequente, que defraudou expectativas. E pode fazê-lo de forma preventiva, impedindo o exercício em causa; precludendo, portanto (*ex ante*), o surgimento dessa injustiça⁽⁴⁰⁾.

Na verdade, se fosse consentido a um comerciante invocar a falta de poderes de um gerente que ele próprio colocou à frente do seu comércio, numa situação em que legitimamente tudo fazia crer que tinha atribuído a esse mesmo gerente poderes de representação, poderia caucionar-se facilmente um abuso do direito. Sendo que quanto mais tempo o comerciante tivesse deixado o gerente à frente do seu comércio, aparentando poderes que não tinha, sem reagir ou se deixar perturbar, mais a sua conduta se tornaria inadmissível.

E o abuso seria ainda maior caso o comerciante tivesse aproveitado dos negócios celebrados pelo gerente e viesse agora, apesar disso e depois de retirar benefícios do seu cumprimento, invocar a falta de ratificação de tais negócios; ao ponto de, mesmo que a confiança de terceiro não fosse justificada, poder ocorrer um abuso (com efeito, e em qualquer caso também: *equity must come with clean hands*).

Em ambas as situações perfilar-se-ia um inaceitável abuso do direito.

II. Contudo, mesmo não sendo altura de aprofundar as figuras do abuso susceptíveis de serem convocadas — *venire*, como dissemos, e também o *tu quoque*, principalmente⁽⁴¹⁾ —, importa salientar que há diferenças relativamente ao regime da imputação de efeitos ao comerciante em caso de gerência sem poderes.

Assim, no abuso avalia-se um comportamento do comerciante, comparando (ainda que em termos objectivos) duas atitudes, antecedente e

(39) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Da inadmissibilidade da recusa de ratificação por venire contra factum proprium — Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 18 de Novembro de 1993*, cit., 700-701.

(40) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 861.

(41) Ensaíamos uma comparação na nossa *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 411 ss. (em nota).

consequente; ao passo que na disciplina da gerência sem poderes a imputação se liga à pura e simples investidura do gerente na função de gerência. A inconciliabilidade de conduta — em qualquer das formas que possa apresentar-se — não releva *qua tale*, pode não existir ou nunca ser alegada; só há um elemento de conexão do juízo — a investidura e/ou a manutenção na gerência —, e não dois.

Mas, por outro lado, na disciplina da gerência a tutela reclama — naturalmente — a demonstração da gerência (que envolve a actuação por conta alheia); enquanto para o abuso tal não se torna, de todo, necessário, o que confere a esta figura uma latitude maior. (Daí não advém, todavia, qualquer benefício para o sujeito, uma vez que demonstrar a gerência é ordinariamente muito mais fácil do que provar outras condutas pretéritas do sujeito, inconciliáveis com a alegação posterior de falta de poderes).

Por outro lado, enquanto no abuso do direito, ao menos estando em causa a tutela da confiança, é imprescindível demonstrar a existência de um investimento de confiança justificativo da tutela, no regime da gerência tal não se revela necessário. Ou por outro, basta-se com a celebração de um negócio — qualquer que seja — com o gerente.

A confiança releva, certamente, ou não estivéssemos perante situações específicas de protecção da confiança conferidas pelo ordenamento. Mas, na construção da tutela, as “camadas normativas” são distintas, organizam-se de maneira diferente. O legislador erigiu antes a falta de confiança a requisito negativo: a confiança presume-se perante um *Tatbestand* de confiança, como a gerência, dotada de tipicidade social. Apenas se o terceiro conhecer a falta de poderes do gerente ao contratar com ele é que os efeitos do acto não são imputados ao comerciante.

Por fim: enquanto no abuso do direito pode, em princípio, haver lugar a uma modelação das consequências a fim de as adequar na medida do estritamente necessário à protecção da contraparte — sendo por isso pensável uma tutela de tipo indemnizatório —, no regime da gerência a eficácia do negócio e a imputação dos seus efeitos ao comerciante encontra-se sempre assegurada, em benefício da contraparte (mesmo se, no caso concreto, excessiva, há um vector de “normalização” ligado à necessidade de uma defesa uniforme, enérgica e expedita do tráfico jurídico que justifica uma protecção positiva da confiança).

Além de que, na gerência, o terceiro dispõe de uma acção autónoma e alternativa contra o gerente (nos termos do art. 252.º § único), enquanto o abuso o não o permite.

São, pois, várias, e sensíveis, as diferenças.

Não estando em causa a reacção, como no abuso, a um comportamento dual do sujeito — comparando a sua conduta actual com uma outra antecedente que tenha tomado —, a disciplina da gerência entende-se melhor como expressão de uma responsabilidade ligada simplesmente a uma situação de facto imputável, directa ou indirectamente, a uma conduta do comerciante: a instituição ou a manutenção da gerência por parte dele, que envolve, na normalidade social, uma dimensão declarativa implícita, de atribuição de poderes de representação. Nessa medida, como dissemos, a tutela do terceiro no regime da gerência comercial compreende-se como fazendo parte, dentro da responsabilidade pela confiança, de uma responsabilidade por declarações, *rectius*, de aparência de declarações.

14. Excurso breve sobre sucedâneos imperfeitos: responsabilidade civil, gestão de negócios e enriquecimento sem causa

I. O regime da gerência comercial, e bem assim a tutela positiva da confiança nas declarações ou, mesmo, o abuso do direito na sua consequência da preclusão do exercício de uma posição jurídica, confluem todos no reconhecimento da eficácia perante o comerciante do negócio celebrado pelo gerente com terceiro. Consoante os casos, ou porque a oponibilidade pelo terceiro dos efeitos desse negócio se dê ainda nos termos da teoria do negócio e como consequência da autonomia privada negocial do comerciante (procuração ou ratificação tácita, presumidas ou demonstradas pelo terceiro), ou então já que se transcende o âmbito da autonomia negocial do comerciante e nos situamos agora em planos dogmáticos distintos, como a responsabilidade (positiva) pela confiança.

O negócio, numa palavra, é tratado como eficaz, e os seus efeitos imputados ao comerciante, para protecção do terceiro contratado pelo gerente. Pode, pois, o terceiro exigir o cumprimento dele ao comerciante (v.g., no nosso caso-base, o pagamento do preço da empreitada).

Distinta é a tutela indemnizatória do terceiro na situação de uma falta de poderes que produza a ineficácia do negócio perante ele, causando-lhe prejuízos: porque, por exemplo, realizou a sua prestação convicto da vinculação do representado, mas já não pode exigir a contraprestação por falta de poderes do representante.

De facto, nalgumas hipóteses ao menos, é possível imputar esse prejuízo ao representado (comerciante), por exemplo, a título de *culpa in con-*

trahendo; podendo também o representante ser chamado a responder por culpa na formação dos contratos perante o terceiro se culposamente se apresentou a negociar sem esclarecer a contraparte, ao menos, de que não tinha poderes para vincular o representado⁽⁴²⁾.

Esta forma de protecção do terceiro é alternativa à invocação da eficácia do negócio, pois implica o reconhecimento da sua ineficácia, sendo precisamente dessa ineficácia que advém o prejuízo a ressarcir.

O regime da gerência comercial não afasta a tutela indemnizatória do terceiro; tanto mais que ele se destina a favorecer o terceiro, não a impor-se-lhe. Nessa perspectiva, a protecção ressarcitória (designadamente através da *culpa in contrahendo*) ainda se poderia hoje acomodar, de algum modo, na expressão do art. 252.º § único, ao referir-se aí a possibilidade genérica de o terceiro “accionar o gerente ou o proponente”.

Compreende-se, contudo, que, conquanto se trate de uma forma de protecção colocada na disponibilidade do terceiro que contrata com o gerente, este ordinariamente não a preferirá, se beneficia da tutela forte da plena eficácia e oponibilidade do negócio ao comerciante. Tanto mais que essa tutela lhe abre ainda portas para a indemnização do interesse de cumprimento no contrato (diferentemente da invocação da *culpa in contrahendo*, que só lhe indemniza o dano de confiança decorrente da celebração de um contrato ineficaz por ausência de poderes do gerente).

II. Considerando na sua globalidade o regime da gerência, pode dizer-se que a protecção indemnizatória do terceiro — propiciada pelo ordenamento ao terceiro que contratou com um gerente sem poderes, ao abrigo à luz de regras e princípios gerais como a *culpa in contrahendo* — representa um substituto muito imperfeito e insatisfatório desse mesmo regime.

Igualmente imperfeito e insatisfatório é o regime do enriquecimento sem causa e, ainda mais, o da gestão de negócios. Mas, conquanto longe do regime da gerência comercial, ambos proporcionam, tal como a *culpa in contrahendo*, linhas para uma solução possível para o caso-base que apresentamos.

A sua consideração, ainda que breve, completará o nosso quadro de análise, fazendo ressaltar a pertinência e a importância do vetusto regime da gerência na nossa ordem jurídica.

⁽⁴²⁾ Propugnamos na verdade, a possibilidade de extensão da relação pré-negocial a certos terceiros em relação ao contrato a celebrar, por exemplo, em certas circunstâncias, a representantes. Cf., desenvolvidamente, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., 99 ss.

III. A gestão de negócios apresenta contornos fluidos e desde há muito se tem objectado à sua utilização como *Allzweckinstrument*. De todo o modo (e mesmo sem nos embrenharmos nessa discussão)⁽⁴³⁾, particularmente quando o terceiro admite como possível, ou tem a consciência da falta de legitimidade do gerente para dirigir o comércio alheio em causa e, não obstante, pretende actuar no interesse e por conta do comerciante, poderá (não obstante a intermediação do gerente) equacionar-se a sua actuação como gestor de negócios do comerciante. Derivando então contra o comerciante os respectivos direitos, variáveis consoante a gestão seja ou não regular.

Em si, a convocação da gestão não surpreende. Ela dá corpo, tal como o mandato, a uma actuação por conta. Na ausência de mandato conferido ao gerente de comércio, tanto pode intervir para justificar a actuação por conta do gerente, conformando a relação “interna” deste com o comerciante, como ser chamada — e é o que agora nos interessa —, a regular a relação entre o terceiro e o comerciante (*dominus*), em especial quando o terceiro saiba ou suspeite que a actuação por conta não se alicerça em nenhuma incumbência dada pelo comerciante ao gerente.

Consequentemente, se a gestão for regular, o terceiro tem direito ao pagamento das despesas em que incorreu e à indemnização dos prejuízos que tenha sofrido (cf. o art. 468, n.º 1, do CC)⁽⁴⁴⁾. De qualquer forma, caso tenha correspondido ao exercício da actividade profissional do gestor — o que ocorre facilmente quando a contraparte no negócio celebrado com o gerente for também um comerciante —, este último deve ser remunerado, nos termos do art. 470.º, n.º 1 do Código Civil⁽⁴⁵⁾.

Não se consegue, porém, de modo algum, uma solução tão ampla e, mesmo assim, igual à da eficácia do negócio propiciada pelo regime da gerência. Só este faz valer o negócio nos exactos termos em que o terceiro que contratou o gerente o pensou. E ainda quando tenha direito a uma

⁽⁴³⁾ Ilustrando exemplarmente o tema, veja-se entre nós, como obra de referência, JÚLIO VIEIRA GOMES, *A Gestão de Negócios/Um instituto numa encruzilhada*, Coimbra, 1993. Confronte-se ainda do Autor, mais recentemente, a nota 4 ao art. 464.º do *Comentário da Universidade Católica ao Código Civil/Direito das Obrigações (Das Obrigações em geral)*, Lisboa, 2018.

Muito instrutivo a respeito do papel da gestão de negócios nos contratos nulos, cf. na doutrina alemã recente, Mathias Habersack/Jan Schürnbrand, *Zur Geschäftsführung ohne Austrag bei nichtigem Vertrag*, AcP 220 (2020), 2 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sem interesse (para nós) é a hipótese de o comerciante (*dominus*) ratificar a gestão praticada pelo gerente enquanto seu gestor ao abrigo do art. 471.º, caso em que efectivamente o negócio celebrado pelo gerente (sem poderes) com terceiro seria eficaz.

⁽⁴⁵⁾ Na falta de ajuste entre as partes, a remuneração é determinada pelas tarifas profissionais aplicáveis ou, na sua falta, pelos usos. Em última análise, regem juízos de equidade (cf. o art. 1158.º, n.º 2, *ex vi* do art. 470.º, n.º 2, ambos do CC).

remuneração ao abrigo dos preceitos da gestão, a retribuição a conceder-lhe é a usual, e não a efectivamente convencionada.

Só com diversas hesitações e constrangimentos, pois, a gestão será um sucedâneo possível da eficácia do negócio.

IV. Uma outra nota para pôr, por fim, em perspectiva o regime da gerência comercial perante o enriquecimento sem causa, que também poderia convocar-se quando o terceiro que contrata com o gerente realiza a prestação a que se obrigou, mas se vê depois confrontado com a alegação, pelo comerciante, da falta de poderes do gerente para o vincular, quando exige dele a contraprestação.

Sendo a conduta do gerente de comércio tipicamente por conta, a actividade prestacional do terceiro tem por destinatário o comerciante. Nos casos em que este tenha pessoalmente recebido a prestação que lhe era dirigida ou em que, de todo o modo, seja considerado o *accipiens* da prestação (nos termos e para os efeitos resultantes dos arts. 769.º e 770.º do Código Civil), enriquece se não há contrato de cobertura. Pelo que tem de restituir ao terceiro a prestação, ou o seu valor, no montante com que se encontre locupletado: pois não haverá causa que justifique a atribuição patrimonial feita pelo terceiro.

É o que decorre do disposto nos arts. 473.º, 476.º, n.º 1, 479.º, n.º 1, e 480.º, todos do Código Civil.

O enriquecimento sem causa corrige, contudo, deslocações patrimoniais, pelo que o terceiro não pode exigir a contraprestação em vista da qual realizou a sua própria prestação, tendo de contentar-se com a entrega do seu valor objectivo, se a restituição em espécie não for possível.

Mais raras, embora possíveis, serão as hipóteses em que o *accipiens* da prestação é o gerente e o comerciante apenas um terceiro, mediatamente locupletado.

As relações triangulares resultantes podem ser complexas. *Breviter*, a acção de restituição pode então ser dirigida directamente contra o gerente que se encontre locupletado; mas, verificando-se uma atribuição patrimonial indirecta ao comerciante, sem prejuízo da possibilidade de demandar o comerciante nos termos do art. 481.º do Código Civil.

Em qualquer dos casos trata-se apenas de corrigir uma deslocação patrimonial realizada, estando por isso a obrigação restitutória sujeita aos limites próprios da teleologia e fins do enriquecimento sem causa. O terceiro não tem direito à contraprestação. Esta a principal — e essencial — diferença relativamente ao regime da gerência comercial.

V. Só, pois, de modo muito imperfeito, a responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa permitem tutelar o terceiro que contrata com o gerente comercial. Não dispensam nem substituem, de forma alguma, a disciplina do Código Comercial.

15. De volta ao caso-base: concurso de modelos de decisão, sedimentações culturais e dogmática jurídica

I. Regressando, depois deste périplo, ao nosso caso-base, verifica-se que o regime da gerência comercial permite comodamente tutelar a posição daquele que contrata com o gerente; pois esse regime vincula o comerciante, abrindo, desta forma, ao terceiro a possibilidade de o demandar directamente para cumprimento das obrigações assumidas pelo gerente por conta dele.

T podia, por isso, demandar *A* e *B* para reclamar deles o pagamento da empreitada contratada por *F*, gerente, por conta deles — sem que *A* e *B* tivessem a possibilidade de lhe opor a falta de poderes de *F* para o efeito —, com base no simples facto de terem instituído ou mantido *F*, como gerente, à frente do seu comércio.

É, portanto, expedita, simples e facilitadora das exigências do tráfico jurídico a solução apresentada pelo nosso antigo Código Comercial.

Nenhuma das alternativas gerais proporcionadas pelo direito comum que, mesmo que *a vol d'oiseau*, passamos em revista, lhe sobreleva. Não que o direito comum seja menos sábio que o comercial: ocorre apenas que as suas preocupações são mais gerais. Aquilo que é, efectivamente, uma *lex specialis*, um regime particular justificado para certo tipo de relações sociais típicas, decantado de uma certa experiência da realidade comercial — aliás, se bem se reparar, medular —, não o pode ser para a generalidade das situações jusprivadas, em que importa defender mais energicamente a autonomia privada de cada um, e a incolumidade da sua esfera, perante interferências daqueles que actuam indevidamente em nome, ou por conta de outros, sem para tal estarem legitimados.

Mas não há dúvida que as linhas argumentativas que conduzem à protecção do terceiro que contrata com o gerente de comércio convergem também em grande medida, podendo, mesmo, sobrepor-se. Verifica-se, pois, que uma ordem jurídica pode propiciar, para casos paradigmáticos, modelos de decisão diversos e concorrentes. Hipóteses de concurso de

pretensões — ou de concurso de fundamentos de pretensões — revelam-se assim, também, como situações de *concurso de modelos de decisão*.

Resolve-se de harmonia com as regras gerais.

No nosso caso-base prevalece o propiciado pela lei (comercial): um conflito de modelos de decisão, por isso que lhe subjaz igualmente um conflito de normas, não pode deixar de se solucionar também com recurso aos critérios que dirimem estes últimos. A lei especial prevalece.

Coloca-se, no entanto, a questão de saber porque é que, perante a disponibilidade de um regime como o da gerência comercial, teimam em surgir outros argumentos, e irrompem outros modelos de decisão que (quase) parecem ignorá-lo.

A resposta é simples: o Direito corresponde a uma realidade cultural, do mundo do espírito, viva e historicamente moldada; feita de sedimentações estruturadas em momentos e contextos distintos.

Apresenta-se — sem dúvida — racional, mas a sua formação não é *more geometrico*, nem ocorre segundo um plano pré-determinado em todas as suas consequências. Desenvolve-se a partir do caso que o convida, normalmente por tentativas (num processo de *trial and error*), ainda quando se procure construir a sua resposta a partir das coordenadas gerais do sistema. Assimilando o caso, o sistema apresenta-se assim, inevitavelmente, *in fieri*, sempre inconcluso.

É, portanto, natural, que o sistema evolua através de estratificações jurídicas díspares, providas de necessidades e contextos distintos, correndo muitas vezes em paralelo, sem intercomunicação suficiente.

A elaboração dogmática surge posteriormente: explica, integra, corrige e potencia o desenvolvimento do sistema em ordem ao desempenho da sua função, mas não aplanar a marca da origem, nem apaga a história e a cultura.

Por essa razão pode o regime específico da gerência comercial conviver com a doutrina da representação aparente. Constitui a resposta clássica do direito comercial aos problemas da vinculação do comerciante pelos actos dos gerentes, mas não exclui teorias que a dogmática do direito comum desenvolveu entretanto com outro tipo de amplitude, embora pelo preço de um menor ajustamento às especificidades de certas relações típicas.

Do ponto de vista histórico, pertence-lhe a precedência sobre esta. Só de um ponto de vista teórico, por elaboração dogmática, poderia ser considerada uma manifestação desta, como regime clássico surgido no comércio e para o comércio.

Claro está que a primogenitura do regime comercial da gerência que possa estar em causa não é, evidentemente, de cariz dogmático ou teoré-

tico. Às teorias jurídicas pertence a ordenação das estruturas jurídico-argumentativas em contextos coerentes e concatenados mais amplos, simplificando-as e contribuindo, desse modo, para a sua melhor explicitação e congruente aplicação.

Por isso, pode dizer-se que, considerando a macroestrutura da nossa ordem jurídica, o regime da gerência comercial que procuramos esclarecer se reparte entre a teoria do negócio e a teoria da confiança. A dupla filiação teórico-dogmática que daqui resulta não é, porém, dispersiva, nem se nos apresenta contraditória.

A ligá-las encontra-se a gerência comercial como situação (comercial) — ontem, hoje e, certamente, no porvir — socialmente típica, bem arreigada na estruturação da empresa mercantil: uma situação paradigmática, que por ser una, experimentou um mesmo e autónomo processo histórico de desenvolvimento jurídico: testemunhando o “serviço da vida” que, antes de tudo o mais, o Direito exerce.

Porto, Lisboa, Junho de 2020

DANOS FUTUROS E ARBITRAGEM. FUNDAMENTO, EXTENSÃO E LIMITES DA AÇÃO (ARBITRAL) DE MODIFICAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL

Por Maria de Lurdes Pereira()*

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 2016. **III.** A ação modificativa no confronto com outros meios de reação à sentença arbitral. **IV.** O problema. **V.** Os fundamentos dogmáticos da ação modificativa de sentença arbitral (transitada em julgado) que condene em indemnização por danos futuros. **VI.** Os desvios entre a prognose e a realidade e os seus efeitos sobre a indemnização por danos futuros. **VII.** A extensão e os limites da ação modificativa de decisão arbitral: algumas questões. *a)* Ação modificativa e agravamento do dano ou novos danos. *b)* Ação modificativa e prescrição. *c)* Ação modificativa e sentenças já executadas. *d)* Ação modificativa e preclusão do deduzido e do deduzível na ação anterior. *e)* Ação modificativa e erro de previsão.

I. Introdução

1. O Código Civil português oferece ao lesado a possibilidade de obter o imediato ressarcimento por danos que ainda não sofreu, mas que se prevê com segurança bastante que venham a ocorrer no futuro (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC). Esta via aberta pela lei coloca inevitavelmente dúvidas, entre as quais se conta a de saber se, uma vez liquidada uma indem-

(*) Professora auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Agradeço à Doutora ISABEL ALEXANDRE OS esclarecimentos que se dispôs generosamente a prestar-me e que tiveram muita utilidade na redação deste artigo.

nização que tenha por objeto danos futuros por meio de decisão transitada em julgado, pode a mesma ser, num momento ulterior, reduzida ou excluída com fundamento na não verificação dos factos que estiveram na base da condenação (e que foram então tidos como futuros). Nos textos legais não se encontra uma resposta inequívoca ao problema. Se quanto ao dano futuro continuado se prevê o direito de qualquer das partes de exigir a modificação da indemnização fixada sob a forma de renda (cf. o art. 567.º, n.º 2, do CC), tal não autoriza, sem mais, uma inferência *a contrario* relativamente à (i) modificabilidade de outras indemnizações por danos futuros.

Neste estudo respondo afirmativamente à questão formulada, *i. e.*, defendo a modificabilidade da decisão de condenação numa indemnização por danos futuros em razão da não ocorrência, em parte ou na totalidade, dos factos prognosticados. Assumindo que a ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC é o meio processual adequado a fazer valer a pretensão do lesante fundada numa divergência entre o que foi prognosticado e o que veio a suceder e que, de resto, também uma sentença arbitral transitada em julgado que condene uma das partes por danos futuros está sujeita à ação modificativa, logo surgem novas interrogações. Em concreto, pergunta-se (1) se também o lesado pode lançar mão da ação modificativa como meio para reclamar uma indemnização pelo agravamento do dano ou pela ocorrência de novos danos que ainda não se tinham verificado à data da primeira ação, (2) como se articula a ação modificativa com os prazos de prescrição dos direitos do lesante ou do lesado que dela lancem mão, (3) se obsta à ação modificativa o facto de a sentença modificanda já ter sido executada, (4) se as partes poderão fazer valer na ação modificativa factos que, embora ainda não se tivessem verificado à data do encerramento da discussão na primeira ação, já fossem então inteiramente previsíveis, e (5) se a ação modificativa também é adequada para reagir a um erro de previsão em sentido estrito que tenha afetado a decisão da primeira ação. A todas estas questões se procurará dar resposta na parte final deste artigo.

II. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 2016

2. Recentemente foi colocado nos tribunais estaduais portugueses o seguinte problema: será admissível uma ação modificativa de uma decisão arbitral transitada em julgado, por efeito da aplicação, à arbitragem voluntária, do meio previsto no art. 619.º, n.º 2 do CPC? Este preceito, que surge, ao

menos aparentemente, como desvio ao «efeito obrigatório» da decisão transitada em julgado⁽¹⁾, estabelece o seguinte regime: «se o réu tiver sido condenado a prestar alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração, pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação». A sua aplicabilidade à arbitragem não suscitaria, à primeira vista, grandes hesitações, desde que se estivesse perante uma decisão arbitral com o conteúdo das sentenças tipicamente visadas na disposição, *i. e.*, uma decisão arbitral que condenasse uma das partes na prestação de alimentos ou noutra prestação suscetível de variar, quanto à sua medida e/ou à sua duração, com a evolução das circunstâncias que determinaram a condenação⁽²⁾. A sentença arbitral tem, por força do disposto no art. 42.º, n.º 7 da LAV, «o mesmo caráter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual», estando, por isso, sujeita a meios de reação extraordinários que a lei preveja para a sentença estadual transitada em julgado, entre os quais se conta o meio previsto no art. 619.º, n.º 2, do CPC⁽³⁾ Simplesmente, a questão concreta não era assim tão simples.

No caso em apreço, tratava-se de uma decisão arbitral que havia condenado uma das partes no pagamento de determinada prestação pecuniária instantânea com o pressuposto da verificação futura de determinados danos. Decorrido algum tempo sobre o trânsito em julgado da decisão arbitral, constatou-se que o dano futuro previsto pelo tribunal arbitral era de verificação impossível. Foi esse o facto que desencadeou o início de nova arbitragem — desta feita, sob impulso da parte condenada na primeira ação — destinada à modificação da primeira decisão arbitral. Posteriormente, os tribunais estaduais foram chamados a apreciar a admissibilidade deste *modus operandi*.

(1) Acentue-se que no n.º 1 do art. 619.º do CPC se estabelece precisamente o efeito obrigatório da decisão transitada em julgado e o n.º 2 é iniciado pela conjunção adversativa «mas». No entanto, é bastante controversa a questão de saber se estamos perante um desvio à invocabilidade da exceção de caso julgado ou se, pelo contrário, não há desvio algum, porque alteração das circunstâncias que ditaram a condenação implica uma nova causa de pedir. Uma análise cuidada do estado da doutrina portuguesa sobre esta matéria encontra-se em ISABEL ALEXANDRE, *Modificação de caso julgado material civil por alteração das circunstâncias*, Almedina, 2018, 65-83. Cf. ainda, *infra*, o texto subsequente à n. 27.

(2) No sentido da aplicabilidade da ação modificativa às sentenças arbitrais, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção modificativa de caso julgado arbitral: um meio de impugnação esquecido», ROA Abril/Junho 2014, 425-441 (438-440), e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit.* na n. 1), 404.

(3) Cf. ROBIN DE ANDRADE, *Lei da arbitragem voluntária anotada* (coord. Moura Vicente), 4.ª ed., Almedina, 2019, 153. A equiparação entre decisões arbitrais e decisões dos tribunais estaduais constitui, segundo Robin de Andrade, uma concretização da imposição constitucional de equiparação dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais.

3. Posto perante a questão da admissibilidade de modificação da decisão arbitral transitada em julgado, o Tribunal da Relação de Lisboa, em decisão de 2016, deu-lhe solução positiva, citando expressamente em abono da posição tomada estudos e pareceres doutrinários nesse sentido⁽⁴⁾. O tema, que foi apreciado por este tribunal em sede de pedido de anulação do segundo acórdão arbitral, surge no contexto de um litígio que pode ser descrito sumariamente como se segue⁽⁵⁾.

Foi celebrado entre várias sociedades um contrato-promessa de compra e venda de participações sociais de uma sociedade terceira que tinha por atividade a promoção e exploração de um empreendimento imobiliário nos terrenos da Feira Popular em Lisboa ou, em alternativa, nos terrenos do Parque Mayer, igualmente em Lisboa. O contrato-promessa, que continha uma convenção arbitral, foi aparentemente incumprido pelas promitentes-vendedoras, pelo que a promitente-compradora, pretendendo reagir contra o incumprimento, instaurou uma ação arbitral. Nessa primeira arbitragem, iniciada em 2006 e concluída em 2009, as promitentes-vendedoras foram condenadas a pagar à promitente-compradora o valor 5 milhões de euros previstos numa cláusula penal integrada no contrato. Além disso, foram ainda condenadas a indemnizar o dano remanescente que eventualmente se viesse a verificar no futuro (em consequência do incumprimento) em valor que não excedesse cerca de 10 milhões de euros. O acórdão arbitral remetia para outra ação a liquidação desse dano ulterior. Na fundamentação da decisão do tribunal arbitral, salientam-se as seguintes passagens:

«De harmonia com o que já se decidiu, a Autora alegou e provou danos no montante de €656.386,83, emergentes do incumprimento do contrato-promessa (...). Além disso, o Tribunal admitiu como muito provável que a Autora sofra outros prejuízos causados por aquele incumprimento, resultantes dos lucros cessantes futuros que podem advir da sua participação (em 52%) nos lucros que a sociedade emitente das ações que os Réus lhe prometeram vender provavelmente virá a auferir. Tais lucros serão provenientes do resultado da promoção do empreendimento imobiliário dos terrenos da Feira Popular, que a P. Mayer S. A. adquiriu por permuta com os terrenos de que era proprietária no Parque Mayer, ou da promoção destes mesmos terrenos, se a permuta ficar sem efeito. Mas o Tribunal não conseguiu apurar o montante de tais danos futuros, cujo cálculo está dependente do modo como se concretizem os vários

(4) Cf. o acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES). Do acórdão do Tribunal da Relação foi interposto recurso, posteriormente decidido pelo acórdão do STJ de 22-09-2016 (LOPES DO REGO). No entanto, a questão da admissibilidade da ação modificativa de caso julgado arbitral não voltou a ser apreciada, pois a recorrente optou por prescindir desse fundamento de recurso, concentrando-se noutros fundamentos.

(5) Baseio-me exclusivamente nas informações que colhi das decisões judiciais citadas na nota anterior.

fatores de incerteza enunciados no ponto 6.3. Com os dados disponíveis no processo, verifica-se que é altamente provável que o dano total da Autora causado pelo incumprimento dos Réus venha a atingir e a exceder o montante mínimo de indemnização estipulado na cláusula penal, visto que a diferença entre este valor (€ 5.000,000) e o montante que já é líquido (€ 656.386,83) deixa uma margem de € 4.343.612.17, que é muito inferior aos valores calculados no relatório pericial para os lucros cessantes futuros menos de metade do valor mais baixo (€ 8.777.687.80), que foi apontado pelo perito designado pelos Réus, e cerca de um quinto do valor mais alto (€ 21.548.017,40), que foi subscrito pelos dois peritos com a opinião maioritária. Não há, pois, risco sério de o valor da cláusula penal ultrapassar o valor do prejuízo resultante do incumprimento (cf. art. 811.º, n.º 3). Assim, o Tribunal julga procedente o pedido de indemnização na parte em que conduz à condenação imediata dos Réus no pagamento em regime de solidariedade do montante de cinco milhões de euros, contemplados na cláusula penal (nos quais já se incluem os danos emergentes de € 656.386,83). Além disso, nos termos dos arts. 564.º, n.º 2, e 565.º do Código Civil, e do art. 661.º, n.º 2, do Processo Civil (seguindo de resto a sugestão das alegações de direito da Autora, pp. 94, 99 e 113), o Tribunal remete para execução de sentença a liquidação do eventual dano excedente»⁽⁶⁾.

Como se vê, o tribunal condenou as promitentes-vendedoras no pagamento da cláusula penal e dispensou o controle do conteúdo da cláusula penal com a justificação de ser muito provável que o *dano futuro* da promitente fiel ultrapassasse o montante nela estipulado⁽⁷⁾. Adicionalmente, emitiu uma condenação genérica na compensação pelo dano futuro excedente que aquela promitente viesse a sofrer, justificando-o com a dificuldade em apurar tais danos no presente, os quais dependeriam da verificação ulterior de vários fatores ainda incertos⁽⁸⁾.

Volvidos quase cinco anos sobre a prolação do primeiro acórdão arbitral, vieram as promitentes-vendedoras instaurar nova ação arbitral com o intuito de modificar a decisão anterior, justificando-o na não verificação da factualidade nela pressuposta, o que ditava a impossibilidade de verificação dos danos futuros aí dados como muito prováveis. Para o efeito, invocaram «factos jurídicos que sobrevieram ao trânsito em julgado da

⁽⁶⁾ Transcrição do texto da decisão arbitral conforme citação constante do acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES).

⁽⁷⁾ O tribunal fez referência à observância do limite que o art. 811.º, n.º 3 do CC coloca aparentemente às cláusulas penais. No entanto, este limite tem vindo a ser interpretado de modo muito restritivo pela doutrina (cf. *infra*, n. 22). De qualquer modo, na posterior ação modificativa não esteve em causa a aplicação do art. 811.º, n.º 3 do CC, mas antes uma redução da cláusula penal ao abrigo do art. 812.º, n.º 1 do CC.

⁽⁸⁾ Sobre a ação ulterior pressuposta pela condenação genérica ao abrigo do art. 564.º, n.º 2, do Código Civil, cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. *supra* n. 1) 463, n. 1631 e jurisprudência aí citada.

decisão arbitral», em concreto, uma sequência de três circunstâncias supervenientes: «[1] o proferimento do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, que declarou a nulidade do loteamento municipal e, conseqüentemente, do contrato de permuta entre a P. Mayer, SA e o Município de Lisboa, [2] a divulgação da intenção da Câmara Municipal vir a adquirir os terrenos do Parque Mayer e de recorrer à via da expropriação caso tal se revele necessário e [3] a aprovação de um Plano de Pormenor para o Parque Mayer»⁽⁹⁾. As promitentes-vendedoras pediam, entre outras coisas, que a indemnização em que haviam sido condenadas fosse reduzida para o valor de cerca de 650 mil euros, correspondente ao dano presente à data da primeira ação, o qual já havia sido definitivamente liquidado na decisão aí proferida. O tribunal arbitral considerou admissível o recurso a uma «ação modificativa de caso julgado arbitral» e julgou-a, em concreto, procedente. No entanto, a decisão final quedou-se por um resultado mais modesto do que o pretendido pelas demandantes: o tribunal decidiu a redução da cláusula penal contratual para o valor de 2 milhões de euros e modificou correspondentemente a condenação principal das promitentes vendedoras, bem como outros segmentos complementares da condenação originária⁽¹⁰⁾.

Foi sobre este segundo acórdão arbitral que o Tribunal da Relação de Lisboa veio a pronunciar-se. A promitente-compradora, descontente com o desfecho da segunda ação arbitral, instaurou uma ação de anulação da decisão em que enunciou, entre outros fundamentos de impugnação, a inadmissibilidade, em concreto, da ação modificativa de caso julgado prevista no art. 619.º, n.º 2 do CPC. Os desembargadores recusaram esta alegação, considerando que o caso julgado arbitral está sujeito ao mesmo regime do caso julgado assente numa decisão de qualquer tribunal judicial e que a ação modificativa prevista no Código de Processo Civil deve poder ser usada quando ocorram alterações de facto supervenientes que «contendam com os pressupostos de facto» da decisão anterior. Tenham-se presentes as considerações feitas pelo tribunal a este propósito:

«Lendo as alegações da autora numeradas do art. 61.º a 95.º, onde é fundada a conclusão ora em apreço [a inadmissibilidade de modificação da decisão arbitral], verifica-se que toda a sua argumentação se funda a inalterabilidade do caso julgado for-

⁽⁹⁾ Transcrição do texto da petição inicial da segunda ação arbitral, conforme citação constante do acórdão da RL de 28-01-2016 (FARINHA ALVES).

⁽¹⁰⁾ Destaque-se que a decisão manteve a condenação das promitentes-vendedoras no pagamento juros sobre a condenação inicial de cinco milhões, mas limitou-a temporalmente ao período decorrido entre prolação da primeira decisão arbitral e (aparentemente) a data em que se tornou certa a impossibilidade de ocorrência dos danos futuros.

mado pela decisão arbitral transitada, que abrange não apenas a decisão, mas também os seus pressupostos fundadores. Em seu entender, uma vez que a decisão arbitral de 2009 já não podia ser alterada através dos meios admissíveis de impugnação, também não poderá sê-lo através de uma forma atípica, que não estava, nem poderia estar abrangida pela convenção de arbitragem. (...) Ora, sendo a primeira vez que nos vemos confrontados com esta questão, não vemos como poderá ser recusada a possibilidade de uma decisão jurisdicional ser modificada se os factos em que assentou vieram a sofrer alteração relevante posterior, designadamente, deixando de se verificar. Sendo evidente que o trânsito em julgado da decisão não tem a virtualidade de conformar a realidade ao que nela foi pressuposto. E se alteração da realidade relevante, verificada na pendência da causa, deve ser atendida na decisão a proferir, se for oportunamente invocada pela parte interessada, também devem poder ser atendidas as alterações de facto supervenientes, que contendam com a verificação dos pressupostos de facto da decisão já proferida, mesmo depois transitada. Como se ponderou no acórdão ora impugnado, é apodítico que uma tal situação é merecedora de tutela jurisdicional e, por conseguinte, não deve deixar de ser reconhecido o correspondente direito de ação».

III. A ação modificativa no confronto com outros meios de reação à sentença arbitral

4. É importante começar por sublinhar a *singularidade da ação modificativa*, quando confrontada com outros meios de impugnação das decisões proferidas por um tribunal arbitral. O reconhecimento da admissibilidade de uma ação modificativa de uma decisão arbitral significa um *alargamento dos meios impugnatórios das decisões arbitrais* que as partes têm à disposição de acordo com a lição tradicional, mas distingue-se substancialmente dos outros meios. A qualificação da ação modificativa como «meio impugnatório» pode ser, aliás, discutível. Certamente não será essa a designação preferida para quem entenda que, nos casos em que a modificação é permitida, o caso julgado anterior não chega verdadeiramente a ser atingido⁽¹⁾.

A ação modificativa não se confunde, nem no plano dos fundamentos, nem dos efeitos, com a ação de anulação prevista no art. 46.º da LAV. Tão-pouco se assemelha à oposição à execução da decisão arbitral (cf. o art. 48.º da LAV) e menos ainda ao recurso da decisão arbitral para um tribunal estadual, atualmente apenas permitido quando convencionado pelas partes (cf. o art. 39.º, n.º 4 da LAV). Relativamente à ação de anulação, a

(1) Cf. uma referência a este tema, *infra*, o texto subsequente à n. 27.

ação modificativa *não supõe qualquer censura* relativamente ao processo que gerou decisão arbitral ou ao conteúdo desta, mas apenas uma «alteração das circunstâncias» de facto que foram fundamento dessa decisão e que geram a necessidade de uma adaptação. A ação modificativa distingue-se da ação de anulação ainda quanto aos efeitos. A ação de anulação, quando procedente, limita-se a eliminar a decisão anterior ficando o litígio por resolver (cf. o art. 46.º, n.º 9, da LAV). A possibilidade, aberta pela atual lei da arbitragem, de o tribunal estadual competente para a ação de anulação, mediante requerimento de uma das partes, suspender o processo de anulação e dar ao tribunal arbitral a hipótese de retomar o processo ou de tomar qualquer outra medida que julgue necessária à eliminação dos fundamentos de anulação (cf. o art. 46.º, n.º 8, da LAV) não o desmente. Quando o tribunal arbitral, na sequência dessa indicação, suprima os fundamentos de anulação⁽¹²⁾, a via implica a improcedência da ação de anulação, pelo que a diferença relativamente à ação do art. 619.º, n.º 2, do CPC subsiste. Na ação modificativa, pelo contrário, *o litígio permanece dirimido*, ainda que não exista acordo na doutrina quanto a saber se, em caso de procedência do pedido modificativo, a decisão anterior se mantém, conquanto modificada ou se, diversamente, a decisão anterior é revogada e substituída por nova decisão, embora vinculada ao conteúdo da decisão pretérita em certos termos⁽¹³⁾. Note-se ainda que a ação modificativa corre os seus termos necessariamente num *tribunal arbitral* e não num tribunal estadual⁽¹⁴⁾. Por comparação com a oposição à execução, embora esta se

(12) O que será necessariamente apreciado pelo tribunal estadual onde corra o processo de anulação.

(13) A primeira tese é defendida por P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit. na n. 2*), 434: «A decisão não será revogada ou substituída por outra». A segunda tese parece ser a defendida por ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit. na n. 1*), 34-42, e 812-815, ao aproximar a ação modificativa do recurso de revisão, compreendendo, como este, segundo a autora, uma fase rescidente, dirigida à modificação da decisão anterior, e uma fase rescisória dirigida a «uma nova solução do litígio», ainda que vinculada à primeira decisão em tudo o que não seja afetado pela alteração de circunstâncias. Saber se a decisão anterior se mantém, ainda que modificada, ou se é substituída pode ser relevante designadamente para o efeito de prosseguimento ou extinção de uma execução instaurada com base na decisão anterior, após o trânsito em julgado da decisão modificativa. No caso concreto que descrevi no texto, a execução instaurada com base no primeiro acórdão arbitral prosseguiu após o trânsito em julgado da decisão modificativa e o pedido de extinção da execução feito pela executada (demandada na ação arbitral) foi desatendido nas três instâncias. Segundo o acórdão STJ de 22-03-2018 (CABRAL TAVARES) (disponível em <www.dgsi.pt>), que decidiu definitivamente este tema, o «acórdão arbitral de 2009 persiste como título fundador da execução, apenas sofrendo a alteração quantitativa nele introduzida pelo acórdão arbitral de 2015 (o acórdão modificativo), de tal forma que a execução só poderá prosseguir nos termos dele resultantes».

(14) Assim, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit. na n. 1*), 405.

possa fundar na ocorrência de factos supervenientes (cf. o art. 729.º, al. g) do CPC), a ação modificativa não se limita a privar de exequibilidade a decisão anterior, antes a *modifica* ou a *substitui*, consoante o entendimento, ainda que a modificação possa consubstanciar a cessação de efeitos da decisão anterior⁽¹⁵⁾. Por último, ao invés do recurso da decisão arbitral, a ação modificativa não visa, nem sequer consente, qualquer *revisão de mérito* da decisão anterior, encontrando-se o juiz da causa modificativa vinculado ao decidido em tudo o que não seja afetado pela alteração de circunstâncias⁽¹⁶⁾.

IV. O problema

5. Cingido à sua manifestação mais elementar, o problema, tal como foi identificado e resolvido na doutrina portuguesa por dois estudos pioneiros de autoria conjunta de Paula Costa e Silva e de Nuno Trigo dos Reis, consiste em saber se, numa ação arbitral, tendo havido condenação de uma das partes numa indemnização por danos futuros, a ocorrência de circunstâncias supervenientes que reduzem a extensão ou o valor do dano relativamente ao prognosticado ou que impedem total ou parcialmente a sua verificação (também contra o prognosticado) autoriza a parte que delas se pretenda prevalecer a requerer a modificação da correspondente decisão arbitral, mesmo depois de transitada em julgado⁽¹⁷⁾. Supondo que é profe-

(15) Quanto aos *fundamentos* (que não os *efeitos*), há, ao menos aparentemente, uma sobreposição parcial da ação modificativa e da oposição à execução, *i. e.*, existem circunstâncias que, em abstrato, tanto poderiam fundar uma ação modificativa, como uma oposição à execução (sobre isto, cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 647-652; a autora acaba por concluir pela «aplicação subsidiária» da oposição à execução, no sentido de que a parte interessada só pode dela lançar mão quando a alteração superveniente de circunstâncias não torne necessária a «adaptação do título»).

(16) Defendendo que a modificação se encontra limitada à repercussão da alteração das circunstâncias na decisão anterior, estando o juiz vinculado a tudo quanto tenha sido decidido e não tenha sido afetado pela alteração, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 731-752. O fundamento não é o respeito pelo caso julgado anterior, mas a própria função da ação modificativa, o que se traduz em falta de jurisdição do juiz da causa modificativa para apreciar aspetos não afetados pela alteração de circunstâncias.

(17) Cf. especialmente a formulação de P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (cit. na n. 2), 426. Num estudo inicial, os autores tratam do problema num plano mais abrangente, incluindo a modificabilidade da indemnização que tenha por objeto danos presentes: cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade e caso julgado no direito da obrigação de indemnizar», in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles* (org. Jorge Miranda, *et alli*), Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, 287-325. A jurisprudência acolheu posteriormente a tese destes autores, o que deu azo a um terceiro texto: P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Revisitando a estabilidade e a modificação do caso julgado arbitral. Quando o futuro desmente a prognose», ROA, Ano 76 (2016), 565-584.

rida uma condenação numa indemnização inteiramente determinada por danos futuros, bem pode suceder que as previsões em que o tribunal tenha assente a sua decisão não se verifiquem. É neste contexto que surge o tema da admissibilidade de uma modificação da decisão já transitada em julgado.

Pressupõe-se, em primeiro lugar, a *falta de correspondência entre os factos prognosticados e aqueles que verdadeiramente ocorreram*, sendo neste sentido de interpretar a «alteração das circunstâncias» a que alude o art. 619.º, n.º 2, do CPC. A alteração de circunstâncias deve ser entendida como referência à «alteração» das circunstâncias prognosticadas, *i. e.*, à não ocorrência dos factos futuros que foram pressupostos na decisão, e não à alteração das circunstâncias contemporâneas da decisão sujeita a modificação. Por isso, e em segundo lugar, estão necessariamente em causa *circunstâncias supervenientes*. Em concreto, trata-se de circunstâncias ainda não ocorridas no último momento a que o tribunal pôde atender para fazer as suas previsões, o que significa que só relevarão para este efeito circunstâncias *posteriores ao encerramento da discussão*⁽¹⁸⁾. Em terceiro lugar, só interessam circunstâncias que, no plano substantivo tenham aptidão abstrata para influir na indemnização. Mais precisamente, estão em causa circunstâncias que, caso *tivessem sido previstas pelo tribunal arbitral, teriam sido consideradas para efeito de excluir ou reduzir* a condenação na indemnização por danos futuros.

6. O problema assim delimitado torna-se inconfundível com um outro que aqui não procurarei resolver. Na verdade, também se pergunta se a própria condenação no cumprimento de uma *indemnização por danos presentes*, ainda que transitada em julgado, pode ser posteriormente modificada em função da ocorrência *superveniente de circunstâncias* que em abstrato *seriam aptas a reduzir ou a excluir* o dever de indemnizar. Pense-se, por exemplo, na obtenção ulterior pelo lesado de uma vantagem em consequência do facto gerador de responsabilidade, a qual, se tivesse ocorrido antes do encerramento da discussão, teria sido considerada pelo tribu-

(18) O juízo de previsão insito na condenação ao pagamento de indemnização por danos futuros tem de assentar nos factos já ocorridos em determinada data de referência do processo e esse momento corresponde ao do encerramento da discussão, uma vez que está vedada a consideração pelo tribunal de factos ocorridos depois essa data-limite, a menos que se trate de facto notório, pois nesse caso admitir-se-á a relevância de um facto posterior ao encerramento da discussão, desde que ocorrido até à data da sentença (cf. os arts. 588.º, n.º 1, e 412.º, n.º 1, ambos do CPC) O acórdão do STJ de 11-09-2008 (ALBERTO SOBRINHO) ilustra o regime exposto: foi considerada a morte da vítima no decurso da ação por razões estranhas ao acidente de viação que desencadeou o litígio e o lesante foi consequentemente absolvido do pedido de indemnização por danos futuros decorrentes da diminuição de capacidade de trabalho (disponível em <www.dgsi.pt>).

nal para o efeito reduzir ou excluir a indemnização⁽¹⁹⁾. Estes casos apresentam alguma semelhança com os que constituem o objeto do presente estudo, mas distanciam-se deles num ponto fundamental: não há no último grupo de situações uma desconformidade entre a realidade ocorrida e a realidade prevista, pela simples razão de que para a decisão de atribuir uma indemnização por danos *presentes* o tribunal não teve de lançar mão de previsão alguma. À parte esta diferença, os dois tipos de casos distinguem-se ainda quanto ao seu enquadramento legal. A permeabilidade da indemnização por danos presentes a factos que ocorram posteriormente ao trânsito em julgado da decisão tem de enfrentar a dificuldade de o art. 566.º, n.º 2, do CC estabelecer que a indemnização em dinheiro deve refletir a situação patrimonial do lesado na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, o que tem sido interpretado como um limite temporal máximo à consideração de circunstâncias capazes de influírem no montante da indemnização⁽²⁰⁾. O mesmo preceito, pelo contrário, não consagra qualquer orientação quanto à modificabilidade de uma indemnização por danos futuros.

7. No confronto com a delimitação que fiz do problema que me ocupará, o litígio acima descrito apresenta uma complexidade acrescida. É certo que a admissão da ação modificativa assentou no reconhecimento de que a *previsão relativa à ocorrência de danos futuros* e à sua *extensão* teria jogado um papel fundamental na primeira decisão arbitral. A ocorrência de circunstâncias posteriores ao termo dessa ação com o efeito de impedir ou de tornar impossível a verificação dos danos futuros antes tidos como muito prováveis justificou então a abertura da via da modificação da decisão condenatória. Contudo, não se tratava aí da condenação da parte faltosa numa indemnização já determinada por danos futuros. A primeira decisão arbitral condenou a demandada no pagamento da cláusula penal que integrava o contrato cujo não cumprimento esteve na origem do litígio, assim como no ressarcimento dano remanescente que eventualmente se viesse a verificar no futuro (em valor que não excedesse cerca de 10 milhões de euros), remetendo-se para ulterior ação a liquidação de tal dano, caso viesse a verificar-se.

(19) É evidente que a afirmação supõe relevância de vantagens obtidas pelo lesado em consequência do facto gerador de responsabilidade na fixação do objeto da indemnização, ainda que não necessariamente de todas as vantagens que se encontrem nessas condições. Uma análise exaustiva e discriminadora pode encontrar-se em P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 710 e ss.

(20) Acolhendo a modificabilidade da indemnização por danos presentes, P. COSTA E SILVA/ /N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 18), 301 e ss.

Assim, a modificação legitimada no referido caso não consistiu na redução da indemnização que havia sido determinada por aplicação do regime geral de cálculo da obrigação de indemnizar, antes correspondeu à *redução equitativa da citada cláusula penal nos termos do art. 812.º do CC*. A par, porventura, do tema do reflexo de circunstâncias supervenientes à fixação judicial da indemnização sobre o próprio direito à indemnização e do tema da estabilidade ou perenidade do caso julgado formado sobre a correspondente decisão arbitral, colocavam-se aqui, entre outras, questões relativas à qualificação da espécie de cláusula penal em apreço⁽²¹⁾ ao sentido a dar à regra do art. 811.º, n.º 3, do CC⁽²²⁾ e às implicações da determinação da espécie de cláusula penal convencionada na aplicação da redução prevista no art. 812.º do CC⁽²³⁾. A estas e eventualmente a outras dúvidas, que terão sido muito provavelmente objeto de apreciação na segunda das decisões arbitrais mencionadas, não pretendo dedicar qualquer atenção, cingindo-me à formulação que acima dei do problema, a saber: como se justifica, no plano dogmático, a modificabilidade de uma decisão arbitral transitada em julgado que haja condenado uma das partes na indemnização de danos futuros quando se venha a posteriormente demonstrar que tais danos não chegaram a ocorrer, que se produziram em maior ou menor medida do que a inicialmente prevista ou ainda que sobrevieram outras circunstâncias capazes de, em abstrato, excluir ou reduzir o dever de indemnizar?

⁽²¹⁾ Concretamente, caberia saber se se tratava de uma cláusula penal em sentido estrito ou uma cláusula de liquidação antecipada da indemnização. É hoje predominantemente aceite o modelo dualista da cláusula penal, na esteira do texto pioneiro de PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, 619-646 e *passim*: cf., entre outros, PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 923-924, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, T. IX — *Direito das obrigações*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 482-486, e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 285-286.

⁽²²⁾ O art. 811.º, n.º 3, do CC estabelece que em caso algum pode o credor exigir uma «indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal». A disposição, introduzida em 1983, tem suscitado críticas na doutrina e tem sido, por isso, sujeita a uma interpretação restritiva. Uma parte significativa da doutrina recusa a sua aplicação à cláusula penal em sentido estrito e quanto à cláusula de fixação antecipada da indemnização tem se também defendido, e bem, que aquele limite só vale nos casos em que as partes tenham convencionado a indemnização do dano excedente. De contrário, a cláusula penal de fixação antecipada da indemnização funcionaria por imperativo legal como um mecanismo de inversão do ónus da prova, com o conseqüente empobrecimento dos meios à disposição das partes (cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula* (cit. na n. 21), 458-462, e PINTO OLIVEIRA, *Princípios* (cit. na n. 21), 932-933). Mas esta interpretação restritiva não é unânime: contra, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, 147, n. 1 (MENEZES CORDEIRO, *Tratado* (cit. na n. 21), 492-493, e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações* (cit. na n. 21), 286, também não a acolhem de forma clara).

⁽²³⁾ O critério de redução da cláusula é diferente consoante se trate de uma cláusula penal em sentido estrito ou de uma cláusula de fixação antecipada da indemnização: cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusula* (cit. na n. 21), 744-746.

V. Os fundamentos dogmáticos da ação modificativa de sentença arbitral (transitada em julgado) que condene em indemnização por danos futuros

8. O tema da ação modificativa é complexo por cruzar questões de direito processual com questões de direito substantivo. A par do tema da estabilidade ou perenidade do caso julgado, do âmbito da ação modificativa prevista no art. 619.º, n.º 2, do CPC e da sua conciliabilidade com a arbitragem voluntária, é convocada ainda uma interrogação fundamental de direito material: qual o momento decisivo de referência para o cálculo da indemnização devida por um qualquer facto gerador de responsabilidade? A indemnização é calculada por referência à data em que o dano se verificou? Ou antes por referência à data em que foi proposta uma ação destinada à efetivação desse direito (quando tenha sido)? Ou diversamente a indemnização é calculada tendo em atenção o momento mais recente que puder ser atendido pelo tribunal? Ou ainda o limite máximo temporal a ter em conta deverá ser o momento do cumprimento da obrigação de indemnizar? E como se ajustam estes limites (*rectius*, o limite que venha a ser identificado) à indemnização que tenha por objeto danos futuros, permitida pelo art. 564.º, n.º 2 do Código Civil?

9. Neste texto, apesar de expor, de uma forma sintética, os *fundamentos dogmáticos* da admissibilidade de uma ação modificativa de uma decisão arbitral que condene uma das partes numa indemnização que tenha por objeto danos futuros, não tenho em vista uma análise aprofundada e crítica de todos esses pressupostos, mas apenas do seu *pressuposto de direito material*, concretamente a regra de que a fixação de uma indemnização de danos futuros feita com base num prognóstico é permeável à não verificação das circunstâncias prognosticadas.

Dando como boa a tese da admissibilidade de recurso à ação modificativa em sede de indemnização de danos futuros, com a qual concordo, procurarei ainda esclarecer algumas das implicações do seu acolhimento, tentando fixar com mais exatidão em que *extensão* e com que *limites* podem as partes, perante uma decisão arbitral que condene uma delas numa indemnização por danos futuros, recorrer ao referido meio.

Quanto à *extensão* da ação modificativa, tendo presente que no litígio concreto acima exposto a ação de modificação foi usada para *reduzir* o montante da cláusula penal em que uma das partes na ação foi condenada, interessa saber se e em que termos a ação de modificação poderá ser usada para a finalidade oposta de *agravar ou ampliar* a indemnização por danos

futuros em que uma das partes tenha sido condenada, em função da ocorrência de factos supervenientes.

A par disto, importa também desvendar a existência de possíveis *limites* a esta ação. Haverá algum *prazo* para a sua propositura? Se a decisão de condenação já foi *cumprida* ou *executada*, obstará este facto a uma ação modificativa? E se a «alteração de circunstâncias», que é invocada para efeitos de modificação da decisão transitada em julgado, já *fosse previsível* pela parte a quem aproveita à data da primeira ação (*rectius*, na data de encerramento da discussão), mas esta *não a invocou*, ficará precludida a sua invocação em sede de ação modificativa? Por outro lado, se uma das partes invocou na primeira ação uma determinada evolução das circunstâncias já previsível, mas a evolução *foi desatendida* pelo tribunal por (erradamente) ser considerada imprevisível, será que a ação modificativa permite corrigir este erro de julgamento, assente num erro (em sentido próprio) de previsão?

10. São quatro os pressupostos dogmáticos da tese admissibilidade da ação modificativa de uma decisão arbitral que condene uma das partes numa indemnização de danos futuros. Em primeiro lugar, verificando-se fixação de uma indemnização que tenha por objeto o ressarcimento de determinados danos futuros, não é líquido, logo do ponto de vista do *direito substantivo*, que ela possa ficar dependente de a evolução da realidade confirmar ou desmentir os factos prognosticados que justificaram a sua atribuição. O primeiro ponto a resolver é, pois, um problema de direito material, mais concretamente de direito civil.

Em segundo lugar, o tema ganha complexidade por se tratar da fixação de uma indemnização por via *jurisdicional*: uma nova decisão sobre a indemnização dos mesmos danos que já foram objeto de uma decisão definitiva e insuscetível de recurso ordinário contende, ao menos na aparência, com a qualidade de *caso julgado* desta última, a qual se define precisamente pela imodificabilidade da decisão judicial, efeito esse que é reconhecido, por lei, às decisões proferidas por tribunais arbitrais (cf. o art. 42.º, n.º 7 da LAV).

Em terceiro lugar, o problema adensa-se porque o próprio *art. 619.º, n.º 2 do CPC*, que seria o candidato natural a enquadrar uma ação modificativa da decisão transitada em julgado nos casos mencionados, não é inequivocamente aplicável a uma indemnização que tenha por objeto danos futuros, mas que não respeite a danos continuados e, por isso, não possa ser fixada sob a forma de renda.

O quarto pressuposto é específico do direito da arbitragem e traduz-se em determinar se a *especificidade da jurisdição arbitral* e, em particu-

lar, o fundamento voluntário dos poderes do tribunal poderá obstar à aplicação da ação modificativa.

11. Destas quatro interrogações, apenas darei conta aqui mais detidamente da solução da primeira e se o faço é porque julgo que a resposta a esta é determinante para a das demais. É ao direito substantivo — neste caso, ao direito civil — que compete determinar se e em que medida a prestação que é objeto de determinada obrigação pode variar em função da verificação de determinados factos e se existe ou não um limite temporal à consideração dos mesmos para efeitos da fixação da mesma prestação. Usando aqui a fórmula do art. 619.º, n.º 2, do CPC, pode dizer-se, por outras palavras, que é ao direito material que cabe determinar se «a duração ou a medida da prestação» depende ou não da verificação ou subsistência de «circunstâncias especiais». A tarefa do direito adjetivo — que é, por definição um direito instrumental — consiste em pôr à disposição do titular do direito os meios necessários para fazer valer essa dependência entre a prestação e a evolução das circunstâncias ditada pelo regime substantivo⁽²⁴⁾, como está implícito na fórmula lapidar do art. 2.º, n.º 2 do CPC: «A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente». E esta relação não pode ser invertida. É à luz do regime substantivo da indemnização de danos futuros que deve ser respondido o problema de saber se é possível a correção da indemnização em função da não verificação das previsões inicialmente feitas. Por isso, uma vez assente que a indemnização por danos futuros, nos termos do regime substantivo que lhe seja aplicável, se subordina, como qualquer outra indemnização, à efetiva produção do dano e à medida

(24) De forma análoga, a atendibilidade na sentença de factos que se tenham produzido após a proposição da ação cinge-se a «factos que, *segundo o direito substantivo aplicável*, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação controvertida», como prescreve o art. 611.º, n.º 2, do CPC. O tribunal não pode considerar factos supervenientes quando o direito substantivo exclua a sua relevância nas pretensões se exercem juízo (sendo certo que essa exclusão pode resultar do momento em que os factos ocorreram). Assim, por exemplo, se na contestação o réu declarou a compensação da dívida cujo cumprimento lhe foi judicialmente exigido com um crédito que detém contra o autor e nesse momento o seu crédito ainda não havia sido dado em penhor a um terceiro (penhor de créditos), o facto de esse penhor vir a ser celebrado durante a ação, sendo embora um facto superveniente, não afeta minimamente a decisão do processo, não só porque a compensação opera mediante declaração (cf. o art. 848.º, n.º 1, do CC) e esta foi emitida no momento da contestação, como ainda porque a lei apenas protege direitos de terceiros que se tenham constituído antes do momento em que os créditos se tornem compensáveis (que é, em regra um momento anterior à própria declaração de compensação; cf. o art. 853.º, n.º 2, do CC).

em que este tenha ocorrido, pretensas lacunas, insuficiências ou faltas de clareza do direito processual não poderão servir de pretexto para negar ao lesado ou ao lesante, consoante os casos, a aplicação daquele regime.

12. A este modo de ver as coisas poderia muito simplesmente contrapor-se que a instrumentalidade do direito processual civil cessa precisamente no momento em que sobre uma decisão judicial se forme caso julgado. O caso julgado, quaisquer que sejam os valores que se considere que através dele são prosseguidos, constitui precisamente a concretização de um aspeto em que o direito processual se autonomiza do direito material. Uma decisão pode ser desconforme com o direito substantivo aplicável, mas essa desconformidade deixa de relevar logo que a decisão transite em julgado. No entanto, se a imutabilidade ou a perenidade do caso julgado significa tornar-se inquestionável uma decisão errada à luz do direito material, já não força necessariamente a que uma decisão transitada em julgado não possa ser objeto de uma «atualização» em função de certas circunstâncias supervenientes, quando a necessidade dessa atualização resulte do direito material.

Para que se entenda plenamente as dificuldades que a «atualização» de uma indemnização por danos futuros fixada por sentença transitada em julgado coloca no confronto com o regime do caso julgado, é necessário perceber que uma decisão judicial que condene em danos futuros tem por *referência temporal* um período posterior à data do encerramento da discussão. Esta particularidade, que, como sublinha Isabel Alexandre, obriga a uma interpretação restritiva do art. 611.º, n.º 1, parte final, do CPC⁽²⁵⁾, viria aparentemente tornar indiscutível (após o trânsito em julgado) a verificação dos factos futuros em que a decisão assenta. Justamente por ter como referência uma realidade futura, dir-se-ia que quaisquer factos supervenientes à data do encerramento da discussão da ação em que a mesma foi proferida, desde que ocorridos no horizonte temporal tido em conta na decisão, estariam cobertos pela força de caso julgado, pelo que não poderiam ser invocados noutra ação para o efeito de excluir ou reduzir a indemnização em que o réu foi condenado numa ação anterior⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Cf. ISABEL ALEXANDRE (2018), 422-424 e 431.

⁽²⁶⁾ Pelo contrário, se a sentença tem como referência temporal apenas factos *ocorridos* até ao momento do encerramento da discussão (nos termos do art. 611.º, n.º 1 do CPC), a invocação numa ação posterior de um *facto superveniente* para fazer valer o mesmo pedido ou um pedido de sentido oposto não se defronta com o obstáculo do caso julgado. Assim, se numa primeira ação em que o autor pede que seja declarado o seu direito de propriedade sobre uma coisa de que o réu se arrogou dono é proferida uma decisão de improcedência, não pode opor-se a exceção de caso julgado numa outra ação

Simplemente, como tem vindo a ser defendido por um conjunto muito significativo de processualistas, pode dizer-se que o *caso julgado não abrange os factos futuros* que o tribunal previu e que serviram de base à condenação do réu numa indemnização por danos futuros, já que, por definição, o tribunal não pode afirmar que tais factos *ocorreram*. À luz deste entendimento, a segunda ação, em que sejam invocados os factos entretanto verificados, tem uma causa de pedir — os factos entretanto *ocorridos* —, que não está coberta pela decisão anterior, não existindo, por isso, desvio ao caso julgado⁽²⁷⁾. Outros autores, numa linha argumentativa diversa, embora entendam que os factos prognosticados pelo tribunal são abrangidos pelo caso julgado da decisão que condene numa indemnização por danos futuros, assinalam que neste tipo de casos *é equitativo* estabelecer um desvio a esse efeito⁽²⁸⁾. Qualquer que seja a via argumentativa que se siga, o certo é que o direito processual português foi sensível à possibilidade de modificação de uma decisão transitada em julgado que assente na subsistência ou verificação no futuro de determinados factos, sempre que estes não se mantenham ou não se concretizem, conforme previsto no art. 619.º, n.º 2, do CPC.

Anote-se ainda que a imposição da imodificabilidade da decisão em homenagem à eficácia do caso julgado conduziria aqui à conclusão estra-

proposta pelo mesmo autor e em que formule idêntico pedido, mas com fundamento no facto (superveniente) de entretanto ter adquirido a coisa ao réu. Esta solução, que tem vindo equivocadamente a ser cunhada de manifestação dos «limites temporais» do caso julgado, não é mais do que o reconhecimento da falta de identidade das causas de pedir das duas ações e, portanto, é antes uma concretização dos *limites objetivos* do caso julgado (assim, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 800-802).

(27) No sentido de que o caso julgado não abrange os factos prognosticados, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 323 (com indicações): «o juízo de prognose sobre o estado de coisas futuro não se encontra, ele próprio, compreendido pelo âmbito material do caso julgado. (...) Os factos futuros não integram o objecto do processo, pelo que a sua invocação e o seu conhecimento não é precludido pelo proferimento da decisão, podendo ser objeto de uma ação ulterior.» ID, «Ação» (cit. na n. 2), 429-430. Esta fórmula está subjacente à «teoria da confirmação», assim designada porque a previsão legal de uma ação modificativa viria apenas confirmar a não procedência da exceção de caso julgado nas situações a que se aplica (cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 790 e ss.). A tese pode buscar apoio no argumento mais formal de que a sentença tem como referente temporal «a situação existente no momento de encerramento da discussão», conforme dispõe o art. 611.º, n.º 1, *in fine*, do CPC, o que marcaria os limites do caso julgado (designados como «limites temporais» por alguma doutrina). Ou pode assentar, como se sugere no texto, no argumento mais substancial de que, pela própria natureza das coisas, o tribunal não pode assegurar com certeza que a prognose em fundou a sua decisão de procedência ou improcedência se verificará.

(28) Este entendimento quanto aos limites do caso julgado está subjacente à «teoria da equidade», maioritária na doutrina e jurisprudência alemãs. A teoria é assim designada porque a previsão legal de uma ação modificativa consubstanciaria uma quebra do caso julgado anterior por razões de justiça ou equidade (cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 786 e ss., e 796-808; a autora adere a este entendimento).

nha e, por isso, difícil de aceitar, de que *factos posteriores ao encerramento da discussão*, ainda que *anteriores* ao trânsito em julgado da sentença, que tornassem impossível a verificação do dano futuro em cuja indemnização o réu veio a ser condenado não pudessem ser invocados numa ação posterior para o efeito de excluir ou de reduzir a indemnização⁽²⁹⁾. Se, por exemplo, já na pendência do recurso sobre a decisão condenatória relativa a lucros cessantes futuros ocorre uma alteração das circunstâncias económicas de determinado setor de atividade que torna inviáveis os ganhos futuros que o autor peticionou na ação, tal alteração já não pode ser invocada naquele processo (cf. o art. 588.º, n.º 1, do CPC), mas justificar-se-á que não o possa ser em ação (modificativa) posterior? A imunidade da decisão à não verificação das circunstâncias futuras nela prognosticadas, a ser aceite, estender-se-ia necessariamente até a circunstâncias ocorridas num *momento anterior ao do trânsito em julgado*, o que é dificilmente explicável à luz da própria teoria do caso julgado.

VI. Os desvios entre a prognose e a realidade e os seus efeitos sobre a indemnização por danos futuros

13. É sabido que o Direito Civil português faculta ao lesado, em certas condições, a possibilidade de exigir que a indemnização abranja não apenas os seus danos presentes, mas também os seus danos futuros (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC). Ao contrário do que sucede quanto aos danos presentes, a decisão que condene ao ressarcimento de danos futuros reclama necessariamente do tribunal um *juízo de prognose*. Este, por seu turno, assenta em dados probabilísticos aplicados aos factos presentes que tenham sido levados ao conhecimento do tribunal⁽³⁰⁾. A previsão do juiz versa a *ocorrência* do dano, a sua *extensão* e a sua *quantificação*. As dúvidas na previsão de ocorrência do dano conduzem à improcedência do

⁽²⁹⁾ A menos que se trate de factos notórios ou de que o juiz tem conhecimento no exercício das suas funções, caso em que podem ser tidos em conta factos posteriores ao encerramento da discussão, como, de resto, a jurisprudência tem admitido pacificamente a propósito da denominada «decisão atualizadora» da indemnização, em que é atendida a inflação ocorrida até ao momento do proferimento da decisão em sede de recurso.

⁽³⁰⁾ Na decisão jurisdicional relativa a factos passados ou presentes também se registam juízos probabilísticos, mas sem envolver prognose — cf. M. LIMA REGO, «Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais», *Julgar* n.º 21 (2013), 119-147 (129 e ss.): «a convicção do julgador sobre a matéria de facto não é mais do que um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de certas proposições».

pedido de indemnização por danos futuros. É o que resulta do art. 564.º, n.º 2, do CC, quando este preceito faz depender a indemnização por danos que ainda não ocorreram do facto de estes serem previsíveis com «segurança bastante»⁽³¹⁾. Não obstante, mesmo tendo a decisão de improcedência transitado em julgado, subsiste a possibilidade de uma condenação por esses mesmos danos numa ação ulterior, a intentar num momento em que o dano futuro já seja previsível ou em que já tenha ocorrido (caso em que deixa de ser futuro)⁽³²⁾. As dúvidas quanto à extensão do danos futuros previstos e quanto à sua quantificação, diversamente, não impedem a condenação imediata numa indemnização por esses prejuízos, mas relegam a determinação desta para um momento posterior, o qual, na pior das hipóteses, coincidirá com o momento da ocorrência do dano (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC *in fine*)⁽³³⁾.

14. Perante a amplitude com que a lei admite uma indemnização por danos que ainda não ocorreram, coloca-se a questão de saber se, uma vez determinada ou liquidada, a indemnização que tenha por objeto danos futuros deve permanecer inalterada e, portanto, insensível a quaisquer infirmações posteriores do juízo de prognose em que assentou a sua fixação. Qual a solução do *direito substantivo* para este problema? Na verdade, não existe no direito civil uma razão que justifique que a indemniza-

⁽³¹⁾ A diferença entre a formulação que encontramos no Código Civil e a proposta por Vaz Serra (os danos futuros têm de ser previsíveis com «segurança bastante») não traduz o acolhimento de um outro critério (mais lasso ou menos exigente) para a indemnização de danos futuros. A doutrina tem sublinhado que a condenação do lesante na indemnização de dano ainda não ocorrido (ao tempo do encerramento da discussão) depende de ele poder ser previsto «com segurança»: cf. VAZ SERRA, Anotação, RLJ 102 (1969-1970), 297-298, RLJ 105 (1972-1973), 45 e ss., ID RLJ 108 (1975-1976), 314, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, 911. Na jurisprudência cf., por todos, o acórdão do STJ de 11-10-1994 (SOUSA INÉS), disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽³²⁾ Adiante se verá que o lesado pode, numa ação ulterior, exigir a indemnização de um dano que era futuro à data do encerramento da discussão da primeira ação, tenha ou não o pedido deduzido na primeira causa incluído o ressarcimento desse dano. A única exceção vale para a hipótese de ter sido deduzido um pedido genérico na primeira ação que incluía mesmo os danos que ainda não se produziram e o tribunal não condenar o réu no ressarcimento de determinados danos futuros com fundamento diverso da sua imprevisibilidade. Nesse caso, há caso julgado e a indemnizabilidade do dano que era futuro à data da primeira ação não pode ser reapreciada (cf. *infra*, n. 61, e texto correspondente).

⁽³³⁾ Na arbitragem voluntária a possibilidade de ser proferida uma condenação genérica encontra-se prevista no art. 47.º, n.º 2, da LAV. O preceito é aplicável mesmo que tenha sido deduzido um pedido líquido quando o processo venha a demonstrar não existirem ainda elementos suficientes para condenar num objeto ou quantia determinados. Tal será frequente no caso de se tratar de uma indemnização por danos futuros: cf. o acórdão do STJ 11-10-2019 (PINTO DE ALMEIDA), proferido no contexto de uma ação de anulação de decisão arbitral (disponível em <www.dgsi.pt>).

ção de danos futuros, quando apreciada e julgada numa determinada ação, seja imune a infirmações posteriores do prognóstico em que a decisão se fundou. Bem pelo contrário, o direito civil vigente apoia e até postula uma regra geral de modificabilidade⁽³⁴⁾.

15. Como se fundamenta, à luz da lei civil atual, esta conclusão? Desde logo, deve começar por assinalar-se que, ao contrário do que sucede com a condenação em indemnização em dinheiro por danos presentes, em que a relevância de circunstâncias posteriores ao encerramento da discussão se defronta com um aparente obstáculo posto pela lei civil, o mesmo não sucede quanto à indemnização por danos futuros. Nos termos do art. 566.º, n.º 2, do CC a indemnização deve refletir a situação patrimonial do lesado «na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal». Esta fórmula já tem sido invocada para sustentar a imodificabilidade da indemnização por danos presentes em face de alterações supervenientes. Mas este preceito é manifestamente inaplicável à indemnização por danos futuros, a qual postula por definição a consideração da situação patrimonial do lesado posterior àquele momento (quando estejam em causa danos patrimoniais)⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Neste sentido, P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 18), 319-324, ID, «Acção» (*cit.* na n. 2), 425-430, ID, «Revisitando» (*cit.* na n. 17), 576-579, e D. LEITE CAMPOS/M. MARTINEZ CAMPOS, «Os danos futuros e a sua incerteza», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Costa Andrade* (org. Faria Costa, *et alli*), 3.º Vol., Universidade de Coimbra, Coimbra, 103-120, Almedina, (113-120 e *passim*). Na doutrina alemã é hoje maioritária a tese que atribui a ambas as partes (lesante e lesado) o direito de se podem fazer valer de alterações na (real) evolução do dano quando a fixação indemnização tenha assente em prognósticos: assim, entre outros, SCHULTZ, «Schadensfortentwicklung und Prozeßrecht, AcP 191 (1991), 433-461 (455-457), MÜNCHKOMM/OETKER, § 249, n. m. 307 (*Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil – §§ 241-432*, Beck, Munique, 2007), e STAUDINGER/SCHIEMANN, Pré-anoação ao § 249 BGB, n. m. 80 (*J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse - §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*), 12.ª ed. (GOTTFRIED SCHIEMANN), Sellier — de Gruyter, Berlim, 2017). Diversamente, LANGE/SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2003, 48.

⁽³⁵⁾ No sentido da inaplicabilidade do art. 566.º, n.º 2, do CC à indemnização por danos futuros, cf. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. I, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, 405, e o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2002 (publicado no DR I Série-A, n.º 146, de 27-06-2002). Não obstante, mesmo quanto à indemnização por danos presentes, não é certo que se possa extrair daquele preceito um *limite máximo temporal* à consideração de circunstâncias suscetíveis de influir no seu objeto. De facto, o *limite temporal processual* à invocação de factos (supervenientes) numa ação judicial só poderia servir de *limite temporal substantivo* à determinação do objeto da indemnização se para tanto existisse um fundamento de direito material, que não existe. No direito alemão, é hoje praticamente indiscutida a distinção entre limites temporais processuais e substantivos à fixação do objeto da indemnização, pelo que a definição do momento de referência para fixação de uma indemnização no contexto de um litígio limita-se a ser eficaz nesse processo, não tendo relevância jus-mate-

16. Em segundo lugar, o argumento decisivo no sentido da vulnerabilidade da indemnização por danos futuros a circunstâncias supervenientes, que contrariem a previsão que esteve na base da decisão condenatória, é a *função compensatória* da responsabilidade civil, que tem precisamente nela a nota que a distingue de outras responsabilidades. Dir-se-á que, mais do que *compatível* com o princípio compensatório, a adaptação ulterior da indemnização em função da divergência entre a previsão e a realidade é *imposta* por esse princípio. Permitir que subsista uma indemnização sem dano ou superior ou inferior ao dano atenta, na verdade, contra essa função.

É evidente que não se desconhecem as posições que reconhecem à responsabilidade civil também um escopo preventivo, ainda que subordinado⁽³⁶⁾, ou até um escopo punitivo-retributivo⁽³⁷⁾. Mas seria impossível extrair destas conceções uma imunidade da indemnização por danos futuros à não verificação dos factos prognosticados na decisão (judicial ou arbitral), sobretudo porque essa imunidade se traduziria em poder ser o lesante responsável por um dano que o lesado não chegou a sofrer ou que sofreu em menor medida. A defesa da persistência da indemnização por danos futuros apesar da não verificação das previsões, a pretexto de ser conforme com uma função preventiva da responsabilidade civil, além de não ter validade geral e só se ajustar aos fundamentos de imputação compatíveis com uma finalidade dissuasora⁽³⁸⁾, traduziria uma *inversão* da relação de subordinação da função preventiva à função compensatória na responsabilidade civil que não tem qualquer base de apoio no direito português⁽³⁹⁾.

Também não se desconhece que o argumento da finalidade preventiva tem sido por vezes posto ao serviço da tese que sustenta a insensibili-

rial (cf., por todos, MUNCHKOMM/OETKER, § 249, n. m. 305-306, com referências). No sentido de mesmo a indemnização por danos presentes ser «sensível» a circunstâncias posteriores ao encerramento da discussão, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 301-313 e *passim*.

⁽³⁶⁾ Cf., entre outros, PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, 1999 (reimp.), 34, n. 69, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimp.), 52, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, 543-544, P. MOTA PINTO, *Interesse* (cit. na n. 19), 825, e M. MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais, 2017, 46.

⁽³⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, T. VIII — *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2016, 419-422, tem vindo a sustentar que, a par do escopo compensatório e preventivo, a responsabilidade civil deve ainda *retribuir o mal* «quando estejam em causa valores morais — portanto: atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom nome».

⁽³⁸⁾ O que não sucede certamente na responsabilidade pelo sacrifício.

⁽³⁹⁾ Como assinala GERHARD WAGNER, «Prävention um Verhaltenssteuerung durch Privatrecht — Anmaßung other legitime Aufgäbe», AcP 206 (2006), 352-476 (469-470), ao passo que normalmente é a medida do dano efetivamente sofrido que dita a medida do efeito preventivo, invertendo-se as finalidades, seria a medida da prevenção intentada a ditar a medida da compensação do dano.

dade da indemnização a certos desenvolvimentos posteriores ao facto lesivo no cômputo da indemnização, *maxime* da tese da irrelevância da causa virtual do dano para o efeito de excluir ou diminuir a obrigação de indemnizar⁽⁴⁰⁾. Simplesmente, essa tese não ela implica que se trace a fronteira da irrelevância de ocorrências supervenientes no momento do encerramento da discussão da causa, pois, a ser aceite, dita também a invulnerabilidade da indemnização a causas virtuais anteriores⁽⁴¹⁾. De resto, o problema da relevância negativa da denominada causa virtual do dano não apresenta analogia com o da admissibilidade de uma «revisão» da indemnização por danos futuros. Como acima se acentuou, impor a imunidade da indemnização por danos futuros à não verificação das previsões redundaria, em última análise, em aceitar a persistência de uma indemnização por danos que o lesado não chegou a sofrer. A imunidade da indemnização a causas virtuais posteriores, diversamente, é, em certo sentido, compatível com o princípio compensatório na medida em que lesado sofreu um dano real e este continua a funcionar como limite da sua pretensão⁽⁴²⁾.

Em suma, mesmo acolhendo uma polivalência funcional da responsabilidade civil — o que aqui não vou analisar criticamente —, continua a poder dizer-se que a adaptação de uma indemnização por danos futuros já liquidada por decisão judicial a evoluções posteriores é uma decorrência necessária da finalidade (principal) ressarcitória, não sendo especificamente contrariada por uma finalidade preventiva acessória.

17. Em terceiro lugar, a consideração do *fim ou fins prosseguidos pela consagração legal do direito do lesado a peticionar numa ação judicial os danos futuros previsíveis*, juntamente com a reparação dos danos já verificados — direito consagrado no art. 564.º, n.º 2, do CC —, não se

⁽⁴⁰⁾ Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998, 218: «não é uma ideia de compensação, mas uma ideia de sanção que explica» a irrelevância negativa da causa virtual do dano posterior à verificação do dano real. Considerando, porém, que defender a irrelevância (negativa) da causa virtual com base na função sancionatória da responsabilidade civil inverte a relação entre compensação e prevenção, cf. P. MOTA PINTO, *Interesse* (*cit. na n. 19*), 826.

⁽⁴¹⁾ Para PEREIRA COELHO, *O problema* (*cit. na n. 40*), 220, nos casos em que a causa virtual seja relevante na determinação do *quantum respondeatur*, ela passará a ser irrelevante se ocorrida posteriormente ao momento do encerramento da discussão. No entanto, não é a finalidade sancionatória da indemnização que dita a colocação de um *limite temporal* à alteração de circunstâncias, já que Pereira Coelho sustenta que precisamente os casos em que a causa virtual influencia o cômputo da indemnização correspondem a casos em que o dever de indemnizar tem uma função exclusivamente ressarcitória (cf. *idem*, 214).

⁽⁴²⁾ Aceitando que a irrelevância negativa da causa virtual não significa necessariamente uma postergação da prevalência da função compensatória, P. MOTA PINTO, *Interesse* (*cit. na n. 19*), 708 e 821.

opõe à possibilidade de essa indemnização ser revista mesmo depois de o correspondente pedido ter sido definitivamente apreciado pela decisão proferida na ação, seja por iniciativa do lesado, seja por iniciativa do lesante. O direito a ser ressarcido pelo dano que ainda não se sofreu, e que apenas se prognostica, justifica-se sobretudo por poupar o lesado a uma onerosa repetição de ações judiciais. No caso de danos futuros continuados, só o acertamento antecipado de uma indemnização, seja sob a forma de renda, seja sob a forma de capital, permite ao lesado uma cabal compensação do seu prejuízo, o que não sucederia se este tivesse de esperar pela verificação regular do dano para só então exigir o competente ressarcimento⁽⁴³⁾. Porém, o respeito por estas duas finalidades não obriga, de forma alguma, à insensibilidade da indemnização por danos futuros perante a não verificação integral ou parcial das previsões, quando aquela tenha sido de antemão concedida, por ser já determinável o prejuízo. Se isso é evidente para o caso de ocorrer um agravamento do dano relativamente ao prognosticado, o mesmo vale ainda para os casos em que o dano previsto não chega a verificar-se ou não tem a extensão esperada. Os fins em questão não justificam qualquer redução da tutela dispensada ao lesado, mas simultaneamente não pretendem colocá-lo em melhor posição do que estaria se tivesse esperado pela verificação do dano e só depois disso tivesse reclamado a indemnização.

18. Uma quarta razão que milita em favor da modificabilidade da indemnização por danos futuros assenta na *discriminação de tratamento entre lesado e lesante* a que a solução contrária forçaria. Se é verdade que essa solução implicaria que, uma vez condenado na indemnização por danos futuros, o lesante fosse onerado com o risco de evoluções imprevisíveis do prejuízo — não podendo invocar que, por circunstâncias imprevi-

⁽⁴³⁾ Outras «funções» da indemnização por danos futuros, como a de furtar o lesado ao risco de insolvência do lesante, serão apenas a *consequência* ou efeito da admissibilidade de uma condenação em indemnização por danos futuros, mas não fins *deliberados* da solução da lei. Na verdade, não estando o pedido de indemnização por danos futuros dependente da prova do risco de insolvência do responsável, *i. e.*, do *periculum in mora*, dificilmente pode a exoneração do lesado desse risco ser vista como um dos objetivos da regulação. Não é de excluir, aliás, que o próprio lesante tenha interesse em indemnizar antecipadamente os danos futuros por razões contabilísticas e financeiras (pense-se nos constrangimentos que os níveis de risco assumidos pelas instituições podem trazer às suas atividades). No entanto, é evidente que não é fim da previsão legal uma proteção deste interesse do lesante. A disponibilidade imediata de uma quantia pelo lesado, que este pode livremente administrar, é um fim que parece ser exclusivo da consagração da indemnização do dano futuro continuado sob a forma de *capital*, pois só nesta se trata de atribuir ao lesado um capital suscetível de gerar um rendimento periódico que compense os danos continuados.

síveis à data da primeira ação, o dano não chegou a verificar-se ou verificou-se em menor medida —, pelo contrário, o lesado não é nunca onerado com o risco simétrico.

Na verdade, parece não gerar particulares dúvidas que se o lesado requer uma indemnização pelos seus danos futuros, não fica privado de, numa ação posterior, reclamar indemnização por *novos danos*, ao menos daqueles que não fossem previsíveis à data da primeira ação⁽⁴⁴⁾. Não se compreenderia por que razão o lesado que peticionasse uma indemnização por danos futuros previsíveis, lançando mão do meio que lhe é oferecido pelo art. 564.º, n.º 2, do CC, teria de ver com isso comprometida a possibilidade de reclamar futuramente uma indemnização por danos que não podia de todo prever. Não se pode ver na atitude do lesado, que pede uma indemnização por danos futuros, qualquer renúncia à obtenção de compensação por outras consequências inesperadas do facto gerador de responsabilidade⁽⁴⁵⁾. Além disso, neste tipo de hipóteses pode até falar-se em nova indemnização e não numa modificação da anterior — que não incluía

⁽⁴⁴⁾ Cf. VAZ SERRA, *Anotação*, RLJ 108.º (1975-1976), 311-315: o autor analisa criticamente uma decisão do STJ que negou ao lesado, que havia formulado um pedido genérico na ação penal, a possibilidade de exigir numa ação civil ulterior o ressarcimento de outros danos entretanto verificados. De resto, também é evidente que o facto do lesado peticionar uma indemnização relativa a determinados danos presentes não exclui a possibilidade de uma nova ação em que reclame a indemnização de novos danos que não se haviam ainda verificado à data da primeira ação. É o que está implícito no acórdão do STJ de 8-11-2015 (MOREIRA ALVES), cujo sumário está disponível em <www.pgdlisboa.pt>. Tratou-se aí de uma situação em que o autor exigiu numa primeira ação o ressarcimento por danos não patrimoniais, tendo tentado posteriormente uma segunda em que reclamou danos patrimoniais não reclamados na primeira e que ainda não se haviam produzido nessa data. O tribunal não viu outro obstáculo a este procedimento que não o da prescrição do direito à indemnização por danos patrimoniais. Ainda no sentido de a transação homologada em ação anterior não impedir uma ação posterior relativa a danos que não eram previsíveis à data do acordo, cf. o acórdão do STJ de 14-03-2002 (NEVES RIBEIRO), disponível em <www.dgsi.pt>. Relativamente à transação, era esta também a solução do anteprojeto de Vaz Serra: no art. 19.º, n.º 6, desse projeto, estabelecia-se que a transação não estava a que se exigisse indemnização por «facto novo», «a não ser que com ela [a transação] se tenha pretendido regular definitivamente o problema da indemnização, por forma a abranger também os factos novos que pudessem surgir». E a renúncia nem seria possível, se o crédito de indemnização não fosse renunciável: cf. VAZ SERRA, «Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e remoção», *BMJ* n.º 84 (1959), 5-303 (299).

⁽⁴⁵⁾ A própria declaração subscrita pelo lesado, nos termos do qual determinada quantia paga pelo lesante constitui uma «indemnização total e final» por «todos os danos patrimoniais e não patrimoniais que advieram ou possam advir em consequência do acidente» não pode ser entendida como uma renúncia abdicativa de compensação por agravamento dos danos: cf. o acórdão do STJ de 9-10-2008 (FERREIRA SOUSA), cujo sumário se encontra disponível em *Os danos futuros na jurisprudência das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça*, disponível em <<https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/cadernodanosfuturos2002-2012.pdf>>, e ainda o acórdão da RP de 5-03-2001 (sumário disponível em <www.dgsi.pt>).

o ressarcimento daqueles danos —, o que reforça a ideia de que ao lesado é reconhecido o direito de exigir uma (nova) indemnização por novos danos.

O lesado não é onerado com o risco de desenvolvimentos imprevisíveis do prejuízo ainda num outro sentido. Se exigir uma indemnização por danos futuros, mas o tribunal julgar o pedido improcedente e dele absolver o lesante por ser ainda incerto ou duvidoso que tais danos venham a ocorrer, o lesado não perde evidentemente o direito de os reclamar noutra ação, caso sofra efetivamente esses prejuízos⁽⁴⁶⁾. O que se apurou na primeira ação foi a imprevisibilidade do prejuízo e não a certeza de que não ocorreria, pelo que não há princípios de direito material, nem tão-pouco regras de direito processual que obstem à segunda ação.

Sendo, por hipótese, o lesante condenado a indemnizar o lucro cessante futuro decorrente do incumprimento de determinado contrato, este não poderia, à luz da tese da imodificabilidade, vir a invocar, num segundo processo, que a crise económico-financeira, entretanto ocorrida, mas imprevisível à data da primeira ação, destruiu totalmente as bases do conjecturado lucro. Não poderia invocar que o «lesado» não chegou a perder os rendimentos que o devedor inadimplente, não obstante, se viu constringido a ressarcir. Em contrapartida, obtendo o lesado uma indemnização dos custos com tratamentos e internamentos que suportou em consequência das lesões físicas sofridas, não fica o mesmo lesado impedido de reclamar novos custos com tratamentos ou cirurgias posteriores, que só então venha a apurar-se serem necessários ao seu integral restabelecimento. E isto é assim mesmo quando o lesado tenha procurado obter uma compensação por tais cirurgias e tratamentos futuros na primeira ação, mas o tribunal tenha indeferido a pretensão, por considerar que se tratava de custos meramente eventuais, cuja necessidade ficaria dependente da evolução das condições de saúde do ofendido.

Em suma, uma outra razão pela qual não pode aceitar-se a imodificabilidade da decisão condenatória de indemnização por danos futuros reside na distribuição inigualitária do risco de desenvolvimentos imprevisíveis do facto gerador de responsabilidade a que ela conduziria.

19. Pelo motivo que acaba de se expor, não é possível reconhecer à indemnização por danos futuros uma *natureza transaccional*, no sentido de pôr termo a qualquer litigância futura entre as partes conexas com o facto

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido também, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 465. Cf. ainda VAZ SERRA, «Anotação» (1975-1976) (cit. na n. 44), 314.

gerador de responsabilidade mediante recíprocas concessões. Já se viu que a indemnização por danos futuros não impede o lesado de posteriormente invocar ter sofrido *outros danos* que venham a produzir-se ulteriormente, para além dos foram prematuramente compensados. Quando muito, a (recíproca) «concessão» do lesado residiria em não poder alegar que os danos já incluídos na indemnização foram mais extensos do que inicialmente se supôs. No entanto, nem nesse sentido (desequilibrado em prejuízo do lesante) pode entender-se que a indemnização por danos futuros é equiparada a uma transação. O argumento não deve ser aceite, desde logo, pela simples razão de que a transação constitui um ato de autonomia privada das partes e não se pode atribuir essa natureza uma decisão heterónoma⁽⁴⁷⁾. Além disso, não pode esquecer-se que é o lesado que escolhe exigir o ressarcimento de danos futuros. Em determinados casos, é por iniciativa do tribunal que tais danos são incluídos na indemnização, mas sempre a coberto de um pedido genérico do lesado⁽⁴⁸⁾. Por isso, não há qualquer razão para onerar o lesante com um risco que ele não quis correr nem pôde evitar, impedindo-o de invocar que o dano prognosticado não chegou a verificar-se ou que só se produziu em menor medida.

20. A modificabilidade da indemnização por danos futuros (nas condições assinaladas) não parece ser posta em causa pelo regime da *indemnização sob a forma de capital*. Como se sabe, esta é uma alternativa à indemnização em renda, prevista no art. 567.º do CC, quando o dano futuro tenha a natureza de dano continuado. Na indemnização sob a forma de capital o lesado obtém um montante em dinheiro muito antes de se produzirem todos os danos que a atribuição dessa quantia visa compensar. O pressuposto da sua admissibilidade é o de que a soma paga de uma só vez possa ser usada pelo lesado como um capital produtor de um rendimento periódico que acompanhe, *pari passu*, a verificação contínua do dano⁽⁴⁹⁾.

(47) Neste sentido, também para afirmar a possibilidade de serem considerados desvios ao que foi prognosticado pelo tribunal, cf. STAUDINGER/SCHIEMANN, Pré-anotação ao § 249 BGB, n. m. 80 (*J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse — §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*, 12.ª ed. (GOTTFRIED SCHIEMANN), Sellier — de Gruyter, Berlim, 2017).

(48) A condenação em indemnização por danos futuros, além da previsibilidade dos mesmos, supõe um pedido determinado do lesado a tanto dirigido ou, em alternativa, um pedido genérico, referente à compensação de todos os danos (sem limitação) que o lesado tenha sofrido em consequência do facto gerador de responsabilidade: assim, VAZ SERRA, «Anotação» (1975-1976) (*cit.* na n. 44), 315.

(49) Cf., a título meramente exemplificativo, os acórdãos do STJ 26.06.2012 (ANTÓNIO PIÇARRA) e 30-03-2017 (OLINDO GERALDES), ambos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

A questão da revisibilidade da indemnização sob a forma de capital perante desenvolvimentos da realidade que não tenham sido contemplados na previsão em que assentou o seu estabelecimento não é resolvida expressamente na lei, ao contrário do que sucede para a indemnização sob a forma de renda (cf. o art. 567.º, n.º 2, do CC). No projeto de Vaz Serra a modificação da indemnização sob a forma de capital era, porém, admitida em termos amplos, ainda que não o fosse pela via de uma ação modificativa. Segundo o art. 19.º, n.º 4, desse projeto, o lesado deveria, «nos termos das disposições respeitantes ao enriquecimento sem causa, restituir ao responsável a parte da indemnização que, em face da alteração superveniente das circunstâncias, foi paga a mais»⁽⁵⁰⁾. Além disso, aceitava-se que a indemnização sob a forma de capital não impediria uma «nova ação em que seja exigido um dano que só se produziu ou só pôde ser apreciado depois da decisão em que se arbitra uma indemnização sob a forma de capital»⁽⁵¹⁾. Apenas no caso de «aumento do custo de vida» se privava o lesado de exigir uma alteração à indemnização que lhe havia sido concedida sob a forma de capital⁽⁵²⁾.

Perante o silêncio do Código Civil, a doutrina que se tem pronunciado sobre o tema nega a possibilidade de se rever a indemnização sob a forma de capital, argumentando *a contrario* a partir do que expressamente está contemplado para indemnização em renda. Na substância, porém, e segundo as posições assumidas por essa doutrina, a indemnização sob a forma de capital não é verdadeiramente tomada como uma regulação definitiva do tema do ressarcimento entre o lesante e o lesado. Aceita-se que, mesmo após ter recebido uma indemnização sob a forma de capital, o lesado possa exigir a compensação de novos danos, ao menos daqueles que não fossem previsíveis à data em que o capital foi fixado⁽⁵³⁾. A inalte-

⁽⁵⁰⁾ Cf. VAZ SERRA, *Obrigações de indemnização* (cit. na n. 44), 299.

⁽⁵¹⁾ *Idem*, 258. A regra não passou para o articulado possivelmente por se considerar que, sendo evidente, a referência seria dispensável.

⁽⁵²⁾ Era o que dispunha o n.º 2, do art. 19.º do articulado proposto relativo à obrigação de indemnização: cf. *idem*, 299.

⁽⁵³⁾ Neste sentido, ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 329-330, ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extra-contratual*, Almedina, Coimbra, 2005, 157-159, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 344-346. A última autora defende, porém, *de iure condendo* a sujeição da indemnização sob a forma de capital a revisão e mesmo em hipóteses que não se traduzem numa evolução do dano diferente da esperada (p. ex., revisão da indemnização por força da depreciação monetária). ISABEL ALEXANDRE abre ainda uma exceção o lesado ter peticionado uma indemnização sob a forma de renda, mas tal não lhe ter sido concedido. Neste caso, o lesado (mas não o lesante) poderia requerer a modificação da indemnização sob a forma de capital. A autora parece referir-se à possibilidade de a indemnização ser adaptada a outras circunstâncias que não o surgimento de novos danos imprevisíveis à data da quantificação do capital, em particular à evolução da inflação.

rabilidade da indemnização perante uma não verificação das previsões traduz-se assim, para aquela doutrina, sobretudo numa imodificabilidade *para o lesante*, que não pode vir a exigir reembolso do que pagou a mais ainda que prove que o dano prognosticado não chegou a ocorrer ou teve uma extensão ou uma duração inferior às previstas⁽⁵⁴⁾.

A insusceptibilidade de revisão de uma indemnização sob a forma de capital perante a não verificação do dano ou uma menor extensão deste não pode, no entanto, ser tomada como um dado adquirido no direito português. A lei a tal não obriga, apenas se podendo dizer que o regime de modificação da indemnização em renda não se aplica sem mais à indemnização sob a forma de capital. Mas tal não permite concluir pela insensibilidade desta última a variações posteriores. Na verdade, diversamente do que sucede no estabelecimento de uma renda, a fixação de uma indemnização sob a forma de capital depende de dois tipos diferentes de prognósticos: um relativo à evolução do dano e outro relativo às *condições de aplicação do capital*. A previsão da evolução de taxas de juro, da disponibilidade de produtos financeiros e outras circunstâncias análogas não existe na indemnização sob a forma de renda, mas é indispensável quando a indemnização tenha por objeto a entrega de um capital⁽⁵⁵⁾. Ora, os desvios da realidade relativamente à previsão das condições de aplicação do capital não permitem a revisão da correspondente indemnização porque esta supõe justamente a *transferência do risco de administração do capital para o lesado*, que, a partir do seu pagamento, terá o ónus de o fazer frutificar, não podendo invocar que encontrou obstáculos inesperados nesse ponto, mas não estando também sujeito a reembolsar o lesante quando encontre condições mais favoráveis do que as previstas ou quando, mercê do seu engenho ou competência, consiga extrair do capital pago maiores rendimentos do que os esperados.

Não obstante, relativamente a outras divergências entre a realidade e aquilo que foi previsto no momento da fixação do capital, não há razão para afastar a possibilidade de rever a indemnização. Assim, se o lesado sofreu mais danos do que o previsto, deve poder exigir por eles indemnização adicional (e tratando-se de danos continuados, também possivelmente sob a forma de capital). Em contrapartida, não se produzindo o dano prognosticado ou tendo ele uma duração ou extensão menores do que as pressupostas na decisão judicial, é possível a via da modificação, estando naturalmente a exi-

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, ÁLVARO DIAS, *Dano corporal* (cit. na n. 53), 334-340, ARMANDO BRAGA, *A reparação* (cit. na n. 53), 158-159, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 345-346.

⁽⁵⁵⁾ Cf., a título de exemplo, para uma previsão da evolução das taxas de juro, o acórdão do STJ de 30-03-2017 (OLINDO GERALDES).

gência da restituição do que já foi pago pelo lesante (quando for esse o caso) sujeita às limitações das regras do enriquecimento sem causa, quer no plano do cálculo do objeto da obrigação de restituir (cf. o art. 479.º, n.º 2, do CC), quer quanto à prescrição do correspondente direito (cf. o art. 482.º do CC)⁽⁵⁶⁾.

Entendidos nestes termos, os limites à modificabilidade de uma indemnização por danos futuros continuados sob a forma de capital não se opõem à tese aqui defendida da modificabilidade, em geral, de qualquer indemnização por danos futuros por desvio entre a realidade e o que se prognosticou. Ponto é que a divergência entre o que se verificou e o que foi previsto respeite à *ocorrência e dimensão do dano* e não às condições de aplicação da indemnização, quando estas também tenham sido objeto do juízo previsional do tribunal.

VII. A extensão e os limites da ação modificativa de decisão arbitral: algumas questões

21. Sendo a modificabilidade da indemnização por danos futuros, no caso de desvio entre o que se prognosticou e o que veio a suceder, uma imposição do direito substantivo — como acaba de se ver —, importaria determinar como é que o lesante pode fazer valer, no plano processual, este regime. A questão é respondida, no direito português, por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, que propõem a aplicação *analógica* do art. 619.º, n.º 2, do CPC. Este preceito, circunscrito textualmente às decisões em que «o réu tiver sido condenado a prestar de alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração», não seria, segundo estes autores, diretamente aplicável à «condenação imediata em indemnização *integral* de dano futuro», mas apenas à indemnização continuada por dano futuro, *i. e.*, à indemnização sob a forma de renda⁽⁵⁷⁾. No entanto, deveria admitir-se a

⁽⁵⁶⁾ Note-se, porém, que, no âmbito da indemnização por acidentes de trabalho e doenças profissionais, sendo uma pensão anual *remida em capital*, a lei salvaguarda expressamente o direito de o lesado exigir a revisão quando se verifique uma redução ulterior da capacidade de trabalho ou de ganho em consequência de alguma das circunstâncias previstas no art. 70.º da Lei n.º 98/2009 de 4 de Setembro, mas aparentemente não garante tal direito ao lesante perante a ocorrência simétrica de uma melhoria capacidade de trabalho ou de ganho (cf. o art. 77.º, al. *b*) da Lei n.º 98/2009 de 4 de Setembro).

⁽⁵⁷⁾ Cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit.* na n. 2), 431 (itálico meu). Note-se, porém, que o art. 619.º, n.º 2, do CPC, não está limitado às decisões de condenação numa *prestação periódica*, ao contrário do que sucede com o § 323 ZPO (lei processual alemã). Os alimentos podem

via da analogia, a qual a par da vantagem do «aproveitamento dos actos», asseguraria uma proteção acrescida «da intangibilidade da decisão não afetada pela modificação do estado de coisas relevante»⁽⁵⁸⁾.

Ora, dando como boa a tese da aplicabilidade do art. 619.º, n.º 2, do CPC à indemnização por dano futuro instantâneo, *i. e.*, aceitando-se que o lesante pode lançar mão da ação modificativa para o efeito de obter uma redução ou eliminação da indemnização porque o prognóstico em que a decisão assentou não chegou a verificar-se, logo se colocam uma série de dúvidas quanto à extensão e limites desta faculdade. É precisamente esse o objeto dos pontos seguintes.

a) Ação modificativa e agravamento do dano ou novos danos

22. O *princípio compensatório* constitui o fundamento principal da revisibilidade de uma indemnização já liquidada por danos futuros sempre que não se verifiquem as circunstâncias previstas que estiveram na base da decisão. Ora, esse princípio não distingue entre, por um lado, uma modificação de *sentido minorativo*, *i. e.*, que exclua ou reduza a indemnização, e, por outro lado, uma modificação de *sentido ampliativo*, *i. e.*, que aumente a indemnização. E não existem *outras razões* para um tratamento discriminatório entre os dois tipos de ocorrências. Aliás, como se viu atrás, a possibilidade de o lesado exigir uma indemnização por danos que ainda não se tivessem produzido e que ainda não fossem previsíveis no momento temporal de referência da decisão de uma primeira ação sempre foi reconhecida, sem exceção, na doutrina e na jurisprudência⁽⁵⁹⁾. Contudo, nem todos os danos que eram futuros à data da primeira ação e que se tornem, posteriormente, danos presentes poderão ser reclamados pelo lesado e nem é certo que, quando devam poder ser exigidos, a ação modificativa seja o meio processual adequado a alcançar esse efeito.

23. Na verdade, não pode valer indiscriminadamente a possibilidade de o ofendido, que já tenha obtido uma decisão transitada em julgado relativa a indemnização fundada em determinado facto gerador de respon-

ser prestados sob a forma de capital (cf. o art. 2005.º, n.º 1, do CC) e não há qualquer obstáculo à aplicação daquele preceito a esse caso. A recusa da aplicação da ação modificativa à indemnização por dano futuro continuado sob a forma de capital, *i. e.*, uma indemnização que se esgota numa prestação instantânea, embora se reporte a um dano continuado, assenta em razões de direito substantivo (que já foram parcialmente afastadas no texto) e não em qualquer limitação do art. 619.º, n.º 2, do CPC às sentenças de condenação em prestação periódica (cf. *supra*, texto subsequente à n. 49).

⁽⁵⁸⁾ Cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Acção» (*cit.* na n. 2), 434.

⁽⁵⁹⁾ Cf. *supra*, texto posterior à n. 44.

sabilidade, fazer valer posteriormente danos oriundos do mesmo facto que ainda não se haviam produzido ao tempo do encerramento da discussão naquela ação.

Em concreto, há restrições quando os danos ocorridos num momento ulterior já fossem *previsíveis* à data do encerramento da discussão na ação em que foi proferida a primeira decisão⁽⁶⁰⁾. Se o lesado tiver formulado um *pedido genérico* na primeira ação, *i. e.*, se o lesado, designadamente com fundamento em ainda não se ter extinguido o potencial lesivo do facto danoso, apresentar um pedido que abranja todos os prejuízos que tenha sofrido ou venha a sofrer em consequência desse facto — pedido esse admissível à luz do art. 566.º, n.º 1, al. b) do CPC —, deve entender-se que aquele pedido abrange os danos futuros e que a causa de pedir integra os correspondentes factos, posto que previsíveis. Consequentemente, se o tribunal não condenar o lesante na indemnização de danos que, embora não se tivessem produzido, já fossem previsíveis, o *efeito negativo do caso julgado* (assegurado pela exceção de caso julgado) opõe-se a que o ressarcimento de tais danos, uma vez ocorridos, possa ser depois judicialmente exigido.

Assim, se, por exemplo, o tribunal não condenou o lesante por determinados danos que já eram previsíveis à data do encerramento da discussão da primeira ação porque o lesado *não alegou* os correspondentes factos (futuros) e, em consequência, estes não puderam ser tidos em conta pelo tribunal (cf. o art. 5.º do CPC), a uma ação posterior em que fosse pedida a indemnização de tais danos poderia opor-se eficazmente a exceção de caso julgado. E repare-se que, nesta hipótese, o caso julgado que se formou sobre a decisão relativa ao pedido genérico não pode ser *quebrado* por meio da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC, pela simples razão de que o tribunal não fez, nem podia fazer, na primeira ação qualquer previsão relativamente aos danos futuros (previsíveis) não invocados pelo autor, pelo que não está em causa uma falha de prognóstico ou de previsão a que aquela ação visa justamente reagir⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Já se tem reservado a expressão «agravamento do dano» para os danos futuros que sejam previsíveis *ex ante*, num determinado momento, e a expressão «novos danos» para aqueles que sejam imprevisíveis (cf. o acórdão do STJ de 3-12-1998 (Ferreira Ramos), disponível em <www.dgsi.pt>). Mas a terminologia não se encontra sedimentada (cf. o acórdão do STJ de 22-09-2009 (ALVES VELHO), em que se alude a novos danos previsíveis). Por isso, prefiro distinguir apenas entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis, referindo o momento da previsibilidade ao encerramento da discussão na primeira ação.

⁽⁶¹⁾ A mesma solução deve valer para o caso de o tribunal ter conhecido dos danos futuros previsíveis, mas não ter neles condenado o lesante por faltar, em relação a eles, um título de imputação

Só não será assim se a indemnização arbitrada não incluiu danos futuros previsíveis por o tribunal erradamente ter considerado que eles não se produziriam — ou que não havia certeza de que se produzissem — e estes depois se vierem a verificar. Nesta hipótese concreta, o caso julgado formado sobre a decisão proferida na primeira ação poderá ser quebrado por meio da via aberta no art. 619.º, n.º 2, do CPC, na medida em que a decisão anterior fez um prognóstico deficiente da realidade e existe uma «modificação das circunstâncias que determinaram» a decisão⁽⁶²⁾.

24. As soluções que valem para o caso de o lesado ter formulado um pedido genérico, referente a todos os danos que sofreu e que vier a sofrer resultantes do facto gerador de responsabilidade, não se aplicam, porém, à hipótese de o *pedido se limitar aos danos presentes*, ou seja, aos prejuízos verificados à data do encerramento da discussão. Se determinado dano era previsível à data do encerramento da discussão da primeira ação, mas não tiver sido incluído na indemnização aí arbitrada por o lesado não ter formulado o correspondente pedido, não fica precludida a faculdade de o fazer posteriormente, ressalvada naturalmente a prescrição do seu direito⁽⁶³⁾. É certo que já lhe era permitido, à luz do art. 564.º, n.º 2 do CC, incluir no pedido formulado anteriormente os danos futuros previsíveis. Do ponto de vista substantivo, porém, nada obriga o lesado peticionar antecipadamente os seus danos futuros. *Pode fazê-lo, mas não tem de fazê-lo* e não perde quaisquer direitos se o não fizer, não ficando privado da possibilidade de exigir o ressarcimento desses danos quando venham a ocorrer. Existem motivos atendíveis para que o lesado não inclua no pedido da primeira ação os danos futuros, mesmo que já sejam previsíveis à data em que a proponha ou no seu decurso. Desde logo, pode o lesado não querer suportar os custos de litigância de um pedido de valor superior antes de sofrer o dano, mesmo quando já seja possível prever com um grau grande de probabilidade que ele se produzirá. Depois, mercê das dúvidas que sempre atingem a previsibilidade do dano futuro, pode o lesado não

— por exemplo, por não serem uma consequência adequada do facto gerador de responsabilidade. Nesse caso, a sua exigência posterior, quando esses danos venham efetivamente a ocorrer, encontra-se precludida, igualmente nos termos dos arts. 580.º e 581.º do CPC. O contrário equivaleria a que a causa pudesse ser reexaminada e o juízo sobre a imputabilidade dos danos pudesse ser corrigido, ainda que a pretexto da ocorrência de factos supervenientes. E a ação modificativa nunca poderia justificar uma quebra deste caso julgado porque não houve uma «modificação das circunstâncias que determinaram» a decisão.

⁽⁶²⁾ Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 501, n. 1763.

⁽⁶³⁾ Cf. *infra*, VII, al. b).

querer que o risco de insucesso nesse pedido possa fragilizar a sua posição quanto a outros pedidos que também faça valer na ação — *maxime*, em relação a danos presentes — ou ainda pode querer evitar que o acréscimo de tempo ligado à discussão processual dos danos futuros retarde a satisfação dos demais pedidos. Nada há na regra do art. 564.º, n.º 2, do CC ou nos valores que a animam que imponha ao lesado o ónus de fazer valer antecipadamente os seus danos futuros previsíveis em termos de, não o fazendo numa primeira ação que proponha com fundamento no facto gerador de responsabilidade, ver tolhida a possibilidade de reclamar a sua compensação posteriormente.

25. Finalmente, tratando-se de danos imprevisíveis é indiscutível que o lesado não estava em condições de exigir o seu ressarcimento em momento anterior (cf. o art. 564.º, n.º 2, do CC), pelo que a possibilidade de compensação quando eles se venham a produzir não pode ser seriamente posta em causa. E tal vale, inclusive, para o caso de o lesado ter formulado na primeira ação um pedido genérico, *i. e.*, um pedido que abranja, sem exceção, todas as consequências danosas do facto gerador de responsabilidade. Mesmo tendo sido apresentado um pedido genérico, deve entender-se que nem a causa de pedir nessa ação, nem o pedido incluem danos imprevisíveis, pelo que a eficácia do caso julgado não se opõe a um novo pedido indemnizatório. Além disso, não pode considerar-se que, com o pedido genérico, o lesado tenha querido renunciar à indemnização de perdas que, no momento em que o formulou, não podia prever⁽⁶⁴⁾.

26. Reconhecido, com certas limitações, o direito do lesado de exigir uma indemnização por danos que se venham a produzir depois do encerramento da discussão em ação anterior em que se tenha arbitrado indemnização por outros prejuízos decorrentes do mesmo facto, cabe determinar *por que via* pode ele fazer valer esse seu direito: se o deve fazer através de uma *nova ação* ou através de uma *ação modificativa*. Assim, tem pleno sentido a questão de saber se pode recorrer-se à ação modificativa para obter uma revisão da indemnização mesmo no sentido ampliativo.

Precise-se, em qualquer caso, que, na maioria dos casos, a discussão versa somente a possibilidade de o lesado lançar mão da ação modificativa *em alternativa* a uma nova ação, dado que a viabilidade desta última, sempre que àquele sobrevenham novos danos, nunca poderia ser seriamente

(64) ASSÍM, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 469.

posta em causa. O lesado pode ter interesse na ação modificativa por esta envolver simplificação processual, mas tratando-se de danos *que não se encontram cobertos pelo caso julgado formado sobre a decisão anterior* porque o pedido e a correspondente causa de pedir não os incorporavam — nos termos acima delineados — a via de uma nova ação encontra-se sempre aberta.

27. A aplicação da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC às situações em que o lesado queira fazer valer danos que só veio a sofrer depois do encerramento da discussão da primeira ação e a cujo pedido não possa ser oposto o caso julgado nela formado gera fundadas dúvidas. Por um lado, não se poderá falar aqui de uma «modificação das circunstâncias *que determinaram a condenação*», como requer o art. 619.º, n.º 2, do CPC. Os novos danos que se venham a registar e que não foram incluídos na decisão já transitada em julgado não representam propriamente a não verificação do prognóstico em que *assentou* a decisão anterior (se é que nela algum prognóstico foi feito). Esses novos danos são antes «novos factos, que acrescerão aos já anteriormente fixados»⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, e em consequência disso, o caso julgado formado sobre a decisão anterior não abrange danos diversos daqueles que nela foram contemplados, pelo que não se poderá, por isso, falar aqui rigorosamente de uma decisão modificativa da decisão anterior. Nas palavras de Isabel Alexandre, neste tipo de casos, a ação modificativa não envolve «qualquer quebra de caso julgado da anterior ação, que, no que diz respeito aos danos não previstos, não tem qualquer extensão para o futuro»⁽⁶⁶⁾.

A favor da admissão de uma ação modificativa nestes casos depõe, no entanto, um imperativo *tratamento igualitário entre o lesante e o lesado*, pois se o primeiro pode sempre recorrer à ação modificativa para reduzir a indemnização em função de uma alteração das circunstâncias prognosticadas, beneficiando então da economia processual, idêntica vantagem deve ser reconhecida ao segundo, ainda que, em abstrato, sempre lhe fosse permitido exercer o seu direito à indemnização por novos danos em ação autónoma⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 471.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ No sentido de que nos casos de agravamento do dano o lesado terá de intentar uma nova ação declarativa condenatória, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (cit. na n. 17), 311. Pelo contrário, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 469, cuja opinião sigo, admite a ação modificativa, embora a autora apenas se refira à indemnização por danos futuros sob a forma de renda. Note-se ainda que Isabel Alexandre exclui a possibilidade de recorrer à ação modificativa nos casos

b) Ação modificativa e prescrição

28. No que respeita aos limites da ação modificativa, coloca-se a questão de saber se ela estará sujeita a algum prazo. A resposta é, em abstrato, relativamente simples. A lei processual civil não estabelece qualquer *prazo* para propor a ação modificativa (cf. o art. 619.º, n.º 2, do CPC), pelo que o único prazo aplicável terá de resultar da lei substantiva, em concreto, dos *prazos de prescrição dos direitos* que se queira fazer valer por via da ação modificativa⁽⁶⁸⁾.

O primeiro prazo de prescrição a ter em conta é o prazo de prescrição do direito à indemnização, quando a ação modificativa seja intentada precisamente com o objetivo de o lesado obter a indemnização de um agravamento do dano ou de um novo dano não abrangido em anterior condenação. A prescrição, por imperativo lógico, só pode começar a contar a partir da data em que o direito se constitua e, além disso, apenas a partir do momento em que o direito possa ser exercido (cf. o art. 306.º, n.º 1, do CC). Tratando-se de um direito à indemnização, a prescrição conta-se a partir do momento em que um dano se produziu, pois só então se constituiu o direito à correspondente indemnização⁽⁶⁹⁾. O pressuposto indeclinável de qualquer direito à indemnização é justamente o dano (cf. o art. 562.º do CC) e, em consequência, antes da verificação do dano não tem início a prescrição⁽⁷⁰⁾.

A regra de que o dever de indemnizar — e o direito à indemnização — só se constitui com a produção do dano, embora singela na aparência, esconde uma dificuldade. O dano é uma realidade evolutiva, cuja extensão

em que o dano fosse *previsível* à data da primeira ação, afirmando que se a lei dá ao lesado um meio de este economizar atos processuais permitindo-lhe exigir antecipadamente a indemnização do dano futuro previsível em conjunto com a dos seus danos presentes, então essa é a *via exclusiva* de proteção do seu interesse na economia processual. Atuando *a posteriori*, depois de verificado o dano «futuro», o lesado terá de o fazer valer numa nova ação [cf. ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 501]. Esta argumentação, contudo, não convence, porque, para além desta *razão formal* assente na duplicação meios à disposição do lesado para a tutela do mesmo interesse, não parece existir uma *razão substancial* para recusar a ação modificativa. Que valor ou valores são afetados quando se garante ao lesado a «segunda oportunidade» de obter a indemnização por uma via que implique uma considerável economia do ponto de vista processual?

⁽⁶⁸⁾ Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 689.

⁽⁶⁹⁾ Cf. VAZ SERRA, «Prescrição do direito de indemnização», BMJ n.º 87 (1959), 23-67 (41-42).

⁽⁷⁰⁾ A tese de que a obrigação de indemnizar nasce com sanção do facto ilícito, independentemente da ocorrência de danos, é contrariada pelos dados legais (cf. o art. 483.º, n.º 1, e o art. 798.º ambos do CC). Além disso, como assinala Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa (s. e.), 1941, 238-241, a ideia de uma obrigação de indemnizar que se constitui com o ilícito, mas se extingue se não sobrevier dano algum é «pura fantasia» e não se ajusta à responsabilidade pelo risco e por factos lícitos (sendo certo que se trata também aí de uma obrigação de indemnizar).

vai variando ao longo do tempo. Por isso, coloca-se a questão de saber se uma vez verificado *um dano inicial* imputável ao facto gerador de responsabilidade a prescrição abrange também o direito à indemnização por todos os *danos ulteriores* que venham a produzir-se posteriormente ao dano originário ou se, pelo contrário, é admissível que corram, em simultâneo ou sucessivamente, vários prazos de prescrição independentes entre si, com diferentes termos *a quo*: tantos quantos os danos que ocorram em momentos distintos e que sejam ainda imputáveis ao facto gerador de responsabilidade. A primeira tese pode ser caracterizada como tese de *unidade do dano* e consequentemente de *unidade do direito* à indemnização⁽⁷¹⁾. A segunda pode ser representada pela referência à *pluralidade do dano* e à *pluralidade dos direitos* ao respetivo ressarcimento. São possíveis, evidentemente, teses compromissórias, como se verá de seguida.

29. A questão que acaba de se formular tem relevância indireta na possibilidade de modificar uma indemnização já reconhecida por sentença transitada em julgado mercê da superveniência de danos adicionais e suscita-se relativamente a qualquer prazo de prescrição: seja o prazo de prescrição ordinária do direito à indemnização (cf. o art. 498.º, n.º 1, *in fine* do CC, aplicável à responsabilidade delitual e à responsabilidade pelo risco por força do art. 499.º do CC), seja a prescrição de curto prazo, concretamente a prescrição de três anos aplicável ao direito à indemnização que se constitua fora do domínio do incumprimento das obrigações (cf. o art. 498.º, n.º 1, do CC)⁽⁷²⁾. No entanto, teoricamente a questão pode ser objeto de uma resposta distinta consoante a duração do prazo em jogo. A circunstância de, no art. 498.º, n.º 1, do CC, o prazo curto de prescrição se contar a partir do momento em que o lesado tenha tido conhecimento do direito que lhe compete⁽⁷³⁾, embora *desconhecendo a «extensão integral*

(71) O princípio da unidade do dano, nos termos do qual, no caso de pluralidade de consequências danosas de um mesmo facto, estas se considerariam produzidas logo no momento do primeiro dano (ainda que só venham a ocorrer posteriormente) é acolhido unanimemente na doutrina e jurisprudência alemãs, porém, cingido aos danos com que se possa contar logo no momento do primeiro dano (cf. MÜNCHKOMM/GROTHE, § 199, n. 9 — *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil*, Beck, Munique, 2006). A reforma do direito da prescrição (no contexto da modernização do direito das obrigações alemão) nada mudou em relação ao acolhimento deste princípio, embora a lei continue a não lhe fazer referência: cf. MÜNCHKOMM/GROTHE, § 199, n. m. 9, e *Das neue Schuldrecht/Wendland*, n. m. 12 (Has *(et alii)*, *Das neue Schuldrecht*, Beck, Munique, 2002).

(72) O prazo especial do art. 498.º, n.º 1, do CC, aplica-se simultaneamente à responsabilidade assente na culpa e no risco: cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações* (cit. na n. 36), 625, n. 2.

(73) Diversa é a proposta de interpretação de PAIS DE VASCONCELOS, «Responsabilidade civil e prescrição», *Revista de direito da responsabilidade*, Ano 1 (2019), 761-781 (780-781), ao considerar

dos danos», parece apontar para a consagração legal da tese da unidade do dano, nos termos da qual, e para efeitos de prescrição do direito à indemnização, depois de o facto se tornar danoso, *todo o dano*, mesmo o que se produza posteriormente, se considera verificado logo no momento do primeiro dano⁽⁷⁴⁾.

O entendimento da jurisprudência e doutrina dominante é, porém, diferente. Tem-se vindo a sedimentar uma distinção entre *danos futuros previsíveis e imprevisíveis*. Relativamente aos primeiros, o prazo de prescrição do direito à correspondente indemnização começa a contar-se desde o momento em que se produza o dano inicial (pressupondo que o dano futuro já seja previsível nessa data), independentemente de o lesado os ter efetivamente previsto e do momento (ulterior) em que venham a ocorrer. Diversamente, no caso de danos futuros imprevisíveis, a contagem do prazo só ocorre depois de estes se produzirem e de serem conhecidos pelo lesado⁽⁷⁵⁾.

A distinção deve ser acolhida e era, de resto, a defendida por Vaz Serra no estudo dedicado à prescrição do direito de indemnização⁽⁷⁶⁾. Desde logo, ela é inteiramente compatível com o disposto no art. 498.º, n.º 1, do CC. Quando a lei estabelece que a contagem do prazo de três anos se inicia apesar do desconhecimento da extensão integral dos danos estabelece diretamente uma regra quanto ao termo *a quo* da prescrição, mas não delimita, com isso, a *amplitude do direito sob prescrição*. Uma coisa é a contagem do prazo de prescrição iniciar-se apesar do desconhecimento

que o *dies a quo* do prazo curto de prescrição não é o momento em que o lesado tem conhecimento do seu direito à indemnização, mas o momento (posterior) em que tenha conhecimento da recusa extrajudicial do lesante em satisfazer o seu direito. No entanto, a leitura não tem qualquer apoio na letra da lei e faria com que o prazo ficasse sujeito à iniciativa do lesado, o que a lei justamente parece querer evitar.

⁽⁷⁴⁾ Neste sentido, embora reconhecendo que não corresponde ao acolhido na jurisprudência e na doutrina dominantes, cf. P. COSTA E SILVA/N. TRIGO DOS REIS, «Estabilidade» (*cit.* na n. 17), 321-322, n. 62.

⁽⁷⁵⁾ Na jurisprudência, vejam-se os acórdãos do STJ de 3-12-1998 (FERREIRA RAMOS), de 8-11-2005 (MOREIRA ALVES), de 22-09-2009 (ALVES VELHO) e de 7-12-2010 (GARCIA CALEJO), disponíveis em <www.dgsi.pt>. Nos acórdãos do STJ de 16.06.2009 (URBANO DIAS) e de 18.04.2002 (ARAÚJO BARROS) apenas se esclarece que, ocorrido posteriormente um novo dano, o prazo prescricional conta-se a partir da respetiva ocorrência e conhecimento, sem referência ao requisito da imprevisibilidade em momento anterior. Na doutrina, por referência a «novos danos» VAZ SERRA, «Anotação», RLJ n.º 105 (1972-1973), 45-46, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Ed., Coimbra, 1987, 504, e ANTUNES VARELA, *Das obrigações* (*cit.* na n. 36), 627, e acolhendo a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis, GABRIELA FERNANDES, *Comentário ao Código Civil: direito das obrigações; das obrigações em geral* (coord. Brandão Proença), Universidade Católica, Lisboa, 2018, Anot. ao art. 498.º, n.º 4, II, e ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (*cit.* na n. 1), 691-693.

⁽⁷⁶⁾ Cf. VAZ SERRA, «Prescrição» (*cit.* na n. 69), 43-44, que assim interpretava a regra segundo a qual o prazo se contava independentemente de ser conhecida a extensão integral do dano. No entanto, essa regra não se encontrava expressamente consagrada no articulado proposto pelo autor.

da extensão integral dos danos. Outra é a prescrição assim iniciada abranger o ressarcimento de todos os danos decorrentes do facto gerador de responsabilidade, mesmo daqueles que ainda não ocorreram, sejam ou não previsíveis. O primeiro aspeto respeita à contagem do prazo. O segundo respeita ao objeto da prescrição.

Acresce que esta tese discriminadora é ainda harmonizável com o art. 564.º, n.º 2, do CC, à luz do qual o lesado pode incluir no seu pedido indemnizatório danos futuros, posto que previsíveis, e mesmo que não sejam ainda determináveis. Compreende-se, à luz deste preceito, que o direito à indemnização por determinado dano possa extinguir-se antes mesmo de esse dano ter ocorrido e a razão disso está em que o direito já se havia constituído e podia ser exercido em momento anterior. A solução leva a que o lesado tenha o ónus de incluir no ato interruptivo o ressarcimento de danos futuros que sejam já previsíveis, pois só por essa via evitará a prescrição do direito à indemnização referente a estes danos. Na prática, e tratando-se da citação para uma ação de indemnização, o lesado terá o ónus de formular um pedido que abranja danos futuros previsíveis, se necessário, um pedido genérico (cf. o art. 569.º do CC e o art. 556.º, n.º 1, al. b) do CPC)⁽⁷⁷⁾.

Por fim, a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis concilia, de forma equilibrada, as finalidades da prescrição de curto prazo com o imperativo da efetividade da atribuição de direitos ao lesado. Se se compreende que as contingências da prova testemunhal em que geralmente assenta a indemnização no espaço extracontratual imponham ao lesado, que tenha conhecimento do preenchimento dos pressupostos do seu direito, que o exerça dentro de um período de tempo mais reduzido e sem esperar indefinidamente pela integral consumação do dano, não se pode deixar também de reconhecer que contrariaria a própria lógica da prescrição — assente no *não exercício* de uma posição jurídica — que esta operasse em caso de impossibilidade de exigência da indemnização por não se poder prever em absoluto o dano em causa.

(77) Note-se ainda que se o lesado propôs uma ação em que formulou um pedido genérico relativo a todas as consequências presentes ou futuras do facto gerador de responsabilidade ou um pedido determinado, mas que abrangia danos previsíveis, e, apesar disso, não obteve uma decisão de condenação do lesante na indemnização dos danos futuros já previsíveis à data da primeira ação (*maxime*, porque o tribunal entendeu que não existia probabilidade suficiente do dano para essa condenação) deve a citação para a primeira ação considerar-se um ato interruptivo da prescrição do direito à indemnização desses danos, de tal forma que uma exigência posterior da indemnização não fica precludida, se e na medida em que não se tenha esgotado o novo prazo de prescrição que entretanto se tenha começado a contar (cf. os arts. 323.º, 326.º e 327.º todos do CC).

30. No que respeita ao prazo ordinário de prescrição do dever de indemnizar, a contagem deste tem início com a produção do facto danoso (cf. o art. 498.º, n.º 1, *in fine*, do CC) independentemente do conhecimento que o lesado disso possa ter. No entanto, o termo *a quo* da prescrição ordinária suscita uma dúvida idêntica à que se viu valer na prescrição de curto prazo: tendo em conta o possível carácter evolutivo do dano, os 20 anos contam-se a partir do momento em que o primeiro dano se produziu, extinguindo-se, com o seu esgotamento, o direito à indemnização de *todos* os danos que resultem do facto gerador de responsabilidade, mesmo daqueles que só se produzam depois de decorrido aquele prazo (quando for caso disso)? Ou diversamente o prazo ordinário tem início em momentos distintos, consoante a data em que se produza *cada um* dos danos de cuja indemnização se cure?

Parece que as razões que valem para a distinção entre danos futuros previsíveis e imprevisíveis a propósito da prescrição de curta duração procedem igualmente quando esteja em causa a prescrição ordinária. Concretamente, choca que o lesado não possa exigir ressarcimento de danos imprevisíveis que venham a ocorrer mesmo depois de esgotados 20 anos sobre a produção dos primeiros prejuízos, desde que demonstre que estes são ainda objetivamente imputáveis ao facto gerador de responsabilidade⁽⁷⁸⁾. De outra forma, prescreveria um direito à compensação de um dano que rigorosamente nunca chegou a poder ser exercido, o que contraria o fundamento geral do instituto da prescrição (cf. o art. 306.º, n.º 1, do CC).

31. Nos casos em que ação modificativa seja proposta pelo lesante com o objetivo de reduzir ou excluir a indemnização, coloca-se a questão de saber se o exercício do correspondente direito estará sujeito ao prazo de prescrição do direito à restituição por enriquecimento sem causa. Nos termos do art. 482.º do CC, «o direito à restituição por enriquecimento prescreve no prazo de três anos contados da data em que o credor teve conhecimento do direito que lhe compete e da pessoa do responsável, sem

(78) Neste sentido, Vaz Serra, «Anotação», RLJ n.º 105 (*cit.* na n. 31), 47, dando o exemplo de o alimentando só vir a carecer dos alimentos «mais de vinte anos após o facto determinante da morte do lesado imediato». Se assim não fosse, como afirma o autor, «aquele que só viesse a ter necessidade de alimentos vinte anos depois do facto causador da morte do que seria obrigado a prestá-los, não poderia exigir indemnização ao lesante sem se expor a que lhe fosse oposta a excepção da prescrição». Note-se, porém, que não é este o entendimento implícito de Antunes Varela, *Das obrigações* (*cit.* na n. 36), 627, quando este autor afirma que o lesado pode sempre exigir a indemnização de novos danos, desde que só tenha conhecimento destes dentro dos três anos anteriores e «enquanto a prescrição ordinária não se tiver consumado». A passagem dá a entender que o direito à indemnização de *qualquer* dano prescreve decorridos 20 anos sobre a produção do primeiro prejuízo.

prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do enriquecimento».

Ora, a questão fundamental será a de saber se por via da ação modificativa o direito que o lesante faz valer é um direito à restituição do enriquecimento que o lesado obteve à sua custa. Na verdade, não é. Só o direito à restituição da parte da indemnização que tenha sido paga a mais é que constituirá um direito à restituição e, nessa medida, *o prazo de prescrição do art. 482.º do CC só terá relevância prática no caso de a decisão condenação, de que cuja modificação se cura, já ter sido cumprida ou executada*⁽⁷⁹⁾. Assim, o direito à modificação da decisão exercido por via da ação modificativa não está sujeito a este prazo de prescrição, embora o (eventual) direito à restituição que o lesante adite ao pedido modificativo — e que se encontra condicionado à obtenção de vencimento no pedido modificativo — esteja efetivamente sujeito a tal prazo.

Note-se que o prazo começará a contar-se a partir do momento em que o lesante tenha conhecimento dos factos que legitimam a modificação da indemnização em que foi condenado, por exemplo, a partir do momento em que teve conhecimento que o dano futuro, contra as previsões constantes da primeira decisão, não se verificou. Poder-se-ia entender que a prescrição do direito à restituição do que tenha sido pago ao abrigo da primeira decisão só começaria a contar-se a partir da data da modificação da decisão proferida na primeira ação, na medida em que se a indemnização foi fixada por sentença então esta constitui uma causa legítima de enriquecimento e, enquanto não for alterada, o enriquecimento tem causa⁽⁸⁰⁾. Mas não é assim. A partir do momento em que a sentença é suscetível de modificação não se pode dizer que se *mantém* a causa do enriquecimento. A par disso, e em geral, a circunstância de uma decisão condenatória transitar em julgado não tem a virtualidade de *dar causa* ao enriquecimento por ela ordenado quando este nunca a tenha tido, apenas tem o efeito de *tornar indiscutível* a eventual falta de causa.

c) Ação modificativa e sentenças já executadas

32. Se a decisão sujeita a modificação já foi cumprida ou executada, será isso um limite à ação modificativa? Poderia pretender-se que o

⁽⁷⁹⁾ Esta limitação só terá interesse se se considerar que existe a possibilidade de modificar decisões já executadas: quanto a este tema, cf. *infra*, VII, al. c).

⁽⁸⁰⁾ Neste sentido, aparentemente ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 695, na medida em que a autora entende que o lesado que proponha ação de modificação em caso de diminuição do dano não está sujeito à prescrição do art. 482.º do CC porque se a indemnização em renda «foi fixada por sentença (...) [existe] uma causa legítima de enriquecimento».

facto de ter sido cumprida ou executada a decisão criaria uma *confiança acrescida* no seu caráter definitivo e que isso constituiria um obstáculo à modificação. Mas o argumento não convence. De facto, constituindo a indemnização de danos futuros a *antecipação* de compensação de um dano que apenas foi previsto, nunca a confiança das partes na estabilidade da decisão mereceria proteção significativa⁽⁸¹⁾.

Além disso, sendo a modificação requerida pelo lesado no sentido alargar a indemnização a danos que, entretanto, tenham ocorrido, não há que tutelar confiança alguma do lesante quanto a não ser obrigado a compensar tais danos novos (danos futuros à data da primeira ação) quando ainda não tenha decorrido o prazo de prescrição do correspondente direito. Por outro lado, quando se trate de o lesante requerer uma modificação no sentido minorativo, a tutela da confiança do lesado no caráter definitivo da sua aquisição — da prestação recebida — é assegurada por meio das regras de cálculo da obrigação de restituir pelo enriquecimento sem causa (cf. o art. 479.º, n.º 2, do CC) e da prescrição do correspondente direito (cf. o art. 482.º do CC), não sendo coerente com estas opções do sistema criar-se uma exclusão «cega» da ação modificativa quando a decisão modificanda tenha sido cumprida ou executada.

d) Ação modificativa e preclusão do deduzido e do deduzível na ação anterior

33. Um verdadeiro limite à ação modificativa resulta de as circunstâncias novas que fundamentem o pedido de modificação *já serem previsíveis à data da primeira ação e não terem sido alegadas pela parte a quem aproveitam*. Na verdade, mal se compreenderia que a via da ação modificativa tivesse por efeito contornar o ónus de alegação que as partes processuais têm relativamente aos factos essenciais: do autor, quanto aos factos que compõem a causa de pedir e do réu, quanto aos factos que correspondem às exceções (cf. o art. 5.º do CPC).

Este limite tem, contudo, uma projeção diferente consoante se trate de uma modificação pretendida pelo lesante ou pelo lesado. De facto, como se disse acima, sendo a ação proposta pelo *lesado* e tendo por objeto o alargamento da indemnização a danos novos, a circunstância de os prejuízos já serem previsíveis à data da primeira ação não o priva, em princí-

⁽⁸¹⁾ Cf. argumento idêntico em ISABEL ALEXANDRE *Modificação* (cit. na n. 1), 343-344, ao defender que a inadmissibilidade da modificação de decisões já executadas nunca se aplicaria às decisões que condenem o lesante numa indemnização (de danos futuros continuados) sob a forma de capital.

pio, de os exigir posteriormente, pois a lei permite-lhe que ele antecipe a tutela, mas não o obriga a tal. Mas esta afirmação tem de ser coordenada com a possível preclusão resultante do caso julgado. Se o lesado, ao abrigo da faculdade do art. 564.º, n.º 2, do CC, tiver formulado na primeira ação um *pedido genérico*, referente a *todos* os danos presentes e futuros causados pelo facto gerador de responsabilidade, deve entender-se que o pedido e a causa de pedir se referem a *todos os danos previsíveis* à data do encerramento da discussão na primeira ação. Em tal caso, não tendo o autor (lesado) trazido ao primeiro processo os factos correspondentes a determinados danos futuros previsíveis até àquela data, ficará privado de o fazer numa ação posterior, porque a tal se opõe a eficácia de caso julgado. E este caso julgado não pode ser quebrado por via da ação modificativa do art. 619.º, n.º 2, do CPC, uma vez que esta ação visa corrigir divergências entre a factualidade ocorrida e a prognosticada e em relação aos danos previsíveis à data do encerramento da discussão de que o tribunal, por falta de alegação dos correspondentes factos, não chegou a conhecer não foi feito, nem podia ser feito, qualquer prognóstico⁽⁸²⁾.

Já se a ação modificativa for proposta pelo *lesante* e este pretender valer-se de factos novos que excluam ou reduzam a indemnização, previsíveis à data da primeira ação, mas por ele aí *não alegados*, a solução adequada será impedir a apreciação deste pedido modificativo. Na verdade, de outra forma não haveria preclusão de todos os meios de defesa que o réu estava em condições de opor ao pedido do autor, sendo certo que a função da ação modificativa não é a de introduzir uma brecha nesse efeito preclusivo do caso julgado. Tendo por referência o *concreto facto* futuro previsível não alegado pelo réu que, a ter sido invocado, teria tido o efeito de extinguir, modificar ou impedir o direito do autor, poder-se-á dizer que o tribunal da primeira causa não fez em relação a ele qualquer prognóstico. Por isso, o recurso à ação modificativa para fazer valer tal facto, quando ele venha a ocorrer, extravasaria o propósito deste meio processual, que é o de permitir a «correção» da decisão quando o prognóstico em que esta efetivamente tenha *assentado* não se concretize, o que relativamente aos factos não alegados não sucede⁽⁸³⁾.

e) Ação modificativa e erro de previsão

34. Um último limite à ação modificativa poderia revelar-se nos casos em que o pedido modificativo assenta numa *alteração de circuns-*

(82) Cf. *supra*, o texto subsequente à n. 61.

(83) Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 511.

tâncias previsível e invocada na ação anterior pela parte a quem aproveita cuja relevância para a decisão foi recusada pelo tribunal com o fundamento de ser imprevisível. A dúvida posta por este conjunto de casos reside no facto de neles existir um *erro de julgamento* que a ação modificativa, a ser admissível, viria corrigir. Mais do que reagir à não verificação da previsão feita na primeira ação, *i. e.*, a um «erro de previsão» em sentido impróprio, a ação modificativa neste tipo de casos emendaria uma previsão mal feita, *i. e.*, um *erro de previsão em sentido próprio*. Repare-se que a parte afetada por este erro de julgamento já terá tido a oportunidade de reagir a ele pelas vias comuns de recurso. Poderá, além disso, propor uma ação modificativa quando o futuro venha a dar-lhe razão e o facto por ela prognosticado e alegado venha efetivamente a ocorrer?

Na verdade, estamos ainda dentro do domínio da ação modificativa, uma vez que as circunstâncias prognosticadas pelo tribunal na primeira ação sofreram uma alteração. Além disso, a circunstância de o tribunal ter, na primeira ação, ainda que erradamente, considerado a circunstâncias futuras imprevisíveis e de ter recusado *precisamente com esse fundamento* a sua relevância para a decisão proferida é inteiramente compatível com a sua invocabilidade posterior, num momento em que a falta de certeza quanto à sua ocorrência já não possa ser um obstáculo à sua consideração. Não há que tolher nestes casos o recurso à ação modificativa⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ ISABEL ALEXANDRE, *Modificação* (cit. na n. 1), 472-474, rejeita também este limite à ação modificativa, mas com uma argumentação algo diversa. No entender da autora, se a apreciação do mérito do pedido modificativo pudesse ser evitada com o argumento de que o tribunal já deveria ter considerado o facto futuro na anterior ação e não o fez, isso significaria introduzir na fase de saneamento da ação modificativa um juízo quanto ao mérito da decisão anterior que é incompatível com a fisionomia da ação modificativa.

CONTRATO DE SEGURO E COBERTURA DE RISCOS ASSOCIADOS À PANDEMIA DE COVID-19

Por Maria Elisabete Ramos⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Medidas excepcionais e temporárias previstas pelo DL 20-F/2020. 2. Notas sobre o regime comum de pagamento do prémio. 3. Excepcional imperatividade relativa do regime de pagamento do prémio. 4. Seguros obrigatórios — dever legal de informação do segurador e prorrogação automática do contrato de seguro. 5. Falta de pagamento do prémio de seguros facultativos. 6. Regime excepcional e temporário de diminuição do risco. 7. É necessário o regime excepcional e temporário de diminuição do risco? 8. Remissão para o art. 92.º do RJCS. 9. Âmbito de competência do DL 20-F/2020. 10. Conclusões.

1. Medidas excepcionais e temporárias previstas pelo DL 20-F/2020

O DL 20-F/2020, de 12 de maio, “estabelece um regime excepcional e temporário, no âmbito da pandemia da doença COVID-19, relativo ao pagamento do prémio de seguro e aos efeitos da diminuição do risco nos

(1) Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av. Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Professora Auxiliar. O presente texto corresponde à conferência *on-line* proferida no âmbito da ação de formação, ocorrida no dia 5 de junho de 2020, subordinada ao tema “Contrato de seguro e cobertura de riscos associados à pandemia de COVID-19”, organizada pelos Conselhos Regionais da Ordem dos Advogados de Lisboa, Açores, Coimbra, Évora e Faro.

contratos de seguro decorrentes de redução significativa ou de suspensão de atividade” (art. 1.º)^(2/3).

Este diploma visa responder às consequências que as medidas legislativas e regulamentares excepcionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia de COVID-19 provocam nos contratos de seguro⁽⁴⁾. Tendo em conta a particular situação epidemiológica vivida em Portugal, desde março de 2020 até ao presente, foram aplicadas medidas legislativas motivadas por razões de saúde pública. As medidas adotadas no estado de alerta, estado de emergência e no estado de calamidade determinaram (e ainda determinam) severas restrições à iniciativa privada, pois impuseram o encerramento forçado de empresas, a redução e a suspensão de atividade económica. Tais medidas excepcionais causaram uma radical alteração das condições do exercício da atividade económica e do emprego⁽⁵⁾. As empresas e atividades económicas obrigadas a temporariamente encerrar, suspender ou reduzir a sua exploração confrontam-se com a redução de faturação; as famílias são atingidas pelo desemprego ou, em razão da aplicação regimes de *lay-off*, pela redução de receitas.

Certamente que as empresas de seguros também são atingidas, de diversas formas, pelas repercussões da pandemia do COVID-19 e pelas medidas legislativas destinadas a conter o surto. A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA) têm vindo a adotar medidas e recomendações com o objetivo de minimizar o impacto negativo das iniciativas de controlo do surto pandémico Covid-19 no exercício da atividade seguradora⁽⁶⁾.

(2) Assumindo-se como normas excepcionais, as disposições do DL10-A/2020, de 12 de março, não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva, nos termos do art. 13.º do Código Civil. É certo que a doutrina tem questionado a redação do preceito, advogando MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 401, a interpretação restritiva deste preceito, cingindo a proibição de aplicação analógica às normas “que contêm um *ius singulare*”. No entanto, no que diz respeito às normas do DL 10-A/2020, em particular os arts. 2.º e 3.º, elas configuram uma “excepcionalidade substancial” — nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 400 —, contêm um “*ius singulare*”.

(3) Para o quadro geral dos impactos da pandemia do COVID-19 na atividade seguradora pode ser consultado a mais recente versão do relatório preparado pela AIDA Europa, datado de maio de 2020, que reúne informação sobre 26 países e sobre a União Europeia. O relatório está disponível em <<https://aidainsurance.org/news/impact-of-covid-19-insurance-issues-in-various-countries-2020-04-06>> (consultado no dia 12 de junho de 2020).

(4) Para informações sobre a legislação COVID-19, v. o sítio oficial do *Diário da República* <<https://dre.pt/legislacao-covid-19-upo>> (acesso no dia 15 de setembro de 2020).

(5) Sobre a pandemia COVID-19 e o regime da alteração de circunstâncias, v. MANUEL 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, Vol. 1/II, 2020, p. 153, ss.

(6) Disponíveis em <<https://www.asf.com.pt/NR/exeres/21ADCB03-0B0F-4C27-AB9F-06E795A9EFC5.htm>> (consulta no dia 16 de junho de 2020).

A EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) emitiu, no dia 17 de março de 2020, o documento intitulado “EIOPA statement on actions to mitigate the impact of Coronavírus/COVID-19 on the EU insurance sector”⁽⁷⁾. Neste documento, a EIOPA sublinha a necessidade de serem mantidas as atividades das empresas de seguros e garante, em matéria de solvência e requisitos de capital, que o setor segurador é capaz de absorver perdas e de preservar a confiança de tomadores de seguro e beneficiários e de que os compromissos contratuais dos seguradores serão cumpridos. Reconhecendo que a situação económica é adversa, a EIOPA recomenda às empresas de seguros que adotem medidas destinadas a preservar o capital, tomando decisões prudentes em matéria de dividendos ou de afetação de outros bens sociais, como seja o caso de remunerações variáveis. A última mensagem sublinha que as autoridades nacionais e a EIOPA estão atentas e que proporão, se for necessário, medidas destinadas a mitigar os efeitos da volatilidade dos mercados na estabilidade do setor segurador na Europa, de modo a proteger a situação dos tomadores de seguros.

Parece claro que a pandemia COVID-19 afeta tanto seguradores como tomadores de seguros, mas com diferentes manifestações. O DL n.º 20-F/2020, de 12 de maio, preocupa-se, essencialmente, com as consequências que as medidas destinadas a conter o surto de COVID-19 podem ter na *esfera jurídica de certos tomadores do seguro*. De facto, a queda abrupta de rendimentos de famílias e de receitas de empresas permitem antecipar dificuldades no pagamento de prémios de seguro e o encerramento de empresas ou suspensão de atividade tem o efeito de fazer diminuir, de modo excecional e temporário, a probabilidade de ocorrência de certos sinistros relacionados com a atividade afetada.

Reduzindo ao essencial, o DL 20-F/2020, de 12 de maio, apresenta *três medidas excecionais e temporárias*.

Em *primeiro lugar*, é previsto o regime temporário e excecional relativo ao pagamento de prémio de seguro. O Preâmbulo ao DL 20-F/2020 anuncia que “tendo em consideração o relevante papel económico-social que o seguro desempenha, importa flexibilizar, temporariamente a título excecional, o regime de pagamento do prémio, convertendo-o num regime de impenetrabilidade relativa”. O art. 2.º, 1 e 2, do DL 20-F/2020 concretiza esta opção

(7) Disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/content/eiopa-statement-actions-mitigate-impact-coronavirus-covid-19-eu-insurance-sector_en> (acesso em 15 de junho de 2020). Para outros documentos preparados pela EIOPA em resposta à pandemia de COVID-19, consultar <https://www.eiopa.europa.eu/browse/covid-19-measures_en>.

legislativa, consagrando a natureza de *imperatividade relativa* das normas dos arts. 59.º e 61.º do RJCS. Com esta “flexibilização” do regime do pagamento do prémio (em certa medida, uma “desregulação”), associada à proteção imperativa do tomador do seguro, permite-se às partes *convencionar* o regime de pagamento do prémio mais adequado às atuais circunstâncias económicas, desde que mais favorável ao tomador do seguro⁽⁸⁾.

Em *segundo lugar* (ainda no contexto do regime excecional de pagamento do prémio de seguro), na falta de acordo entre as partes sobre as convenções aplicáveis ao pagamento do prémio, ocorrendo falta de pagamento do prémio de *seguro obrigatório* ou de fração na data do respetivo vencimento, o DL 20-F/2020 obriga o segurador a *prorrogar automaticamente o contrato de seguro*, por um período de 60 dias, a contar da data de vencimento do prémio ou da fração devida. Tendo em conta a relevante função social dos seguros obrigatórios, esta medida visa, essencialmente, proteger os terceiros lesados. Simultaneamente, acautela-se a sustentabilidade financeira das empresas de seguros que se tornam credoras da obrigação de pagamento do prémio relativo ao período em que o contrato haja vigorado (art. 2.º, 6, do DL 20-F/2020).

Em *terceiro lugar*, é previsto o “regime excecional aplicável em caso de redução significativa ou suspensão de atividade” (art. 3.º do DL 20-F/2020). A diminuição temporária de risco, provocada pela aplicação das medidas legislativas de combate à pandemia COVID-19 que provocaram a redução significativa ou suspensão da atividade, confere ao tomador do seguro de contrato subscrito em conexão com a atividade económica afetada a faculdade de requerer ao segurador a *redução do prémio* bem como o *fracionamento dos prémios* referentes à anuidade em curso, *sem custos adicionais* (art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020). Trata-se de uma solução legislativa que visa *reequilibrar* o contrato de seguro ligado a atividades económicas, tendo em conta as drásticas alterações, causadas pelas “medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19” (art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020).

(8) A insolvência do tomador do seguro ou do segurado não determina a extinção do contrato de seguro, mas é, supletivamente, qualificada como fator de agravamento do risco, segundo o disposto no art. 98.º do RJCS. Sobre a insolvência do tomador do seguro, v. MARTA PEREIRA ROSA, “A insolvência do tomador do seguro ou do segurado”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 418, ss.; ARNALDO OLIVEIRA, “Artigo 98.º”, *Lei do contrato de seguro anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 382, ss. Sobre o sentido jurídico de agravamento do risco e as consequências que daí resultam v. MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 405, ss.

O DL 20-F/2020 configura uma *lei temporária*, motivada pelas circunstâncias já identificadas, que entrou em vigor no dia 13 de maio de 2020 e caducará no dia 30 de setembro de 2020⁽⁹⁾.

As normas do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS) relativas ao pagamento de prémio (arts. 59.º e 61.º) e ao instituto da diminuição de risco (art. 92.º) continuam em vigor durante o período de vigência do DL 20-F/2020. Enquanto regime *excecional* (e temporário), o DL 20-F/2020, prevalece sobre o regime *comum*, consagrado no RJCS que permanece aplicável a todos os casos não abrangidos pelo DL 20-F/2020⁽¹⁰⁾. De modo a percebermos a regulação jurídica do pagamento do prémio de seguro e da diminuição do risco, aplicável entre os dias 13 de maio de 2020 e 30 de setembro de 2020, é imprescindível convocar, respetivamente, as normas dos arts. 59.º e 61.º do RJCS e do art. 92.º e identificar as conexões jurídicas entre regime comum e regime excecional e temporário.

2. Notas sobre o regime comum de pagamento do prémio

O art. 51.º, 1, do RJCS acolhe um *conceito unitário* de prémio: “O prémio é a contrapartida da cobertura acordada e inclui tudo o que seja contratualmente devido pelo tomador do seguro, nomeadamente os custos da cobertura do risco, os custos de aquisição, de gestão e de cobrança e os encargos relacionados com a emissão da apólice”⁽¹¹⁾. Excluídos do conceito de prémio ficam os encargos fiscais e parafiscais a suportar pelo

(9) Sobre as leis temporárias em sentido estrito — “aquelas que, a priori, são editadas pelo legislador para um tempo determinado: (...) porque este período é desde logo apontado pelo legislador em termos de calendário ou em função da verificação ou cessação de um certo evento”, — v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral, Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 205-206.

(10) Sobre o critério de que a lei especial (posterior) derroga a lei geral (anterior), v. MIGUEL TEIXEIRA SOUSA, *Introdução ao direito*, cit., p. 228.

(11) A indústria seguradora continua a usar muitos outros conceitos de prémio. Sobre eles, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *Temas de direito dos seguros*, 2.ª ed., coord. de Margarida Lima Rego, Coimbra: Almedina, 2016, p. 271. O conceito unitário de prémio, plasmado no art. 51.º, 1, do RJCS, teve por propósito “fechar a porta a quaisquer tentativas de contornar algumas disposições injuntivas” do RJCS, nas palavras de MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, cit., p. 273, que dá os exemplos da restituição do prémio *pro rata temporis* na cessação antecipada do contrato, nos termos do art. 107.º, 1, 2, do RJCS. A A. reconhece que o art. 107.º não é norma imperativa, mas argumenta que as partes estão obrigadas a interpretar as normas do RJCS de acordo com o art. 51.º (*ob. cit.*, p. 273, nt. 28). Sobre a evolução do regime de pagamento do prémio em Portugal, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 740, ss.

tomador do seguro (art. 51.º, 2, do RJCS). O contrato de seguro é um contrato oneroso, como resulta expressamente dos arts. 1.º e 51.º do RJCS.

A primeira questão que se levanta é, precisamente, a de identificar o regime *comum do pagamento do prémio*. Apesar do teor literal da subsecção II, intitulada “Regime Especial”, a verdade é que várias normas do RJCS convergem no resultado interpretativo de que este é o *regime geral ou comum* de pagamento do prémio que se encontra plasmado nos arts. 58.º a 61.º do RJCS⁽¹²⁾. Para este resultado interpretativo convergem os arts. 57.º, 2, a), 58.º do RJCS e, mais recentemente, o disposto art. 2.º, 1, do DL 20-F/2020, de 12 de maio.

De acordo com o art. 58.º do RJCS, encontram-se *excluídos do regime comum de pagamento do prémio de seguro* os seguros e operações regulados no capítulo relativo ao seguro de vida, os seguros de colheitas e pecuário, os seguros mútuos em que o prémio seja pago com o produto de receitas e os seguros de cobertura de grandes riscos.

A menção aos seguros de cobertura de grandes riscos convoca a distinção, de origem comunitária, entre *grandes riscos* e *seguros de massa*⁽¹³⁾. Na ordem jurídica portuguesa são classificados como seguros de grandes riscos os que se encontram tipificados no art. 5.º, 2, 3 da Lei 147/2015, de 9 de setembro. São considerados *riscos de massa* os riscos não abrangidos pelos n.ºs 2 e 3 do art. 5.º da Lei 147/2015, de 9 de setembro. Esta distinção é relevante, designadamente, para efeitos da amplitude da liberdade contratual. Nos seguros de grandes riscos, o tomador do seguro é uma entidade com poder negocial semelhante ao dos seguradores e com capacidade instalada para ter informação suficiente da legislação aplicável, da situação dos mercados e do risco em questão. Estas características dos tomadores de seguros de grandes riscos dispensa o legislador de medidas legislativas de proteção (por esta não se mostrar necessária) e, por conseguinte, permite, quanto a estes seguros, a expansão da liberdade contratual.

Por outro lado, os seguros de massa têm em vista tomadores de seguro em geral que, por não possuírem o poder negocial equiparável aos dos seguradores nem conhecimentos diferenciados em matéria de ativi-

(12) Neste sentido, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 266; PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Artigo 61.º — Falta de pagamento”, *Lei do contrato de seguro anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 299; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 317.

(13) Para esta distinção, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 314, ss.; JOANA GALVÃO TELES, “Liberdade contratual e seus limites — imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, *Temas de direito dos seguros*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 110, ss.

dade seguradora, são considerados os sujeitos mais débeis na relação de seguro. Por isso, o legislador, através de normas imperativas (quer sejam dotadas de imperatividade absoluta ou de imperatividade relativa) dispensa aos tomadores de seguros de massa uma tutela acrescida. Não só consumidores, mas também as *pequenas e médias empresas* podem ser consideradas tomadores de seguros de massa⁽¹⁴⁾.

Os arts. 59.º e 61 do RJCS configuram normas dotadas de *imperatividade absoluta*, conforme o que resulta do art. 12.º, 1, do RJCS⁽¹⁵⁾. O que significa que o RJCS proíbe, quanto aos *seguros abrangidos pelo regime comum do pagamento de prémio*, convenções em sentido contrário, ainda que tais convenções sejam mais favoráveis ao tomador do seguro ou ao segurado. Se acaso forem estipuladas, convenções menos favoráveis ao tomador do seguro ou segurado deverão ser consideradas nulas, nos termos gerais do art. 294.º do Código Civil.

Anuncia o Preâmbulo do DL 72/2008, de 16 de abril que, “em matéria de prémio, com algumas particularidades, mantém-se o princípio de *no premium, no risk ou no premium, no cover*, nos termos do qual não há cobertura do seguro enquanto o prémio não for pago”. Tal princípio está expressamente consagrado no art. 59.º quando este determina que “a cobertura

(14) De facto, os riscos elencados no art. 5.º, 2, c), da Lei 147/2015, de 8 de setembro, não são intrinsecamente de grandes riscos. Sê-lo-ão desde que relativamente ao tomador do seguro sejam excedidos dois dos valores que nesse preceito se encontram previstos. Se este requisito legal não for cumprido, no caso concreto, o seguro será de massa. Sobre a caracterização comunitária de pequenas e médias empresas, v. a Recomendação da Comissão de 6 de maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas. Sobre a circunstância de o *D&O Insurance* não ser, intrinsecamente, um seguro de grandes riscos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 314, ss. Sobre o processo de revisão desta Recomendação de 6 de maio de 2003, v. MARIA ELISABETE RAMOS, “Pequenas e médias empresas. Como a discriminação positiva pode inibir o crescimento”, *Estudos em memória de Ana Maria Rodrigues* (Comissão Organizadora: António Martins, Isabel Cruz, José Xavier de Basto, Mário Augusto), Coimbra: Almedina, 2018, p. 339, ss. Para o processo de consulta pública sobre a revisão de definição de PME, v. <https://ec.europa.eu/info/con-sultations/public-consultation-review-sme-definition_pt> (consultado no dia 15 de junho de 2020).

(15) Sobre as normas dotadas de imperatividade absoluta, v. JOANA GALVÃO TELES, “Liberdade contratual e seus limites — imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, cit., 108, ss. Sobre a questão de saber se o elenco do art. 12.º, 1, constitui uma lista fechada ou uma exemplificação, pronuncia-se A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, cit., p. 513, no sentido de que se trata de um elenco exemplificativo. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Artigo 12.º — Princípio geral”, *Lei do contrato de seguro não anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 69, pronuncia-se no sentido de que o elenco apresentado “não pretende ser totalmente exaustivo”. Defendendo que o art. 12.º, 2, do RJCS deve ser objeto de interpretação ab-rogante, por subsistir uma incompatibilidade absoluta entre esta norma e o segmento do art. 58.º que faz referência aos grandes riscos (excluindo-os do regime comum de pagamento do prémio), MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, cit., p. 266. Segundo esta Autora, “em relação aos grandes riscos, o «regime especial» não chega, sequer, a assumir natureza supletiva, pois a estipulação das partes é necessária não para o afastar, mas para o aplicar”.

dos riscos depende do prévio pagamento do prémio” (art. 59.º RJCS)⁽¹⁶⁾. O art. 59.º do RJCS é completado pelo art. 61.º do RJCS, nos termos do qual “a falta de pagamento de prémio inicial, ou da primeira fração deste, na data de vencimento determina a resolução automática do contrato a partir da data da celebração (art. 61.º do RJCS)⁽¹⁷⁾.”

Por consequência, da combinação dos arts. 59.º e 61.º do RJCS resulta que, para a *generalidade* dos contratos de seguro, em caso de falta de pagamento do prémio, não se constitui na esfera jurídica do tomador do seguro a obrigação de pagar o prémio e não se constitui na esfera jurídica do segurador o direito subjetivo de exigir o pagamento do prémio. Por conseguinte, ao abrigo do *regime comum* de pagamento do prémio do seguro, ao tomador do seguro assiste a faculdade de fazer cessar, de modo unilateral, o contrato de seguro, através do não pagamento do prémio ou de fração deste, na data do vencimento. Por consequência, o não pagamento do prémio por parte do tomador do seguro não constitui este na obrigação de indemnizar o segurador, nem constitui o tomador do seguro em mora (não se aplica o disposto no art. 57.º, 1, do RJCS)⁽¹⁸⁾. E, não menos importante, em caso de falta de pagamento do prémio, as *partes* ficam privadas do direito de repor o contrato de seguro em vigor⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 275, afasta a interpretação de que o não pagamento do prémio apenas suspende a cobertura, mas o não o dever de pagamento do prémio, que seria eficaz desde a celebração. Na opinião desta Autora, a consequência legalmente prescrita no regime comum ou geral para a falta de pagamento do prémio é a “extinção do contrato com efeitos à data da celebração, sem ser dada ao segurador a possibilidade de exigir postumamente esse pagamento” (*ob. cit.*, pp. 275-276). De facto, é necessário distinguir entre *contrato de seguro* (art. 1.º do RJCS) e “cobertura” (a atribuição do segurador, na expressão de Margarida Lima Rego). O signo “cobertura” é polissemico, como tem sido sublinhado pela doutrina portuguesa. Sobre esta polissemia, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 96. No contexto do art. 59.º do RJCS, a cobertura refere o “estado de vinculação do segurador, durante o período do seguro, conducente à constituição de uma obrigação de prestar em caso de ocorrência de um desses factos que integra a cobertura-objeto e cuja verificação usa chamar-se “sinistro”” — MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 274, ss.

⁽¹⁷⁾ Embora a lei fale em “resolução automática”, MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 277, considera que é adequado afirmar que o não pagamento do prémio ou de fração na data do vencimento determina a extinção do contrato de seguro, por “caducidade, por simples decurso do prazo”.

⁽¹⁸⁾ Neste sentido, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 269.

⁽¹⁹⁾ Reconhece-se, todavia, através de normas específicas o direito de, apesar da cessação automática para as partes, terceiros pagarem o prémio e reporem o contrato de seguro em vigor. É o que acontece no seguro-caução, na ausência de cláusula de inoponibilidade, a lei prevê um dever de informação do segurador ao segurado sobre falta de pagamento do prémio, conferindo a este, num prazo de 30 dias, o direito de evitar a cessação do contrato, pagando o prémio em dívida por conta do tomador do seguro (art. 164.º do RJCS). V. também o disposto no art. 204.º do RJCS que permite ao beneficiário irrevogável de um seguro de vida “substituir-se ao tomador do seguro” no pagamento do prémio. Com desenvolvimentos, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros, cit.*, p. 550, ss, 851, ss.

A doutrina portuguesa aponta dois fundamentos para este *regime comum* do pagamento do prémio, dotado de imperatividade absoluta, aplicável à generalidade dos contratos de seguro. Por um lado, trata-se de libertar os tribunais da litigância de massa provocada pelo não pagamento do prémio⁽²⁰⁾ e, por outro, visa-se “garantir a solvência dos seguradores, que não assumem a cobertura sem terem recebido o correspondente prémio”⁽²¹⁾.

3. Excecional imperatividade relativa do regime de pagamento do prémio

O regime excecional e temporário de pagamento de prémio, nos termos do art. 2.º, 1, do DL n.º 20-F/2020, atribuiu às normas dos arts. 59.º e 61.º do RJCS a natureza de *imperatividade relativa*. Segundo o art. 13.º, 1, do RJCS, as normas dotadas de imperatividade relativa permitem que seja contratualmente convencionado um regime *mais favorável* ao tomador do seguro ou ao segurado⁽²²⁾. Como já foi referido, o *regime comum* constante dos arts. 59.º e 61.º do RJCS *proíbe* que as partes estipulem con-

(20) MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 276.

(21) PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Artigo 61.º — Falta de pagamento”, *cit.*, p. 300; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, *cit.*, p. 749.

(22) PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Artigo 13.º — Imperatividade relativa”, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 71, ss., fala em “normas relativamente proibidas”, que constituem uma categoria intermédia entre as normas imperativas e supletivas. Segundo este A., a lista do art. 13.º do RJCS, é tendencialmente taxativa. Também neste sentido, EDUARDA RIBEIRO, “Novo regime jurídico do contrato de seguro. Aspetos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente”, *Fórum — Revista semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, n.º 25, junho de 2008, p. 16, ss.; ARNALDO OLIVEIRA, “Artigo 92.º — Diminuição do risco”, *Lei do Contrato de Seguro*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 359, ss. Em Espanha, o “Artículo segundo” da *Ley de Contrato de Seguro* (Ley 50/1980, de 8 de octubre) determina que “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”. Com críticas às opções do legislador espanhol que não identifica que normas são qualificáveis como normas relativamente imperativas ou “semiimperativas”, v. FERNANDO SANCHEZ CALERO, “Artículo 2.º”, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dir. Fernando Sánchez Calero, tercera edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 71. A Lei de contrato de seguro alemã — VVG — identifica no § 18 as chamadas “convenções excepcionantes” (§ 18 *Abweichende Vereinbarungen*), relativas a normas que a doutrina designa como “meio-vinculativas” — ou seja, aquelas que podem ser derogadas a favor do tomador do seguro. Sobre estas, v. PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, 30. Auflage, 30., C.H.Beck, 2018, § 18, Rdn. 1-6.

venções relativas ao pagamento do prémio mais favoráveis ao tomador do seguro ou ao segurado⁽²³⁾. O que significa que nos seguros a que se aplica regime comum de pagamento do prémio (todos os que não se encontram excluídos pelo art. 58.º do RJCS), *na ausência de norma legal excecional*, as partes estavam impedidas de, através de convenção, ajustar as regras de pagamento do prémio à diminuição de rendimentos e de faturação causada pelas medidas legislativas que impuseram a interrupção ou redução da atividade económica.

O art. 2.º, 2, do DL 20-F/2020, de 12 de maio, apresenta uma lista, tão-só *exemplificativa*⁽²⁴⁾, de convenções relativas ao pagamento do prémio, reputadas como mais favoráveis ao tomador do seguro. De tal lista, fazem parte convenções relativas ao pagamento do prémio em data posterior à do início da cobertura dos riscos, ao afastamento da resolução automática ou da não prorrogação em caso de falta de pagamento, ao fracionamento do prémio, à prorrogação da validade do contrato de seguro, à suspensão temporária do pagamento do prémio e à redução temporária do montante do prémio em função da redução temporária do risco. Os limites assinalados à imperatividade relativa impedem convenções que dispensem o tomador do seguro de pagar o prémio⁽²⁵⁾. Obrigatoriamente, tem de ser preservado o carácter oneroso do contrato de seguro⁽²⁶⁾.

Se bem observarmos, na lista das convenções excecionais consideradas mais favoráveis ao tomador do seguro encontram-se a redução temporária do prémio em função da redução temporária do risco e o fraciona-

(23) Como já foi referido, o regime comum do RJCS caracteriza das normas do arts. 59.º a 61.º como normas dotadas de imperatividade absoluta (art. 12.º, 1, do RJCS).

(24) Reconhece a doutrina alemã que os acordos individuais (entre segurador e tomador do seguro) sobre convenções mais favoráveis ao tomador do seguro são raros. Normalmente, são as cláusulas contratuais gerais, vulgarmente designadas “condições gerais” aplicáveis a determinado contrato de seguro que integram convenções mais favoráveis ao tomador do seguro. Neste sentido, v. PRÖLSS/MARTIN/REIFF, 30. Aufl. 2018, VVG § 42 Rn. 1-4.

(25) Sobre os limites às convenções mais favoráveis ao tomador do seguro, v. FERNANDO SANCHEZ CALERO, “Artículo 2.º”, *cit.*, p. 72, ss., que, como critério geral, refere que as convenções mais favoráveis ao tomador do seguro não podem chegar a desvirtuar o contrato de seguro transformando-o em contrato diverso, como é o caso do contrato de aposta. Também seria completamente inválida a convenção (certamente vantajosa para o tomador do seguro) que estipulasse a gratuidade do contrato de seguro. No entanto, TULLIO ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società*, 3.ª ed., Società editrice del “Foro italiano”, 1936, p. 60, admite a emissão de apólices gratuitas, embora admita que são raras e que, na sua opinião, serão lícitas se para tanto houver a capacidade de gozo das sociedades seguradoras para a prática de atos de natureza gratuita e forem constituídas as pertinentes reservas.

(26) Neste sentido de que “essencial a um contrato de seguro é a sua onerosidade: o pagamento do prémio tem de ser estipulado, expressa ou tacitamente, mas não necessariamente enquanto cumprimento de uma obrigação do tomador”, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 271.

mento do pagamento do prémio. Nos termos do art. 52.º, 4, do RJCS, o *fracionamento do prémio* pode ser acordado entre as partes, tanto no seguro obrigatório como no seguro facultativo. Justamente, o art. 61.º, 3, a), do RJCS determina que a falta de pagamento de uma fração do prémio no decurso provoca a “resolução automática” do contrato de seguro. O que nos leva a concluir que o mero fracionamento do prémio não pode ser entendido como uma medida excecional mais favorável ao tomador do seguro. No entanto, se conjugada com outra das convenções exemplificadas no art. 2.º, 2, do DL 20-F/2020, de 12 de maio, poderá contribuir para um regime contratual mais favorável ao tomador do seguro em matéria de pagamento do prémio de seguro.

Por outro lado, o art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020 também refere o fracionamento do prémio, no contexto do “regime excecional aplicável em caso de redução significativa ou suspensão de atividade”. No entanto, nesta hipótese normativa, é *exceionalmente proibida a cobrança de custos adicionais*. De facto, embora a lei o não preveja, é habitual na prática seguradora que o fracionamento do prémio seja acompanhado de um sobrecusto para o tomador do seguro. Pois bem, o art. 3.º, n.º 1, é expresso no sentido de proibir esse sobrecusto. O art. 2.º refere o fracionamento do prémio, mas não proíbe a aplicação de um sobrecusto por parte do segurador.

O art. 2.º, 2, do DL 20-F/2020 refere a “redução temporária do montante do prémio em função da redução temporária do risco”. Se comparada com o regime comum da diminuição de risco, previsto no art. 92.º do RJCS, a “redução temporária do montante do prémio” configura uma convenção mais favorável ao tomador do seguro, tendo em conta que o art. 92.º, 1, do RJCS restringe a redução do prémio aos casos em que, além dos restantes requisitos, ocorra a diminuição “duradoura” do risco.

Tanto o art. 2.º, 2, como o art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020 referem a redução do prémio por redução do risco. Todavia, entre as duas hipóteses inter põem-se significativas diferenças. Por um lado, no caso do art. 2.º, 1, trata-se de uma convenção cuja adoção depende de *acordo* entre segurador e tomador do seguro (o que, como é fácil de ver, permite que, lícitamente, o segurador não aceite esta convenção). Por outro lado, ao abrigo do art. 2.º, 2, do DL 20-F/2020, esta convenção de redução temporária do prémio de seguro é aplicável tanto a contratos de seguro celebrados por consumidores como aos que são celebrados em conexão com a atividade económica. Já no caso do art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020, o tomador do seguro pode exigir, *valendo-se de disposição legal*, que, em razão da “redução significativa ou suspensão de atividade” seja reduzido o prémio do seguro “bem como requerer o fracionamento do pagamento dos prémios referentes à

anuidade em curso, sem custos adicionais”. No entanto, o art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020, não se aplica a seguros contratados por consumidores⁽²⁷⁾.

A que contratos de seguro se aplica o regime excecional e temporário de pagamento do prémio de seguro, previsto no art. 2.º do RJCS? Parece que este regime excecional e temporário tem o âmbito de aplicação dos arts. 59.º e 61.º do RJCS. Assim, o regime excecional e temporário de pagamento do prémio *não se aplica* aos seguros e operações respeitantes ao seguro de vida, aos seguros de colheitas e pecuários, aos seguros mútuos em que o prémio é pago com o produto das receitas e aos seguros de cobertura de grandes riscos. De facto, a estes seguros não se aplica o regime injuntivo próprio dos arts. 59.º e 61.º do RJCS, “salvo na medida em que essa aplicação decorra de estipulação das partes e não se oponha à natureza do vínculo” (art. 58.º do RJCS)⁽²⁸⁾.

Daqui se conclui que o regime da imperatividade relativa de pagamento do prémio de seguro aplica-se: *a)* à generalidade dos seguros de massa; *b)* a seguros facultativos ou obrigatórios; *c)* qualquer deles contratados em conexão com atividade económica ou por consumidores^(29/30).

4. Seguros obrigatórios — dever legal de informação do segurador e prorrogação automática do contrato de seguro

O regime excecional de pagamento do prémio de seguro traça uma distinção de regime entre seguros obrigatórios e seguros facultativos. Tal distinção é patente, em primeiro lugar, nos diferentes deveres legais de informação a cargo do segurador, e, em segundo lugar, nas diversas consequências jurídicas do não pagamento do prémio (ou de fração deste).

Assim, o art. 2.º, 4, do DL 20-F/2020, prevê um *dever legal de informação* do segurador aos tomadores de seguros obrigatórios. O segurador está legalmente obrigado a informar os *tomadores de seguros obrigatórios* do regime previsto no art. 2.º, 3, do DL 20-F/2020. Ou seja, o segurador

⁽²⁷⁾ V. *infra*.

⁽²⁸⁾ Com desenvolvimentos, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O prémio”, *cit.*, p. 266, ss.

⁽²⁹⁾ Nos termos do art. 2.º, 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

⁽³⁰⁾ Sobre a aplicação da lei no tempo, v. *infra*.

deve informar o tomador de seguro obrigatório que, na ausência de acordo sobre o regime convencional de pagamento de prémio, em caso de falta de pagamento do prémio ou de fração na data do respetivo vencimento, o contrato é automaticamente prorrogado por um período de 60 dias a contar da data de vencimento do prémio, podendo o tomador do seguro opor-se à manutenção da cobertura até à data do vencimento. Esta informação deve ser prestada com a antecedência mínima de 10 dias úteis relativamente ao vencimento do prémio (art. 2.º, 4, do DL 20-F/2020). O incumprimento deste dever legal de informação constitui contraordenação, nos termos do art. 370.º da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro: “aa) O incumprimento ou o cumprimento deficiente de dever de informação ou esclarecimento para com o público em geral ou para com tomadores de seguros, segurados ou beneficiários de contratos de seguro ou de operações de capitalização”, configurando uma contra-ordenação punível com coima de (euro) 15 000 a (euro) 1 500 000⁽³¹⁾.

Justifica-se a previsão legal deste dever de informação a cargo do segurador. Por um lado, os tomadores do seguro podem não estar alertados para as particularidades deste regime excecional e, por desconhecimento da lei, continuam a acreditar que o não pagamento do prémio do seguro obrigatório determina a extinção do contrato de seguro. Ora, o regime excecional e temporário aplicável aos seguros obrigatórios afastou a caducidade do contrato de seguro, em caso de falta de pagamento antecipado do prémio ou de fração deste (art. 2.º, 3, do DL 20-F/2020)⁽³²⁾. Há, pois, que alertar os tomadores de seguro para esta relevante alteração legislativa. Por outro lado, as informações prestadas pelo segurador permitirão que, se assim o entender, o tomador do seguro exerça o direito de oposição “à manutenção da cobertura até à data do vencimento do prémio” (art. 2.º, 4, do DL 20-F/2020). E, desta forma, impede que, na sua esfera jurídica, se constitua a obrigação de pagar o prémio correspondente ao período em que contrato haja vigorado” (art. 2.º, 6, do DL 20-F/2020).

No período de vigência do regime excecional de pagamento de prémio de seguro, na ausência de acordo sobre o regime convencional de pagamento do prémio de *seguro obrigatório*, só a oposição à manutenção da cobertura manifestada pelo tomador do seguro fará cessar o contrato de

(31) V. o art. 5.º, 3, do DL 20-F/2020.

(32) Sobre a expressão “prorrogação automática” do contrato de seguro, usada pelo art. 2.º, n.º 3, do DL 20-F/2020, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Artigo 61.º — Falta de pagamento”, *cit.*, p. 300, que a interpreta como “uma moratória de 60 dias no pagamento do prémio, com manutenção da cobertura; não sendo, assim, tecnicamente uma prorrogação do contrato”.

seguro. Este direito de oposição tutela o *interesse do tomador do seguro obrigatório* em não permanecer vinculado por aquele contrato de seguro. A declaração de oposição deve cumprir o disposto no art. 120.º do RJCS.

O DL 20-F/2020 autoriza a *compensação*, exercida pelo segurador, entre o montante devido a título de prémio e “qualquer prestação pecuniária devida pelo segurador ao tomador do seguro, designadamente por ocorrência de sinistro no período em que o contrato haja vigorado” (art. 2.º, 7, do DL 20-F/2020)⁽³³⁾. De facto, na esfera jurídica do tomador de seguro obrigatório que não pagou o prémio do seguro nem exerceu o direito de oposição constitui-se a *obrigação* de realizar o pagamento do prémio correspondente ao período em que vigorou o contrato de seguro. É o que resulta do art. 2.º, 6, do DL 20-F/2020 quando determina que “a cessação do contrato de seguro por efeito do não pagamento do prémio, ou de fração deste, até ao final do período de 60 dias (...) não exonera o tomador do seguro da obrigação de pagamento do prémio correspondente ao período em que o contrato haja vigorado”.

Do art. 2.º, 7, do DL 20-F/2020 parece poder retirar-se que ao segurador é lícito que compense a dívida do prémio com *prestações pecuniárias* (devidas ao tomador do seguro) que não estejam diretamente conexas com aquele contrato de seguro obrigatório, mas resultem de outros seguros junto de si contratados pelo mesmo tomador do seguro.

Acontece que há situações em que a *terceiro*, seja ao abrigo de estipulação negocial acertada entre segurador e tomador do seguro seja por força de disposição legal, é reconhecida uma pretensão direta contra o segurador. São os casos em que o contrato de seguro é configurado como um *contrato a favor de terceiro* e as situações em que, no âmbito dos *seguros obrigatórios de responsabilidade civil*, a lei atribui ao lesado a ação direta contra o segurador.

Tipicamente, nos seguros de *responsabilidade civil* a indemnização do segurador é prestada a terceiro, sendo este, por vezes, titular do direito de indemnização. O art. 146.º, 1, do RJCS, integrado nas “disposições especiais de seguro obrigatório” de responsabilidade civil, determina que “o lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurador”^(34/35). Os segu-

⁽³³⁾ V. art. 847.º do Cciv.

⁽³⁴⁾ Sobre a ação direta em Portugal, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 670. Na responsabilidade civil por acidentes de viação, a ação direta resulta do disposto no art. 64.º do DL 291/2007, de 21 de agosto. Sobre o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, v. FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: breves considerações”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2020, p.601, ss. Na apreciação de MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 685, comparando o regime do RJCS e o regime especial de oponibilidade no seguro obrigatório de

ros obrigatórios, como se sabe, privilegiam o interesse do lesado em detrimento do interesse do segurado⁽³⁶⁾.

Para lá da ação direta de fonte “paracontratual”⁽³⁷⁾, prevista no art. 146.º do RJCS, há, ainda, a considerar os casos em que tal pretensão tem *fonte contratual ou negocial* (resulta de estipulação das partes)⁽³⁸⁾ ou, ainda, as situações em que, não existindo estipulação contratual, o segurado tenha informado o lesado da existência de um contrato de seguro com o conseqüente início de negociações diretas entre o lesado e o segurador⁽³⁹⁾.

Sempre que, na sequência de sinistro, o *terceiro* é titular de um direito à indemnização perante o segurador⁽⁴⁰⁾, seja esse direito de fonte contratual ou um “direito de fonte paracontratual”, não se encontram preenchido o requisito legal da reciprocidade de créditos, prevista nos arts. 847.º, 1, e 851.º do Código Civil. Nos termos do art. 851.º, 2, do Código Civil, o devedor só pode livrar-se da obrigação usando créditos

responsabilidade civil por acidentes de viação, considera que o primeiro é “globalmente menos generoso”, mas “mais favorável ao lesado do que o que resultaria da aplicação das regras do contrato a favor de terceiro”, em particular o art. 449.º do Código Civil.

⁽³⁵⁾ No § 115 I da lei alemã do contrato de seguro (*VVG* de 2008 que entrou em vigor no dia 1 de janeiro deste ano), é reconhecida a ação direta no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação, que é alargada a todos os seguros obrigatórios, mas tão-só nos casos de insolvência ou paradeiro desconhecido do tomador do seguro. Já no sistema belga, a ação direta é reconhecida ao terceiro lesado em todos os seguros de responsabilidade civil, tanto facultativos como obrigatórios, conforme o que resulta do art. 86.º da Lei de Contrato de Seguro belga.

⁽³⁶⁾ Por força do art. 142.º, 1, do RJCS, havendo pluralidade de lesados e o valor total das indemnizações ultrapassar o capital seguro, as pretensões dos lesados são proporcionalmente reduzidas até à concorrência desse capital.

⁽³⁷⁾ Cf. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 637.

⁽³⁸⁾ Nos termos do art. 140.º, 2, do RJCS, o contrato de seguro pode prever o direito de o lesado demandar diretamente o segurador, isolada ou em conjunto com o segurado. O art. 140.º, 2, do RJCS, configura uma situação em que as partes no contrato de seguro atribuem a um “terceiro lesado uma pretensão contra o segurador, um direito de exigir-lhe o pagamento de uma indemnização pelos danos imputáveis ao segurado que se encontram cobertos pelo seguro. Tratar-se-á, pois, de um contrato a favor de terceiro” — neste sentido, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 652. Para a distinção entre os institutos da ação direta e do contrato a favor de terceiro, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 634, ss. — a ação direta tem fonte na lei, enquanto o contrato a favor de terceiro tem fonte convencional.

⁽³⁹⁾ Pode acontecer que a pretensão de terceiro contra o segurador não resulte de estipulação no contrato de seguro, mas sim da circunstância de que o tomador do seguro ter informado o terceiro lesado da existência de um contrato de seguro com o conseqüente início de negociações diretas entre o lesado e o segurador (art. 140.º, 3, do RJCS). MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 652, nt. 1790, assimila o caso do art. 140.º, 3, do RJCS, às situações em que, embora as partes não tenham estipulada a pretensão do lesado contra o segurador, o seu comportamento “para com terceiro desencadei[a] a aplicação da presunção inilidível de que fizeram na sequência da verificação do sinistro”.

⁽⁴⁰⁾ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., p. 684, retira do art. 147.º, 1, do RJCS que “o direito do terceiro lesado *se cristaliza* no momento em que ocorre o sinistro”.

seus, e não de terceiro. Assim, o devedor do prémio (o tomador do seguro) só pode usar créditos seus sobre o segurador e não créditos de terceiro (o lesado) sobre o segurador. A razão deste regime é, como se sabe, de cercar a intromissão de quem quer que seja na gestão de patrimónios alheios⁽⁴¹⁾. Em razão da reciprocidade de créditos, garante-se que a prestação devida pelo segurador ao terceiro não é diminuída ou extinta em razão de uma dívida do tomador do seguro ao segurador. O que é especialmente relevante nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, porque preserva o interesse do terceiro lesado que a lei quis acautelar.

Por outro lado, por força do regime excecional de pagamento de prémio de seguro obrigatório, o segurador continua vinculado a cobrir os sinistros ocorridos no período de 60 dias (ainda que o prémio não tenha sido pago) e, por conseguinte, está legalmente impedido de considerar aplicável o regime comum de falta de pagamento de prémio de seguro. O que significa que o contrato de seguro obrigatório continua em vigor no referido período de 60 dias e o segurador está legalmente impedido de opor ao lesado a “cessação do contrato” (147.º, 2, do RJCS).

Por fim, a dívida relativa ao “pagamento do prémio correspondente ao período em que o contrato haja vigorado” (art. 2.º, n.º 6) é *judicialmente exigível*, nos termos do art. 817.º do CC.

5. Falta de pagamento do prémio de seguros facultativos na vigência do DL 20-F/2020

O DL 20-F/2020, de 12 de maio, torna *lícito* acordo entre segurador e tomador do seguro em que sejam estipuladas convenções relativas ao pagamento do prémio mais favoráveis ao tomador do seguro (tendo por referente o regime aplicável à generalidade dos contratos de seguro previsto nos arts. 59.º e 61.º do RJCS). Havendo *acordo*, o regime de pagamento de prémio e os efeitos do pagamento do prémio serão regulados contratualmente⁽⁴²⁾.

(41) J. M. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, *cit.*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 192.

(42) É de esperar que também nesta matéria a indústria seguradora se sirva de cláusulas contratuais gerais pré-preparadas, subtraídas à negociação das partes, e destinadas a serem inseridas em inúmeros contratos de seguro. O acordo de que se fala no texto não deve ser assimilado ao resultado de processos individualizados de negociação das condições do seguro sobre o pagamento do prémio. Ao

O DL 20-F/2020 não prevê qualquer dever de informação do segurador ao tomador do seguro sobre o regime excecional e temporário da imperatividade relativa dos arts. 59.º e 61.º. Não se contesta que se trata de uma informação que interessa, de modo muito significativo, aos tomadores de seguro. Ainda que se admitisse que os tomadores do seguro conhecem o teor do DL 20-F/2020, será de esperar que o conceito técnico de “imperatividade relativa” não seja perceptível pelo comum dos tomadores de seguro.

Parece-nos que, todavia, o segurador, durante a vigência do regime excecional e temporário relativo aos contratos de seguro, está legalmente obrigado a informar os tomadores do seguro quanto a este regime de imperatividade relativa, no momento da *celebração do contrato de seguro* ou no momento da *prorrogação do contrato de seguro*. No primeiro caso, aplicar-se-á, diretamente, o disposto no art. 18.º, *d*), do RJCS. No caso da prorrogação do contrato de seguro, tendo em conta que o DL 20-F/2020, de 12 de maio, se aplica imediatamente aos contratos em vigor, mas só aos efeitos futuros⁽⁴³⁾, deve entender-se que, por analogia, se aplica o art. 18.º, *d*), do RJCS. Em caso de incumprimento dos deveres de informação, o tomador do seguro poderá invocar a responsabilidade civil do segurador, nos termos gerais (o que significa que se manterá em vigor o contrato de seguro) e o direito de resolução do contrato de seguro (art. 23.º do RJCS).

O art. 2.º, 3, do DL 20-F/2020 admite que tomador do seguro e segurador dissentem quanto ao regime contratual de pagamento do prémio de seguro voluntário. Neste caso, aplicam-se aos *seguros facultativos* as regras dos arts. 59.º e 61.º do RJCS, dotadas de imperatividade absoluta. A falta de pagamento do prémio na data de vencimento determina a extinção do contrato por “resolução automática” (art. 61.º do RJCS). E a falta de pagamento de prémio de anuidades subsequentes, da primeira fração deste, na data de vencimento, impede a prorrogação do contrato (art. 61.º, 2, do RJCS).

invés, aplicar-se-á aqui também a técnica dos contratos de adesão em que o tomador do seguro se limita a poder escolher entre aderir ou não aderir às condições que lhe são propostas.

⁽⁴³⁾ V. *infra*.

6. Regime excecional e temporário de diminuição do risco

O art. 3.º do DL 20-F/2020 regula o “regime excecional aplicável em caso de redução significativa ou suspensão de atividade”. Ao abrigo deste regime, atribui-se ao tomador do seguro a faculdade de solicitar “o reflexo dessas circunstâncias no prémio de seguros que cubram riscos da atividade (...) bem como requerer o fracionamento do pagamento dos prémios referentes à anuidade em curso, sem custos adicionais”.

A primeira questão a resolver será a da determinação do *âmbito objetivo* de aplicação do art. 3.º do DL 20-F/2020, ou seja, procura-se identificar os contratos de seguro a que se aplica este regime excecional. Tendo em conta o teor do art. 3.º, 4, do DL 20-F/2020⁽⁴⁴⁾, conjugado com o disposto no art. 5.º, 4, da Lei 147/2015, de 9 de setembro, o “regime excecional aplicável em caso de redução significativa ou suspensão de atividade” aplica-se a *seguros de massa*, mas não a *todos os seguros de massa*.

No perímetro dos seguros de massa, o regime excecional aplica-se *exclusivamente* aos contratos de seguro em que “se verifique a redução significativa ou mesmo a eliminação do risco coberto, em decorrência direta ou indireta das medidas legais de resposta à epidemia” (Preâmbulo do DL 20-F/2020). No âmbito destes seguros, o regime excecional de diminuição de risco aplica-se a seguros obrigatórios ou a seguros facultativos, sendo que o art. 3.º do DL20-F/2020 não prevê normas específicas para a diminuição de risco em caso de seguros obrigatórios.

Em sede de *âmbito subjetivo* de aplicação (ou seja, identificam-se os tomadores de seguro a quem se aplica este regime), o art. 3.º do DL 20-F/2020 aplica-se a:

- a) Tomadores de seguros que desenvolvem atividades que se encontram *suspensas*, por força de medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19;
- b) Tomadores de seguros cujos estabelecimentos ou instalações ainda se encontrem *encerrados* por força de medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID 19;
- c) Tomadores de seguros cujas atividades se *reduziram substancialmente* em função do impacto direto ou indireto dessas medidas.

⁽⁴⁴⁾ Por força do art. 3.º, 4, “o disposto no presente artigo não é aplicável aos seguros de grandes riscos”.

Estes tomadores de seguro podem, se assim o entenderem, “solicitar o reflexo dessas circunstâncias no prêmio de seguros que *cubram os riscos de atividade*”. Portanto, este “regime excepcional aplicável em caso de redução significativa ou suspensão da atividade” cinge a sua aplicação aos tomadores que celebraram os seguros para cobrir riscos de *atividades econômicas*. Este aspeto é sublinhado no preâmbulo ao DL 20-F/2020 quando este refere que o regime excepcional do art. 3.º “abrange seguros que são subscritos em correlação com a atividade afetada”.

Continuam a ser reguladas *exclusivamente pelo regime comum* do art. 92.º do RJCS:

- a) as situações em que a diminuição do risco ocorre na vigência de contratos não conexiados com o exercício de atividade económica — tipicamente, os casos em que o contrato de seguro é celebrado por consumidores;
- b) e as diminuições de risco ocorridas na vigência de contrato de seguro celebrado em conexão com a atividade económicas, mas em que tal diminuição é causada por *razões estranhas* à medidas legislativas destinadas a combater a pandemia de COVID-19.

Um dos requisitos legais de aplicação do art. 3.º, 1, do DL 20-F/20 é a *redução substancial da atividade* do tomador do seguro. Para estes efeitos, “considera-se existir uma redução substancial da atividade quando o tomador do seguro esteja em situação de crise empresarial, incluindo quando registe uma quebra abrupta e acentuada de, pelo menos, 40% da faturação”. Embora o art. 3.º, n.º 3, do DL 20-F/2020 não o refira, a “situação de crise empresarial” é delimitada pelo art. 3.º, 3, do DL 10-G/2020, de 26.3.2020.

Este regime aplica-se tipicamente a seguros de responsabilidade civil profissional, seguros de responsabilidade civil geral, seguros de acidentes de trabalho, seguros de acidentes pessoais, seguro desportivo obrigatório, seguros de assistência, enquanto seguros relativos a riscos que cobrem atividades⁽⁴⁵⁾.

Em síntese: o regime excepcional de diminuição de risco *não se aplica* a:

- a) Seguros de grandes riscos (art. 3.º, 4, do DL 20-F/2020);
- b) Seguros contratados por consumidores (ou seja, seguros cuja contratação não é conexiada com o exercício de atividade económica) (art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020);

(45) Cf. Preâmbulo ao DL 20-F/2020.

- c) Seguros de massa conexicionados com atividade económica, em que não houve redução *significativa* de atividade (art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020);
- d) Seguros de massa conexicionados com atividade económica, em que houve redução significativa de atividade, *mas não causada* pelas medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19 (DL 20-F/2020).

7. É necessário o regime excecional e temporário de diminuição do risco?

Podemos questionar-se se é necessário o regime excecional e temporário de diminuição de risco, porquanto o art. 92.º do RJCS regula a diminuição do risco entre as “vicissitudes” do risco.

A primeira questão que importa dilucidar, com significativo relevo para o tema que nos ocupa, é a caracterização da *diminuição de risco*. Este instituto refere a “(menor) probabilidade de ocorrência do sinistro e [da] (menor) dimensão potencial das suas consequências”⁽⁴⁶⁾. Na atividade seguradora, o risco, enquanto probabilidade de ocorrência do sinistro, concretiza-se em uma tarifa calculada pelo segurador⁽⁴⁷⁾. Esta tarifa resulta da aplicação de uma sequência de taxas, refletindo, cada uma delas, uma diferente probabilidade de ocorrência do sinistro. Assim, o prémio é calculado multiplicando uma taxa (correspondente ao risco incorrido pelo segurador), pelo capital seguro (correspondente ao valor ou ao interesse seguro). Para efeitos do instituto da diminuição do risco, o que releva é a variação da taxa correspondente ao risco incorrido pelo segurador⁽⁴⁸⁾.

A diminuição de risco não se confunde com:

⁽⁴⁶⁾ LUIS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *Revista de Direito comercial*. Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, 15.4.2020, p. 888. Também neste sentido, V. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 13.”, dir. Fernando Sánchez Calero, tercera edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 277.

⁽⁴⁷⁾ ARNALDO OLIVEIRA, “Artigo 92.º — Diminuição do risco”, *Lei do Contrato de Seguro*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 359, refere a prática seguradora de aplicar uma tarifa-base que é aumentada ou diminuída em função, respetivamente, de verificação de diminuição de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

⁽⁴⁸⁾ Acompanhamos a explicação oferecida por LUIS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 889, nt. 16.

- a) a extinção do risco, em caso de cessação da atividade objeto de seguro (art. 110.º, 2, RJCS) que determina a caducidade do contrato de seguro (art. 110.º, 1, do RJCS);
- b) alteração da natureza do risco ou “transformação do risco” — alterações de risco radicais em que cessa o risco em relação ao qual o contrato foi celebrado, passando a existir um outro diferente daquele⁽⁴⁹⁾;
- c) variação do valor dos bens ou do interesse seguro⁽⁵⁰⁾.

De acordo com o regime comum, vertido no art. 92.º, 1, do RJCS, a diminuição “inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato” determina a redução do valor do prémio. Esta é a única medida prevista pelo regime comum de diminuição de risco que visa o *reequilíbrio contratual* entre o risco assumido pelo segurador e o valor do prémio⁽⁵¹⁾.

Não é qualquer diminuição do risco que franqueia o acesso ao instituto da diminuição do risco. São muito *seletivos* os pressupostos legais em que assenta o regime comum de diminuição do risco, conforme o disposto no art. 92.º, 1, do RJCS. São eles:

- a) diminuição inequívoca do risco;
- b) diminuição duradoura;
- c) com reflexo nas condições do contrato.

Discute-se na doutrina o sentido jurídico a atribuir à exigência de que a diminuição do risco seja *inequívoca*. Segundo Luís Poças, é possível afirmar que se trata de um critério objetivo⁽⁵²⁾; discorda desta compreensão Margarida Lima Rego, para quem deste requisito legal é impossível extrair qualquer critério objetivo, já que o “critério determinante será o do segurador”; “só o segurador tem a capacidade técnica adequada a uma

(49) MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *Temas de direito dos seguros*, 2.ª ed., coordenação de Margarida Lima Rego, Coimbra: Almedina, 2016, p. 401.

(50) Veja-se FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 13”, *cit.*, p. 279.

(51) Neste sentido, v. LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 901. Sobre esta *ratio legis* do regime de diminuição do risco, v. LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 673, ss.; JÚLIO GOMES, “Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, n.ºs 1-3 (jan.-set.) 2015, p. 7, ss., 40. Na doutrina espanhola, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 13”, *cit.*, p. 276.

(52) LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 894.

medição rigorosa do risco”⁽⁵³⁾. Concordam estes autores que o regime comum, contemplado no art. 92.º, 1, do RJCS, visa limitar as pretensões de tomadores de seguro de redução do prémio.

O regime comum de diminuição do risco mostra-se *inadaptado* para responder eficazmente às alterações súbitas e temporárias causadas pelas medidas legislativas de restrição à atividade económica destinadas a conter o contágio pela doença COVID-19. De facto, como já tinha sido evidenciado pela doutrina portuguesa, este regime comum de diminuição do risco não propicia soluções adequadas a repor o necessário equilíbrio contratual, nos casos de redução significativa ou suspensão da atividade, por razões de saúde pública⁽⁵⁴⁾.

O requisito relativo ao “caráter inequívoco” pode não se cumprir se, simultaneamente, ocorrer redução de certos riscos e agravamento de outros⁽⁵⁵⁾. O pressuposto legal relativo ao “caráter duradouro” pode não se cumprir, se este requisito legal for interpretado no sentido de se exigir que a diminuição de risco perdure, pelo menos, por um ano⁽⁵⁶⁾. Por fim, a “diminuição com reflexo nas condições do contrato”, pode não se cumprir se a diminuição do risco disser respeito a circunstâncias que, na prática tarifária do segurador, não influíram na valoração do prémio por parte do segurador.

Qual a resposta do regime excecional e temporário da diminuição do risco? O art. 3.º do DL 20-F/20 mantém o *propósito* (que também é do regime comum) de *selecionar* os tomadores de seguro que podem exigir a redução do prémio. Tão-só tomadores de seguros “subscritos em correlação com a atividade económica afetada” poderão reclamar o reequilíbrio do contrato de seguro pela aplicação das medidas excecionais.

De modo excecional (e divergente do regime comum), o DL 20-F/2020 densifica o sentido do “caráter duradouro”, não exigindo que a alteração do risco/diminuição perdure, pelo menos, um ano. Toma por referência temporal a *vigência das medidas legislativas e regulamentares*, “excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença

(53) MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *cit.*, p. 403.

(54) Neste sentido, v. LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco”, *cit.*, pp. 895, 926.

(55) Neste sentido, v. LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco”, *cit.*, p. 894.

(56) É esta a interpretação proposta por LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco”, *cit.*, p. 894, que se socorre do disposto no art. 40.º do RJCS. Assim, no entendimento deste A. “não poderá considerar-se que afeta duradouramente o equilíbrio das posições das partes uma diminuição do risco que perdure, afinal, por tempo inferior à própria anuidade contratual”. Esta interpretação tem o efeito de não aplicar o art. 92.º do RJCS aos contratos com duração inferior a um ano, igualmente admissíveis à luz do art. 40.º do RJCS.

COVID-19” (art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020), suas consequências diretas e indiretas. Tais medidas legislativas restritivas da atividade económica, iniciadas em março de 2020⁽⁵⁷⁾, têm necessariamente uma duração *limitada no tempo*, ajustada ao estritamente necessário para conter o surto de COVID-19, e sujeitas a avaliação periódica, de modo a serem permanentemente adequadas às exigências da situação epidemiológica de cada momento. Desde março até a junho de 2020, a análise do quadro legal mostra que, paulatinamente, vão sendo revogadas algumas medidas legislativas restritivas da atividade económica.

O regime excecional e temporário em caso de redução significativa ou suspensão de atividade, previsto no art. 3.º do DL 20-F/2020, *adapta* o sentido jurídico do caráter “inequívoco” da diminuição do risco, radicando a interpretação deste requisito nos seguintes factos:

- a) suspensão da atividade ou encerramento de estabelecimentos por força de medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19;
- b) redução substancial de atividade causada direta ou indiretamente por tais medidas (ainda que o estabelecimento não tenha encerrado nem reduzido a sua atividade).

Além de adaptar, de modo temporário e excecional, os requisitos relativos ao caráter duradouro e inequívoco da diminuição do risco, o regime excecional e temporário *diverge* do regime comum porquanto prevê a possibilidade de o tomador do seguro solicitar o fracionamento do prémio (alternativa não admitida no art. 92.º, 1). Neste caso, admitindo que o segurador concorda com esta pretensão, está legalmente proibido de cobrar custos adicionais associados a esta alteração contratual.

É razão para perguntar se o regime excecional e temporário, previsto no art. 3.º do DL 20-F/2020, cria uma presunção legal de diminuição do risco? Parece que do teor do DL 20-F/2020 não é possível retirar qualquer apoio normativo no sentido de afirmar que o tomador do seguro beneficia de uma presunção legal de diminuição de risco que o dispense de provar junto do segurador que, para os efeitos daquele específico contrato de seguro, diminuiu a probabilidade de ocorrência de sinistros, em razão da redução significativa ou suspensão da atividade. Salvo melhor opinião, o art. 3.º do DL 20-F/2020 não contempla uma presunção legal *iuris tantum*

(57) V. o *Diário da República*, Legislação COVID-19, disponível em <<https://dre.pt/legislacao-covid-19>> (consulta em 17 de junho de 2020).

de diminuição de risco. Este regime excepcional de diminuição de risco em caso de redução significativa ou suspensão de atividade não prevê qualquer inversão do ónus da prova, próprio da presunção legal *iuris tantum* (art. 350.º, 1, do Código Civil)⁽⁵⁸⁾. Aplicar-se-ão, por conseguinte, as regras gerais em matéria de prova. O regime excepcional e temporário, previsto no art. 3.º do DL 20-F/2020, não altera tais regras. Assim, o tomador do seguro que escolha exercer a faculdade de “solicitar o reflexo dessas circunstâncias no prémio dos seguros que cubram riscos de atividade”, deve comunicar ao segurador, nos termos previstos no art. 120.º do RJCS, os factos constitutivos da diminuição do risco que, para efeitos daquele contrato de seguro, configuram a diminuição de risco.

Seria contraproducente, designadamente para a sustentabilidade da atividade seguradora, e excessivo para efeitos de reequilíbrio do contrato de seguro, prever uma excepcional e temporária presunção de diminuição de risco. De facto, a diminuição de risco contemporânea da aplicação das “medidas excecionais e temporárias adotadas em resposta à pandemia da doença COVID-19” pode não estar, pura e simplesmente, conexcionada com tais medidas e dever-se a outras causas. Neste último caso, não se aplicará o regime excepcional de diminuição de risco; o tomador do seguro poderá valer-se, se os requisitos legais se encontrarem preenchidos, do regime comum de diminuição de risco, previsto no art. 92.º do RJCS.

8. Remissão para o art. 92.º do RJCS

O art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020 remete para o art. 92.º do RJCS, declarando-o aplicável com as “necessárias adaptações”. O art. 92.º, n.º 1, do RJCS, dedicado à “diminuição do risco”, determina que “ocorrendo uma diminuição inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato, o segurador deve, a partir do momento em que tenha conhecimento das novas circunstâncias, refleti-la no prémio do contrato”. O número 2 do mesmo artigo consagra que “na falta de acordo relativamente ao novo prémio, assiste ao tomador do seguro o direito de resolver o contrato”⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Como dissemos *supra*, o encerramento da atividade, a suspensão ou a redução substancial contribuem para a delimitação do âmbito de aplicação do regime excepcional e temporário previsto no art. 3.º do DL 20-F/2020.

⁽⁵⁹⁾ No sentido de que o tomador do seguro “tem o ónus, mas não o dever jurídico de comunicar ao segurador a ocorrência de uma diminuição de risco, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *cit.*, p. 403.

Por força do art. 92.º, 1, do RJCS, o segurador está legalmente vinculado à redução do prémio, “a partir do momento em que tenha conhecimento das novas circunstâncias”. A redução do prémio configura uma *alteração contratual* que requer o *acordo* das partes (v. art. 92.º, 2, RJCS). O art. 92.º, 1, do RJCS não explicita o regime aplicável ao processo negocial tendente à redução do prémio.

A doutrina portuguesa já identificou esta lacuna e apresenta propostas divergentes de integração. Arnaldo Oliveira propõe a aplicação analógica do art. 26.º, 2, do RJCS, relativo às “omissões ou inexatidões negligentes”⁽⁶⁰⁾. Parece ser difícil sustentar metodologicamente a analogia de situações entre o art. 92.º do RJCS, relativo à diminuição de risco verificada na execução do contrato de seguro, e a situação do art. 26.º do RJCS relativo às omissões ou inexatidões negligentes na fase pré-contratual⁽⁶¹⁾. São diversas as ponderações teleológicas de cada uma destas disposições: o art. 26.º, 2, do RJCS procura um prazo de dilação quanto aos efeitos da cessação do contrato no sentido de permitir ao tomador a contratação atempada do risco junto de outro segurador⁽⁶²⁾. A disciplina do art. 92.º, 1, do RJCS, ao remeter para o acordo entre as partes no contrato de seguro, há-de conferir ao tomador do seguro um tempo para ponderar se lhe interessa, ou não permanecer vinculado àquele contrato de seguro, nas condições propostas pelo segurador.

A solução preferível parece ser a da aplicação analógica do art. 93.º, 2, do RJCS, relativo à comunicação do agravamento do risco⁽⁶³⁾. Justifica-se esta aplicação analógica pois os arts. 92.º e 93.º do RJCS têm em comum o facto de se situarem no âmbito da declaração de alteração do risco, no contexto das alterações do risco (arts. 91.º e ss. do RJCS)⁽⁶⁴⁾.

Pela aplicação analógica do art. 93.º, 2, do RJCS, cabe ao tomador do seguro o *onus* de comunicar ao segurador a diminuição do risco, sem

(60) ARNALDO OLIVEIRA, “Artigo 92.º”, *cit.*, p. 359, s.

(61) Neste sentido, v. LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 904. V. também JÚLIO GOMES, “Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-3 (2015), p. 43, nt. 73.

(62) Sobre o incumprimento negligente do dever de declaração inicial do risco, v. LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, *cit.*, p. 506, ss., e mais recentemente, *Problemas e soluções de direito dos seguros*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 29, ss.

(63) Neste sentido, v. LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 904.

(64) Também na doutrina espanhola FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 13”, *cit.*, p. 276, defende que tanto a norma do art. 12.º, relativa ao agravamento do risco, como a do art. 13.º, dedicado à diminuição de risco, ambas da lei de contrato de seguro, comungam de fundamento semelhante que é, justamente, repor a equivalência das prestações.

prazo, mas na vigência do contrato de seguro⁽⁶⁵⁾. O segurador dispõe de 30 dias, a contar da data em que tenha conhecimento do agravamento do risco, para apresentar proposta de redução do prêmio ou de fracionamento do prêmio (v. art. 3.º, 1, do DL 20-F/2020).

O tomador do seguro dispõe de igual prazo para aceitar as propostas de modificação do contrato emitidas pelo segurador — havendo acordo, o contrato é modificado em conformidade, seja quanto à redução do risco seja quanto ao fracionamento do pagamento do prêmio.

Por aplicação do art. 92.º, 2, RJCS, assiste ao tomador do seguro o direito de resolver o contrato de seguro, mediante comunicação dirigida ao segurador (art. 120.º do RJCS):

- a) se o segurador não propõe a redução do prêmio nem o fracionamento do prêmio no prazo de 30 dias;
- b) se o tomador do seguro recusa as propostas formulados pelo segurador.

A questão que se pode discutir (e com relevante importância prática no contexto do regime excepcional de diminuição do risco) é se o art. 92.º, 2, do RJCS confere ao tomador o direito de exigir judicialmente a redução do prêmio. Para esta pergunta encontramos respostas divergentes na doutrina portuguesa. É opinião de Margarida Lima Rego que ao tomador do seguro não assiste o direito de ação judicial contra o segurador, destinada a condenar este na redução do prêmio⁽⁶⁶⁾. Luís Poças defende que o tomador do seguro é titular de direito subjetivo à redução do prêmio que pode ser exercido judicialmente, apesar das dificuldades probatórias desta pretensão⁽⁶⁷⁾.

Outra das perguntas cuja resposta assume especial relevo também para os efeitos do regime excepcional é aquela que questiona a data em que a resolução do contrato produz efeitos. Sublinhando que o contrato de seguro é um contrato de execução continuada, a doutrina pronuncia-se no sentido de que a resolução do contrato de seguro produz efeitos “relativamente retroativos”, reportados *ao momento em que o segurador tenha tomado conhecimento da diminuição do risco*⁽⁶⁸⁾. Por conseguinte, “se sobrevier um sinistro após tal data e o mesmo só for do conhecimento do

(65) Também neste sentido, LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 905.

(66) V. MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e as suas vicissitudes”, *cit.*, p. 403. V. tb. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2.ª ed., 2016, p. 762.

(67) LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 908, ss.

(68) MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, pp. 404-405; LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 912.

tomador do seguro após o exercício do direito à resolução, ficando o contrato de seguro extinto com efeito reportado à comunicação da diminuição do risco, o referido sinistro não se encontrará coberto⁽⁶⁹⁾.

Também se deve questionar *qual é a data em que a redução do prémio produz efeitos*. Abstratamente, são cogitáveis três respostas:

- a) data do vencimento do prémio seguinte⁽⁷⁰⁾;
- b) momento em que se atinge o acordo entre segurador e tomador de seguro;
- c) momento em que o segurador toma conhecimento da diminuição do risco.

Ora, o teor literal do art. 92.º, 1, do RJCS parece sugerir que o momento relevante é o momento em que o segurador tome conhecimento das novas circunstâncias⁽⁷¹⁾.

Outra questão a ser tratada é a do momento em que o estorno é devido *pro rata temporis*⁽⁷²⁾. Ao contrário do que acontece com o regime comum de diminuição do risco — que não resolve expressamente este problema⁽⁷³⁾ — o art. 3.º do DL 20-F/2020 determina, a título excepcional e temporário, que, em caso de renovação o contrato de seguro, o montante da redução do prémio é *deduzido ao montante do prémio devido na anuidade seguinte*. Esta alternativa não consta do regime comum de diminuição do risco. Em caso de não renovação do contrato de seguro, o sobreprémio é estornado no prazo de 10 dias úteis anteriores à respetiva cessação. Por conseguinte, quanto ao estorno do prémio não se aplica o que resulta do regime comum de diminuição do risco.

⁽⁶⁹⁾ LUÍS POÇAS, “O surto COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 912.

⁽⁷⁰⁾ Esta é solução consagrada no art. 13.º da Lei do contrato de seguro espanhola. Sobre ela, V. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 13”, *cit.*, p. 280, ss.

⁽⁷¹⁾ MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *cit.* p. 404; LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 915.

⁽⁷²⁾ A verdade é que o art. 92.º do RJCS não refere expressamente o estorno do prémio em caso de redução do prémio. A doutrina reconhece que, na generalidade dos casos, a redução do prémio determina o estorno do prémio *pro rata temporis*. MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *cit.* p. 404, defende que esta solução se fundamenta na aplicação analógica do art. 26.º, 3, RJCS.

⁽⁷³⁾ Sobre estas questões, à luz do regime comum, v. LUÍS POÇAS, “O surto de COVID-19 e diminuição do risco seguro”, *cit.*, p. 915, ss., para quem a resolução do contrato de seguro determina o dever de o segurador liquidar ao tomador do seguro a diferença entre o novo e o antigo prémio, pelo tempo decorrido a partir da data em que alteração contratual produz efeitos (estorno). Por interpretação extensiva do art. 104.º, a obrigação do segurador deve ser cumprida no prazo de 30 dias após o apuramento dos factos que originaram a diminuição do risco. Também neste sentido, v. MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e suas vicissitudes”, *cit.* p. 404.

9. “Âmbito de competência” do regime excecional e transitório de pagamento do prémio de seguro

O DL 20-F/2020 é uma *lei temporária* cuja vigência se iniciou no dia 13 de maio de 2020 e a caducidade ocorre no dia 30 de setembro de 2020. As convenções contratuais estipuladas ao abrigo do regime excecional e temporário de pagamento do prémio (art. 2.º do DL 20-F/2020 ou as estipulações relativas à diminuição do risco (novo prémio e fracionamento do prémio), acordadas ao abrigo do art. 3.º do DL 20-F/2020, continuam a ser reguladas à luz deste diploma, depois da caducidade deste. Poder-se-á falar, a este propósito, de “sobrevigência”⁽⁷⁴⁾ do regime excecional e temporário.

Começamos pela determinação do “âmbito de competência”⁽⁷⁵⁾ das normas relativas ao regime excecional de pagamento do prémio de seguro, previstas no art. 2.º do DL 20-F/2020. Esta norma aplica-se aos contratos de seguro cuja *celebração* ocorra durante a vigência do DL 20-F/2020. Esta solução é conforme ao princípio clássico, acolhido no art. 12.º do Código Civil, de que o “estatuto contratual” é regulado pela lei vigente na data da conclusão do contrato.

A questão que se põe é se o art. 2.º do DL 20-F/2020 se aplica imediatamente aos contratos de seguro que, celebrados à luz do RJCS, se mantêm em vigor à data da entrada em vigor do regime excecional e temporário de pagamento do prémio. Tipicamente, o contrato de seguro prolonga-se no tempo e integra obrigações ou, numa outra formulação “atribuições”, duradouras⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 238, considera que é mais adequado falar em incorporação da lei antiga no contrato “por ter sido como que tacitamente acolhida nas suas disposições pela vontade das partes”.

⁽⁷⁵⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador, cit.*, p. 231, caracteriza o problema o âmbito de competência como uma *questão relativa à determinação do âmbito de aplicabilidade das leis*, distinguindo-o do problema de aplicação das leis.

⁽⁷⁶⁾ Indício disso é o disposto no art. 40.º do RJCS que supletivamente fixa a duração do contrato de seguro pelo período de um ano. Tal norma supletiva corresponde à estipulação contratual socialmente típica na contratação com consumidores quer em Portugal, quer em outras ordens jurídicas. Neste sentido, v. JOSÉ PEREIRA MORGADO, “Artigo 40.º”, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 249, ss. O § 12 da Lei Alemã do Contrato de Seguro também prevê que o contrato de seguro vigora pelo prazo de um ano, salvo se o prémio fixado respeitar a período inferior. Tipicamente, o contrato de seguro incorpora obrigações/ou “atribuições” duradouras. Sobre obrigações duradouras, v. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 659, que as caracterizam como aquelas em que “a execução se prolonga no tempo e em que este influi no montante da prestação”. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiro, cit.*, p. 449, ss., admite contratos de seguro em que a cobertura configura uma “atribuição instantânea”.

Mostra-se juridicamente fundado e adequado sustentar a *aplicação imediata* do art. 2.º do DL 20-F/2020 aos contratos de seguro em vigor a 13 de maio de 2020⁽⁷⁷⁾:

- a) o contrato de seguro é um contrato de adesão que comporta restrições práticas à liberdade de estipulação;
- b) o regime excecional de pagamento do prémio serve exigências de “ordem pública económica”, na medida em que visa proteger o tomador do seguro, enquanto parte mais fraca no contrato de seguro⁽⁷⁸⁾;
- c) o art. 2.º do DL 20-F/2020 aplica-se aos seguros obrigatórios cuja contratação é imposta por lei.

Nas palavras de Baptista Machado, justifica-se a aplicação imediata da lei nova ao “estatuto contratual” quando ele visa “*reequilibrar* as convenções que, em razão de (...) circunstâncias económicas imprevisíveis, viram a sua economia interna também perturbada e, por isso, se tornaram injustas”⁽⁷⁹⁾. De facto, as medidas legislativas de resposta à pandemia de COVID-19 determinaram a redução de rendimentos e de faturação de tomadores de seguros, modificando drasticamente o ambiente económico anterior. De modo a responder a estas alterações, impôs-se a transição (excecional e temporária) de um regime absolutamente imperativo para um regime relativamente imperativo que habilita a flexibilização das regras sobre o pagamento do prémio. Ora, a *aplicação imediata* do regime excecional de pagamento de prémio de seguro permite a adaptação do conteúdo do contrato às particulares circunstâncias económicas causadas pela pandemia COVID-19. Em síntese: o regime excecional do pagamento do prémio é *aplicável imediatamente* a contratos de seguro celebrados antes do início de vigência do DL 20-F/2020 e que se mantenham em vigor à data de início de vigência desta.

Como se acautela, porém, a não retroatividade do DL 20-F/2020, em matéria de convenções do contrato de seguro relativas ao pagamento do prémio? Parece que aqui se deve aplicar o princípio extraível do art. 12.º

(77) J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit. p. 240, refere que a “ordem pública económica de proteção” (“medidas legislativas destinadas a tutelar o interesse da parte contratual mais fraca”) e a “ordem pública económica de direção” (“medidas de dirigismo económico destinadas a modificar a estrutura ou a equilibrar a conjuntura económica) podem justificar a aplicação imediata da lei nova ao estatuto contratual.

(78) Recorde-se que o art. 2.º do DL não se aplica aos seguros de grandes riscos.

(79) J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit. p. 240.

do Código Civil: a “LN (no caso, será o DL 20-F/2020) só poderá, sem retroatividade, reger os *efeitos futuros* dos contratos em curso quanto tais efeitos possam ser dissociados do facto da conclusão do contrato”⁽⁸⁰⁾. Desta forma, ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelo contrato de seguro. Aplicando este critério, as normas do art. 2.º do DL 20-F/2020 aplicam-se à *prorrogação do contrato de seguro* ocorrida no período de vigência deste diploma. Em contratos de seguro celebrados antes da entrada em vigor do DL 20-F/2020, em que foi convencionado o fracionamento do prémio, o DL 20-F/2020 aplica-se à primeira fração do prémio a vencer na sua vigência.

10. Conclusões

Através da imperatividade relativa dos arts. 59.º e 61.º, o DL 20-F/2020 expande a liberdade negocial das partes, acautelando a posição do tomador do seguro de massa. No entanto, a desejada flexibilização do regime de pagamento de prémio em seguros de massa dependerá das propostas que os seguradores estejam disponíveis para oferecer ao mercado.

A prorrogação automática do seguro obrigatório cujo prémio não foi pago, por 60 dias, acautela a posição de terceiros e, simultaneamente, onera a posição do segurador que proporciona a cobertura, podendo ser confrontado com o não pagamento do prémio.

O regime de compensação entre o prémio em dívida e prestações pecuniárias devidas pelo segurador exige a reciprocidade de créditos e não pode abranger direitos de créditos cuja titularidade pertença a terceiros, seja em consequência da ação direta de fonte legal, seja de origem negocial. Nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, o segurador está impedido de imputar na compensação da dívida de prémio não pago pelo tomador do seguro a prestação pecuniária devida a terceiro lesado.

O regime excecional e temporário de diminuição de risco não se aplica a contratos celebrados por consumidores; a estes aplica-se exclusivamente o regime excecional e temporário de pagamento do prémio.

O DL 20-F/2020 intervém sobre os pressupostos legais de que depende a redução do prémio em caso de diminuição do risco.

⁽⁸⁰⁾ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 241. A observação inserida entre parêntesis não consta do original.

Diminuições não duradouras do risco permitem, no regime excepcional, que o tomador do seguro requeira a redução do prémio.

Por comparação com o regime comum, o DL 20-F/2020 concretiza o que é uma diminuição inequívoca, por “redução substancial de atividade”.

A alternativa de fracionamento do prémio, sem custos adicionais, em caso de diminuição do risco, inexistente no regime comum da diminuição do risco.

No caso de seguros contratados em conexão com atividade económica, o DL 20-F/2020 permite que sejam cumulados o regime excepcional de pagamento do prémio de seguro com redução do prémio de seguro.

Bibliografia

- ASCARELLI, TULLIO, *Appunti di diritto commerciale. Società*, 3.^a ed., Società editrice del “Foro italiano”, 1936.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos seguros*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal, Parte geral, Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GOMES, JÚLIO, “Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, n.ºs 1-3 (jan.-set.) 2015.
- MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 1987.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Artigo 12.º”, *Lei do contrato de seguro não anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- ___, “Artigo 13.º”, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- ___, “Artigo 61.º”, *Lei do contrato de Seguro anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- MATOS, FILIPE ALBUQUERQUE, “O contrato se seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: breves considerações”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, 2002.
- MORGADO, JOSÉ PEREIRA, “Artigo 40.º”, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- OLIVEIRA, ARNALDO, “Artigo 92.º”, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- ___, “Artigo 98.º”, *Lei do contrato de seguro anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.
- POÇAS, LUÍS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Coimbra: Almedina, 2013.
- ___, *Problemas e soluções de direito dos seguros*, Coimbra: Almedina, 2019.
- ___, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *Revista de Direito comercial*. Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, 15.4.2020.
- PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, 30. Auflage, 30., C.H. Beck, 2018, § 18.
- RAMOS, MARIA ELISABETE, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010.
- ___, “Pequenas e médias empresas. Como a discriminação positiva pode inibir o crescimento”, *Estudos em memória de Ana Maria Rodrigues* (Comissão Organizadora: António Martins, Isabel Cruz, José Xavier de Basto, Mário Augusto), Coimbra: Almedina, 2018.
- REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- ___, “O prémio”, *Temas de direito dos seguros*, 2.^a ed., coord. de Margarida Lima Rego, Coimbra: Almedina, 2016.
- ___, “O risco e suas vicissitudes”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

- RIBEIRO, EDUARDA, “Novo regime jurídico do contrato de seguro. Aspetos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente”, *Fórum — Revista semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, n.º 25, junho de 2008.
- ROSA, MARTA PEREIRA, “A insolvência do tomador do seguro ou do segurado”, *Temas de direito dos seguros*, coord. de Margarida Lima Rego, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- SANCHÉZ CALERO, FERNANDO, “Artículo 2”, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dir. Fernando Sánchez Calero, tercera edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2005.
- , “Artículo 13.”, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dir. Fernando Sánchez Calero, tercera edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2005.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao direito*, Coimbra: Almedina, 2012.
- TELES, MARIA ELISABETE, “Liberdade contratual e seus limites — imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, *Temas de direito dos seguros*, 2.ª ed., coord. de Margarida Lima Rego, Coimbra: Almedina, 2016.
- VARELA, J. M. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, Vol. II, *cit.*, Coimbra: Almedina, 1990.

A ARBITRAGEM E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA: 3 PECADOS ORIGINAIS E A REFORMA QUE FICA POR FAZER

Por Simão Mendes de Sousa(*)

SUMÁRIO:

I. Razão de Ordem. **II.** A Arbitragem: Breves Notas. **III.** A Arbitragem de “Questões Respeitantes a Contratos”. *a.* O Regime do Código dos Contratos Públicos. *b.* O Regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. *c.* Posição Adotada. **IV.** A Reforma que Fica por Fazer. **V.** Conclusões.

I. Razão de Ordem⁽¹⁾

I. O tema que nos propomos analisar nas próximas linhas diz respeito à arbitragem de litígios administrativos, em especial os decorrentes das “*questões respeitantes a contratos*”⁽²⁾. Como optamos por desvendar no título do presente estudo, focar-nos-emos naqueles que considerámos os 3 pecados originais das duas revisões já terminadas nesta matéria, deixando para final uma breve reflexão sobre a revisão que, em nosso entender, ainda ficou por fazer.

(*) Advogado. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas.

(1) O presente estudo foi escrito tendo por base as regras do comumente designado Novo Acordo Ortográfico. Existem, contudo, passagens que estão escritas de acordo com as anteriores regras ortográficas, que decorrem de citações e/ou enunciados normativos anteriores à entrada em vigor deste Novo Acordo Ortográfico. Por motivo de rigor científico mantivemos os textos enunciados *qua tale*.

(2) Por referência à terminologia constante do disposto no art. 180.º, n.º 1, alínea *a*) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Com a aprovação do **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto**, que reviu o Código dos Contratos Públicos, o legislador parece ter cortado a direito quanto ao regime que vinha a seguir, transformando a arbitragem de “*questões respeitantes a contratos*”, num complexo intrincado de normas, dúvidas e dificuldades que a Doutrina tem vindo a analisar.

Com a revisão terminada com a publicação da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, estabelece-se uma nova alteração de pressupostos que podem vir a auxiliar o intérprete-aplicador a compreender qual a intenção do legislador da reforma do Código dos Contratos Públicos, fornecendo pistas interpretativas de considerável relevo, ainda que o panorama de dificuldades não se altere exponencialmente.

Nesta análise, pretendemos avaliar o regime para o recurso à arbitragem de litígios respeitantes a contratos, não deixando de tomar posição nas querelas doutrinárias que se têm desenvolvido ao longo dos últimos tempos.

Iniciaremos o nosso estudo com breves notas gerais relativas à arbitragem. Findas estas, prosseguiremos com a análise dos regimes decorrentes do Código dos Contratos Públicos e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e, a final, tomaremos posição nos debates doutrinários.

II. A Arbitragem: Breves Notas

I. Num primeiro momento de análise e, com o objetivo de deixar algumas pistas que nos podem ser úteis ao longo da análise que nos propomos realizar, importa clarificar algumas noções, nomeadamente quanto ao que devemos entender por arbitragem, uma breve noção de arbitragem voluntária e, em sentido contrário, arbitragem necessária. Por último, uma breve nota sobre a diferenciação entre arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada.

Quanto ao que devemos entender por arbitragem, importa salientar que esta pode ser tida como um meio de resolução alternativa de litígios, em que as partes assentam para encontrarem uma solução para o conflito que as opõe, constituindo uma “*manifestação de jurisdição voluntária*”⁽³⁾. Regra geral, é à autonomia das partes que compete aderir ou não à arbitra-

(3) Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem “Necessária”, “Obrigatória”, “Forçada”*: Breve Nótula Sobre a Interpretação do Artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. 2, 2012, Coimbra, Almedina, p. 258.

gem, redigindo para tanto um documento que se toma por convenção de arbitragem, em que esculpem o objeto do litígio, o modo de escolha dos árbitros, bem como o regime aplicável⁽⁴⁾. Desta consensualização das partes extrai-se a voluntariedade de adesão à arbitragem. É possível apresentar uma noção do que se deve entender por arbitragem, sendo certo que por seu intermédio, se constitui um “*meio de resolução alternativa de litígios, no qual as partes atribuem voluntariamente por efeito da celebração de um contrato — a convenção de arbitragem — o poder para a resolução do seu litígio a árbitros, os quais são terceiros independentes e imparciais que actuarão enquanto verdadeiros juizes, proferindo uma sentença que produz efeitos jurisdicionais*”⁽⁵⁾.

Relativamente à arbitragem voluntária, simplisticamente, trata-se daquela forma de arbitragem que não é imposta pelo legislador como o instrumento primordial para a composição de um litígio⁽⁶⁾. Assim, fica na disposição das partes o recurso à arbitragem, por intermédio da outorga da convenção de arbitragem, permitindo-lhes a constituição de um tribunal que lhes permita dirimir o litígio que as opõe⁽⁷⁾. Contrariamente, a arbitragem necessária é aquela em que “*o legislador impõe como quadro jurisdicional único*”⁽⁸⁾, dispensando a vontade das partes no recurso à arbitragem para a resolução de um determinado litígio, deixando esta de ser uma opção discricionária das partes, para uma imposição legislativa em que lhes resta apenas a possibilidade de escolha dos árbitros⁽⁹⁾.

Por último, a arbitragem é considerada *ad hoc* sempre que as partes quando celebram a convenção de arbitragem decidirem constituir um tribunal especificamente para dirimirem esse mesmo litígio, esfumando-se a sua existência com a resolução do litígio que desencadeou o seu estabelecimento⁽¹⁰⁾. No extremo oposto, a arbitragem é institucionalizada, sempre que as partes optem por, em caso de litígio, dirimi-lo por intermédio de um centro de arbitragem pré-existente, com uma estrutura administrativa e organizativa própria, ao regulamento deste se submetendo para a resolução do seu litígio⁽¹¹⁾.

(4) *Idem, idem.*

(5) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *Manual de Arbitragem*, 2019, Coimbra, Almedina, P.12.

(6) Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem dos Litígios Entre Particulares e a Administração Pública sobre Situações Regidas pelo Direito Administrativo*, in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, 2014, Coimbra, Coimbra Editora, p. 683.

(7) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 14.

(8) Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, *cit.*, p. 683.

(9) Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 258.

(10) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 18-19.

(11) *Idem, idem.*

Arrumadas que se encontram as necessárias noções prévias, importa avançar para a matéria relativa à arbitrabilidade de questões administrativas⁽¹²⁾, mormente, as “*questões respeitantes a contratos*”.

II. Cumpre, desde logo, salientar que a arbitragem de litígios que corporizem relações administrativas, isto é, entre entes privados e entes administrativos, vê hoje a sua admissibilidade ser pacificamente admitida no nosso país⁽¹³⁾. Há, na Doutrina, setores que não consideram os Tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais, ao arrepio de um amplo consenso Doutrinário e, em última instância, do nosso texto constitucional decorrente da revisão constitucional de 1982⁽¹⁴⁾.

Assim, desde a referida revisão constitucional, a nossa Constituição, refere expressamente no n.º 2 do art. 209.º a possibilidade da existência de tribunais arbitrais. Ora, esta norma não pode ser interpretada isoladamente, olvidando o disposto no n.º 1 do art. 202.º, também da nossa Constituição, que estabelece que os tribunais têm a competência de administrar a justiça em nome do Povo. Ou seja, com a revisão constitucional de 1982, o Estado perdeu o monopólio da função jurisdicional⁽¹⁵⁾, mas perder o

⁽¹²⁾ Para o estudo da evolução registada no nosso país, veja-se, entre outros, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 683, ss.; cf. RUI MEDEIROS, *Arbitragem Administrativa e Constituição*, in Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda, 2019, Coimbra, Almedina, p. 448, ss.; cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem de Direito Público: Um Instituto em (Permanente) Evolução: Breve Apontamento*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 28, ss.

⁽¹³⁾ Cf. MÁRIO AROS DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, reimpressão da 4.ª ed., 2018, Coimbra, Almedina, p. 1313.

⁽¹⁴⁾ Veja-se nesse sentido PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, nomeadamente, quando o Autor refere que, considera “os vulgarmente chamados «tribunais arbitrais» como quase-tribunais ou, com mais rigor, como «entidades privadas de resolução de litígios jurídicos» e os seus membros como árbitros ou «leigos» no «exercício privado de uma atividade de tipo parajurisdicional, necessariamente imperfeito ou incompleto”, ainda que o Autor não negue que ela existe e, mercê de uma “interpretação obliqua dos arts. 20.º, 202.º, 209.º, 212.º/3, 266.º e 268.º da Constituição”, esta seja admissível no nosso ordenamento jurídico-administrativo. Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem Administrativa e Código dos Contratos Públicos: Dissidentes da Boa Administração do Interesse Público*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 71.

⁽¹⁵⁾ Cf. RUI MEDEIROS, *Arbitragem...*, cit., p. 448. No mesmo sentido, pensamos poder enquadrar ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, sobretudo, quando este refere que, “a arbitragem é uma actividade jurisdicional já que constitui um modo de resolução de controvérsias por forma unilateral e vinculativa, visando a tomada de uma decisão que produz os efeitos tipos de um acto jurisdicional (falamos do caso julgado e força executiva)”, concluindo o Autor, dizendo que, “exercendo a função jurisdicional, como é amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência (...) é difícil dizermos que os tribunais arbitrais não são verdadeiros tribunais. Sobretudo se tivermos em consideração que o poder judicial, separado dos outros poderes, só pode ser exercido por tribunais — não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos”. Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Do Recurso de Decisões Arbitrais para o Tribunal Constitucional*, in Revista Themis, Ano IX, n.º 16, 2009, Coimbra,

monopólio não significa que esta não seja sua competência. Melhor dito, pelo simples facto do reconhecimento da arbitragem como uma forma de resolução litígios, não significa que os Tribunais Administrativos, sejam relegados para um papel subsidiário, ou meramente instrumental. Na verdade, a arbitragem administrativa, deve ser vista como uma forma alternativa de resolução de litígios, a par dos Tribunais Estaduais, e não como o método primordial e preferencial de resolução de litígios administrativos.

Assumida que se encontra a admissibilidade da arbitrabilidade de questões administrativas, foquemos a nossa atenção na arbitragem de “*questões respeitantes a Contratos*”.

III. A Arbitragem de “*Questões Respeitantes a Contratos*”

Por uma questão puramente metodológica, e porque a publicação da Lei que revê o Código de Processo nos Tribunais Administrativos se trata de um texto legislativo posterior, iniciaremos a nossa análise pelo regime constante do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos para, em momento posterior, analisarmos o texto decorrente da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. É o que faremos em seguida.

Almedina, p. 199. Em sentido contrário, PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, sobretudo, ao afirmar que: “*as entidades arbitrais não exercem a função jurisdicional. Esta função (do Estado) é necessariamente soberana, una e pública*”, sublinhando, ainda que, as “*entidades arbitrais*” praticam “*uma atividade privada quase-jurisdicional ou jurisdicional imperfeita (parajurisdicional)*”. O Autor prossegue a sua argumentação, assentando ainda que, lhe parece “*mais rigorosa a expressão «atividade privada parajurisdicional imperfeita e incompleta», atendendo (i) à origem e (ii) ao significado próprio da «jurisdição», ligado aos poderes próprios e definidores do que um Estado soberano de Direito desde os finais do Século XVIII, bem como ligada ainda, (iii) às conatras incompletudes de tutela que a justiça privada transporta e (iv) ao diferente estatuto legal-deontológico-financeiro dos árbitros*”. Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 70. Esta é uma posição relativamente isolada na Doutrina e que, igualmente, não encontra acolhimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao estabelecer o Tribunal que, “*mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania, nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais (haverá, portanto, outros tribunais, para além dos que podem ser qualificados como órgãos de soberania)*”, prosseguindo ainda o Tribunal dizendo que, “*o tribunal arbitral voluntário é um órgão que, embora formado caso a caso, se constitui precisamente para exercer a função jurisdicional, para, em suma, praticar os actos jurisdicionais para que tiver sido solicitado dentro dos quadros da convenção de arbitragem*”. Assim, “*no desenvolvimento da sua acção, da prática dos actos próprios da sua competência jurisdicional*”. Cf. Acórdão n.º 230/86, de 8 de Julho de 1986, disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/221998>>.

a. O Regime do Código dos Contratos Públicos

I. O regime decorrente da revisão operada em 2017 do Código dos Contratos Públicos, por intermédio do **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto**, aditou o art. 476.º, sob a epígrafe “*Resolução Alternativa de Litígios*”⁽¹⁶⁾. É, neste artigo, que se concentram as inovações relativas à matéria da arbitragem. Desde logo, no preâmbulo do referido Decreto-Lei, o legislador assenta que, “*em cumprimento do Programa do Governo, ao nível do descongestionamento dos tribunais, estabelece-se um regime que promove a resolução alternativa de litígios, com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso de litígios que oponham cidadãos e empresas a entidades públicas em matéria de contratação pública*”.

Ora, a primeira ilação que podemos retirar do texto legal, prende-se com a necessidade encontrada pelo legislador de encontrar uma forma de descongestionamento dos Tribunais Estaduais. Assim, entende-se que a opção legislativa pela resolução alternativa de litígios, *máxime* pela arbitragem se prende com uma forma de descongestionar os tribunais. Sendo lícita, não deixa de ser uma aposta discutível, uma vez que vários dos benefícios decorrentes da opção pela via arbitral acabam por relegadas para segundo plano, com o texto legal decorrente desta revisão do Código dos Contratos Públicos. Na verdade, acaba por se retirar a ideia que, o legislador tentou encontrar uma forma de se desresponsabilizar do crónico atraso da jurisdição administrativa, socorrendo-se, para tal, da via arbitral. É certo que a celeridade é uma das vantagens inerentes ao fenómeno arbitral mas, não é o único e, corre-se o risco da arbitragem passar a ser encarada apenas como a válvula de escape do sistema⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Conforme já vimos *supra* a arbitragem é, por definição, um mecanismo de resolução alternativa de litígios e, por isso, a epígrafe do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos se afigura correta. Em face da referência do art. 476.º, n.º 1 do referido código a “*outros meios de resolução alternativa de litígios*”, parece poder afirmar-se com um elevado grau de certeza que, o legislador se refere à mediação. Deve-se, contudo, assentar, na esteira de RICARDO PEDRO, que “*deve ter-se em conta que a mediação, enquanto meio de resolução, tende a não assegurar o mesmo nível de garantia do conteúdo dos direitos que a administração da justiça estadual oferece, verificando-se, assim, um fenómeno de degradação do direito, (...) sobretudo pelo carácter negociado que é inerente à mediação e pela perspectiva de privilégio dos interesses face aos direitos*”. Cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem e Outros Meios de Resolução de Litígios de Direito Administrativo, em Especial, em Matéria de Contratos Públicos: entre a efectividade e as dúvidas... E Notas Breves Sobre a Proposta de Lei n.º 168/XIII*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 62. O Autor, acrescenta ainda que, falta saber se, tal como na arbitragem, há uma preferência pela mediação institucionalizada e o papel que se atribui ao juiz estadual. *Idem*, p. 69.

⁽¹⁷⁾ Como bem observa o insigne Professor SÉRVULO CORREIA, “*só por falta de entendimento da natureza e do papel da arbitragem se poderia esperar que ela servisse para desobstruir o atravancamento nos órgãos de jurisdição judicial. A arbitragem não contribui para aliviar em termos quantita-*

II. O regime que decorre do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos detém múltiplas virtualidades que, não só efetuam um corte legislativo com a linha que vinha a ser trilhada pelo legislador, nomeadamente, na revisão de 2015 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽¹⁸⁾, como acabam, em face do n.º 2 do art. 476.º, por levantar a dúvida se ainda estamos perante o recurso à arbitragem voluntária ou, contrariamente, se esta se acaba por se revelar uma arbitragem necessária para quem queira participar em determinado procedimento, em que a entidade adjudicante expressamente tenha optado por prever o recurso à arbitragem para dirimir qualquer litígio decorrente deste.

Neste sentido, a Doutrina tem produzido um vibrante debate colocando frente-a-frente, quem defende que estamos diante de arbitragem necessária em face da opção do legislador; quem, contrariamente, defende que ainda estamos diante de arbitragem voluntária, conservando o candidato, concorrente ou participante, o direito de aceitar ou não a sujeição à arbitragem; e, por último, quem defende que essa depende dos efeitos da não-aceitação da arbitragem por parte do candidato, concorrente ou participante. Em seguida, daremos nota dos principais argumentos expedidos pelas duas teses em confronto para, posteriormente, tomarmos posição no debate.

Pela banda dos que consideram que a arbitragem gizada pelo legislador, reveste contornos de arbitragem necessária, argumenta-se, em síntese que, não sendo esta uma arbitragem verdadeiramente necessária por não ser expressamente imposta por lei, arredando-se, assim, o recurso aos tribunais estaduais, esta não deixa de assumir caráter de obrigatória para quem queira participar no procedimento, sendo imposta pela entidade adjudicante⁽¹⁹⁾. Assim, será apenas verdadeiramente voluntária, para a entidade adjudicante que a impõe aos potenciais participantes no procedimento que, desde logo, são obrigados a declarar a sua adesão, de forma expressa, à arbitragem nos moldes em que esta foi gizada pela entidade adjudicante⁽²⁰⁾. Há, igualmente, quem defenda que a arbitragem dese-

*tivamente significativos a dificuldade dos tribunais no asseguramento de um prazo razoável na feitura de justiça, mas tão só para melhorar o estado das coisas com efeitos positivos num plano qualitativo. Assim sucede na medida em que ela permite acelerar a solução de litígios cujo relevo potenciará as consequências sócio-económicas negativas da lentidão na condução dos processos". Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 702.*

⁽¹⁸⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias Sobre a Arbitragem no CCP Revisto*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 95.

⁽¹⁹⁾ Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem na Contratação Pública: Algumas Questões*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 51.

⁽²⁰⁾ Cf. PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem de Direito Público*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 84, nota 21.

nhada pelo legislador, coloca o particular na posição de completa sujeição à entidade adjudicante, não lhe restando a liberdade necessária para acolher, ou não, essa determinação, ficando na posição de possível exclusão de proposta caso não aceite a sujeição à arbitragem⁽²¹⁾. Para esta corrente doutrinária, a arbitragem necessária gizada pelo legislador não deixa de ser tida como “*sui generis*”, dado que, depende de uma decisão emanada da entidade adjudicante, que remove a consensualização entre as partes de recurso à arbitragem, anuindo a lei com a imposição da entidade adjudicante⁽²²⁾, permitindo a esta última uma ampla discricionariedade.

Contrariamente, e pela banda daqueles que a consideram arbitragem voluntária, há uma argumentação ligeiramente diferente, dizendo-se, fundamentalmente, que não se tratando de uma arbitragem imposta por lei, afastando a tutela jurisdicional dos tribunais estaduais, esta não pode ser verdadeiramente considerada como arbitragem necessária⁽²³⁾. De igual modo, também se defende que a possibilidade de imposição do recurso à via arbitral por parte da Administração se enquadra dentro do normal conjunto de condições que a entidade adjudicante impõe aos concorrentes nas peças do procedimento⁽²⁴⁾. Um outro argumento utilizado pelos partidários da não existência de arbitragem necessária, reside na ideia de aceitação do ente privado, na sujeição à arbitragem do eventual litígio que surja, quer no período pré-contratual, quer no período contratual. Isto é, mesmo que a arbitragem seja proposta pela entidade adjudicante, só se efetiva mediante a expressa aceitação do ente privado. Caso não a aceite, este, mediante uma decisão sua e voluntária, será sempre livre de não participar no procedimento⁽²⁵⁾.

(21) Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., pp. 93-94.

(22) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP Revisto*, in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2.ª ed., 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, pp. 1247-1248.

(23) Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem...*, cit., p. 51.

(24) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 329.

(25) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem e o Artigo 476.º na Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 62. Argumento que, aliás parece ser também expedido por SANDRA TAVARES MAGALHÃES, quando a Autora nos diz que, “os alicerces desta matriz são, por um lado, a vontade e iniciativa da entidade adjudicante de sujeitar à jurisdição arbitral os litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o CCP, e, por outro lado, a ponderação que cabe ao operador económico fazer sobre o seu interesse em participar num determinado procedimento, nos termos propostos pela entidade adjudicante, caso pretenda exercer essa opção”. Cf. SANDRA TAVARES MAGALHÃES, *A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos: Breves Notas*, in *Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda*, 2019, Coimbra, Almedina, p. 468.

Uma última corrente Doutrinária, com um posicionamento mais mitigado, vem defender que, estamos perante uma arbitragem necessária, nos termos em que a previsão do clausulado legal, constitua uma condição de participação no procedimento. Ora, nesta gama de situações, poder-se-ia dizer — como faz alguma doutrina⁽²⁶⁾ — que, estaríamos diante de uma posição de difícil compatibilização com todos os princípios de contratação pública, sendo desproporcional, desnecessária e irrazoável, uma vez que não pode constituir uma condição essencial de acesso à contratação pública, limitando o acesso concorrencial à faculdade de participação no procedimento. Nestes casos, isto é, aqueles em que a não-aceitação da arbitragem pelo ente privado conduz à rejeição da proposta — apesar da difícil compatibilização com as causas de rejeição de propostas elencadas no Código — esta não pode deixar de ser entendida como arbitragem necessária⁽²⁷⁾, conduzindo à sua difícil constitucionalidade, mercê do disposto no n.º 5 do referido art. 476.º do Código dos Contratos Públicos.

III. Uma outra gama de questões decorre da preferência que o legislador expressamente assume pela arbitragem em centros de arbitragem institucionalizados⁽²⁸⁾, nomeadamente em face das várias alíneas do disposto no n.º 2 do referido art. 476.º, nomeadamente, mediante a aceitação dos interessados, candidatos ou concorrentes à jurisdição do centro de arbitragem competente para o julgamento daquele litígio [cf. a al. a)]; ou, a necessidade de aceitação do cocontratante da jurisdição de determinado centro de arbitragem para todos os litígios decorrentes daquele contrato [cf. a al. b)]; ou, ainda e por fim, a possibilidade de remissão para as regras de um determinado centro de arbitragem [cf. a al. c)]. Concomitantemente, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece como exceção a resolução fora de centros de arbitragem institucionalizada, uma vez que “*só pode ser determinada*” num reduzido conjunto de situações. Na verdade, o legislador não assume apenas a sua preferência pela arbitragem pela sua celeridade na solução do litígio, prefere, igualmente, e de forma assumida, que esta se realize em centros institucionalizados, havendo assim, como que um duplo grau de preferência legislativa.

(26) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., pp. 78-79.

(27) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem no Código dos Contratos Públicos Revisto*, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação: CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 290.

(28) Desde logo, ao dizer no preâmbulo do Decreto-Lei que revê o Código, que promove a arbitragem, mas “*com preferência pelos centros de arbitragem institucionalizados*”.

Em face desta preferência legislativa a Doutrina não deixou de fazer ouvir e valer a sua voz, produzindo um profícuo debate que daremos nota nas próximas linhas.

Assim, tem-se dito que, contrariamente aos litígios entre privados, os litígios a envolver a administração, devem ser escrutinados e transparentes, relevando ainda um cuidado especial na escolha dos árbitros assegurando a sua probidade, honestidade, independência técnica e imparcialidade, para além da sua competência⁽²⁹⁾. Há quem considere que a preferência só se materializa quando a entidade adjudicante escolha a submissão de eventuais litígios à arbitragem, o que, como não se trata de arbitragem necessária, pode não acontecer⁽³⁰⁾, contudo o impulso é sempre dado apenas pela entidade adjudicante⁽³¹⁾. Importa salientar que, em boa medida, a preferência do legislador pela arbitragem institucionalizada, decorre, de apenas excecionalmente e nas condições do n.º 3 do art. 476.º, se poder recorrer à arbitragem *ad hoc*⁽³²⁾. É precisamente por isto que, há quem defenda que esta preferência assumida pelo legislador se constrói, essencialmente, “*pela negativa*”, uma vez que se criam requisitos não-cumulativos para que se possa recorrer a tribunais arbitrais *ad hoc*, sendo por princípio, a preferência legal, o recurso a centros de arbitragem institucionalizados⁽³³⁾.

Há, noutra gama de argumentos, quem considere que com a submissão preferencial a centros de arbitragem institucionalizada, se possa perder a “flexibilidade” inerente ao fenómeno arbitral, ainda que esta seja uma opção estruturante e que possa, para além do que já se disse, vir a envolver menores custos associados às partes, sendo as suas regras, árbitros e demais encargos com os processos públicos e, como tal, sindicáveis. Este aumento de transparência retira algumas sombras que, ainda hoje pairam sobre a arbitragem, especialmente, a que envolve entidades públicas⁽³⁴⁾. É certo que, sendo o processo confidencial, para além da potencial desconfiança quanto ao seu desfecho, é uma parcela de transparência e de sindicabilidade de uma das funções do Estado que se coloca em causa, sendo,

(29) Cf. ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A arbitragem...*, cit., p. 55.

(30) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 61.

(31) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 78.

(32) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1247.

(33) Cf. RICARDO PEDRO, *Questões Relativas à Institucionalização da Arbitragem Administrativa: Um puzzle em construção, um palimpsesto or something different*, in Estudos sobre Arbitragem (em especial, de Direito Público), 2019, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 89.

(34) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem e Contratação Pública — Brevíssimas Notas*, in Revista de Direito Administrativo, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, A.A.F.D.L. Editora, p. 58.

por isso mesmo, absolutamente inaceitável que esta não revista a necessária transparência e publicidade⁽³⁵⁾. Um argumento favorável ao recurso a centros de arbitragem institucionalizados, prende-se com a sua necessária especialização, isto é, o recurso ao regulamento do centro de arbitragem escolhido pela entidade adjudicante, permite que as normas a aplicar e a forma de resolução de determinado litígio seja acomodada por um centro que, pelo menos *a priori*, tem uma experiência maior do que a entidade adjudicante sendo, como tal, mais apta a promover uma boa decisão do litígio⁽³⁶⁾.

IV. Uma última gama de problemas parece decorrer da admissibilidade de recurso das decisões de valor superior a € 500.000, em claro contraciclo com a preferência pela não existência de recurso de decisões arbitrais, excetuados os casos do art. 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária, ou seja, quando voluntariamente as partes o estabeleçam na convenção de arbitragem, podendo-se questionar, se ainda estamos perante uma decisão que se arroga de estável, célere e definitiva, cuja base se reveste do manto de atratividade decorrente da arbitragem.

Neste sentido, há quem não entenda qual a razão que levou ao afastamento do Código do regime identificado nas linhas antecedentes⁽³⁷⁾, sendo excessivamente ampla a hipótese de recurso, em face da “alçada” criada pelo legislador⁽³⁸⁾. Ainda, relativamente ao montante da alçada há quem defenda que se deve questionar tanto a razoabilidade, como a proporcionalidade deste montante, considerando-a excessiva e injustificada⁽³⁹⁾. Pode-se considerar que esta se inspirou no art. 151.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e nas revistas *per saltum* para o Supremo Tribunal Administrativo, esgotando-se a analogia no valor da “alçada”⁽⁴⁰⁾.

Pode-se, igualmente, entender que o estabelecimento deste regime de recurso decorre duma cautela assumida pelo legislador, fazendo eco das dúvidas que possam ser suscitadas quanto à natureza da arbitragem aqui estabelecida, acautelando-se quanto a questões de constitucionalidade da

(35) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 327.

(36) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 299.

(37) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 333.

(38) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem...*, cit., p. 59.

(39) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 81.

(40) Cf. RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso das Decisões Arbitrais no CCP Revisto — Uma Reflexão Constitucional*, in *A Constituição e a Administração Pública*, Problemas de Constitucionalidade das Leis Fundamentais do Direito Administrativo Português, Coord.: PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ/LUÍS ALVES, 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 122.

ausência de recurso aos tribunais estaduais⁽⁴¹⁾. Propõe-se, ainda uma leitura alternativa da expressão “*nos termos da lei*” constante do n.º 5 do referido artigo, advogando-se que esta devia ser interpretada de conjunto com os art. 185.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁴²⁾, e os arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, donde decorre que o recurso, mesmo dentro desses valores deve ocorrer nos termos da lei, ou seja, vale apenas quando isso decorra da convenção das partes, devendo por interpretação *a contrario* entender-se que abaixo da “alçada” nunca haveria lugar a recurso⁽⁴³⁾.

Esta não é uma matéria que tenha sido encarada na Doutrina e nos práticos da arbitragem administrativa de ânimo leve, havendo quem considere que esta solução legislativa se afigura um verdadeiro retrocesso, levando a que se possa levantar um véu de descrença e desconfiança resolvidos pelo controlo judicial do Estado, relegando-se a arbitragem ao secundarizado papel de evitar a morosidade da primeira instância⁽⁴⁴⁾, mas não lhe confia a possibilidade de definitivamente se pronunciar sobre o litígio sem outro tipo de controlo⁽⁴⁵⁾. E isto, mercê do texto legal, vale quer para arbitragens *ad hoc*, quer para arbitragens institucionalizadas em centros de arbitragem, uma vez que o n.º 5 do artigo apenas se refere a “*decisão arbitral*”, não efetuando, qualquer tipo de distinção⁽⁴⁶⁾.

Podem levantar-se dúvidas quanto à constitucionalidade da solução legislativa encontrada, nomeadamente, por haver a possibilidade de todas as arbitragens de valor inferior a € 500.000, ficarem sem hipótese de recurso. Ora, considerando-se que na versão após a reforma, o legislador optou por gizar um mecanismo de arbitragem necessária, seria de difícil constitucionalidade, sustentar a validade deste preceito, mormente, por violação dos arts. 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa, a impossibilidade de recurso destas decisões arbitrais cuja hipótese de recurso se encontra coartada⁽⁴⁷⁾.

V. Analisadas que se encontram as principais problemáticas decorrentes do regime do Código dos Contratos Públicos, importa passar para o

(41) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 63.

(42) Na versão anterior àquela que resulta da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro.

(43) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 63.

(44) Cf. PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem...*, cit., pp. 84-85.

(45) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 318.

(46) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., pp. 1271-1273.

(47) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1272; RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., p. 122; e MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., pp. 317-318.

regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, fazendo a ponte entre a revisão de 2015 e a recentíssima revisão de 2019.

b. O Regime do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁴⁸⁾

I. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, desde a sua entrada em vigor com a **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro** que, por intermédio do art. 180.º, n.º 1, al. a) admite a constituição de Tribunal arbitral para o julgamento de questões relativas a contratos, nas quais se incluem a apreciação de atos administrativos relativos à sua execução. Contudo, no texto primitivo do código, este, no n.º 2 do referido art. 180.º, afasta, expressamente, a arbitragem dos casos em que existam contrainteressados, excetuados aqueles em que estes aceitem o compromisso arbitral⁽⁴⁹⁾.

Com a revisão profunda que este Código sofreu, por intermédio do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, e que acaba por redesenhar de forma muito marcante a arquitetura da arbitragem administrativa e, neste particular aquela que decorre de questões relativas a contratos⁽⁵⁰⁾. Com a revisão, a enunciada alínea a) do n.º 1⁽⁵¹⁾, passou a merecer uma redação substancialmente diferente, e viu ainda — o art. 180.º — ser-lhe alterada a redação do n.º 2⁽⁵²⁾ e aditado um n.º 3⁽⁵³⁾ que admite a arbitragem de ques-

⁽⁴⁸⁾ A análise que faremos sobre esta matéria, encontra-se, naturalmente, delimitada pelos problemas que analisámos relativamente ao Código dos Contratos Públicos. É certo que, o regime que decorre da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro, levanta muito mais questões dogmaticamente relevantes, contudo, o escopo deste estudo impede uma análise detalhada de todas elas.

⁽⁴⁹⁾ A alteração introduzida pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, limitou-se a acrescentar uma alínea d) ao n.º 1, de molde a que seja admissível a constituição de um tribunal arbitral para o julgamento de “*litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público*”. Não é destas que cuidamos neste estudo.

⁽⁵⁰⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CPTA revisto: primeiras impressões*, in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, Coordenadores: CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES, TIAGO SERRÃO, 3.ª ed., 2017, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 499.

⁽⁵¹⁾ Com o referido Decreto-Lei a redação da alínea a) do n.º 1, passou a ser a seguinte: “*questões relativas a contratos, incluindo a anulação ou declaração de nulidade de atos administrativos relativos à respetiva execução*”.

⁽⁵²⁾ Com o referido Decreto-Lei a redação do n.º 2, passou a ser seguinte: “*Quando existam contrainteressados, a regularidade da constituição de tribunal arbitral depende da sua aceitação do compromisso arbitral*”.

⁽⁵³⁾ O referido Decreto-Lei aditou o n.º 3 do art. 180.º, com a seguinte redação: “*A impugnação de atos administrativos relativos à formação de contratos pode ser objeto de arbitragem, mediante previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal arbitral e do regime processual a aplicar, que, quando esteja em causa a formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º, deve ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no presente Código para o contencioso pré-contratual*”.

tões pré-contratuais. As alterações ao art. 180.º, parecem ser um dos pratos favoritos do legislador, e com a recente alteração promovida pela **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, o legislador voltou a mexer no n.º 3, acrescentando-lhe duas alíneas, uma referindo-se à submissão das arbitragem de litígios pré-contratuais ao regime da urgência do contencioso pré-contratual constante dos arts. 100.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos [cf. a al. *a*] do n.º 3 do art. 180.º]; e, a outra, referindo-se à possibilidade de recurso das decisões proferidas nestas arbitragens [cf. a al. *b*] do n.º 3 do art. 180.º] a que, adiante, voltaremos.

II. A dúvida se o legislador não acaba por desenhar um mecanismo de arbitragem necessária não surgiu unicamente com o regime decorrente da revisão do Código dos Contratos Públicos. Na verdade o art. 182.º⁽⁵⁴⁾, na sua atual redação, decorrente do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, deixa dúvidas na interpretação a dar à epígrafe que estabelece o “*direito à outorga de compromisso arbitral*” e, no corpo do artigo, estabelece que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos casos e termos previstos na lei*”, sendo assim, debatido, o significado de o interessado poder exigir da administração a celebração de compromisso arbitral.

Houve quem defendesse que o texto legal que antecedia a revisão de 2015, não era claro e, como tal, redundava numa espécie de arbitragem «*forçada*» em que a entidade administrativa poderia assistir à constituição de um tribunal arbitral não desejado⁽⁵⁵⁾. Com a revisão do texto, esse problema acabou por ser ultrapassado em face da remissão para os “*casos e termos previstos na lei*”⁽⁵⁶⁾. Há quem defenda que este preceito não concede ao particular um direito potestativo à arbitragem caso em que a transmutaria para uma arbitragem «*forçada*», não sendo essa a intenção do legislador que atribui apenas uma faculdade ao particular de propor à entidade administrativa a celebração de um compromisso arbitral, não sendo

⁽⁵⁴⁾ Na sua versão primitiva que decorre da **Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro**, o artigo estabelecia que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei*”. O artigo mereceu ainda uma alteração, nos termos da **Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro**, passando a estatuir que: “*o interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no art. 180.º pode exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei*”.

⁽⁵⁵⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 1326-1327 e PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, cit., p. 77.

⁽⁵⁶⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1327.

esta obrigada a tal celebração⁽⁵⁷⁾. Relativamente à expressão “*nos termos da lei*”, parece haver consenso na referência que a operacionalidade desta, se encontra dependente de uma lei futura que efetive o regime jurídico referido neste artigo, sob pena de retirar a eficácia prática da remissão efetuada pelo preceito em análise⁽⁵⁸⁾.

III. Parece resultar do texto do art. 180.º, n.º 3 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, na versão anterior à revisão operacionalizada pela **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, que o legislador não assumia uma preferência pela arbitragem institucionalizada. Na verdade, há quem defenda que esta obrigação estabelecida pelo legislador do **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, de previsão no programa do procedimento do modo de constituição do tribunal e do regime processual a aplicar, pretende que não se deixe a regulação dessa matéria para decisão do tribunal arbitral, nos termos do art. 30.º da Lei da Arbitragem Voluntária, ainda que nada impeça que a regulamentação seja feita por recurso para o centro de arbitragem institucionalizado que seja escolhido, devendo essa remissão estar expressamente efetuada nas peças do procedimento⁽⁵⁹⁾. A verdade é que a arbitragem *ad hoc* é aquela que corporiza o figurino tradicional da arbitragem, não havendo nenhuma remissão para os regulamentos dos centros no artigo, dando a ideia que o legislador a preferiu, em detrimento de um modelo preferencialmente institucionalizado⁽⁶⁰⁾. Com a revisão, este passou a remeter para os termos previstos pelo Código dos Contratos Públicos, assumindo o legislador a sua preferência pelo modelo de arbitragem institucionalizado, em linha com a reforma do Código dos Contratos Públicos de 2017.

Desta tríade de problemas, resta-nos a avaliação da matéria relativa à impugnação da decisão arbitral no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. É o que faremos de seguida.

IV. A matéria relativa à impugnação da decisão arbitral, tem sido uma matéria com várias alterações ao longo do período de vigência do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A versão primitiva do

⁽⁵⁷⁾ Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, cit., p. 259.

⁽⁵⁸⁾ Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem...*, cit., p. 262 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1327.

⁽⁵⁹⁾ Cf. RICARDO GUIMARÃES, *A Arbitragem e a Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 1, Janeiro/Abril de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 88.

⁽⁶⁰⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., p. 95.

Código, estabelecia que as decisões de tribunal arbitral poderiam ser anuladas pelo Tribunal Central Administrativo, com os fundamentos que na Lei da Arbitragem Voluntária determinam a anulação pelo Tribunal da Relação⁽⁶¹⁾, sendo certo que, as decisões poderiam ser alvo de recurso para o Tribunal Central Administrativo, nos mesmos moldes em que a Lei da Arbitragem Voluntária admite o recurso para o Tribunal da Relação, e desde que o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade⁽⁶²⁾. Na versão do art. 186.º que decorreu da revisão operada pela **Lei n.º 4.º-A/2003, de 19 de Fevereiro**, o seu n.º 1, passa a admitir a anulação da decisão arbitral pelo Tribunal Central Administrativo, com qualquer um dos fundamentos que a Lei da Arbitragem Voluntária admite a anulação da decisão arbitral, mantendo intacto o n.º 2 do referido artigo. Esta versão do artigo vigorou até à revogação deste operada pela **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro**, que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶³⁾. O **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, aditou o art. 185.º-A que estabelece que, as decisões proferidas por tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e fundamentos da Lei da Arbitragem Voluntária⁽⁶⁴⁾. Este artigo, acabou a ser profundamente alterado na recente revisão da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ao transformar a anterior previsão legislativa no novo n.º 1 do artigo, aditando-lhe um n.º 2 e um n.º 3. Quanto ao primeiro — o n.º 2 — estabelece-se que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão que ponha termo ao processo arbitral, é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou, por seu turno, aplique uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada. Quanto ao segundo — o n.º 3 — a decisão sobre o mérito que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo para o Supremo

(61) Cf. o n.º 1 do art. 186.º, n.º 1 na versão da **Lei n.º 15/2022, de 22 de Fevereiro**.

(62) Cf. o n.º 2 do art. 186.º, n.º 1 na versão da **Lei n.º 15/2022, de 22 de Fevereiro**.

(63) Em anotação à norma revogatória da referida lei, ARMINDO RIBEIRO MENDES, refere que “a revogação do art. 186.º do CPTA decorre da circunstância de o novo quadro de impugnação das sentenças arbitrais (cf. arts. 39.º, n.º 4, e 46.º, n.º 1, da LAV) ser comum a todos os processos arbitrais independentemente da natureza do litígio, fazendo a LAV uma distinção apenas em matéria de competência dos tribunais estaduais (art. 59.º)”. Cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coord.: DÁRIO MOURA VICENTE, 4.ª ed. revista e atualizada, 2019, Coimbra, Almedina, p. 30.

(64) ARMINDO RIBEIRO MENDES, defende que esta norma acaba por “«represtinar» de certo modo o disposto no art. 186.º do CPTA revogado”. Cf. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Lei da... cit.*, p. 30. Temos, ainda, em sentido próximo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, ainda que os Autores entendam este como mais abrangente do que o anterior art. 186.º, por permitir quer o recurso quer à anulação decorrente da aplicação conjugada dos arts. 46.º e 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária. Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário... cit.*, p. 1334.

Tribunal Administrativo, quando esteja em oposição, quanto à mesma questão essencial de direito com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou do Supremo Tribunal Administrativo [cf. a al. a)]; ou, quando se aprecie uma questão que, pela relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja necessária para a melhor aplicação do direito à causa, nos termos do art. 150.º que trata do recurso de revista [cf. a al. b)].

Para além desta alteração, a recente **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**⁽⁶⁵⁾, também procedeu a alterações, no regime dos recursos, de atos pré-contratuais. Desde logo, a nova alínea b), do n.º 3 do art. 180.º do referido Código que nos diz que “*em litígios de valor igual ou inferior ao previsto no n.º 5 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, da decisão arbitral cabe recurso urgente para o tribunal administrativo competente, com efeito meramente devolutivo, se essa possibilidade tiver sido salvaguardada pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, ou declarada por algum dos concorrentes ou candidatos nas respetivas propostas ou candidaturas*”. Há quem considere que esta aproximação ao regime do Código dos Contratos Públicos, tem o pecado original de trazer várias dificuldades emergentes desta, dizer apenas respeito a atos pré-contratuais, enquanto que o Código dos Contratos Públicos se refere, também a contratos, podendo levar a questões que se prendem, nomeadamente, com o facto de saber se esta diz respeito apenas a litígios pré-contratuais, ou contratuais⁽⁶⁶⁾; se, basta que apenas um dos concorrentes declare para

(65) Em matéria de arbitragem, a Proposta de Lei n.º 168/XIII, refere que: “*em função da recente alteração ao Código dos Contratos Públicos (“CCP”), operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, e de modo a harmonizar os diferentes regimes de arbitragem consagrados no CPTA e no CCP, altera-se o art. 180.º, prevendo que quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º, o recurso à arbitragem seguirá os termos previstos no CCP, devendo o regime processual a aplicar ser estabelecido em conformidade com o regime de urgência previsto no CPTA para o contencioso pré-contratual, e prevendo, ademais, que quando o preço base do contrato a celebrar seja inferior ao valor estipulado no n.º 5 do art. 476.º do CCP, qualquer dos concorrentes possa juntar à respetiva proposta uma declaração que manifeste a sua vontade de poder recorrer da decisão arbitral nos termos previstos na referida disposição do CCP, estendendo-se aos demais concorrentes a possibilidade de recurso, e à entidade adjudicante, a título subordinado*”. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43156>>.

(66) Cf. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *A Arbitragem Administrativa no quadro da Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: algumas notas*, in Atas da Conferência Sobre Iniciativas Legislativas da Reforma do Processo Administrativo e Tributário, Coordenadores: EDUARDO PAZ FERREIRA/VASCO PEREIRA DA SILVA/ANA PAULA DOURADO/JOÃO MIRANDA/NÚNO CUNHA RODRIGUES/ANA GOUVEIA MARTINS, 2019, Lisboa, edição ICJP-CIDP, P.103, disponível em: <<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/17644/view>>.

que todos fiquem automaticamente vinculados à via arbitral⁽⁶⁷⁾; e, por fim, o que acontece à declaração de concorrente, se for excluída e, sobre se o litígio, pode ou não incidir sobre a decisão de exclusão da proposta⁽⁶⁸⁾. Pode, ainda, considerar-se que, esta alteração legislativa confere razão, àqueles que consideram que na anterior alteração ao Código dos Contratos Públicos, o legislador consagrou no n.º 5 do art. 476.º, um mecanismo de arbitragem necessária, fazendo uso do seu poder legislativo para, na alteração que gizou no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, esvanecer a eventual inconstitucionalidade do referido preceito do Código dos Contratos Públicos, em face da violação da garantia constitucional de acesso ao direito, moldando o regime àquele que foi encetado pelo regime decorrente do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁹⁾. Por último, há quem considere que a leitura do preceito decorrente da revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, conjugado com o Código dos Contratos Públicos, permite concluir que o texto do primeiro se destina aos recursos facultativos⁽⁷⁰⁾.

V. Enunciados que se encontram os problemas que nos propusemos analisar no presente estudo, avançaremos, nas próximas linhas, para a tomada de posição acerca das referidas problemáticas, assumindo aquela que nos parece ser a interpretação a vingar *de iure constituto*.

c. Posição Adotada

I. Aqui chegados importa tomar parte no debate dos três pecados originais da reforma ao regime da arbitragem relativa a matérias contratuais iniciada na revisão do Código dos Contratos Públicos e harmonizada — e, supomos nós, terminada — na revisão do Código de Processos nos Tribunais Administrativos.

É certo que, pelo menos alguns destes problemas que temos vindo a analisar não surgiram apenas com as revisões acima identificadas, mas a verdade é que, todos eles acabaram por ver a sua magnitude reforçada com as estudadas reformas.

⁽⁶⁷⁾ *Idem, idem.*

⁽⁶⁸⁾ *Idem, idem.*

⁽⁶⁹⁾ Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem Administrativa de Atos Pré-Contratuais: Análise Temática no Contexto do Documento “Propostas Legislativas para a Reforma da Jurisdição Administrativa e Fiscal”*, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 3, Setembro/Dezembro de 2018, Lisboa, A.A.F.D.L. Editora, p. 63.

⁽⁷⁰⁾ Cf. RICARDO PEDRO, *Arbitragem e Outros...*, *cit.*, p. 75.

II. Relativamente ao *primeiro pecado*, importa avaliar se ainda podemos considerar que nos encontramos diante de uma arbitragem voluntária ou, se contrariamente, já entrámos no regime de uma arbitragem necessária. Importa notar, num primeiro momento, que, quando falamos em arbitragem voluntária falamos de um produto de vontade de ambas as partes, de origem contratual, e plasmado na convenção de arbitragem⁽⁷¹⁾. É certo que, por tratarmos com a Administração, é necessária a norma habilitante que admita a arbitrabilidade do litígio, sendo certo que, não basta a escolha da administração, é necessário de igual modo, a anuência do particular a essa sua submissão de forma expressa⁽⁷²⁾.

Ora, a tese que considera que se trata de arbitragem necessária, fá-lo fundamentalmente, pelo entendimento de esta, ter o poder de impor, sob pena de exclusão da proposta, ao particular a aceitação expressa dessa submissão. Na verdade, reconhecendo que pode haver uma previsão obrigatória por parte da administração, temos dúvidas se já se pode falar em arbitragem necessária, sobretudo por duas ordens de razões: a primeira, por não resultar de nenhuma das alíneas do n.º 2 do art. 70.º, nem tão-pouco, do n.º 2 do art. 146.º, ambos do Código dos Contratos Públicos a não aceitação por parte do concorrente como causa para a exclusão da proposta⁽⁷³⁾; a segunda, porque mesmo os defensores desta possibilidade tendem a reconhecer que esta possibilidade não deixa de representar uma arbitragem necessária “*sui generis*” porque se encontra dependente de uma decisão discricionária da entidade adjudicante que coarta a consensualização entre as partes⁽⁷⁴⁾. Estamos com quem defende que esta discricionariedade absoluta da Administração na escolha da arbitragem, em detrimento do Tribunal estadual pode ser complexa e, para além disso, deixa sem resposta o porquê da opção legislativa⁽⁷⁵⁾.

Também nos parece não colher o argumento segundo o qual, ao concorrente restará sempre a possibilidade de, não aceitando a previsão de aceitação expressa do recurso à arbitragem, não se submeter ao procedimento pré-contratual⁽⁷⁶⁾. Não colhe, porque verdadeiramente, a única

(71) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 57.

(72) Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 101-102.

(73) Ainda que, como bem nota MARCO CALDEIRA, possa “*a entidade adjudicante aditar expressamente esta causa de exclusão nas peças do procedimento ao abrigo do art. 132.º, n.º 4, como bem prevê o art. 146.º, n.º 2, alínea n) do CCP*”. Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, *cit.*, pp. 289-290, nota 25. Caso exista esta previsão, dificilmente se conseguirá fugir ao figurino da arbitragem necessária.

(74) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, *cit.*, pp. 1247-1248.

(75) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 58 e, de forma um pouco mais desenvolvida em: JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, *cit.*, p. 329.

(76) Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *A Arbitragem...*, *cit.*, p. 62 e SANDRA TAVARES DE MAGALHÃES, *Arbitragem...*, *cit.*, p. 468.

voluntariedade é negativa, isto é não se submeter ao procedimento o que, como já foi — e bem, diga-se de passagem — notado, mistura “*dois planos distintos: o da obrigatoriedade de uma determinação normativa e o da liberdade do sujeito em colocar-se sob o âmbito de previsão da norma*”(77). Admitir-se uma possibilidade destas, violaria a liberdade de iniciativa económica, constitucionalmente consagrada(78), violando, igualmente, o princípio da concorrência, quer conforme se encontra disposto, quer no art. 18.º da **Diretiva 2014/24/UE**, quer no art. 1.º-A, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos. A este voltaremos.

Parece-nos, assim, que a tese que melhor colhe na leitura do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos é aquela que defende que a arbitragem é voluntária ou, contrariamente, necessária, consoante os efeitos da não-aceitação do recurso à arbitragem. E isto é, no nosso entendimento, assim, porque a administração no conjunto de poderes especiais que detém decorrentes da necessidade de satisfação do interesse público por intermédio do contrato celebrado(79), garante que a Administração conserva para si mesma, poderes especiais conformados no seu Poder administrativo(80) que lhe permitem impor, nas peças do procedimento, um conjunto amplo de condições a quem pretenda concorrer ao procedimento(81).

Assim, entendemos a arbitragem como uma «*proposta*» da Administração no programa do procedimento ou no caderno de encargos, que o concorrente pode ou não aceitar(82), redundando na ausência do acordo de vontades que submeta a resolução de eventual litígio à arbitragem e, em consequência, esse eventual litígio será da competência dos tribunais esta-

(77) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 291.

(78) Cf. art. 61.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

(79) Na lição de MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*ao contrário do que se quis fazer crer nas últimas décadas, os contratos públicos não são oportunidades de negocio para as entidades públicas (negócios que acabam por se revelar, em tantos casos, ruinosos para o erário público e para os cidadãos), mas sim instrumentos de realização de tarefas públicas, ao serviço das mais varias políticas públicas*”. Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Uma Oportunidade Perdida... Breve apreciação crítica do Anteprojeto de Agosto de 2016 de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 118, Julho/Agosto de 2016, Braga, CEJUR, p. 4.

(80) Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Vol. II, 4.ª ed., 2018, Coimbra, Almedina, pp. 24-25.

(81) Cf. JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 329.

(82) Cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, pp. 78-79. O Autor chega a ir mais longe e a dizer que: “*É como se o n.º 2 cit. dissesse «Quando a entidade adjudicante pretenda sujeitar os eventuais litígios pré-contratuais ou contratuais a arbitragem voluntária, deve propor...»*”. Em nosso, entender a interpretação que deve ser feita, é aquela que respeita a ambiguidade da redação legislativa e permite que lhe sejam apostas várias possibilidades.

duais⁽⁸³⁾. De contrário, caso a rejeição da arbitragem por parte dos interessados em participar no procedimento, conduza à imediata exclusão da proposta, não restam dúvidas que essa arbitragem deverá ser qualificada como necessária e, nesse caso, será coartada a livre participação no procedimento, violando não só a livre iniciativa económica constitucionalmente consagrada, como também, o princípio da concorrência que, como se sabe, é um princípio fundamental na arquitetura do Código dos Contratos Públicos⁽⁸⁴⁾.

Sobre este último, sempre se dirá que, para além de se assumir como princípio basilar da legislação europeia quanto à adjudicação de contratos públicos⁽⁸⁵⁾, visa ainda, “*as relações entre empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes. Pretende-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento*”⁽⁸⁶⁾; paralelamente, este princípio, diz ainda respeito, “*à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante*”⁽⁸⁷⁾; assim, e por último, o princípio, “*tem por objectivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional*”⁽⁸⁸⁾. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, já se entendeu que, “*para satisfazer o objetivo de desenvolvimento de uma concorrência efetiva em matéria de contratos públicos*”, devem os procedimentos ser organizados, “*de modo a que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e escolher a mais vantajosa com base em critérios objectivos*”⁽⁸⁹⁾.

Em suma, a arbitragem não será tida como necessária, sempre que não conduza à exclusão da proposta, sendo necessária, ainda que de forma atípica, sempre que a rejeição da arbitragem pelo concorrente conduza à exclusão da proposta expedida.

Esta matéria foi alvo de análise também, em face do regime do art. 182.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos⁽⁹⁰⁾, aderindo nós à tese que defende que o que está ali em causa é a proposta do

(83) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 290.

(84) No mesmo sentido, cf. PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, *Arbitragem...*, p. 79.

(85) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, Conclusões da Advogada-Geral, Processo n.º C-247/02, de 1 de Julho de 2004, n.º 33.

(86) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 34.

(87) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 35.

(88) Cf. CHRISTINE STIX-HACKL, cit., n.º 36.

(89) Cf. Ac. TJUE, de 16-09-1999, Proc. C.27/98 (Fracasso e Leitschutz).

(90) Cf. *supra*, III.b.II.

particular de propor à administração a submissão de determinado litígio à resolução com recurso a tribunal arbitral e, não, um direito potestativo à arbitragem⁽⁹¹⁾. O direito do particular finda-se no direito de propor à entidade adjudicante o recurso à arbitragem, podendo esta aceitar, ou não.

III. Relativamente ao — *segundo pecado* — que versa sobre a preferência do legislador pela institucionalização da arbitragem, esta acaba por ser perceptível, em função da ponderação de interesses que este aqui acaba por realizar. Isto é, a partir do momento em que o legislador manifesta a sua preferência pela arbitragem, ainda que apenas como uma espécie de primeira instância alternativa aos tribunais estaduais administrativos, sempre tentaria que a sua *longa manus* mantivesse os seus poderes, visto que os centros de arbitragem institucionalizados são criados, de acordo com o disposto no **Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de Dezembro**.

Discordamos de quem entende que esta preferência se encontra relacionada com a inerente transparência necessária, porque bastaria cumprir com o disposto no art. 185.º-B⁽⁹²⁾ do Código de Processo nos Tribunais Administrativos para que, independentemente da arbitragem ser institucional ou *ad hoc*, todas as decisões arbitrais fossem alvo de publicidade e, como tal, de escrutínio público⁽⁹³⁾. Assim, entendemos que este não pode deixar de ser um argumento falacioso, alicerçado numa visão algo enviesada da arbitragem. Já, manifestamos a nossa concordância com quem entende que a preferência do legislador se materializa pela negativa, isto é, em função de apenas em casos excecionais se poder usar da arbitragem *ad*

⁽⁹¹⁾ No mesmo sentido de, FAUSTO DE QUADROS, *Arbitragem.... cit.*, p. 259.

⁽⁹²⁾ Aditado pelo **Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro**, estabelecendo que “as decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”. Com a revisão decorrente da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, este enunciado preceito viu passar o seu ponto único, a n.º 1 e a ser-lhe aditado um n.º 2 que estabelece que: “As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça”.

⁽⁹³⁾ SÉRVULO CORREIA dá nota desta necessidade de escrutínio através da expressão de uma “responsabilidade democrática”, que possui, como ideia base a “sujeição ao escrutínio dos cidadãos movida por um dever geral de «dar conta» (*duty to give na account*)”. assim, esta “não se contenta com a abstenção de ocultar: a obrigação de permitir o acompanhamento público da atuação administrativa implica comportamentos organizatórios, procedimentais e processuais”, sendo o contencioso administrativo que efetiva a “responsabilidade democrática da Administração”, porque para além da administração da justiça em nome do povo, o “processo se mostra apto a funcionar como câmara de ressonância para efeito de controlo pela opinião pública”. Cf., *A Arbitragem.... cit.*, p. 701.

hoc, mediante o preenchimento dos requisitos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos⁽⁹⁴⁾.

Ainda que de forma parcial, concordamos que pode ser de difícil compatibilização prática um sistema arbitral preferencialmente *ad hoc*, decorrente da sua natureza inorgânica e, como tal, sem a estabilidade necessária à boa aplicação do direito⁽⁹⁵⁾. Acresce ainda, a dificuldade prática do recurso à arbitragem *ad hoc*, mercê da possível interpretação restrita por parte do Tribunal de Contas do n.º 4 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, ao estabelecer uma cláusula barreira, que vincula a entidade adjudicante a elaborar uma avaliação do impacto económico do recurso à arbitragem *ad hoc*, designadamente quanto aos honorários dos árbitros, advogados, taxas, custas e outras despesas. Esta manifestação do princípio da boa administração contido no art. 5.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, pode redundar em alguns “amargos de boca” a quem entenda preenchidos algum dos requisitos não-cumulativos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos.

Uma última palavra para referir que o requisito constante da alínea *a*) do n.º 3 do art. 476.º, tem uma característica esdrúxula que não pode deixar de ser notada, é que, se há vantagem que frequentemente se assaca aos centros de arbitragem institucionalizada é, precisamente, o elevado grau de especialização que permite, entre outras coisas, a promoção de uma melhor aplicação do direito à causa e, subsequentemente, uma boa decisão do litígio, não se compreendendo, como pode o legislador travestir uma das maiores vantagens da arbitragem institucionalizada, num requisito que afasta, precisamente, o recurso a arbitragem institucionalizada.

Também no Código de Processo nos Tribunais Administrativos na versão anterior à revisão da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, se entendia que o legislador não assumia a preferência pela arbitragem institucional⁽⁹⁶⁾. Com esta revisão, e em coerência legislativa, com aquilo que havia sido a opção de 2017, mercê da remissão que o art. 180.º, n.º 3, passou a efetuar para o regime disposto no Código dos Contratos Públicos⁽⁹⁷⁾,

⁽⁹⁴⁾ Cf. neste sentido TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1247 e RICARDO PEDRO, *Questões...*, cit., p. 89.

⁽⁹⁵⁾ Neste sentido, vide MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Nota sobre a Arbitragem no Anteprojecto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, in Newsletter do CAAD, n.º 1, 2016, pp. 5-6, disponível em: <https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_n1_2016>.

⁽⁹⁶⁾ Cf. *supra*, III.b.III.

⁽⁹⁷⁾ Ainda que seja discutível a técnica legislativa que remete o regime adjetivo que deveria regular a arbitragem administrativa de forma minuciosa para o regime constante do Código dos Contratos Públicos.

o legislador manifesta a sua preferência pelo mecanismo de arbitragem institucionalizada.

IV. Debrucemo-nos, por ora, nos problemas resultantes do disposto no art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos — o *terceiro pecado*.

Um primeiro momento de análise, permite assinalar que a boa regra na arbitragem, é a da irrecorribilidade da sentença, na aplicação conjugada dos arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1, ambos da Lei da Arbitragem Voluntária, decorrendo do princípio da definitividade da decisão arbitral⁽⁹⁸⁾. E isto, na prática, acontece porque se pretende evitar o “*contacto dos tribunais estaduais com o exercício da jurisdição pelos tribunais arbitrais. Mas é evidente que quando se trilha este caminho, não se evita apenas que os tribunais estaduais controlem o mérito das decisões arbitrais: também se suprime o controlo da decisão por uma segunda instância. As partes ficarão inexoravelmente vinculadas àquilo que for decidido por uma única instância de decisão*”⁽⁹⁹⁾. Esta irrecorribilidade, estende-se quer às decisões de fundo, quer às decisões sobre questões processuais que, nomeadamente, extingam o processo por falta de algum dos seus pressupostos⁽¹⁰⁰⁾. Contudo, e conforme o amplo consenso Doutrinário, a exclusão do recurso ordinário, não extingue a possibilidade de controlo pelo recurso extraordinário de revisão, nos termos em que o mesmo pode ser interposto numa sentença emanada de um tribunal estadual⁽¹⁰¹⁾.

Estamos do lado de quem entende que não há razão alguma, pelo menos à data da revisão do Código dos Contratos Públicos, que justifique o afastamento deste regime, mediante uma alçada excessiva, injustificada e, como tal, desproporcionada para balizar o regime de recurso. A única justificação que podemos cogitar é a possibilidade de o legislador ter algumas dúvidas sobre a voluntariedade do regime que criou, deixando-o a salvo de uma leitura de possível inconstitucionalidade daquelas arbitragens cuja possibilidade de recurso ficasse coartada⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cf. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, pp. 406-407.

⁽⁹⁹⁾ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Estabilidade da Decisão Arbitral*, in Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda, 2019, Coimbra, Almedina, pp. 376-377

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coord.: DÁRIO MOURA VICENTE, 4.ª ed. revista e atualizada, 2019, Coimbra, Almedina, p. 140.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. *et alia* JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *cit.*, p. 141; PAULA COSTA E SILVA, *Estabilidade...*, *cit.*, p. 377, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA/DANIELA MIRANTE, *cit.*, p. 409.

⁽¹⁰²⁾ Não comungamos do entendimento de JOÃO TIAGO SILVEIRA, ao propor uma leitura alternativa da expressão “*nos termos da lei*” que, nos parece se tratar de uma interpretação corretiva que pretende salvar a constitucionalidade da norma. No mesmo sentido, cremos, RUI MEDEIROS, ao dizer que: “*o elemento histórico não confirma a bondade de uma tal leitura*”, para concluir dizendo que, “*há*

Já se disse em linhas antecedentes que o receio de uma possível inconstitucionalidade — a que regressaremos — não justifica que se tenha encarado o instituto da arbitragem como uma espécie de primeira instância distanciada dos tribunais estaduais, sem que esta tenha a possibilidade de, sobre o litígio, fornecer a última palavra mas, pior do que o encarar da arbitragem como uma espécie de mecanismo de libertação dos tribunais estaduais, são as putativas sombras e nuvens negras que podem pairar sobre um mecanismo de resolução de litígios desburocratizado, célere e, nalguns casos, altamente especializado⁽¹⁰³⁾. Permitindo isto, o legislador não está — ainda que se manifeste em sentido inverso — a, verdadeiramente, motivar e promover a arbitragem.

Importa, por ora, deter a nossa atenção sobre as possíveis dúvidas de constitucionalidade⁽¹⁰⁴⁾ do art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos. É certo que essas dúvidas, se correlacionam com a interpretação que se faça relativamente à natureza da arbitragem. Isto é, sendo ela necessária pela interpretação do n.º 2 do referido 476.º, não se poderá concluir de outra forma que não seja a difícil compatibilização deste com a garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais⁽¹⁰⁵⁾; contrariamente, e sendo ela voluntária, nos termos que já enunciámos, não existe qualquer problema de compatibilidade constitucional. Mas, o legislador com as dúvidas que o regime que gizou lhe suscita, optou por tentar cobrir todos os flancos, tentando salvar o preceito, pelo menos nas arbitragens de maior valor⁽¹⁰⁶⁾.

argumentos fortes que revelam a intenção inequívoca que subjaz ao disposto no art. 476.º, n.º 5 do CCP revisto e, por isso, a eventual inconstitucionalidade da solução adotada não pode ser salva por via de uma interpretação corretiva conforme à constituição”. Cf., Regime de Recurso..., cit., pp. 118-119.

⁽¹⁰³⁾ Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., p. 318.

⁽¹⁰⁴⁾ Dado o âmagô do nosso estudo e análise que temos vindo a efetuar, deixámos de parte, o problema da eventual inconstitucionalidade, por suposta violação do art. 165.º, n.º 1, alínea p) da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido remetemos, com posições antagónicas, para RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., p. 133, ss.; e, JOÃO MIRANDA, *Arbitragem no Âmbito...*, cit., p. 234, ss.

⁽¹⁰⁵⁾ É que esta garantia da via judiciária, deve ser tida “*como a dimensão primacial do direito de acesso aos tribunais, conexcionada, nesta sede, com o princípio fundamental da reserva do juiz, implica a outorga aos interessados legítimos do direito ao processo, ou seja, do exercício da acção judicial para tutela efectiva e jurisdicional de quaisquer situações juridicamente protegidas*”. Cf. CARLOS LOPES DO REGO, *Garantia da Via Judiciária, Arbitragem Necessária, Direito ao Recurso e Patrocínio Judiciário: Questões Recentes na Jurisprudência Constitucional*, in *Revista JULGAR*, n.º 29, Maio-Agosto de 2016, Coimbra, Almedina, pp. 82-83.

⁽¹⁰⁶⁾ O que levará, inevitavelmente e partindo do pressuposto de existência de uma arbitragem necessária, a concluir que o art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos é “*parcialmente inconstitucional por não prever justamente «recurso de decisões arbitrais quanto a valores iguais ou inferiores a 500.000€», privando assim as partes do direito ao recurso quando a causa não ultrapasse o referido limiar*”. Cf. RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., pp. 127-128.

Importará, a este passo, um brevíssimo excuro à Jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca da possibilidade de recurso, em casos de arbitragem necessária, isto é, se os tribunais estaduais são, ou não, uma garantia de tutela dos interesses em que obrigatoriamente a lei submete à arbitragem. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional, começa por dizer que a *“possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdicional de conflitos, nos termos do n.º 4 desse mesmo art. 202.º, e de submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do art. 209.º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais”*⁽¹⁰⁷⁾. Na verdade, prossegue o aresto, *“o direito fundamental de acesso aos tribunais constitui tendencialmente uma garantia de acesso a tribunais estaduais em resultado da necessária conexão entre esse direito e a reserva de jurisdição, que apenas poderá caracterizar uma reserva de jurisdição arbitral quando o acesso ao tribunal arbitral seja livre e voluntário”*⁽¹⁰⁸⁾. Assim, as decisões arbitrais irrecorríveis representam *“uma clara violação do direito de acesso aos tribunais, não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados”*⁽¹⁰⁹⁾. Deste modo, a parcela da norma que recuse o recurso a um tribunal estadual, *“viola o direito de acesso aos tribunais”*⁽¹¹⁰⁾. Assim, o direito fundamental de acesso aos tribunais, apenas se encontra satisfeito, quando as partes possam discutir o mérito da decisão, pelo que sempre será necessária a possibilidade de recurso ao tribunal estadual, sendo a restrição deste acesso resultado de uma insuficiência do respeito pelo referido direito fundamental e, como tal, uma violação do mesmo⁽¹¹¹⁾. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 781/2013, de 20-11-2013, Processo n.º 916/13 (JOSÉ DA CUNHA BARBOSA), conclui do mesmo modo do Acórdão anteriormente citado, *“na medida em que permitem o recurso para um tribunal estadual apenas em casos excepcionais, violam o direito de acesso aos tribunais, quando entendido em articulação com o princípio da proporcionalidade, nas referidas vertentes e justa medida”*.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/2013, de 24-04-2013, Processo n.º 279/2013** (CARLOS FERNANDES CADILHA).

⁽¹⁰⁸⁾ *Idem, idem.*

⁽¹⁰⁹⁾ *Idem, idem.*

⁽¹¹⁰⁾ *Idem, idem.*

⁽¹¹¹⁾ *Idem, idem.*

Das linhas antecedentes podemos retirar que o Tribunal Constitucional, rejeita a constitucionalidade de uma norma que coarte o acesso ao direito e aos tribunais nos termos do art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e do princípio da tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 268.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa⁽¹¹²⁾. Recordemos que, esta questão apenas se coloca, caso se considere que estamos diante de uma arbitragem necessária, uma vez que, por definição, esta só é necessária quando imposta por lei e, no caso do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos — este ponto, indiscutível —, apenas pode ser imposta pela entidade adjudicante. É certo que, esta admissibilidade de recurso, ainda que relativamente atabalhoada, é um dado a favor da consideração que a arbitragem é necessária — ainda que atípica — porque imposta pela entidade adjudicante, mas, apenas a prática esclarecerá, qual o resultado da rejeição pelo candidato ou concorrente, da arbitragem imposta pela entidade adjudicante.

A verdade é que, um dos principais motivos de atratividade da arbitragem, nomeadamente a administrativa e em sede de contratação pública, prende-se com a estabilidade da decisão e, nomeadamente, com a inexistência de recurso e, subsequentemente, a celeridade com que se alcança uma decisão definitiva. Tendo isto em mente, dificilmente será atrativo aos particulares o recurso à arbitragem quando a decisão da primeira instância — digamos assim, e com o apoio do que parece ter sido a intenção do legislador — ainda carece de confirmação, remetendo o calendário das empresas, a uma agenda sempre sobrecarregada e arrastada dos tribunais estaduais, nomeadamente, no caso dos tribunais superiores. É, em nosso entendimento, uma péssima opção, da qual não podemos deixar de discordar.

Se o panorama era complexo, com a revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos no art. 180.º, n.º 3, alínea *b*), não se registaram melhorias significativas. A verdade é que, por um lado, somos da opinião que a **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ainda que obrigue a uma leitura conjunta com o regime do Código dos Contratos Públicos, para onde expressamente remete, se aplica apenas às arbitragens relativas a atos pré-contratuais. E isso decorre, expressamente, da letra da lei, quando refere que “*quando esteja em causa a impugnação de atos administrativos relativos à formação de algum dos contratos previstos no art. 100.º*”⁽¹¹³⁾. Assim, a questão da possível inconstitucionalidade pode ficar parcial-

(112) Cf. TIAGO SERRÃO, *A Arbitragem no CCP...*, cit., p. 1271.

(113) Negritos nossos.

mente resolvida, mas apenas relativamente a atos pré-contratuais de valor inferior àquele da alçada constante do n.º 5 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos. Em suma, e de forma esquemática o que temos é o seguinte:

- (i) questões relativas a atos pré-contratuais e contratuais de valor superior a € 500.000, recurso obrigatório nos termos do disposto nos arts. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos;
- (ii) questões relativas a contratos de valor inferior a € 500.000, recurso limitados aos casos em que previsto pelas partes, nos termos da aplicação conjugada do art. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos e do disposto no art. 39.º, n.º 4 da Lei da Arbitragem Voluntária, ou seja, facultativos;
- (iii) questões relativas a atos pré-contratuais de valor inferior a € 500.000, recurso obrigatório nos termos da aplicação conjugada dos arts. 476.º, n.ºs 1 e 5 do Código dos Contratos Públicos, e do art. 180.º, n.º 3, alínea b) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Repare-se — insista-se — que apenas com os receios que já fomos elencando quanto à possível inconstitucionalidade da ausência de previsão de recurso, se compreende que o legislador tenha optado pela previsão de recurso, ao arrepio da consideração, a que também já aludimos, da estabilidade e definitividade da decisão dimanada do tribunal arbitral, muito mais célere do que aquela que é dimanada de tribunal estadual, e que formula um dos principais campos atrativos da arbitragem. Assim, e com a previsão de recurso obrigatória em alguns casos, é de esperar uma diminuição de entusiasmo pelo recurso à arbitragem⁽¹¹⁴⁾.

Em suma, e para além de todas as críticas que já fizemos nas linhas antecedentes, o legislador para além de ter gizado um regime complexo, acaba por não conseguir “desligar a ficha” da possível inconstitucionalidade decorrente do terreno sensível e arenoso que decidiu pisar ao lançar a dúvida — que permanece — sobre se a arbitragem decorrente do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos é, ou não, necessária.

(114) Cf. MARCO CALDEIRA, *A Arbitragem...*, cit., pp. 318-319.

IV. A Reforma que Fica por Fazer

I. Cada vez que se revê o regime da arbitragem administrativa, assiste-se a um coro de vozes a entoar, tanto a favor das alterações como, contra as alterações gizadas pelo legislador, o que demonstra que este é um terreno em permanente mutação, em larga medida motivada pela prática arbitral.

Desde a entrada em vigor da revisão do Código dos Contratos Públicos que, algumas vezes se foram levantando a favor da emergência do estabelecimento de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária⁽¹¹⁵⁾. Na verdade, não se pode dizer que as dificuldades que se sentem sejam uma novidade dos tempos atuais e, como tal, não tenham sido já levantadas pela Doutrina ao longo dos anos. A esse propósito, SÉRVULO CORREIA defendia que, o estabelecimento de normas específicas para a arbitragem administrativa, devia ser uma tarefa do legislador, “*editando regras especiais capazes de fazer refletir na arbitragem administrativa as especificidades das relações jurídicas administrativas controvertidas*”⁽¹¹⁶⁾. Prossegue ainda o excelso Professor, dizendo que, “*não defendemos de modo algum que fosse necessária e benéfica a vigência de uma lei própria da arbitragem administrativa contraposta à Lei da Arbitragem Voluntária, considerada como diploma de processo civil. Na grande maioria dos seus preceitos, a LAV (2011) mostra-se adequada à disciplina da arbitragem administrativa*”. Uma vez que, esta “*articula, de um modo indispensável também à arbitragem administrativa, as arbitragens internacionais sediadas em Portugal com a aplicação das regras de direito estrangeiro, bem como regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais proferidas em país estrangeiro. Todos estes aspetos podem relevar para arbitragens administrativas nas quais a Administração Pública portuguesa seja parte*”⁽¹¹⁷⁾. Concluindo o Professor que, seria preferível o aditamento à Lei da Arbitragem Voluntária, “*já que se trata de esmaltar com algumas regras especiais o regime geral contido na LAV e aplicável, sem prejuízo daquelas, à arbitragem administrativa*”⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Veja-se a título de exemplo, RUI MEDEIROS, *Regime de Recurso...*, cit., pp. 118-119; ANDRÉ GASPAS MARTINS, *A Arbitragem...*, cit., pp. 55-56; TIAGO SERRÃO, *Considerações Sumárias...*, cit., p. 97, Nota 14; Alertando para essa eventualidade, PEDRO LEITE ALVES, *A Arbitragem...*, cit., p. 85.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 705.

⁽¹¹⁷⁾ *Idem, idem*.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem...*, cit., p. 707.

Em momento posterior às palavras do insigne Mestre⁽¹¹⁹⁾ já presenciávamos duas reformas do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sem que fossem aditadas as aludidas regras específicas que, desse modo, complementaríamos o regime, com as especificidades próprias da arbitragem administrativa. Quanto à Lei da Arbitragem Voluntária, e como o Mestre afiançou, não houve qualquer interesse em fazer qualquer aditamento de especialidade, ao texto que decorre da reforma de 2011, por isso não nos restam grandes alternativas que não sejam a criação de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária, respondendo aos apelos de práticos e académicos em matérias de arbitragem administrativa.

II. A verdade é que parece ser essa a reforma que ficou por fazer na segunda década dos anos 2000, ainda que cada vez mais e, particularmente, a partir da segunda metade desta década essa necessidade seja sentida e, como tal, assume um carácter emergente a resposta legislativa a esta falta de regulamentação específica. Já este ano, e no culminar de um labor muito complexo, se lançou para o debate doutrinário uma proposta de Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária que, segundo os seus Autores, *“surge a pretexto e no contexto dessas intervenções legislativas e do relativo frenesim doutrinário e jurisprudencial que lhes tem estado subjacente: se, por um lado, elas contribuíram para que se fossem dando os passos necessários na afirmação da arbitragem administrativa como um verdadeiro e próprio meio alternativo de resolução de alguns dos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, o certo é que, por outro lado, tais intervenções, e sobretudo as mais recentes, não foram nem são isentas de críticas”*. Assim, os Autores da proposta assumem que, esta tem o *“objetivo de simplificar o quadro regulatório de, pelo menos, um segmento do universo da arbitragem administrativa. Partindo do regime atualmente vigente nos arts. 180.º a 187.º do CPTA e no art. 476.º do CCP, o projeto que se apresenta pretende por isso dar corpo, como o próprio nome indica, a uma lei unificada sobre a arbitragem administrativa voluntária”*⁽¹²⁰⁾.

Em suma, o debate está lançado, já há uma proposta que acaba por dar corpo à ansiedade dos práticos da arbitragem administrativa no nosso país. O arrojo dos Autores permitiu lançar o debate na comunidade prática

⁽¹¹⁹⁾ Diga-se de passagem, não temos a certeza que, volvido este tempo o Mestre ainda mantenha a mesma posição relativamente à desnecessidade de elaboração de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária.

⁽¹²⁰⁾ Cf. ANA CELESTE CARVALHO/ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO/DAVID PRATAS BRITO/JOSÉ DUARTE COIMBRA/MARCO CALDEIRA/RICARDO PEDRO/TIAGO SERRÃO, *Arbitragem Administrativa: Uma Proposta*, Coord.: TIAGO SERRÃO, 2019, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, Almedina, p. 28.

e acadêmica, esperando-se que este debate chegue onde deve chegar e, da parte do poder legislativo, haja a sensibilidade de perceber a necessidade e a urgência da clarificação de um regime que, mercê das sucessivas alterações se tem transformando num complexo dédalo.

V. Conclusões

I. A arbitragem administrativa em matérias relativas a contratos públicos tem assumido um especial relevo e popularidade entre os práticos, mormente dada a sua celeridade e qualidade de decisão de litígios emergentes de contratos públicos. Quer a revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos, quer a revisão de 2019 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, optaram por alterar sobremaneira o figurino até então conhecido, retirando-se dessas alterações três pecados originais que influenciam, não só o sucesso das reformas, como podem deitar por terra todo o caminho de evolução até aqui seguido, mercê de décadas de prática arbitral. Não obstante o legislador ter assumido a intenção de proceder a uma promoção da arbitragem, na prática poderá acontecer um desencorajamento dos agentes económicos, em face do intrincado e complexo quadro normativo gizado.

II. O *primeiro pecado* das reformas encontra-se relativamente ao debate se o legislador promoveu um regime de arbitragem necessária ou, de contrário, continua a tratar-se de arbitragem voluntária. A este propósito, defendemos uma leitura do art. 476.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, que privilegie a consideração como necessária ou voluntária, consoante os efeitos produzidos pela não-aceitação da proposta de arbitragem da entidade adjudicante pela parte do candidato, concorrente ou participante. Nos casos em que a não-aceitação conduza à rejeição da proposta, não temos dúvidas que estaremos diante de uma arbitragem necessária ainda que atípica, sendo dificilmente compatível com o princípio da concorrência; contrariamente, se a proposta do concorrente não for excluída pela entidade adjudicante, com base na não-aceitação da proposta de arbitragem, estaremos ainda no campo da arbitragem voluntária.

III. O *segundo pecado* da reforma prende-se com a preferência do legislador pela arbitragem institucionalizada, em centros de arbitragem. É certo que esta escolha do legislador pode, por um lado, potenciar a boa

aplicação do Direito e, eventualmente, aumentar a transparência sobre as decisões proferidas, contudo, não deixa de retirar um pouco da elasticidade que a arbitragem costuma demonstrar para uma célere decisão final quanto ao litígio.

IV. Afigura-se de extrema dificuldade aos operadores económicos afastarem o recurso a um centro institucionalizado de arbitragem, uma vez que, admitindo que a entidade adjudicante, considere, no caso concreto, verificado algum dos requisitos do n.º 3 do art. 476.º do Código dos Contratos Públicos, sempre terá de realizar um estudo de impacto económico-financeiro da opção por respeito ao disposto no n.º 4 do referido artigo, naquela que parece ser uma manifestação do princípio da boa administração do art. 5.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

V. O *terceiro pecado* prende-se com a inversão da boa regra da irrecorribilidade da decisão de tribunal arbitral, nos termos do disposto nos arts. 39.º, n.º 4 e 46.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária, estabelecendo o recurso obrigatório em questões de valor superior a € 500.000, nos termos do disposto no art. 476.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos.

VI. O estabelecimento de uma alçada deste montante, deve ser tida como excessiva, injustificada e, como tal, manifestamente desproporcionada, apenas podendo encontrar como justificação, o facto do legislador ter dúvidas acerca da voluntariedade do regime que criou e, em face disso, colocar-se a salvo de uma leitura que considere o regime de arbitragem necessária. Esta leitura, pode ter como consequência a inconstitucionalidade da norma por violação da garantia de acesso ao direito e aos tribunais constante do art. 20.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, dado que este apenas obriga o recurso nos casos em que os € 500.000 sejam ultrapassados, deixando sem hipótese de recurso os casos em que o montante não seja ultrapassado. Esta opção legislativa, acaba por secundarizar a arbitragem ao papel de uma primeira instância distanciada dos tribunais estaduais. Desta forma, esfuma-se um dos principais motivos de atratividade da arbitragem e, por isso mesmo, espera-se uma diminuição do entusiasmo dos agentes económicos quanto ao recurso a tribunais arbitrais.

VII. A revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, por intermédio da **Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro**, ainda que, obrigue a uma leitura conjunta com o regime decorrente do Código dos Contratos Públicos, acaba por, em nosso entendimento, apenas se aplicar a

arbitragens pré-contratuais, pelo menos atentando na letra da alínea *b*), do n.º 3 do art. 180.º. O legislador resolve, em nosso entendimento parcialmente, a questão de inconstitucionalidade, uma vez que, em todos os atos — contratuais e pré-contratuais — de valor superior a € 500.000 o recurso reveste natureza obrigatória; nas questões relativas a contratos de valor inferior a € 500.000, o recurso limita-se aos casos em que as partes especificamente o previram; e, por último, nos atos pré-contratuais de valor inferior a € 500.000, o recurso é obrigatório em função do novo art. 180.º, n.º 3, al. *b*) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Assim, conclui-se que o legislador não afasta definitivamente o fantasma da inconstitucionalidade do regime, caso a arbitragem seja considerada necessária.

VIII. Tem sido identificada e sentida um pouco por toda a comunidade de práticos da arbitragem a necessidade de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária que, atentando às especificidades da Arbitragem Administrativa complementar a Lei da Arbitragem Voluntária, sendo essa a verdadeira reforma que o legislador deixa ainda por fazer. Para o estabelecimento de uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária, já existe uma proposta concreta que, mediante o arrojado dos seus Autores, lançou o debate para que o legislador assumira esta reforma e respondesse aos pedidos de clarificação que surgem de todos os quadrantes da Doutrina.

PRESCRIÇÃO DA PRESTAÇÃO TRIBUTÁRIA: EXECUÇÃO FISCAL, SUSPENSÃO E “DECLARAÇÃO EM FALHAS”

Por Tomás Cantista Tavares⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** A teleologia da prescrição no Direito Fiscal (breve nota). **III.** O Regime legal da prescrição da prestação tributária. **IV.** A Jurisprudência do STA sobre efeito duradouro da prescrição. **V.** Ponto de situação e sequência. **VI.** As fases do processo de execução fiscal. **VII.** Declaração em falhas. **VIII.** A Jurisprudência do STA sobre relação entre a prescrição e a declaração em falhas. **IX.** Regras processuais e procedimentais.

*Ao Dr. João Soares da Silva (In Memoriam),
em recordação de uma conversa que mudou a minha vida!*

I. Introdução

1. Analisarei, neste artigo, o estado da arte do relevante tema da prescrição da prestação tributária⁽²⁾. Não explicarei exaustivamente o instituto, em jeito de manual, até porque existem no mercado vários livros muito válidos com essa abordagem⁽³⁾. Cingir-me-ei à análise crítica da

(1) Advogado. Doutor em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa — Centro do Porto.

(2) Agradeço a análise crítica a este texto efetuada pelo Prof. Doutor Rui Duarte Morais. Com ele partilho os eventuais méritos do texto e assumo, em exclusivo, os aspetos porventura menos conseguidos.

(3) RUI MARQUES, *A prescrição das dívidas tributárias*, Almedina, 2018. Centro de Estudos Judiciários, *Sobre a prescrição da obrigação fiscal*, E-book, 2018. JORGE LOPES DE SOUSA, *Sobre a Prescrição da obrigação Tributária*, 2010, Áreas Global.

recente Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, em especial ao tema do efeito duradouro (ou não) da suspensão do prazo de prescrição com a instauração da execução fiscal e à inerente questão da relação deste instituto com a “*declaração em falhas*”.

II. A teleologia da prescrição no Direito Fiscal (breve nota)

2. Respeito muito as intuições clássicas de autores clássicos. Em relação à prescrição da prestação tributária, esses Mestres assentam várias ideias fulcrais:

- a) A prescrição (em sede fiscal) acarreta a extinção do direito que assiste ao Estado, de exigir determinada dívida tributária ao contribuinte (e/ou a outros responsáveis tributários)⁽⁴⁾.
- b) Apesar da identidade do conceito e similitude dos efeitos, a verdade é que os fundamentos da prescrição são diversos para o Direito Civil e para o Direito Fiscal: ali, a prescrição funda-se na negligência e desinteresse do credor, interpretado como uma renúncia tácita ao seu direito; aqui, no Direito Fiscal, o acento tónico centra-se na certeza, estabilidade e segurança do contribuinte da relação tributária, que não se compadece com a cobrança de impostos cujos pressupostos, ou cujo vencimento, se situem em épocas muito remotas⁽⁵⁾.
- c) A prescrição tributária encontra-se no âmago de um polémico tema geral e clássico do Direito Fiscal: na solução justa e equilibrada da tensão entre, por um lado, a Igualdade e Justiça da tributação (todos devem contribuir para o pagamento dos impostos — e, por isso, a obrigação tributária nunca deveria prescrever) e, por outro lado, a Segurança (do contribuinte) na relação fiscal — no sentido em que a obrigação tributária não deve ser eternizada no tempo⁽⁶⁾.

(4) J.L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, p. 261. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 6.ª ed., Almedina, p. 288.

(5) SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, 7.ª ed., 1993, p. 274. J. L. SALDANHA SANCHES, *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo no recurso n.º 5631*, de 28/09/1988, in *Revista FISCO*, n.º 4, 1989, p. 28.

(6) DIOGO LEITE CAMPOS, *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*, Coimbra, Almedina, p. 59.

- d) Se é certo, por regra, que os conceitos de direito civil (“*prescrição*”, “*suspensão*”, “*interrupção*”) utilizados na norma tributária são aqui interpretados com o sentido que possuem no ramo de origem (art. 12.º, n.º 2 da LGT); também é certo que tal transposição não é acrítica, sob pena de se poderem alcançar soluções incongruentes e que não protegem os fins a atingir.
- e) É o que sucede no instituto da prescrição: as diferenças de regimes são tão abissais, que não permitem a aplicação automática dos comandos civis aos casos em que a lei fiscal não regule expressamente um determinado segmento desse instituto. Seguem, em resumo, as diferenças principais, no ensinamento de Rui Duarte Morais⁽⁷⁾:

TÓPICO	DIREITO CIVIL	DIREITO FISCAL
Fundamento	Negligência e desinteresse do sujeito ativo (credor)	Certeza e segurança jurídica do sujeito passivo (devedor)
Obrigação	Permanece, mas passa a natural	Extingue-se (por Legalidade)
Crédito	Renunci�vel e negociável	Indisponibilidade do crédito tributário
Conhecimento	Sempre por solicita�o do devedor	Oficioso (art. 175.º do CPPT)

III. O Regime legal da prescri o da presta o tributária

3. A d vida fiscal (e processo executivo) extingue-se por (art. 176.º do CPPT) (i) pagamento, (ii) anula o da d vida ou do processo e (iii) prescri o⁽⁸⁾.

Em geral, a obriga o tributária prescreve no prazo de oito anos a partir da data em que se verificou o facto tributário, com divergência no início da contagem, consoante se trate de um imposto perid ico ou de obriga o única, em face da natureza destes tributos (art. 48.º, n.º 1, da LGT).

(7) RUI DUARTE MORAIS, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, p. 345.

(8) A prescri o tributária subsume-se na expressão legal da al. c) do n.º 1 do art. 176.º do CPPT “qualquer outra forma prevista por lei”, até porque na sistematiza o da LGT, a prescri o está inserida no capitulo IV — “Extin o da rela o jurídica tributária”.

A lei indica, depois, dois tipos de situações de interrupção desse prazo (art. 49.º, n.º 1, da LGT). A interrupção inutiliza todo o tempo decorrido anteriormente e começa nova contagem (do zero) do prazo de prescrição. Chama-se a isto o efeito *instantâneo*:

- a) Atos de impulso (iniciativa) do sujeito passivo: reclamação, recurso hierárquico, impugnação judicial e pedido de revisão oficiosa;
- b) Atos de impulso legal (iniciativa do sujeito ativo): a citação (do processo de execução fiscal).

Em relação à primeira situação, a lei fiscal define o regime subsequente, de forma expressa e completa: “*o prazo de prescrição legal suspende-se: (...) b) Enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado, que ponha termo ao processo, nos casos de reclamação, impugnação, recurso ou oposição, quando determinem a suspensão da cobrança da dívida*” (art. 49.º, n.º 4, al. b), da LGT).

Tal significa que ao efeito instantâneo da prescrição (com a interrupção) acresce, imediatamente, o não início (suspensão) da contagem do prazo de prescrição. Chama-se a isto efeito *duradouro*, determinado pela suspensão do prazo.

Ocorre, em simultâneo, a *interrupção* e a *suspensão* do prazo de prescrição — e, por consequência, o ato interruptivo da prescrição passa a ter efeito *duradouro*.

Não é difícil perceber a *ratio* deste regime legal: a suspensão legal da prescrição impede a eventual utilização abusiva do processo tributário, com intuítos dilatórios, no aproveitamento das suas demoras, para assim se obter a prescrição da obrigação fiscal (é público que os processos judiciais fiscais demoram mais de 8 anos), se a sua contagem não estivesse suspensa.

A solução legal é justa e equilibrada: assegura-se, por um lado, o direito de defesa dos contribuintes, sem necessidade de pagarem a dívida — desde que a contestem e prestem garantia⁽⁹⁾, com a inerente suspensão do processo; e acautela-se, outrossim, o direito do Estado, na cobrança da dívida no final do processo judicial, que não prescreverá, porque suspensa, independentemente do tempo da demora do litígio judicial.

⁽⁹⁾ Note-se que o Supremo Tribunal Administrativo (Ac. STA 0452/17, de 10/5/2017) decidiu que o processo fica suspenso, para efeitos de prescrição, mesmo quando não seja apresentada garantia idónea (por qualquer razão que seja) no seio desses processos de contestação, gratuitos ou contenciosos.

4. Ao invés, o art. 49.º, da LGT é omissivo, totalmente omissivo, quanto à suspensão (ou não) da prescrição na sequência de citação (a segunda situação descrita supra). Referimo-nos aos casos, certamente abundantes, não abrangidos na hipótese anterior: aos contribuintes citados em processo de execução fiscal, dentro do prazo de oito anos, e que não contestem a legalidade da dívida, por reclamação, impugnação, recurso ou oposição.

É sobre a resolução desta questão que versará a restante parte do artigo.

Há, no fundo, duas hipóteses:

- a) Ou se entende, por recurso às regras de prescrição do Direito Civil, que, com a citação, se interrompe o prazo de prescrição e além disso, se suspende, de imediato enquanto durar o processo de execução fiscal — conferindo-lhe um efeito interruptivo (instantâneo) e suspensivo (duradouro).
- b) Ou se advoga que o regime do CPPT regula por completo o regime da prescrição da obrigação tributária — sem necessidade de convocar as normas do Direito Civil. Donde, por consequência, à interrupção da prescrição (pela citação) não se lhe acrescenta a suspensão da sua contagem. Verificar-se-ia apenas o efeito instantâneo da prescrição.

A recente Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo advoga a primeira hipótese, que, como se verá, conduz, na prática, à imprescritibilidade das dívidas tributárias.

A dívida fiscal só prescreverá no inusual cenário em que a Autoridade Tributária não cite o sujeito passivo de que contra ele corre execução fiscal, dentro do prazo de oito anos a contar do início da prescrição, com a verificação do facto tributário (art. 48.º, n.º 1, da LGT). Tal situação é deveras improvável. Ao constatar a falta de pagamento voluntário do imposto, a Autoridade Tributária cita o contribuinte, hoje por automatismos informáticos centrais, sem intervenção humana, dando início, por consequência ao processo de execução fiscal (também informatizado) — e, também por isso, a citação ocorre dentro do prazo geral de prescrição. E, perante tal citação, a obrigação tributária nunca prescreverá.

IV. A Jurisprudência do STA sobre efeito duradouro da prescrição

5. A Jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo sustenta que⁽¹⁰⁾:

- a) A partir de 2007 (com a alteração introduzida ao art. 49.º da LGT, pela Lei n.º 53-A/2006, de 29/12).
- b) Ocorrendo causa de **interrupção** da prescrição (com a citação),
- c) Inutiliza-se todo o tempo decorrido anteriormente e recomeça a contagem (do zero) do prazo de prescrição (*efeito instantâneo*).
- d) E, imediatamente, verifica-se também a **suspensão** da prescrição, até à extinção do processo de execução fiscal (*efeito duradouro*).
- e) Ocorre, em simultâneo, a interrupção e a suspensão do prazo de prescrição — e, por consequência, o ato interruptivo da prescrição passa a ter efeito duradouro.
- f) Onde, o prazo de prescrição (a zero, fruto da interrupção) fica eternamente suspenso (sem contagem), até ao termo (fim) do processo de execução fiscal.

A consequência é óbvia: a dívida fiscal nunca se extingue, por prescrição. O processo de execução fiscal está sempre ativo (caso não se extinga por pagamento ou anulação), por mais tempo que dure (50, 100 anos). E, enquanto durar, está suspensa a contagem da prescrição.

6. O Supremo Tribunal Administrativo segue um discurso lógico, embora errado na minha opinião, na interpretação dos preceitos convocados para a resolução da questão, com base, em resumo:

- a) Até 2007, a lei fiscal tinha um preceito (art. 49.º, n.º 2, da LGT) que solucionava o tema em análise: a citação (entre outros fundamentos) interrompia a prescrição; mas a paragem do processo de execução fiscal por mais do que um ano (por facto não imputável ao sujeito passivo) tinha duas consequências: (i) a cessação do efeito interruptivo da prescrição; (ii) e, para a contagem da prescrição, somava-se “o tempo que decorrer após esse período ao que tiver decorrido até à data da autuação”.

⁽¹⁰⁾ Entre outros, Ac. STA 0184/16, de 31/3/2016, Ac. STA 01463/17, de 17/1/2018, Ac. STA 01698/15, de 27/1/2016.

A interrupção da prescrição (com a citação) tinha um efeito *instantâneo* (contador a zero) e um efeito *duradouro* (a prescrição não se começava a contar após a citação). Só voltava a correr, com a cessação do efeito duradouro (paragem do processo de execução fiscal, por mais de um ano, por facto não imputável ao contribuinte). E, se tal ocorresse, o prazo contava-se a partir daí (cessação da interrupção) e somando-se todo o prazo que decorrera até à instauração do processo — o que significava, na prática que a interrupção da prescrição se transformava em suspensão da prescrição.

- b) Em 2007, esse preceito foi revogado — e a lei fiscal não introduziu qualquer outra regra para tratar os efeitos suspensivos relacionados com a execução fiscal.
- c) A Lei Geral Tributária não regula o instituto da prescrição na sua completude. A prescrição é um instituto do Direito Civil.
- d) A lei fiscal (LGT) regula a admissão desse instituto na esfera tributária: a definição dos seus prazos e a tipificação dos atos interruptivos e suspensivos.
- e) O Código Civil regulamenta as demais matérias da prescrição em matéria fiscal (se e quando o legislador tributário optou pelo silêncio legislativo): os efeitos da prescrição são assim tratados pelo Código Civil; a LGT fixa os atos interruptivos e suspensivos da prescrição; mas, após 2007, ao não definir os efeitos desses atos (se os efeitos são instantâneos ou duradouros), tal resposta é-nos dada pelo Código Civil.
- f) Assim, nos termos da remissão ínsita no art. 2.º, al. d), da LGT, devem aplicar-se as regras do Direito Civil (o art. 326.º, n.º 1 e art. 327.º, n.º 12, do CC), porque a lei fiscal não regula (deixou de regular) estas situações.
- g) O art. 326.º, n.º 1, do Código Civil indica que a citação interrompe a prescrição (tal como se diz na LGT) — o *contador volta a zero* e recomeça a contagem: a citação “*inutiliza todo o tempo decorrido anteriormente, começando a correr novo prazo a partir do ato interruptivo, sem prejuízo do disposto no n.º 1 a 3 do artigo seguinte*”. **Trata-se do efeito instantâneo sobre o prazo de prescrição.**
- h) O art. 327.º, n.º 1, do Código Civil regula o **efeito duradouro da prescrição**: “*se a interrupção da prescrição resultar de*

citação [...] o novo prazo de prescrição não começa a contar enquanto não passar em julgado a decisão que puser termo ao processo”. Ou seja; não corre (não se conta) o prazo de prescrição, enquanto durar o processo de execução fiscal. Obsta-se ao início da contagem do novo prazo enquanto o processo executivo não findar.

- i) Por conseguinte, a (i) citação em processo fiscal interrompe a prescrição (efeito instantâneo, com o contador a zero); e (ii) não começa a contar-se o prazo de prescrição, enquanto durar o processo executivo tributário (efeito duradouro).*

7. Esta jurisprudência é passível de severas críticas e reservas, elencadas, aliás, nos vários votos de vencido da Juíza Conselheira Dra. Ana Paula Lobo (por exemplo, no Ac. STA 01437/18.4, de 13/03/2019)⁽¹¹⁾. Elencá-los-ei em três tipos: literais-lógicos; teleológicos; e de âmbito estritamente fiscal.

A retórica literal-lógica desdobra-se em TRÊS proposições:

- a) O legislador fiscal foi claro e exaustivo na regulação do instituto da prescrição da obrigação tributária: descreveu pormenorizadamente todas as situações de interrupção e suspensão da prescrição no foro fiscal; e, mais ainda, na identificação dos casos interruptivos e simultaneamente suspensivo do prazo de prescrição (art. 49.º, n.º 4, al. b), da LGT). E, se nada disse em relação à eventual suspensão da prescrição na sequência da citação (e do processo executivo) — foi seguramente porque quis, por sua livre opção, a não suspensão da prescrição, em consequência da citação (e do processo executivo).*

Donde, não existe aqui qualquer omissão ou lacuna: o legislador não se esqueceu; disse exatamente o que queria e como queria regular; se quisesse conferir efeito suspensivo duradouro ao processo de execução fiscal, na sequência de citação — tê-lo-ia dito de forma expressa, como regulou aliás, a situação homóloga, de suspensão do prazo em contestações administrativas e judiciais, na sequência dos antecedentes atos interruptivos da prescrição (art. 49.º, n.º 4, al. b), da LGT).

⁽¹¹⁾ Cf. também, SERENA CABRITA NETO, CLÁUDIA REIS DUARTE, *O regime da contagem da prescrição no direito tributário — certeza a segurança jurídica*, in Estudos em memória do Prof. Doutor J.L Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, Vol. V, p. 425, ss.

- b) A situação em análise é a mais comum, frequente e abundante (contribuintes, citados em processo de execução fiscal, que não contestem a legalidade da dívida). Ora, não seria crível que o legislador fiscal a não tivesse regulado expressamente, mas por remissão para o regime do Direito Civil (não literal, nem expressa ou direta), quando teve o cuidado de descrever exaustivamente outras situações homólogas, que não são tão frequentes — sobretudo em matéria de tão grande relevância para a segurança da relação tributária.
- c) O efeito duradouro da suspensão da prescrição sobre o processo de execução fiscal tem natureza geral e abrangente, aplicável a todos os casos tributários, incluindo as situações de contestação, administrativa e judicial, do ato tributário (pois, também nesses casos, efetua-se a citação do sujeito passivo e inicia-se de imediato, o processo de execução fiscal). Assim sendo, a solução legal perfilhada pela Jurisprudência chega ao resultado ilógico de redundância e desnecessidade de previsão dos demais casos de interrupção e suspensão da prescrição, porque irrelevantes, já se estariam contidos na causa geral (citação e prossecução do processo executivo), com contornos materiais tão ou mais favoráveis para o credor tributário.

Em termos lapidares: se, com a citação, ocorresse a interrupção da prescrição imediatamente seguida da suspensão enquanto durar o processo de execução fiscal (em regra que abrangeria todos os casos tributários num regime de suspensão vastíssimo) — então, se assim fosse, não havia necessidade da lei (art. 49.º da LGT) regular quaisquer outras situações de interrupção e suspensão da prescrição, porque desnecessárias, pois incluíam-se naquela situação mais abrangente, na inclusão da hipótese legal (situações de suspensão da prescrição) e no prolongamento temporal da estatuição (maior duração temporal da prescrição).

8. O argumento teleológico desdobra-se em DUAS proposições autónomas.

- a) Os regimes de prescrição do Direito Civil e do Direito Fiscal não são equiparáveis — e, por isso, não se podem aplicar acriticamente as suas dimensões civis na esfera tributária, na falta de remissão expressa. As suas diferenças são assinaláveis, ao nível material, como foram identificadas no ponto 1 deste artigo: a

cobrança do crédito do Estado rege-se por normas de direito público, atento o caráter público e irrenunciável do crédito; a prescrição tributária é matéria de conhecimento oficioso, com uma vocação de tutela da segurança jurídica dos contribuintes e da relação tributária.

Mas tais diferenças revelam-se também em sede processual: na execução fiscal, o credor (Estado) tem um conjunto de prerrogativas legais de cobrança do seu crédito muito superiores ao que sucede com o credor cível. O credor Estado tem o poder de criar um título executivo, por decorrência da presunção de legalidade dos atos tributários; tem uma polícia própria para executar os seus créditos; fá-lo, por regra, por meio de atividade administrativa, na penhora de bens do devedor, totalmente agilizada e informatizada, com alto nível de troca de informações, e na facilidade de os vender para satisfação do crédito público. Nada disso se verifica, no direito civil.

Donde, as regras da prescrição do Direito Civil só se poderiam aplicar ao Direito tributário, depois de se concluir que essa remissão não buliria com a especificidade da relação e prescrição no âmbito tributário. E perante a natureza (material e processual) do poder conferido à Autoridade Tributária, na cobrança dos seus créditos, não faz sentido chegar a um resultado interpretativo que conclua pela imprescritibilidade da obrigação fiscal, sobretudo quando a prescrição da obrigação tributária visa sobretudo, ao contrário da cível, a tutela da segurança jurídica do devedor.

b) A solução defendida é justa e equilibrada: nos casos em que o contribuinte não conteste a dívida, a Autoridade Tributária tem oito anos, a contar da citação, para efetuar todas as diligências de cobrança coerciva. No processo de execução fiscal, o credor (Estado) tem prerrogativas e poderes muito mais fortes e abrangentes com vista à satisfação do seu crédito, por comparação com a execução de créditos no direito privado. É, por isso, um tempo mais do que suficiente para o credor fazer valer o seu crédito, quando o sujeito passivo não o honra voluntariamente.

Mais ainda: se, em casos excepcionais, se vierem a suscitar algumas questões excepcionais (laterais, digamos assim) que impliquem a maior demora no desfecho do processo de execução fiscal, então, nesses casos, a lei fiscal (art. 49.º da LGT) determina, e bem, a suspensão da prescrição, a saber: (i) durante o pagamento do imposto em prestações; (ii) durante a ação de impugna-

ção pauliana (desde a sua instauração até ao trânsito em julgado); (iii) durante o período de impedimento legal à realização da venda do imóvel afeto a habitação própria e permanente; (iv) e no inquérito criminal sobre as matérias em execução fiscal (desde a sua instauração até ao arquivamento ou trânsito em julgado).

9. Temos, por fim, o argumento de âmbito estritamente fiscal. As regras fiscais que regulam a prescrição (incluindo as matérias da sua interrupção e suspensão) estão sujeitas ao princípio da legalidade e da tipicidade em matéria tributária, por se inserirem nas “*garantias dos contribuintes*”⁽¹²⁾. Incluem-se, pois, na reserva relativa de competência da Assembleia da República⁽¹³⁾. Assim, a matéria da suspensão dos prazos de prescrição está submetida ao princípio da legalidade tributária de reserva de lei formal consagrado no art. 103.º, n.º 2, da CRP.

Acresce que a matéria da prescrição em sede tributária tutela a segurança jurídica dos cidadãos e a estabilidade da relação tributária, vetor com dimensão constitucional, porque subsumido no princípio do Estado de Direito Democrático positivado no art. 2.º da CRP.

Assim, a aplicação, ao domínio tributário, da regra do direito civil (art. 327.º, n.º 1 do Código Civil) que impõe o efeito duradouro da suspensão da prescrição tributária, se e enquanto durar o processo de execução fiscal, viola:

- O princípio da legalidade (art. 165.º e 103.º, da CRP), porque tal imposição não está coberta por lei expressa e determinada da Assembleia da República, em matéria de reserva (relativa) da Assembleia da República⁽¹⁴⁾;
- O princípio da Segurança Jurídica (art. 2.º e 18.º da CRP), na medida em que ofende, de forma direta, desadequada e desproporcional ente o conteúdo essencial da segurança jurídica na relação tributária, ao advogar a imprescritibilidade das obrigações tributárias.

(12) Acórdão STA de 14/10/2009, proc. n.º 528/09.

(13) Acórdão do Tribunal Constitucional de 5/7/2010, proc. n.º 133/10.

(14) BENJAMIM RODRIGUES, in “A Prescrição no Direito Tributário”, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Vislis Editores, 1999, pp. 261 e 266.

V. Ponto de situação e sequência

10. Apesar das críticas apontadas, não é crível que Supremo Tribunal Administrativo inverta a sua jurisprudência nos próximos anos (ou décadas), quer pela compreensível praxe do Tribunal em não infletir o teor das suas decisões (para assegurar a certeza e segurança na interpretação da lei fiscal), quer sobretudo porque a maior parte (quase totalidade) destes argumentos foi já tido em conta, mas não atendidos, na tomada da decisão pelo Supremo, como se dá nota nos votos de vencido da Veneranda Conselheira D.^{ra} Ana Paula Lobo.

Assim, a restante parte deste artigo partirá do pressuposto da aceitação e manutenção desse acervo jurisprudencial. Mas problematizará acerca dos limites à suspensão do prazo de prescrição, se e enquanto durar o processo de execução fiscal. Será mesmo assim? Ficará eternamente suspensa a prescrição, enquanto durar o processo de execução fiscal, que só termina com o pagamento (muito improvável na maior parte dos casos)? Ou será que pode cessar a suspensão da prescrição (começando-se a contagem da prescrição) algures durante o processo de execução fiscal? É à resposta a estas questões que se dedicarão as próximas páginas deste artigo.

VI. As fases do processo de execução fiscal

11. O processo de execução fiscal divide-se em quatro fases essenciais e típicas, assim ordenadas cronologicamente.

O processo inicia-se — **primeira** fase — com a instauração da execução fiscal, através da emissão do título executivo (certificação de dívida) [art. 162.º a 164.º do CPPT] e sua citação ao executado [art. 188.º a 192.º do CPPT].

Segue-se, de imediato, a **segunda** fase, onde se *convida* o executado para:

- a) Efetuar, querendo, o pagamento da dívida exequenda e acrescidos (incluindo juros de mora), a pronto ou em prestações — extinguindo-se o processo de execução fiscal assim que consumado todo o pagamento (art. 176.º e 189.º do CPPT)⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Em boa verdade, o executado pode efetuar o pagamento do imposto e acrescidos em qualquer momento da execução fiscal, o que implica a sua extinção (art. 264.º e ss. do CPPT).

- b) Prestar garantia (ou solicitar a sua dispensa), caso tenha contestado (ou proteste contestar, se ainda em tempo) a liquidação de imposto, sendo que o processo de execução fiscal e a prescrição só ficará suspensa se contestar a liquidação e preste garantia idónea (ou obtenha a sua dispensa) — arts. 169.º e 170.º do CPPT.
- c) Deduzir oposição judicial à execução, caso entenda que se verifica alguma das situações descritas no art. 204.º do CPPT, sendo que o processo de execução fiscal só fica suspenso (o mesmo com a suspensão da prescrição) caso venha a prestar garantia idónea (ou obtenha dispensa legal de prestação de garantia).

Caso não se verifiquem causas de extinção ou suspensão da execução fiscal (por alguma das situações da segunda fase), o processo segue os seus termos legais, com a **terceira** fase. A Autoridade Tributária fica habilitada a efetuar todas as diligências de penhora legal para a satisfação do seu crédito (art. 215.º do CPPT). O Fisco efetua estas démarches, por si mesmo, munido de um título executivo, por si emitido. Penhora todos os ativos do devedor, até ao valor da dívida exequenda e acrescidos: imóveis, móveis, dinheiro ou valores depositados em contas, créditos, partes sociais (quotas e ações e obrigações...), salários e vencimentos, outros rendimentos periódicos, etc. (art. 219.º a 235.º do CPPT).

A **quarta** fase ocorre com a atividade da Administração fiscal, na venda dos bens penhorados para a satisfação do crédito tributário (arts. 248.º a 256.º do CPPT).

12. Após a quarta fase, podem acontecer, em abstrato, DUAS situações:

- a) Extinção do processo de execução fiscal, por pagamento da dívida exequenda (e acrescidos): (i) voluntariamente, pelo devedor (ou terceiro)⁽¹⁶⁾, a pronto ou em prestações⁽¹⁷⁾ — o devedor pode sempre pagar as suas dívidas fiscais; ou (ii) de forma contenciosa, com a venda dos bens penhorados;
- b) Não extinção do processo de execução fiscal, por não pagamento voluntário ou coercivo (após o fim do contencioso ou na inexistência de contencioso):

— O credor não satisfaz os seus créditos, por inexistência (ou insuficiência) de bens penhoráveis do devedor (e demais responsáveis);

⁽¹⁶⁾ Art. 41.º, da LGT.

⁽¹⁷⁾ Ou exceccionalmente por dação em cumprimento ou compensação (art. 40.º, n.º 2, da LGT).

ou, melhor dito, porque não há venda de bens (por inexistência de patrimônio) ou o produto da venda é insuficiente para a satisfação dos créditos tributários.

- E, além disso, inexistem causas expressas de suspensão do processo de execução fiscal (e suspensão da prescrição): (i) não se efetuou reclamação, impugnação, recurso ou oposição; (ii) nem se verificaram as demais vicissitudes descritas no art. 49.º, n.ºs 4 e 5, da LGT que impunham a suspensão da prescrição tributária (e suspensão do processo de execução fiscal): impugnação pauliana, inquérito criminal, pagamento em prestações (não ocorreu ou foi declarado incumprido), garantia de imóvel com a casa de morada de família.

Ora, neste caso, o processo de execução fiscal será objeto de “*declaração em falhas*”. Tal ocorre quando, no final da quarta fase da execução fiscal, se constata que o devedor (e terceiros responsáveis) não tem ativos nem meios para o pagamento da dívida exequenda.

VII. Declaração em falhas

13. O órgão de execução fiscal declara em falhas a dívida exequenda e acrescido, quando, “*em face de auto de diligência*” (com inscrição expressa no processo) se verifique um dos seguintes casos (art. 272.º do CPPT):

- a) Demonstrar a falta de bens penhoráveis do executado, seus sucessores e responsáveis solidários ou subsidiários;
- b) Ser desconhecido o executado e não ser possível identificar o prédio, quando a dívida exequenda for de tributo sobre a propriedade imobiliária;
- c) Encontrar-se ausente em parte incerta o devedor do crédito penhorado e não ter o executado outros bens penhoráveis”.

Com a declaração em falhas, o processo de execução fiscal não se extingue, mas fica parado (no *limbo*, em linguagem gráfica), e apenas prosseguirá, se entretanto não prescrever, caso se constate que o executado (sucessores ou responsáveis) possui (venha a possuir, de forma superveniente) bens penhoráveis (art. 274.º do CPPT).

A declaração em falhas tem, pois, o seguinte enquadramento jurídico:

- a) Não extingue o crédito tributário, apesar de constatada a impossibilidade da sua cobrança (perante os dados e informações recolhidas), mesmo que razões práticas o pudessem aconselhar (não sobrecarregar o sistema [informático e humano] com créditos incobráveis), mas que não prevalecem sobre a força do caráter público e indisponível do crédito tributário;
- b) Mas, o credor, após tal declaração, nada diligenciará com vista à cobrança, por declarada e comprovada inexistência de ativos que permitam tal objetivo.
- c) O processo de execução fiscal fica parado, à espera da prescrição (como indica expressamente o art. 274.º do CPPT); e só avançará, no caso improvável de um “*regresso de melhor fortuna*”; se, entretanto (e de forma superveniente), o devedor (sucessor ou outros responsáveis) obtiver ou vier e possuir bens penhoráveis, passíveis de penhora.

A “declaração em falhas”, no sábio ensinamento de Joaquim Freitas da Rocha, corresponde a um ato meramente declarativo em execução fiscal, que sendo decisivo na configuração do processo, não transporta, em si mesmo, efeitos jurídicos autónomos, limitando-se a atestar situações pré-existentes⁽¹⁸⁾. Como se verá, esta qualificação vai sofrer, porém, uma alteração ontológica, por efeito da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, a seguir descrita: a declaração em falhas passa a ser o ato que faz cessar a suspensão da prescrição tributária (fim do efeito suspensivo da prescrição); e, por consequência, assumirá um lugar central na tutela material e procedimental do sujeito passivo.

VIII. A Jurisprudência do STA sobre relação entre a prescrição e a declaração em falhas

14. A questão que agora se coloca — com decisões divergentes do Supremo Tribunal Administrativo (como se verá) — é a da relação entre a

⁽¹⁸⁾ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Sobre a natureza jurídica dos atos praticados em execução fiscal*, 2019, p. 51, e-book Centro de Estudos Judiciários, sobre a execução fiscal (<www.cej.mj.pt/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ececucaofiscal.pdf>).

prescrição e a “*declaração em falhas*”; concretamente, se a “declaração em falhas” constitui ou não uma forma de extinção do efeito duradouro da suspensão da prescrição tributária. Saber, no fundo, se a declaração em falhas corresponde (ou não) a uma decisão que ponha termo ao processo de execução fiscal, para efeitos de reinício (ou não) da contagem do prazo de prescrição da obrigação tributária.

15. O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 31/5/2017, no proc. 01196/16 advogou que a “*declaração em falhas*” não extingue a execução fiscal, por duas razões fundamentais:

- (i) Na interpretação literalista do art. 274.º do CPPT — pois este preceito não determina a extinção do processo de execução fiscal;
- (ii) O art. 176.º do CPPT indica as situações de extinção do processo de execução fiscal — e aí não consta a declaração em falhas.

É certo, por um lado, que o art. 176.º, n.º 1, al. c), do CPPT entreabre as causas de extinção da execução a “*qualquer outra forma previstas na lei*”; e, por outro lado, que o regime legal da declaração em falhas está sistematicamente inserido no CPPT, na secção X com o título “extinção da execução”. Mas, para o aresto, estes argumentos não são decisivos — porque, advoga, o regime e efeitos legais da declaração em falhas nunca acarretam a extinção do processo de execução fiscal. Na interpretação formal do art. 274.º do CPPT, o processo de execução fiscal não se extinguiu, apesar da declaração em falhas; prossegue, salvo prescrição, se forem detetados novos bens do devedor (e demais responsáveis); caso tal suceda, não se inicia um novo processo; retoma-se o mesmo processo, que não estava extinto, mas apenas “*dormente*” ou em “*hibernação*”.

Donde, a conclusão é óbvia: a declaração em falhas não extingue o efeito duradouro da suspensão da prescrição tributária. O processo executivo mantém-se, mesmo com e após a “declaração em falhas”.

16. O Acórdão do STA de 5/4/2017 (proc. 0304/17)⁽¹⁹⁾ sufragou entendimento totalmente oposto, em relação à mesma *questão decidendi*: a declaração em falhas põe termo ao processo de execução fiscal, para efeitos de retoma da contagem do prazo de prescrição; faz cessar a suspensão da prescrição imposta pela existência de um processo de execução fiscal.

⁽¹⁹⁾ No mesmo sentido, ver também Ac. STA de 31/1/2018 (proc. 021/18) e Ac. STA de 30/4/2019 (proc. 0679/11.8BEALM).

Ou seja, determina a extinção do efeito duradouro da prescrição, com o início da contagem do prazo de prescrição.

Em abono desta asserção militam argumentos literais, lógicos e teleológicos.

- a) Argumento literal: de acordo com o arts. 272.º e 274.º do CPPT, a “*declaração em falhas*” constitui um arquivamento material do processo, embora provisório. Encerra-se a execução fiscal, que apenas prosseguirá nas situações excepcionais do art. 274.º do CPPT (regresso de melhor fortuna), hipotéticas e temporalmente indeterminadas.
- b) Argumento teleológico: caso na aplicação do art. 327.º, n.º 1 do Código Civil ao fenómeno tributário, se concluísse que apenas a extinção formal do processo executivo, e já não a declaração em falhas, acarretaria a cessação do efeito duradouro da suspensão do prazo de prescrição, tal interpretação colidiria com as razões que presidem ao instituto da prescrição em direito fiscal. Tal implicaria, com efeito, a imprescritibilidade das dívidas tributárias, em total antagonismo com a segurança jurídica dos cidadãos que norteia o instituto da prescrição. Sendo certo que tal vetor constitucional é assegurado com a valoração da declaração em falhas para efeito da contagem da prescrição. Com a asserção de que cessa a suspensão da prescrição (efeito duradouro) com a declaração em falhas. E a obrigação tributária, prescreverá, em princípio no prazo de oito anos a contar da declaração em falhas, exceto se se verificar uma outra causa de suspensão do prazo de prescrição (impugnação pauliana, impugnação judicial, oposição à execução, processo crime conexo...).
- c) Argumento lógico: de acordo com o art. 274.º do CPPPT, a execução fiscal declarada em falhas só prosseguirá se identificados novos ativos, “*salvo prescrição*”. Tal significa, em termos lógicos, que a prescrição tem de estar a contar; que não pode estar suspensa — que se reiniciou a contagem com a declaração em falhas, pois se assim não fosse, nunca estaria prescrita.

17. Adiro, sem reservas, a esta argumentação literal, lógica e teleológica. Sou especialmente sensível ao temperamento (ou relativização) da imprescritibilidade da obrigação tributária. Ou seja, caso se aceite, como na primeira questão gizada pelo Supremo, que a prescrição está suspensa (efeito duradouro) enquanto durar o processo de execução fiscal, então,

tem de se entender que a “declaração em falhas” fez terminar esse efeito duradouro, começando a contagem da prescrição. Só assim se assegura que a obrigação tributária possa prescrever. Só assim se garante a segurança jurídica do sujeito passivo. Por mim, dificilmente concluiria pela não inconstitucionalidade (por violação do conteúdo essencial da Segurança jurídica) da lei fiscal e civil, se interpretada no sentido de que nunca se verifica a prescrição da obrigação tributária.

Agora, esta dupla asserção, funcionando como uma unidade aplicativa, salva a constitucionalidade da lei Civil e Fiscal: efetua-se uma interpretação da lei civil e fiscal, que assegura a possibilidade de prescrição da obrigação tributária, a saber:

- a) A citação do executado interrompe a prescrição, que fica suspensa até à extinção do processo fiscal, através do ato de “declaração em falhas”.
- b) Após essa declaração, retoma-se a contagem da prescrição, que ocorre, se não intervierem outras vicissitudes, no prazo de oito anos, contado da declaração em falhas.

IX. Regras processuais e procedimentais

18. Debruçar-me-ei, finalmente, sobre a parte processual e procedimental deste tema, na procura de resposta às duas seguintes questões:

- a) *Quid iuris* se o Fisco não declarar a prescrição da obrigação Tributária (não obstante, a sua existência, por causa do efeito descrito para a declaração em falhas)?
- b) Que ferramentas dispõe o contribuinte, se houver ilegalidades na “declaração em falhas”? Se a Autoridade Tributária não a declarar (embora verificados os requisitos) ou se a decretar em data posterior à indicada na lei?

19. A resposta à primeira questão arranca da análise do art. 175.º, do CPPT, que indica: *“a prescrição e a duplicação de coleta serão conhecidas oficiosamente pelo juiz, se o órgão da execução fiscal que anteriormente tenha intervindo o não tiver feito”*.

As regras são claras:

- a) A Autoridade Tributária deve declarar a prescrição, oficiosamente ou a pedido do contribuinte, com a verificação dos requisi-

tos desse instituto. Impõe-no o princípio da legalidade da atuação do Fisco, que reclama o cumprimento da lei, ainda que em detrimento dos seus interesses, enquanto credor tributário (art. 55.º, da LGT).

- b) Se, porém, a Autoridade Tributária não decretar a prescrição, o Juiz conhece-a, em qualquer tipo de ação judicial, pendente ou intentada para o efeito.

Se a ação judicial pendente tiver natureza declarativa (cujo exemplo paradigmático é a impugnação judicial) — então, o Juiz, ao constatar (conhecer) e declarar a prescrição da obrigação tributária (a pedido da parte, que deve facultar toda a informação para o efeito), vai determinar a extinção da instância da impugnação judicial, por inutilidade superveniente da lide. Com efeito, seria inútil averiguar da legalidade de um ato que titula uma obrigação tributária que se encontra extinta por prescrição⁽²⁰⁾.

Se a ação judicial pendente ou intentada para o efeito tiver natureza executiva (por exemplo, a oposição à execução ou a Reclamação da decisão do órgão de execução fiscal [art. 276.º e ss, do CPPT]) — então o Juiz, até oficiosamente, ao constatar (conhecer) e declarar a prescrição da obrigação tributária, determina a extinção do processo de execução fiscal, e por consequência, do processo judicial executivo.

Como se sabe, a prescrição da dívida exequenda é um dos fundamentos típicos da oposição à execução [cf. art. 204.º, n.º 1, al. d) do CPPT]. Se, porém, o contribuinte não a tiver deduzido na oposição — porque, no prazo da oposição ainda não se verificava a prescrição, que apenas ocorreu posteriormente — então, nesse caso, o procedimento mais razoável passa por se dirigir um requerimento ao órgão de execução fiscal, onde se solicite que a Autoridade Tributária declare a prescrição e extinga a execução. E, perante eventual recusa, o contribuinte apresentará reclamação judicial contra esse ato do órgão de execução fiscal (art. 276.º e ss. do CPPT), com subida imediata, sob pena, se assim não fosse, de perder o seu efeito útil.

20. Até este momento, raciocinei no pressuposto da correção da “declaração em falhas” no processo de execução fiscal: na existência e incontestabilidade deste dado, também na vertente temporal, que funciona como facto pressuposto da construção da prescrição.

(20) Ac. do STA de 8/1/2020, proc. 01/19.0BEPRT.

Imagine-se agora que a Autoridade Tributária não emitiu a declaração em falhas, não obstante a verificação dos pressupostos do art. 272.º do CPPT; ou que essa declaração tem uma data posterior à da real verificação dos seus requisitos — e que a correção da data tem relevância para o apuramento e verificação da prescrição.

As soluções processuais e procedimentais adiantadas no ponto anterior aplicam-se sem mais, ou carecem de novos requisitos e requerimentos?

Na minha opinião, as duas seguintes ideias resolvem a questão formulada:

- a) A “declaração em falhas” é decretada pelo órgão da execução fiscal (poder executivo) [art. 272.º, proémio], com a verificação dos pressupostos factuais subjacentes: com a demonstração, no processo, da falta de bens penhoráveis do executado e demais responsáveis (art. 272.º, n.º 1, al. a), do CPPT);
- b) O Poder Judicial não emite a “declaração em falhas”, sob pena de ilegal ingerência nas competências do poder executivo. O Juiz apenas dará como verificados os pressupostos legais da declaração em falhas, depois do Fisco, embora sem emissão de declaração em falhas, tenha declarado no processo (ou exista informação precisa) de que não há bens do executado e de terceiros responsáveis (art. 151.º, n.º 1, do CPPT).

Assim, sou da opinião que o contribuinte, para a tutela judicial da declaração da prescrição, não tem de obter uma prévia e autónoma decisão, administrativa ou judicial, de declaração em falhas do processo de execução fiscal. Se ela não existir, mas constar do processo a verificação de inexistência de bens do executado (e dos terceiros responsáveis), o contribuinte pode solicitar judicialmente a prescrição, mesmo sem a declaração administrativa em falhas, bastando mostrar as provas de certificação de inexistência de bens (do devedor e terceiros), no processo de execução fiscal.

Em concreto: O executado pode solicitar a declaração judicial da prescrição em processo declarativo pendente, juntando a prova da data em que o órgão da execução fiscal constatou a inexistência de bens do devedor e terceiros — mesmo que não tenha sido emitida a formal declaração em falhas (e independentemente da existência).

Em relação aos processos executivos, a solução é homóloga: o executado pode solicitar a declaração judicial de prescrição, com efeitos extintivos.

vos da execução fiscal, mesmo que a AT não tenha emitido previamente a declaração em falhas, desde que do processo decorra expressamente a inexistência (e data) de património do executado e dos terceiros responsáveis.

21. O único problema verdadeiramente complexo resulta do cenário, pensa-se que improvável, em que o órgão de execução fiscal não relata no processo que o devedor e terceiros não têm património, não obstante estar já na posse dessa informação, pelas diligências de penhoras efetuadas, sem qualquer sucesso. O credor tributário sabe, por diligências concretas, que o devedor (e terceiros responsáveis) não têm património. Mas nada escreve no processo — ou não o faz de forma concludente. E, note-se, existe sempre a possibilidade, pelo menos teórica ou remora, do agente de execução fiscal tentar efetuar outras *démarches* executivas...

Nesse caso, há falta de bens penhoráveis, mas tal não está demonstrado ou revelado no processo de execução fiscal. Quando assim é, o contribuinte só pode solicitar a declaração da prescrição ao poder judicial (em processo declarativo ou executivo, pendente ou novo) depois de obter informação concreta, junto do órgão de execução fiscal, com a confirmação da inexistência (e em que data) de património do devedor (e demais responsáveis), solicitando, também, por coerência, que emita a declaração em falhas (e declare a prescrição).

E a solução será diversa consoante a resposta da Autoridade Tributária (AT):

- a) O processo termina, se a AT deferir o pedido, indicando a data exata da declaração em falhas e, por consequência, declarará a prescrição.
- b) Se a AT deferir o pedido e indicar a data exata da declaração em falhas, mas não declarar a prescrição — então o contribuinte, caso discorde do ato administrativo na execução fiscal, tem de intentar reclamação judicial nos termos do art. 276.º do CPPT, a solicitar apenas a declaração da prescrição.
- c) Se a AT indicar uma data errada (ou nenhuma data)⁽²¹⁾ para a declaração em falhas (ou para a comprovação de inexistência de património) e, por isso, não declarar a prescrição — então o contribuinte, caso discorde do ato administrativo na execução fiscal, tem de intentar reclamação judicial nos termos do art. 276.º do

⁽²¹⁾ Advogando a existência de *démarches* executivas pendentes ou futuras, embora falsas ou meramente dilatórias.

CPPT, a solicitar fundamentadamente (entregando prova concreta) que o Juiz fixe a data exata da constatação da inexistência de património (a data final das reais démarches executivas e, se necessário, com a constatação de démarches meramente dilatórias) para subsequentemente declarar a prescrição.

28 de março de 2020

Jurisprudência
dos Conselhos

PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo: n.º 15/PP/2020-G

Impedimento de Advogado quanto a autenticação de documento

Relatora: Catarina Monteiro Pires

I — Enquadramento geral

1. É-nos solicitado Parecer, com carácter urgente, pelo 1.º Cartório de Competência Especializada de Aveiro, com o pedido que seguidamente se reproduz:

“Foi solicitado a este serviço o agendamento de um processo Casa Pronta, tendo sido apresentada para o instruir uma procuração emitida por uma sociedade comercial, que constituiu procuradores para a prática de diversos atos (com a faculdade de substabelecer) dois cidadãos (que podem intervir isoladamente), identificando-os como advogados e sócios de uma determinada sociedade de advogados (doravante designada por sociedade “A”, para facilidade de exposição).

Mais tarde, um destes procuradores constituídos emitiu um documento particular de substabelecimento a favor de um terceiro. Este documento foi autenticado mediante termo de autenticação lavrado por um(a) Senhor(a) Advogado(a), que usou papel timbrado da referida sociedade “A” e que, sobre a sua assinatura, apôs um carimbo com o seu nome e com o nome da mesma sociedade “A”.

Parece-me inequívoco que o(a) Senhor(a) Advogado(a) autenticador(a) será membro da mencionada sociedade “A”, ou na qualidade de associado(a) ou como sócio(a).

O ato de autenticação por ele(a) praticado não constituirá ato próprio dos advogados, tal como é definido pelo art. 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, parecendo-me antes que estará sujeito à disciplina do Código do Notariado, já que o art. 38.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de

março, preceitua que “os advogados (...) podem fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos, nos termos previstos na lei notarial”.

De acordo com o disposto no art. 5.º, n.º 1 do Código do Notariado, “o notário não pode realizar atos em que sejam partes ou beneficiários, diretos ou indiretos, quer ele próprio, quer o seu cônjuge ou qualquer parente ou afim na linha reta ou em 2.º grau da linha colateral”.

No caso concreto, se o(a) Senhor(a) Advogado(a) autenticador(a) do subestabelecimento for também sócio(a) da sociedade “A”, não estará, por força desta norma, impedido(a) de praticar um ato em que é parte beneficiária o(a) sócio(a) da mesma sociedade “A”, devidamente identificada na indicada procuração?

E se, pelo contrário, for associado(a), não lhe será aplicável o art. 6.º, n.º 1 do mesmo Código, que determina que “o impedimento do notário é extensivo aos adjuntos e oficiais do cartório a que pertença o notário impedido”?

Dispondo o art. 71.º, n.º 1 do mesmo diploma legal que “é nulo o ato lavrado (...) por funcionário legalmente impedido”, muito agradece a V. Ex.^a que, perdoadando a ousadia da iniciativa e a simplicidade da linguagem, mandasse emitir pronúncia sobre o assunto, já que os interessados manifestaram urgência na titulação, assim que as condições físicas do Cartório o permitam”.

2. A questão suscitada pela consulta é a de saber se um Advogado, sócio ou associado de sociedade de Advogados junto da qual preste também serviços, na qualidade de sócio ou associado, o signatário de certo documento pode autenticar válida e eficazmente esse mesmo documento, ou se ao caso são aplicáveis, por analogia, as normas dos arts. 5.º e 6.º do Código do Notariado, impedindo, sob pena de nulidade, a prática do ato. Esta última questão pode ser dividida em duas perguntas autónomas: (i) saber se o Código do Notariado se aplica ao ato do Advogado de autenticação de documentos e (ii) saber se, na hipótese afirmativa, algumas das normas invocadas se aplicam ao caso em apreço impedindo a prática do ato pelo Advogado.

II — Análise

1. De acordo com o art. 38.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, na sua versão atualmente em vigor:

“1 — Sem prejuízo da competência atribuída a outras entidades, as câmaras de comércio e indústria, reconhecidas nos termos do Decreto-Lei n.º 244/92, de 29 de Outubro, os conservadores, os oficiais de registo, os advogados e os solicitadores podem fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar, ou fazer e certificar, traduções de documentos, nos termos previstos na lei notarial, bem como certificar a conformidade das fotocópias com os documentos originais e tirar fotocópias dos originais que lhes sejam presentes para certificação, nos termos do Decreto-Lei n.º 28/2000, de 13 de Março”.

2. O n.º 2 do citado preceito determina depois o seguinte:

“2 — Os reconhecimentos, as autenticações e as certificações efetuados pelas entidades previstas nos números anteriores conferem ao documento a mesma força probatória que teria se tais atos tivessem sido realizados com intervenção notarial”.

3. Sem prejuízo do estatuto deontológico do Advogado, parece-nos que a remissão do art. 38.º, n.º 1, acabado de citar, para o Código do Notariado constitui uma indicação de extensão dos impedimentos previstos no Código do Notariado à autenticação a realizar pelo Advogado. É esta a solução que melhor se coaduna com a letra da lei (art. 9.º do Código Civil) e que se harmoniza com o efeito de equiparação do valor do ato previsto no n.º 2 do citado art. 38.º.

4. Passando à segunda questão, as normas dos arts. 5.º e 6.º do Código do Notariado dispõem o seguinte:

Artigo 5.º

Casos de impedimento

1 — O notário não pode realizar atos em que sejam partes ou beneficiários, diretos ou indiretos, quer ele próprio, quer o seu cônjuge ou qualquer parente ou afim na linha reta ou em 2.º grau da linha colateral.

2 — O impedimento é extensivo aos atos cujas partes ou beneficiários tenham como procurador ou representante legal alguma das pessoas compreendidas no número anterior.

3 — O notário pode intervir nos atos em que seja parte ou interessada uma sociedade por ações, de que ele ou as pessoas indicadas no n.º 1 sejam sócios, e nos atos em que seja parte ou interessada alguma pessoa coletiva de utilidade pública a cuja administração ele pertença.

Artigo 6.º

Extensão dos impedimentos

1 — O impedimento do notário é extensivo aos adjuntos e oficiais do cartório a que pertença o notário impedido.

2 — Excetuam-se do disposto no número anterior os reconhecimentos de letra e assinatura apostas em documentos que não titulem atos de natureza contratual, ainda que o representado, representante ou o signatário seja o próprio notário.

5. No caso em apreço, questiona-se se um Advogado autenticador sócio ou associado da mesma sociedade de Advogados do Advogado beneficiário deve considerar-se impedido ao abrigo de qualquer dos preceitos acabados de citar.

Quanto ao primeiro, parece-nos inequívoco que o Advogado autenticador não é “parte ou beneficiário, diretos ou indireto, quer ele próprio, quer o seu cônjuge ou qualquer parente ou afim na linha reta ou em 2.º grau da linha colateral”, nem as razões deste impedimento são extensível ao caso de Advogado autenticador sócio ou associado da mesma sociedade de Advogados do Advogado beneficiário, não sendo o potencial objetivo de conflitualidade idêntico.

Note-se que, como determina o art. 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados “O advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros”.

6. Além disso, atento o estatuto deontológico do Advogado e o teor liberal da profissão, também não é possível considerar um sócio ou associado de uma sociedade de Advogados uma pessoa em situação análoga a um “adjunto ou oficial do cartório” nos termos do art. 6.º, não sendo também o potencial objetivo de conflitualidade que determina o impedimento do Código do Notariado extensível ao Advogado autenticador sócio ou associado da mesma sociedade de Advogados do Advogado beneficiário.

7. Note-se, ainda, e sem prejuízo das diferenças acabadas de assinalar, que o impedimento do Notário também não é total e que o n.º 3 do art. 5.º do Código do Notariado prevê que “o notário pode intervir nos atos em que seja parte ou interessada uma sociedade por ações, de que ele ou as pessoas indicadas no n.º 1 sejam sócios, e nos atos em que seja parte ou

interessada alguma pessoa coletiva de utilidade pública a cuja administração ele pertença”, não figurando expressamente no elenco de impedimentos atos praticados em benefício de co-sócio de sociedade.

III — Conclusão

À luz do exposto, concluímos que o disposto nos arts. 5.º e 6.º do Notariado não constituem impedimento à prática de ato por Advogado autenticador sócio ou associado da mesma sociedade de Advogados do Advogado beneficiário.

Este é, salvo melhor, o nosso Parecer.

Lisboa, 19 de julho de 2020

A Vogal do Conselho Geral

CATARINA MONTEIRO PIRES

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 52/XIV/1.^a (GOV) que autoriza o Governo a aprovar um Regime Especial de Expropriações e Constituição de Servidões Administrativas

1. A Assembleia da República através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre a *Proposta de Lei N.º 52/XI V/1.^a (GOV)*, a qual autoriza o Governo a aprovar um regime especial aplicável à expropriação e à constituição de servidões administrativas.

2. A referida *Proposta* é composta pela “*Exposição de Motivos*”, seguida do corpo normativo e ainda do projeto de “*Decreto-Lei Autorizado*”.

3. Da motivação da referida Proposta de Lei consta que atendendo “*aos impactos ocorridos em todos os domínios pelo período de confinamento ditado pela necessidade de prevenção e combate à pandemia da doença COVID-19, com especial incidência no plano económico, financeiro e social, afigura-se imperativa a promoção da retoma progressiva da vida social e económica, através da adoção de medidas que visem a dinamização da economia portuguesa e de ações que promovam a realização de investimentos duradouros e necessários, com benefícios tangíveis para as populações e que constituam uma via de manutenção ou criação de empregos de forma transversal no território nacional*”.

4. E que “*Nesse contexto foi aprovado o Programa de Estabilização Económica e Social, em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho (PEES), no qual se prevê um conjunto de intervenções prioritárias e que se pretende alavanquem a retoma económica*”.

5. Tornando-se, por isso, dada a “*relevância e a urgência na concretização dos investimentos considerados e, bem assim, o impacto esperado dos mesmos no robustecimento da economia e das finanças portuguesas, e considerando ainda os constrangimentos identificados nos procedimentos de expropriação e de constituição de servidões administrativas*”, necessário criar “*um regime especial para a concretização desses procedimentos no quadro da realização dos investimentos programados no PEES, nas diversas áreas de intervenção, que potencia a sua mais rápida execução, introduzindo simplicidade e celeridade na tramitação dos procedimentos a realizar*”.

6. Tal exposição de motivos encontra-se igualmente plasmada no *Decreto-Lei Autorizado*.

7. Pretende-se, pois, com a referida *Lei de Autorização Legislativa* e com o *Decreto-Lei Autorizado* criar um regime especial de realização de expropriações e constituição de servidões administrativas necessárias à execução das intervenções que sejam consideradas por despacho do membro do Governo responsável pelo sector de atividade sobre que recaia a intervenção em causa, integradas no âmbito do *Programa de Estabilização Económica e Social (PEES)*, aprovado em anexo à *Resolução do Conselho de Ministros N.º 41/2020 de 6 de junho*.

8. Com este regime especial visa-se potenciar uma mais ágil e execução do *PEES*, introduzindo simplicidade e celeridade na tramitação dos procedimentos a realizar.

9. Deste *Programa de Estabilização Económica e Social*, no item 2 — *Emprego*, designadamente do respetivo ponto 2.5 — *Dinamização Económica de Emprego* — encontram-se enumeradas diversas obras sob a epígrafe “*Obras de proximidade*”, onde se preveem inúmeros trabalhos desde o ponto 2.5.4.1 ao ponto 2.5.4.7, nomeadamente:

2.5.4.1 *Remoção de amianto das escolas*

2.5.4.2 *Obras na área das florestas, rede hidrográfica e mobilidade sustentável*

2.5.4.3 *Pequenas obras pela AdP — Águas de Portugal*

2.5.4.4 *Obras de manutenção pela IP*

2.5.4.5 *Conservação e reabilitação do parque habitacional no Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P.*

2.5.4.6 *Alargamento da rede de Equipamentos Sociais*

2.5.4.7 *Acessibilidades para pessoas com deficiência.*

10. E, segundo a exposição de motivos *supra* mencionada, torna-se necessário a agilização de procedimentos no que toca a expropriações e constituição de servidões administrativas para execução deste tipo de obras.

11. A *Lei de Autorização Legislativa* que se aprecia, no respetivo art. 2.º, pontos 2 e 3, estabelece a extensão e conteúdo do *Decreto-Lei Autorizado*, devendo o mesmo:

- a) *“Declarar a utilidade pública, com carácter de urgência, das expropriações dos imóveis e dos direitos inerentes necessários à realização das intervenções que sejam consideradas integradas no âmbito do PEES;*
- b) *Consagrar, para a realização das intervenções que sejam consideradas integradas no âmbito do PEES, restrições de utilidade pública nos imóveis necessários ao atravessamento ou à ocupação por condutas subterrâneas e por caminhos de circulação decorrentes da construção de redes ou infraestruturas afetas ou a afetar, designadamente aos serviços de transportes e mobilidade, ambiente e energia, bem como à realização de prospeções geológicas, de sondagens e outros estudos exigíveis, sendo sempre garantida a correspondente indemnização, nos termos gerais de direito, e a eventual reposição da situação anterior, nos termos da lei;*
- c) *Estabelecer regras específicas para o procedimento de expropriação e de constituição de servidões administrativas necessárias à execução das intervenções que sejam consideradas integradas no âmbito do PEES, nomeadamente ao nível da competência para a emissão da declaração de utilidade pública.*

(...) Para efeitos da alínea c) do número anterior, fica o Governo autorizado a estabelecer o seguinte:

- a) *Possibilidade de identificação por despacho do membro do Governo responsável pelo setor de atividade sobre que recaia a intervenção em causa, ou por deliberação da assembleia municipal, sob proposta da entidade expropriante, dos bens imóveis a que respeita a expropriação ou a constituição.*

- b) *Da servidão, valendo qualquer desses atos como declaração de utilidade pública, nos termos do n.º 2 do art. 13.º do Código das Expropriações, aprovado em anexo à Lei n.º 168/ /99, de 18 de setembro, na sua redação atual (Código das Expropriações);*
- c) *Possibilidade de conferir à entidade expropriante, após obtenção da aprovação do respetivo projeto de construção, e sem dependência de outras formalidades, a posse administrativa dos bens imóveis identificados, nos termos previstos nos arts. 20.º e seguintes do Código das Expropriações”.*

12. Entendemos, no entanto, que o conteúdo da *Lei de Autorização Legislativa*, nos termos em que se encontra formulado, poderá violar o art. 62.º da *Constituição da República Portuguesa (CRP)*.

13. Uma vez que não se acautelam devidamente os interesses dos expropriados e demais interessados afetados com as decisões adotadas no âmbito dos procedimentos em causa, impedindo-os de tomar uma posição esclarecida sobre tais despachos e deliberações, sendo os mesmos confrontados com factos já consumados, de declaração de utilidade pública e posse administrativa, tendo por base a mera e tão só aprovação dos respetivos projetos de construção necessários à preconização das obras em questão.

14. Por outro lado, da apreciação do *Decreto-Lei Autorizado*, entendemos que o mesmo não segue os imperativos propostos neste art. 2.º da *Lei de Autorização Legislativa*, porquanto não consagra, no nosso modesto entender, regras específicas orientadas para simplificação do procedimento de expropriação e de servidões administrativas necessárias à execução das intervenções que sejam consideradas integradas no âmbito do *PEES*.

15. Mas tão-só um procedimento genérico, consagrado no respetivo art. 3.º, limitando-se tal *Diploma* a estabelecer, genericamente, que, a título subsidiário, se aplica o *Código das Expropriações*, em tudo o que não se encontrar previsto nesse *Diploma*, conforme resulta do art. 8.º.

16. Na verdade, entendemos que tal *Diploma* teve apenas como única preocupação considerar de utilidade pública e com carácter de

urgência, nos termos e para efeitos do disposto no *art. 15.º do Código das Expropriações — aprovado em anexo à Lei N.º 168/99, de 18 de setembro, na sua redação atual* —, as expropriações dos imóveis e dos direitos inerentes necessários à construção, ampliação, reabilitação ou beneficiação de equipamentos, redes e infraestruturas no âmbito da execução dos investimentos a realizar no quadro das intervenções referidas no PEES.

17. Limitando-se seriamente os interesses dos expropriados e dos interessados referidos no *art. 9.º do Código das Expropriações*, limitação essa que, no nosso modesto entender, se afigura não constitucional, atenta a proteção do direito de propriedade privada, plasmada no *art. 62.º da CRP*.

18. Resulta expressamente do *art. 62.º da CRP* que:

- “1. *A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.*
2. *A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.*

19. Conforme sublinham J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, *cit.*, p. 801, a noção de direito de propriedade traduz, num primeiro momento, “*uma relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens*”, da qual resulta para os demais consociados, num segundo momento ou dimensão, um dever de abstenção ou de não perturbação, uma obrigação universal de respeito.

20. É esta, pois, a relação tutelada pelo *art. 62.º da CRP*, de que resulta um dever de abstenção ou de não perturbação também para os poderes públicos, em relação ao conteúdo básico desta garantia constitucional e que se traduz nos correspondentes direitos:

- (i) o direito de aceder à propriedade (de adquirir bens);
- (ii) o direito de não ser dela arbitrariamente privado;
- (iii) o direito de a transmitir *inter vivos* ou *mortis causa* (liberdade contratual e de disposição testamentária);
- (iv) o direito de usar e fruir a propriedade, por ser ele indissociável do direito fundamental em causa enquanto direito (também) de liberdade.

21. Como bem elucidam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 1.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, *cit.*, p. 626, “*Naquilo que representa de espaço de autonomia perante o Estado, o direito de propriedade reconduz-se (sublinhe-se de novo) a um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I*”.

22. Esta garantia constitucional (da propriedade) associa a uma posição jurídica típica de direito privado (a do titular do direito de propriedade privada regulado na lei) um direito fundamental negativo ou de defesa dessa posição, direito esse que se funda direta e exclusivamente na ideia de dignidade da pessoa humana.

23. E como adiantam aqueles autores, na obra citada, p. 629, “*Se a Constituição a todos confere o direito de adquirir a propriedade e outros direitos patrimoniais, não pode deixar de a todos igualmente conceder a segurança contra privações arbitrárias. Não poderia naturalmente oferecer a conservação ad aeternum de todos os direitos subjetivos de propriedade ou de todos os direitos patrimoniais em concreto dos particulares; o que lhes concede é consistência e garantia, não permitindo que a sua ablação ocorra a não ser por motivos de utilidade pública, nos termos da lei mediante justa indemnização. Nisto consiste o segundo elemento insito no art. 62.º da Constituição.*

(...) *O direito a indemnização, conexo ou não com responsabilidade civil do Estado (art. 22.º) é um direito com estrutura de direito, liberdade e garantia, mas, não por acaso, a Constituição refere-se a justa indemnização no n.º 2, e a critérios de fixação da correspondente indemnização no art. 83.º, estabelecendo quanto a estes, a medição do legislador [art. 165.º, n.º 1, alinea l), 2.ª parte]*”.

24. Conforme expressamente resulta do *Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 421/09*, proferido em 02/09/2009, a proteção da propriedade privada ocupa uma posição fulcral na *Lei Fundamental*, traduzida na consagração de uma dupla garantia da propriedade privada pelo art. 62.º: “*no plano individual, contra as investidas arbitrárias dos poderes públicos; no plano coletivo, quanto à própria possibilidade da existência de uma sociedade civil diferenciada do Estado, e assente autonomamente na apropriação privada de uma ampla gama de bens que permita o estabelecimento de relações económicas à margem do poder público*”.

25. No entanto, na nossa humilde opinião, o *art. 62.º da CRP* não salvaguarda a chamada “*função social*” da propriedade, nem determina quaisquer limitações específicas ao direito ali consagrado que não as previstas no respetivo n.º 2 (da requisição e expropriação por utilidade pública), não prevendo sequer a possibilidade genérica de uma intervenção restritiva do legislador para salvaguarda do interesse geral.

26. Se hoje em dia não podemos considerar o direito de propriedade como um direito absoluto, o certo é que temos de o abordar como um direito “*socialmente vinculado*” ao interesse público.

27. De todo o modo, o consenso da doutrina e da jurisprudência aponta no sentido de não ser “*incompatível com a tutela constitucional da propriedade a compressão desse direito, desde que seja identificável uma justificação assente em princípios e valores também eles com dignidade constitucional, que tais limitações ou restrições se afigurem necessárias à prossecução dos outros valores prosseguidos e na medida em que essas limitações se mostrem proporcionais em relação aos valores salvaguardados*”, tal como resulta do *Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 391/02, de 2 de outubro*.

28. Assim, no nosso entender, o *art. 62.º da CRP* reconhece um sistema de garantias no qual se inserem os princípios da legalidade, da utilidade pública e da indemnização.

29. Ressalve-se que a existência desta garantia de tutela da propriedade, ou de permanência da mesma, não implica uma sistemática sujeição dos particulares a um poder que possa ser exercido de forma incondicionada, não podendo os poderes públicos impor, sem mais, quaisquer medidas ablativas da propriedade, a pretexto de que o particular será sempre compensado da sua perda.

30. Pois que, sendo o direito fundamental de propriedade privada um direito pessoal sobre um bem patrimonial, conforme sublinham JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *in Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010, *cit.*, p. 1261, “*o proprietário só tem que suportar a conversão de valores patrimoniais e assistir à transformação do seu direito de propriedade num direito ao pagamento de uma justa indemnização quando esteja em causa uma agressão justificada pela necessidade de afetação dos bens a uma função socialmente mais elevada*”.

31. Estando esta ponderação de bens — a efetuar pelo legislador ou, em cada caso concreto, pela Administração Pública — sempre sujeita e condicionada ao crivo do princípio da proporcionalidade, consagrado no *n.º 2 do art. 18.º da CRP*.

32. Entendemos que a declaração de utilidade pública não pode, de forma alguma, justificar o livre arbítrio ou o sacrifício dos interesses dos privados, proprietários de imóveis que, muitas vezes com bastantes dificuldades, granjeando as suas economias, os conseguiram adquirir ao longo da sua vida, e que, de um momento para o outro, sem qualquer justificação, se veem privados e sem os mesmos, a pretexto da atribuição de uma indemnização que, a maior das vezes, nem sequer corresponde ao valor real de tais imóveis.

33. Da leitura dos *arts. 2.º e 3.º do Decreto-Lei Autorizado* resulta a preocupação de agilizar os procedimentos e considerar logo à cabeça a utilidade pública de todas as obras que se entende serem necessárias prosseguir, no âmbito do *Programa PEES*, sem, contudo, sabermos com que fundamento e em que termos se balizam tais necessidades e sem que o expropriado e/ou interessados no procedimento sejam cabalmente esclarecidos sobre as mesmas.

34. Ao considerar-se, automaticamente e por mero efeito da lei, de utilidade pública e com carácter de urgência tais expropriações dos imóveis e dos direitos inerentes necessários à construção, ampliação, reabilitação ou beneficiação de equipamentos, redes e infraestruturas, no âmbito da execução dos investimentos a realizar no quadro das intervenções do *Programa PEES*, significa isto que se elimina a fase da tentativa de aquisição por via do direito privado, isto é, elimina-se a possibilidade da entidade expropriante e demais intervenientes no procedimento poderem almejar acordos e alcançar a aquisição dos bens por via do direito privado.

35. Elimina-se, pois, a possibilidade da resolução de expropriar, prevista no *art. 10.º do Código de Expropriações*, ser notificada previamente aos expropriados e aos interessados dando-lhes conta da proposta de aquisição por via do direito privado.

36. Impedindo-se que estes possam, de alguma forma, agir ou exercer o seu contraditório.

37. E, sendo a declaração de utilidade pública um ato administrativo pelo qual se reconhece que determinados bens são necessários para a realização de um fim de utilidade pública, significa que a mesma só pode ser impugnada em sede de contencioso administrativo, com toda a morosidade a que já nos habituamos, traduzindo-se, muitas vezes, em sérios prejuízos para o expropriado/interessados.

38. A declaração de utilidade pública de expropriação ou de afetação de um bem carece, como é óbvio, necessariamente, da prévia identificação dos seus fundamentos e objetivos, em termos suficientemente claros e concretos, de modo a que os expropriados e os interessados, neles se incluindo a própria Administração, possam exercer o respetivo contraditório, tenham uma palavra a dizer, e possam “controlar” e aferir a legalidade e/ou oportunidade de tais procedimentos.

39. Ora, da leitura dos *arts. 2.º e 3.º do Decreto-Lei Autorizado*, não nos parece, com toda a clareza/certeza, que a declaração de utilidade pública preconizada neste *Diploma* se possa bastar com a mera referência ao disposto no *n.º 2 do art. 13.º do Código das Expropriações*, devendo antes ser devidamente fundamentada, já que o simples ato de declaração, tendo por base a proposta da entidade expropriante formulada nos termos do *art. 12.º do Código das Expropriações*, se revela manifestamente insuficiente, até porque nela já não irão constar nem os elementos relativos à fase de tentativa de aquisição por via do direito privado, nem as razões do respetivo inêxito.

40. Também não nos parece suficiente que a concretização da declaração de utilidade pública, mencionada no *ponto 2 do art. 3.º do Decreto-lei Autorizado*, possa, sem mais, consistir na mera aprovação da planta do local da situação dos bens a expropriar, contendo a delimitação precisa dos respetivos limites e que mencione graficamente a escala utilizada, ou na aprovação do mapa que mencione as áreas, os proprietários e os demais interessados e, sempre que possível, a descrição predial e a inscrição matricial.

41. Assim como que a declaração de utilidade pública seja publicada apenas com a planta aprovada ou o mapa de áreas e a lista de proprietários e demais interessados.

42. Se os proprietários e demais interessados até à publicação dessa declaração de utilidade pública nada sabem, como poderão defender-se do livre arbítrio e da desproporcionalidade das decisões?

43. Mas mais: como poderão ser ouvidos e contribuir, com a sua palavra, para a adoção de tais decisões que diretamente afetam a sua esfera jurídica mais básica?

44. Até porque, desde logo, resulta do *art. 4.º do Decreto-Lei Autorizado* que, com a publicação da declaração de utilidade pública, é conferida à entidade expropriante a posse administrativa e imediata dos bens a expropriar.

45. Sem em momento algum se referir quanto a notificação dessa decisão ao expropriado e aos demais interessados, parecendo resultar da leitura do *Diploma* que basta tão-só a publicação do ato declarativo de utilidade pública, para haver lugar, de imediato, à posse administrativa dos bens expropriados.

46. O que, não obstante o *Decreto-Lei Autorizado* conferir aos expropriados o direito a receber o pagamento de uma justa indemnização, quantificada de acordo com os critérios e procedimentos previstos no *Código das Expropriações*, na prática, configura, uma situação em que os proprietários são absolutamente apanhados desprevenidos, sem uma palavra a dizer, e, não raras vezes, as indemnizações atribuídas ficam bastante aquém do seu justo valor.

47. Assim sendo, entendemos que, com a entrada em vigor desta *Proposta*, tal cenário poderá agravar-se, limitando-se, de forma manifestamente desproporcional, o direito à propriedade privada, constitucionalmente garantido, o que não se poderá aceitar, ainda que esteja em causa o interesse público.

48. A atribuição do carácter de urgência à expropriação para obras de interesse público é uma possibilidade que sempre esteve prevista na legislação portuguesa sobre expropriações.

49. É a própria razão e urgência que está na origem da dispensa do depósito da indemnização previamente à posse administrativa e, embora se entenda que a atribuição de carácter urgente, à luz do *Código de Expropriações*, deva ser sempre fundamentada, o certo é que, neste caso concreto, resultando a urgência diretamente da lei, o ato administrativo que declara a respetiva utilidade pública e autoriza a posse administrativa ime-

diata, conforma-se com essa qualificação legal, sem necessidade de outra adicional fundamentação para justificar a urgência.

50. O que, mais uma vez, no nosso modesto entender, restringe, de forma injustificada, os direitos do expropriado e demais interessados.

51. E ainda que se reconheça a relevância e a urgência na concretização dos investimentos e o impacto esperado dos mesmos no robustecimento da economia e das finanças portuguesas, tal não pode constituir uma incerteza e um sacrifício desproporcional dos interesses dos expropriados/ /interessados, os quais veem os respetivos direitos injustificadamente restringidos e que muitas vezes mesmo em sede de ação administrativa não conseguem alcançar a justa indemnização.

52. Todas as considerações expostas até aqui são igualmente válidas no que respeita ao atravessamento e ocupação de prédios particulares e à constituição de servidões administrativas, previstos nos *arts. 6.º e 7.º do Decreto-Lei Autorizado*.

53. Na verdade, nada se diz, nem de que forma, em que termos ou condições, é que é garantido às entidades expropriantes o direito de atravessar e/ou ocupar prédios particulares, de acordo com os estudos e projetos, com condutas subterrâneas ou caminhos de circulação necessários ou impostos pela realização das intervenções abrangidas pelo presente *Decreto-Lei*.

54. Nem se diz de que forma, em que termos ou condições, é que é garantido às entidades expropriantes o direito a realizar prospeções geológicas, sondagens outros estudos convenientes em prédios particulares necessários à conceção e à execução de infraestruturas, condutas, emissários, redes ou sistemas de intercetores.

55. O mesmo se passando com a constituição de servidões administrativas necessárias à construção ou ampliação, reabilitação ou beneficiação de sistemas, redes e infraestruturas, no âmbito da execução dos investimentos a realizar no quadro das intervenções abrangidas pelo *Decreto-Lei Autorizado*, não nos parecendo suficiente que a proposta de concretização dos bens a sujeitar a servidão administrativa deva apenas identificar a largura e o comprimento da servidão, bem como os ónus ou encargos que a sua constituição implica.

56. Parece-nos, assim, no nosso modesto entender, demasiado vaga a redação do *Decreto-Lei Autorizado* neste circunspecto, não se encontrando igualmente devidamente fundamentada a urgência na declaração de utilidade pública.

57. O *Código das Expropriações* já previa, nos respetivos arts. 15.º e 16.º, a possibilidade de atribuição de carácter urgente à expropriação, pelo que o presente *Decreto-Lei Autorizado* apenas vem legitimar de forma aligeirada, contra os interesses dos expropriados e dos interessados, a possibilidade de a entidade expropriante recorrentemente invocar que a obra a realizar se encontra abrangida pelo *PEES*, agilizando e impedindo a possibilidade de aquisição do bem expropriado pela via do direito privado.

58. Entendemos, por isso, que o *Projeto-Lei* em análise e o respetivo *Decreto-Lei Autorizado*, para além de serem desconformes com o art. 62.º da *CRP*, violam igualmente o princípio da proporcionalidade, plasmado no n.º 2 do art. 18.º da *CRP*, já que tal princípio implica a necessidade de adequação das medidas administrativas aos objetivos a serem prosseguidos e a necessidade de equilíbrio entre os interesses públicos e privados, não devendo comportar sacrifícios desnecessários aos destinatários das decisões administrativas.

59. Conforme refere VITALINO CANAS, in *Proporcionalidade (Princípio da)*, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. IV, Lisboa, 1994, cit., p. 591, o princípio da proporcionalidade é um “*princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins*”.

60. O princípio da proporcionalidade é, assim, um princípio material de justiça, vinculativo de todos os atos dos poderes públicos, fundado no princípio geral do Estado de Direito, salvaguardando, também, o respeito pelo princípio da proteção da confiança dos cidadãos.

61. No nosso modesto entender, a entrada em vigor do *Diploma* em questão colide com os direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos dos expropriados/interessados, os quais só podem e devem ser afeta-

dos na medida do estritamente necessário, proporcional e adequado face aos objetivos a realizar.

62. Por outro lado, entende-se também que a entrada em vigor do Diploma em questão viola o disposto no *art. 2.º do Código das Expropriações*, segundo o qual “*Compete às entidades expropriantes e demais intervenientes no procedimento e no processo expropriativos prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos expropriados e demais interessados, observando, nomeadamente, os princípios da legalidade, justiça, proporcionalidade, imparcialidade e boa fé*”.

63. Como bem nos ensina a sabedoria popular, “*os meios não justificam todos os fins, e nem todos os fins justificam os meios*”.

64. Por todo o exposto, entendemos emitir parecer desfavorável à *Proposta de Lei N.º 52/XI V/1.º (GOV)* e ao *Decreto-Lei Autorizado*, os quais devem ser reapreciados, nos termos sobreditos, antes da sua votação final.

É este, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 7 de setembro de 2020

MARGARIDA SIMÕES

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

ORDEM DOS ADVOGADOS

Posição da Ordem dos Advogados sobre a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção

O documento **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC)** posto à discussão pública pelo Governo traça as principais linhas programáticas no combate à corrupção em Portugal, pretendendo cobrir matérias de prevenção, deteção e repressão desse fenómeno e de toda a criminalidade económico-financeira conexas.

Nesse documento afirma-se esse objetivo com vista à «igualdade de tratamento entre os cidadãos» e ao crescimento económico, concluindo-se assim tratar-se de um combate essencial ao reforço da qualidade da democracia e à plena realização do Estado de Direito.

A Ordem dos Advogados, concordando com esses objetivos, entende, todavia, que o objetivo terá de ser muito mais amplo porque o que está claramente em causa nesta matéria são questões de **Direitos Humanos**.

Estes fenómenos da corrupção e da criminalidade económico-financeira conexas minam por dentro as mais elementares regras de convivência e de sobrevivência comunitárias, ao nível económico, político e social, adulterando e impedindo salutares, regulares e normais relações económicas, políticas e sociais.

Tudo se adultera e falseia quando este tipo de criminalidade entra em ação, assim se prejudicando, portanto, populações inteiras por falta de recursos económicos indevida e ilegalmente desviados para servir interesses e finalidades exclusivamente pessoais e egoístas de uns poucos.

O que, depois, inevitavelmente, se reflete nos recursos económicos disponíveis que passam, ou continuam a ser, escassos, com prejuízo das respostas a dar aos mais diversos níveis: saúde, ensino, justiça, segurança,

segurança social, habitação, agricultura, transportes, acessos rodovias e ferroviários, cultura e tantos outros.

E porque, quando tal sucede, os grandes prejudicados são as populações em geral, é óbvio e evidente que esta é uma fundamental questão de **Direitos Humanos**.

Não se percebe, por isso, e a Ordem dos Advogados há muito que o vem afirmando, que os sucessivos governos portugueses dos últimos quarenta anos nunca tenham **implementado** programas de verdadeiro combate à corrupção e criminalidade conexas destinados a extinguir ou, pelo menos, a reduzir para níveis incipientes estes fenómenos.

Note-se que não falamos aqui em legislar em maior quantidade ou até com mais qualidade; falamos sim em, sobretudo, **implementar no terreno**, na prática, no dia-a-dia, toda essa vasta legislação.

É, aliás, impressionante o volume de produção legislativa que nos últimos 15 anos tem vindo a ser produzido em Portugal sobre estas matérias.

Desde os denominados “Pacote Cravinho” e “Pacote Anticorrupção”, em 2006, passando por vários e inúmeros diplomas que preveem medidas de combate à corrupção e à criminalidade conexas, tudo tem sido alvo da atenção do nosso legislador.

Estamos a falar de corrupção ativa e passiva, de associação criminosa, de tráfico de influência, de peculato, de participação económica em negócio, de uso indevido de acesso privilegiado a matérias sigilosas (como no mercado de valores mobiliários), de administração danosa, de fraude e abuso de confiança fiscal, de crimes tributários e contra a segurança social, de branqueamento e de criminalidade conexas.

Toda esta criminalidade está prevista e é punível pela lei portuguesa que, de alguma forma tem vindo a tentar acompanhar a evolução dos tempos e, portanto, também procurando acompanhar as formas sempre mais aperfeiçoadas desta criminalidade; e tanto a nível substantivo, como adjetivo.

Na verdade, dispomos de um código penal que prevê e pune a corrupção, a associação criminosa, o tráfico de influência, o branqueamento, o recebimento indevido de vantagem, a participação económica em negócio, o peculato, o peculato de uso e toda a criminalidade conexas como a burla, a falsificação de documento e a violação das regras urbanísticas. Prevendo ainda a agravação das penas aplicáveis em certas circunstâncias como no caso de estarem em causa valores elevados ou consideravelmente elevados;

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a **criminalidade fiscal e contra a segurança social**, como a fraude fiscal, o abuso de con-

fiança, os crimes tributários e contra a segurança social (RGIT — Regime Geral das Infrações Tributárias aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 05/06);

Dispomos de legislação penal extravagante sobre a **responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos**, prevendo penas agravadas para os crimes previstos na lei penal geral (Lei 34/87, de 16/7);

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a punição da **corrupção no comércio internacional e no setor privado** (Lei n.º 20/2008, de 21 de abril);

Dispomos de legislação penal extravagante que prevê a **responsabilidade penal na atividade desportiva**, punindo crimes de corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, associação criminosa, apostas antidesportivas e prevendo agravações de penas em diversas situações (Lei n.º 50/2007, de 31/8, sucessivamente atualizada);

Dispomos de legislação penal extravagante que pune a **criminalidade informática**, a denominada Lei do Cibercrime, que pune diversas condutas relacionadas com a informática e a internet (Lei n.º 109/2009, de 15/09);

E muita outra legislação penal avulsa.

Toda esta legislação, como dissemos, tem vindo a ser sucessivamente atualizada, adaptando-se aos novos métodos e às sempre rebuscadas e renovadas formas da criminalidade mencionada.

Por outro lado, dispomos até de **legislação processual** que permite proceder à investigação e à recolha de prova não só durante o inquérito criminal, **como até, surpreendentemente, antes sequer de existir qualquer procedimento criminal.**

É o caso da **Lei 36/94**, de 24/09 que prevê medidas de **combate à corrupção e criminalidade económica e financeira** e coloca nas mãos de um departamento da Polícia Judiciária, a realização de «**ações de prevenção**» que compreendem a **recolha de informação** quanto a notícia de factos «**suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime**», não impondo, para o efeito, a instauração de qualquer processo criminal.

Para além disso, nesta mesma lei prevê-se ainda a possibilidade de ativação do denominado **Direito Premial**, nomeadamente a possibilidade da **suspensão provisória do processo**, para os crimes de corrupção ativa, desde que o arguido tenha denunciado o crime ou contribuído decisiva-

mente para a descoberta da verdade e a **atenuação especial da pena** para o agente que colaborar ativamente na recolha da prova ou na captura dos outros responsáveis pela prática dos vários crimes previstos nesta lei (corrupção, peculato, administração danosa, fraude na obtenção de subsídio e outros) — cf. art. 8.º, desta lei.

Veja-se ainda a **Lei n.º 5/2002**, de 11/01, que contém **medidas de combate à criminalidade organizada** e que prevê **medidas de combate a qualquer criminalidade altamente organizada** [todos os crimes previstos na alínea *m*), do art. 1.º, do CPP], mas também muitos outros crimes, praticados, uns, de forma organizada, e, outros, sem essa exigência. Além dos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira, também aqui se incluem a pornografia infantil, a contrafação de moeda e outros, praticados de forma organizada ou não; e ainda os crimes previstos na lei do cibercrime e na Lei n.º 36/94, como por exemplo a fraude na obtenção de subsídio ou a administração danosa.

Nesta lei prevê-se a quebra do sigilo bancário **«se houver razões para crer que as respetivas informações têm interesse para a descoberta da verdade»**, prevê-se o controlo da conta bancária, o que significa que qualquer movimento na conta deverá ser comunicado ao OPC, ao MP, ou ao JIC, prevê-se também o **Registo de Voz e de Imagem**, por qualquer meio **«quando necessário para a investigação»** destes crimes, não se exigindo a verificação dos pressupostos exigentíssimos do art. 187.º, n.º 1, do CPP — a indispensabilidade para a descoberta da verdade ou a impossibilidade ou grande dificuldade em obter a prova de outra forma.

E depois, todo o regime da perda ampliada de bens e do arresto previstos também neste diploma.

Dispõem ainda o MP e os OPC's de uma lei que permite uma série de ações encobertas para fins de prevenção em investigação criminal e que podem ocorrer também no **«âmbito da prevenção criminal»**, ou seja, ainda antes de instaurado qualquer procedimento criminal (**Lei n.º 101/2001**, de 25 de agosto).

Também a **Lei n.º 19/2008**, de 21/04, que aprovou medidas de combate à corrupção — prevê, entre outras possibilidades, a **proteção de trabalhadores, públicos e privados que denunciem o cometimento de infrações** de que tenham conhecimento no exercício das suas funções.

Ainda a **Lei n.º 83/2017**, de 18/08, que prevê e impõe a um rol imenso de entidades públicas e privadas, desde entidades financeiras, sociedades comerciais, e até Advogados, nomeadamente a comunicação obrigatória ao MP e à Polícia Judiciária de um conjunto imenso de atvida-

des que vão desde a venda de imóveis, passando pela constituição de sociedades, até à abertura de contas bancárias de qualquer tipo.

Ou a **Lei n.º 54/2008**, de 4/09, que criou o **Conselho de Prevenção da Corrupção** que funciona junto do Tribunal de Contas e que tem atribuições e competências como a recolha e organização de informações relativas à prevenção da corrupção e elaborando códigos de conduta que permitam com facilidade detetar situações de corrupção ou criminalidade conexas.

Ou ainda a Lei orgânica n.º 2/2005, de 10 de janeiro, que criou a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos a funcionar igualmente junto do Tribunal de Contas e que tem a seu cargo, nomeadamente a análise e fiscalização das contas dos partidos políticos.

E de muita outra e diversificada legislação extravagante dispõem os órgãos de investigação criminal, como a **Lei n.º 36/2010**, que prevê uma base de dados de contas bancárias à disposição permanente do **Banco de Portugal**, ou a **Lei n.º 32/2008** quanto à prova por «**localização celular conservada**» e quanto à conservação de dados de comunicações eletrónicas ou telefónicas.

Tudo isto acresce, obviamente, às diversas disposições normativas previstas no Código de Processo Penal de que se destacam todos os meios de obtenção de prova previstos nos arts. 171.º a 190.º, e muitas outras normas aí previstas de grande auxílio da investigação e de recolha de prova.

Ao nível do Código Penal, e a favor de uma investigação que pode revelar-se mais demorada, por complexa e densa, há que realçar ainda as regras relativas à **prescrição do procedimento criminal** que, neste tipo de criminalidade, em regra, atinge prazos de 15 anos que, com diversas causas de suspensão e interrupção, facilmente atingem os 25 anos e meio.

Coadjuvando toda esta legislação há ainda a realçar aquilo a que se costuma chamar de «**espaço judiciário penal comum**» onde se surpreende uma efetiva cooperação judiciária e policial entre os vários países, o que tem permitido uma mais fácil, rápida e eficaz troca de informações, de saberes, de experiências, de novas e mais eficazes metodologias, com ganhos relevantes e decisivos na investigação e na recolha de prova.

Apesar de todos estes meios legislativos, a corrupção e a criminalidade económica e financeira continuam a ser uma realidade incessante que grassa em Portugal.

Daí que a Ordem dos Advogados encare este ENCC — 2020/2024 — com muito ceticismo e descrença, com a grave sensação de que será mais um pacote de combate à corrupção e de nenhuma eficácia.

Na verdade, enquanto não forem implementadas com efetividade, no terreno, as diversas medidas legislativas já abundantemente existentes no

nosso ordenamento jurídico, de nada adiantará continuar a produzir legislação em massa que apenas contribuirá para gerar mais confusão legislativa sem quaisquer resultados práticos na prevenção, detecção e repressão do fenómeno corruptivo e da criminalidade conexas.

Por outro lado, e com particular gravidade e perigosidade ao nível dos **Direitos, Liberdades e Garantias** dos cidadãos — ao fim e ao cabo, de todos nós — a Ordem dos Advogados surpreende neste ENCC alguns laivos de prepotência processual que colocam claramente em causa princípios constitucionalmente consagrados, pretendendo-se percorrer caminhos que brigam com a dignidade da pessoa humana. Referimo-nos concretamente a **buscas digitais**, a **negociações de penas** e a figuras como a **delação premiada**, tudo com vista a suprir as ineficiências e incapacidades do sistema político, investigatório e jurisdicional na concretização e implementação prática da legislação penal e processual penal e na efetiva perseguição de quem pratica este tipo de criminalidade.

Ainda assim, a Ordem dos Advogados não podia deixar de se pronunciar sobre este documento, um pacote ainda em bruto que se pretende transformar em diversos diplomas legais ou em alterações legislativas.

Assim:

I. Educar para a cidadania — a importância da escola

A Ordem dos Advogados considera absolutamente essencial a «aposta na formação precoce» junto dos jovens, desde as mais tenras idades de escolaridade.

Vem referenciado no ENCC o trabalho do Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC) — que a Ordem dos Advogados integra com um seu representante nomeado pelo Senhor Bastonário — que, na verdade tem sido sempre merecedor de grande louvor atentos os trabalhos de pesquisa, estudo e formação que tem vindo a levar a cabo sobretudo em sede de prevenção do fenómeno corruptivo e da criminalidade conexas.

Todavia, não pode pretender-se que, em termos de formação, o CPC possa ser determinante junto da comunidade escolar. Evidentemente que tem aí desenvolvido um trabalho verdadeiramente incansável ao nível da formação com vista à prevenção da corrupção, mas trata-se de um trabalho sempre de volume muito diminuto quando se percebe o número de escolas existentes no país e o volume de ações de formação que o CPC consegue levar a cabo anualmente.

A isto não é estranho, desde logo, o número limitado de formadores — que em regra são membros do CPC ou seus assessores e sempre em número muito reduzido — e sobretudo o escassíssimo orçamento anual de que dispõe o CPC.

Em consequência, o trabalho a desenvolver pelo CPC em termos de formação das camadas jovens é totalmente insuficiente, porque em volume forçosamente muito diminuto (uma, duas, três ações de formação por ano junto das escolas); obviamente, um trabalho muito importante, mas absolutamente insuficiente.

Essa formação para a cidadania — de crucial importância — caberá sempre e em primeira linha à própria escola de modo a incutir nos jovens, desde tenra idade, os «sentimentos de repúdio em relação a este tipo de práticas» de que fala o ENCC.

Mas há um longo caminho a percorrer ao nível da formação e educação; trata-se, ao fim e ao cabo, de matérias correlacionadas com todo um povo e com todo o bem-estar das populações, ou seja, matérias profundamente conexas com direitos humanos e, por isso, há que impor desde a escola primária até aos bancos universitários, de acordo com os diversos níveis etários, disciplinas obrigatórias que tratem de matérias relacionadas com direitos humanos, de modo que comportamentos respeitadores desses mesmos direitos humanos possam ser tão naturais como falar, ler e escrever. Há neste aspeto um longo caminho a percorrer e um árduo trabalho a realizar.

Daí que não haja tempo a perder, de modo a que dentro de duas a três gerações estes sentimentos de repúdio destas práticas possam revelar-se devidamente interiorizados por todos.

Já o CPC terá e tem tido um papel importantíssimo nas ações de formação no âmbito da prevenção da corrupção junto das comunidades adultas profissionais. Questão é que possa ser dotado **urgentemente** com um orçamento anual que lhe permita alargar amplamente o leque de formações que, com qualidade, tem vindo a levar a cabo.

Esta formação, nestas matérias de prevenção da corrupção, das camadas adultas e profissionais da população é efetivamente urgente, pois só assim se permitirá que se acelere a consciencialização da generalidade das populações e não tenhamos que ficar a aguardar que só dentro de duas a três gerações estas práticas se revelem devidamente interiorizadas.

Por outro lado, dever-se-á procurar junto de outras entidades já existentes ou a criar a possibilidade de colaborarem nesta formação na área da prevenção da corrupção e da criminalidade conexas junto dos profissionais da Administração Pública e até do setor privado.

A Ordem dos Advogados, neste âmbito, acompanha por isso o ENCC, esperando, no entanto, que tudo seja **efetivamente** levado à prática, num plano que terá que revelar-se sempre ambicioso e urgente.

II. Transparência e eficiência

Também aqui se acompanha o ENCC nomeadamente no objetivo de tornar efetiva a fiscalização pelos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público da declaração única por parte dos respetivos Magistrados.

No que respeita às contas e financiamentos dos partidos políticos o ENCC é claramente insuficiente e de modo muito preocupante.

Na verdade, é do conhecimento do Governo que a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, que funciona junto do Tribunal Constitucional, não dispõe do mínimo exigível em termos de recursos materiais e humanos, a ponto de não terem podido ser analisadas as contas anuais dos partidos políticos dos anos de 2010 e 2011 com gravíssimo risco de prescrição dos respetivos processos contraordenacionais.

Em consequência, deixa de ter qualquer relevância a afirmação feita a páginas 31 do ENCC no sentido da promoção mais eficiente das contas dos partidos políticos; porque não havendo meios para controlar essas contas, de nada adiantará que as ditas contas sejam eficientes; porque não haverá ou poderá não haver quem as fiscalize...

E é justamente em aspetos como este que a Ordem dos Advogados tem que se insurgir porque é indubitável que o Governo sabe que sem recursos materiais e humanos nada é possível implementar e colocar no terreno, sendo certo que haverá que saber estabelecer prioridades na despesa pública.

Quanto aos **procedimentos** e à denominada “pegada legislativa” e ao estabelecimento da obrigatoriedade de registo de qualquer intervenção de entidades externas no processo legislativo, a Ordem dos Advogados terá que ficar a aguardar, com expectativa, os desenvolvimentos dos projetos legislativos pendentes na Assembleia da República relativamente à atividade vulgarmente conhecida por *lobby*.

Já na área da **contratação pública**, a Ordem dos Advogados tem sérias reticências quanto à proclamada **transparência** com vista a «**reduzir os contextos facilitadores da corrupção**» — cf. p. 32 do ENCC.

Na verdade, após a alteração do art. 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) — Lei n.º 98/97, de 26 de agosto —,

alteração essa que foi introduzida pelo art. 7.º da Lei n.º 27-A/2020, o Tribunal de Contas passou a só poder intervir, em termos de **visto prévio**, em contratos a partir de € 750.000,00, quando até aí essa intervenção ocorria a partir dos € 350.000,00;

Além disso, o Orçamento de Estado para o ano de 2020 aditou as alíneas *g*) e *h*) ao n.º 1 do art. 47.º da LOPTC **isentando de fiscalização prévia** diversos contratos (**contratação pública**) — nomeadamente empreitadas e fiscalização de obras quanto a habitação acessível ou pública ou alojamento estudantil;

E tudo isto apesar de ser do conhecimento geral que o fenómeno corruptivo é muito frequente precisamente na **contratação pública**.

Mais: o regime jurídico das Parcerias Público-privadas — PPP — (DL n.º 111/2012) foi alterado pelo DL n.º 170/2019, introduzindo **norma interpretativa** determinando que o regime das PPP não é aplicável aos municípios e regiões autónomas nem às entidades que estes tenham criado, atribuindo-se — pasme-se — efeitos retroativos à entrada em vigor do DL 111/2012, portanto, a 7 anos antes!

Um documento como este — ENCC — elaborado pelo Governo que levou a cabo estas alterações legislativas sem que as mesmas sejam corrigidas, impõe naturalmente sérias reservas quanto aos propósitos de **tansparência**.

A Ordem dos Advogados aguarda os subseqüentes desenvolvimentos com apreensão e cautela, mas sempre com muita atenção.

III. Adoção de programas de *compliance*

Os programas de *compliance* — cumprimento normativo de regras de ética na ação da Administração Pública — são absolutamente essenciais na prevenção da corrupção e crimes conexos.

Questão é que esses programas sejam efetivamente postos em prática e se traduzam em normas sucintas, claras e exequíveis, de fácil compreensão por todos e de simples execução.

Trata-se de matéria que o Conselho de Prevenção da Corrupção tem estudado e aperfeiçoado ao longo dos anos e que tem vindo a dar a conhecer aos vários profissionais em ações formativas junto de diversos organismos e serviços públicos.

A Ordem dos Advogados entende que se trata de programas relevantes na promoção da prevenção da corrupção que deverão, por isso, ser cada vez mais implementados.

Já no que concerne aos denominados «**Canais de Denúncia**», e segundo julgamos entender, serão vias de comunicação existentes nos próprios serviços da Administração Pública ou da Empresa Privada destinados ao chamado “*Whistleblower*” que assim adquirirá o Estatuto de Denunciante.

Trata-se de algo que está previsto na Diretiva (EU) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa e que deverá ser transposta para o nosso ordenamento jurídico até 17 de dezembro de 2021.

De notar que a Diretiva apenas garante a **Proteção** do Denunciante Profissional — “*Whistleblower*” — num determinado serviço ou organização onde trabalha;

Essa **proteção** consiste apenas na garantia de que esse Denunciante não será perseguido pela organização pública onde trabalha por ter feito a denúncia;

Ao fim e ao cabo o Profissional Denunciante — o *Whistleblower* — não é autor ou cúmplice de qualquer crime; ele antes denuncia o ilícito na organização onde presta serviço, mas não participa dele;

Todavia, terá que ser protegido de qualquer ato de retaliação por parte da organização.

Se, porém, também participa na prática do ilícito e ainda assim o denuncia, continuará a possuir a qualidade de *whistleblower* e, portanto, continuará a merecer proteção, mas responderá também pela prática do ilícito.

Ou seja, não estamos nestes casos perante quaisquer situações de **Delação Premiada**; o que se retira da Diretiva, fundamentalmente, é que o **denunciante**, profissional de uma organização, só porque denuncia o ilícito, não poderá ser prejudicado; **mas também não será beneficiário de qualquer prémio**.

É apenas neste âmbito que — julgamos — os tais **Canais de Denúncia** serão admitidos: destinam-se a proteger o *Whistleblower* e a permitir que facilmente denuncie as práticas delituosas da organização, identificando-se cabalmente e podendo atuar sem receio de qualquer retaliação por parte da organização.

Neste pressuposto — e só neste — a Ordem dos Advogados aceita estes **Canais de Denúncia** que será a decorrência lógica de uma Diretiva Europeia que Portugal terá que forçosamente transpor, a breve trecho, para o ordenamento jurídico interno.

IV. O mecanismo (ou agência) de prevenção da corrupção

Não se entendem os motivos da criação deste Mecanismo (Agência), quando existe já, há cerca de 10 anos, junto do Tribunal de Contas, o Conselho de Prevenção da Corrupção que tem produzido um excelente trabalho, apesar dos poucos recursos materiais e humanos de que dispõe.

Atribua o Governo a este CPC os meios materiais e humanos exigíveis e não será necessário proceder à criação de um novo organismo, com novas instalações, novos recursos humanos, novos recursos materiais e tudo o mais que essa criação implicará.

Ao fim e ao cabo, tratar-se-á de ampliar as competências do CPC que, assim, deverá verificar se os organismos e serviços públicos cumprem com as determinações destinadas a prevenir a corrupção e fenómenos conexos, designadamente se possuem os mencionados **canais de comunicação, se possuem os gabinetes de *compliance* a funcionar, se implementaram e cumprem com as regras de *compliance*.**

Sendo que em caso de incumprimento, deverá o CPC dar conhecimento do facto ao Tribunal de Contas para que este mande instaurar o competente processo contraordenacional, o instrua e, sendo caso disso, aplique a final a coima respetiva.

Deste modo, evitar-se-á a criação de um novo organismo com todas as dificuldades daí decorrentes.

V. Sistema judicial na repressão da corrupção

A. “Megaprocessos”

A Ordem dos Advogados concorda com o princípio de que “**Megaprocessos**”, em regra, são causa de intoleráveis retardamentos processuais, com prejuízo para a realização da justiça e sobretudo para os ofendidos e os arguidos.

Não raramente, os “**Megaprocessos**” são causa de prescrição do procedimento criminal e, em regra, impedem a realização de um julgamento justo e equitativo; porque é praticamente impossível ler, analisar, estudar e conjugar trinta, quarenta ou cinquenta mil folhas; não raras vezes trata-se de autênticos simulacros de julgamento com condenações de todos os arguidos que, assim, são todos arrastados na «levada».

Daí que entenda a Ordem dos Advogados que os “**Megaprocessos**” deverão constituir a exceção e, nos casos em que não seja possível cumprir

os prazos de ou de instrução, sempre a separação de processos deverá ser **imposta** pelo art. 30.º do Código de Processo Penal (CPP), não se prevendo apenas essa possibilidade como vem afirmado no ENCC (p. 58).

B. Documentação das declarações orais prestadas em inquérito e instrução através de registo áudio ou audiovisual

Há largos anos que a Ordem dos Advogados vem defendendo esta prática processual.

Defendeu-o já em 2007, na Unidade de Missão para a Reforma Penal, altura em que passou a prever-se essa possibilidade na fase da instrução, caso existam os meios técnicos que permitam fazê-lo — cf. art. 296.º, do CPP.

E o certo é que, hoje, em regra, na fase da instrução, as diligências aí realizadas são gravadas, com excelentes resultados em termos de celeridade processual.

O inquérito não seguiu ainda essa regra e esse é o **principal motivo** para o **enorme atraso processual que ocorre em múltiplos processos criminais**.

Porque tudo é reduzido a auto; primeiro ouve-se o declarante e depois, repetindo-se mais vagarosamente o que já se ouviu, passa a datilografar-se as declarações; dobrando-se ou triplicando-se assim o tempo; e quantas vezes, no fim, após a impressão do auto, se constata que há que proceder a alterações e, novamente, há que proceder a datilografia...

Gravando, perde-se um único tempo, não há dúvidas quanto ao que foi declarado e não há a possibilidade de enganos ou erros; o que foi dito na diligência foi inequivocamente o que passou a estar gravado. Tudo com um imenso ganho de tempo.

Adote-se, pois, a mesma redação usada no art. 296.º, do CPP, bastando para o efeito alterar a redação do art. 275.º e do art. 101.º, n.º 1, do CPP.

C. Lei do cibercrime — buscas *online*

A Ordem dos Advogados manifesta aqui a sua enorme preocupação com esta medida.

A busca *online* representa bem mais do que uma interceção telefónica, em termos de intromissão na vida privada do visado.

Na verdade, enquanto na interceção telefónica o acesso se limita ao que é dito na chamada ou chamadas telefónicas, na busca *online* tudo é vasculhado, o que interessa à investigação e o que claramente não inte-

ressa, representando a devassa completa da vida privada do visado e, portanto, desnecessariamente.

A maior parte dos cidadãos, hoje em dia, descarrega toda a sua vida pessoal e profissional nos seus dispositivos eletrónicos, sejam computadores, telemóveis ou “*tablet’s*”; e a maior dessa vida, em regra, não tem qualquer relevância para a investigação. E, no entanto, tudo é devassado, sem que o saibamos.

Coloque-se cada um de nós nessa posição e facilmente perceberá o que está em causa.

Passará a ser perigoso viver Portugal.

Passaremos a viver num estado de polícia em que a vida privada e mais íntima dos cidadãos deixou de ter dignidade.

A dignidade da pessoa humana — o mais alto valor consignado na Constituição da República Portuguesa, logo no seu primeiro artigo — passa a estar em segundo plano.

São passos irreversíveis, esses, com consequências inimagináveis sobretudo devido ao amolecimento de princípios que sempre foram inultrapassáveis e sagrados na nossa vida comunitária democrática e que rapidamente permitirão outros rumos, mais drásticos, porventura populares ou populistas, mas preocupantemente perigosos.

Medidas como essas sempre terão uma forte e implacável oposição da Ordem dos Advogados e dos Advogados. Porque violadoras dos mais básicos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

D. Canais de denúncia

Apesar de, nesta parte (pp. 61 e 62), o ENCC fazer referência também à já acima citada Diretiva (EU) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, o certo é que, quando neste segmento do ENCC, se referem os **Canais de Denúncia**, não estamos a falar dos **Canais de Denúncia** que protegem o *Whistleblower*, o Denunciante que trabalha na administração pública ou ao serviço de uma empresa que passará a ser protegido de qualquer retaliação por parte da entidade patronal.

Antes se está a reportar aqui às denúncias nominais ou que permitirão a transmissão de informações falsas e maldosas, assentes em factos falsos que poderão conduzir a ataques infundados e gratuitos à honorabilidade dos cidadãos, rapidamente difundidos pelos órgãos de comunicação social com o objetivo de destruição de carácter em regra com consequências irreparáveis.

O que, óbvia e evidentemente, tem também a total oposição da Ordem dos Advogados e dos Advogados.

E. Acordo sobre a pena aplicável

O que lemos no ENCC, nesta parte, em termos de negociação da pena, mais não é do que a denominada **Delação Premiada**.

Além de que, para que o juiz perceba se está perante uma confissão integral e sem reservas, terá sempre que aprofundar o interrogatório respectivo e, se o arguido não falar dos co-arguidos ou co-participantes, então a confissão não valerá como tal e o acordo sobre a pena aplicável não será possível. Com tudo o que tal significará, desde logo, em termos de audiência de julgamento que terá que se seguir com todas as consequências nocivas para a posição do arguido.

E sempre estaremos em plena **Delação Premiada**.

Além de que esta **Negociação da Pena** sempre violará o **princípio da reserva de jurisdição**, o que redundará sempre em inconstitucionalidade — cf. arts. 111.º e 202.º da CRP.

De qualquer modo, em termos de **Delação Premiada**, não há tradição no nosso ordenamento jurídico de tais procedimentos, embora desde há muito o nosso sistema seja tributário da denominada **Colaboração Premiada**.

O que está em causa na discussão deste tema pode sintetizar-se na seguinte pergunta:

- 1) Aquele que, em conjunto ou em colaboração com outra ou outras pessoas, praticou um ou mais crimes e decide transmitir essas atuações criminosas às autoridades, deve poder, previamente a tal denúncia, negociar com estas autoridades a sua pena ou até a isenção da pena.
- 2) ou tal colaboração, se leal e verdadeira, e permitindo a efetiva obtenção de informações que conduzam à descoberta da verdade e à efetiva captura dos demais infratores, deve ser única e exclusivamente ponderada pelas autoridades judiciais no momento processual próprio (no final do inquérito ou da instrução, se verificados os pressupostos legais, ou na sentença)?

Ao fim e ao cabo, na **primeira situação**, o que se pretende é permitir àquele que praticou um ou mais crimes que **negocie** com o Estado a pena que lhe deverá ser aplicada ou até a sua isenção total de pena.

É permitir que, alcançado acordo com o Estado, o criminoso não seja punido ou seja punido com uma pena que ficará muito aquém da que, de outra forma, poderia vir a ser-lhe aplicada.

É igualmente e também permitir que, obtido aquele acordo com o Estado, o colaborador que porventura **não praticou qualquer crime**, não querendo arriscar vir a ser condenado numa pena mais gravosa, assuma a culpa pelo que não fez e aceite o cumprimento de uma pena mais benévola do que aquela que poderia vir a ser-lhe aplicada em caso de condenação.

Ou seja, é permitir que se realize um determinado juízo de valor sobre alguém e sobre a sua atuação criminosa, sujeitando-se essa pessoa a uma pena ou a uma total isenção de pena, sem que essa atuação seja sujeita ao crivo de um processo justo e equitativo, com a submissão a um julgamento em que tudo seja devidamente analisado e ponderado, incluindo, afinal, a medida concreta da pena entendida mais adequada para a situação que se vier a dar como provada.

Num sistema judicial como o nosso e num Estado de Direito Democrático com as características do português, este sistema repugna à generalidade dos cidadãos. Porque é ou pode ser essencialmente injusto para todos; para o próprio delator, para os outros “criminosos” que aquele delatou, **justa ou injustamente**, e para o próprio Estado.

«Negociar» penas, só por si, induz de imediato a ideia de negócio, de esperteza durante a «negociação», de maior ou menor capacidade de persuasão durante essa «negociação», de algo que não se coaduna com um sistema de justiça com as tradições que o nosso tem e que se caracteriza por ser um sistema, todo ele, criado em torno de princípios de verdade, de imparcialidade, de isenção, de legalidade e de objetividade e de decisões ponderadas e adotadas após investigação e julgamento sujeitos a regras e a princípios que integram desde sempre a estrutura, o esqueleto do nosso sistema judiciário.

Ora, esta situação corresponde ao conceito de **Delação Premiada** propriamente dito, existente em alguns países como os EUA, o Brasil e a Itália, em que, logo no início do processo se negocia com o agente do crime e se convencionam desde início uma atenuação ou até uma dispensa da pena, mas que se distancia completamente dos princípios e regras estruturais do nosso sistema judiciário e sobretudo dos anseios dos cidadãos portugueses.

Já na **segunda situação** acima mencionada estamos perante a denominada **colaboração premiada** que, há muitos anos, existe no nosso sistema judiciário e remete diretamente para o chamado **direito premial**.

Há, na verdade, no nosso sistema legislativo penal e processual penal vários e diversificados exemplos desse direito premial aplicável, nuns casos, obrigatoriamente, e noutros apenas se o tribunal assim vier a entender.

É o que se passa com a suspensão provisória do processo no inquérito ou na instrução (arts. 281.º e 308.º, do CPP), o arquivamento do processo durante o inquérito ou a instrução nos casos em que a lei penal preveja a dispensa de pena (art. 280.º, do CPP), e, já na fase do julgamento, em sede de sentença, a previsão da suspensão da pena de prisão (art. 50.º, do CP), a atenuação especial da pena (arts. 72.º e 73.º, do CP) ou a dispensa ou isenção de pena (nomeadamente, art. 74.º, do CP).

Concretizando:

Havendo por parte do agente do crime auxílio concreto na recolha de provas ou na captura de outros responsáveis pela prática do crime, diversos normativos legais do nosso ordenamento jurídico preveem aquele direito premial como possibilidade ou com carácter obrigatório.

Assim:

O Código Penal (CP):

Para além dos artigos 72.º, 73.º e 74.º, normas de carácter geral que preveem a atenuação especial da pena e a sua dispensa, outras normas aí se contêm que especificamente determinam a possibilidade de atenuação especial da pena e a obrigatoriedade de dispensa de pena. É o caso do art. 368.º-A, n.º 9 (branqueamento de capitais) que prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena e do art. 374.º-B, n.º 2 (corrupção) que prevê a **obrigatoriedade** de dispensa de pena.

A Lei n.º 15/93 (tráfico de estupefacientes):

O art. 31.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena e a sua dispensa.

A Lei n.º 34/87 (crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira de titulares de cargos políticos):

O art. 19.º-A, n.º 1, prevê para os referidos casos de colaboração, a **possibilidade** de dispensa de pena, e no n.º 2 a **obrigatoriedade** de atenuação especial da pena.

A Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira):

O art. 8.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena, e o art. 9.º prevê a suspensão provisória do processo logo no inquérito ou na instrução desde que o agente o aceite, concorde com determinadas injunções que terá que cumprir e colabora ativamente na recolha da prova e na captura dos outros responsáveis (dispensando-se outros pressupostos que a lei geral exige como ausência de um grau de culpa elevado ou a ausência de condenação anterior pelo mesmo crime).

A Lei n.º 52/2003 (lei de combate ao terrorismo):

O art. 5.º-A, n.º 3 prevê a **obrigatoriedade** de atenuação especial da pena ou da isenção da pena para os ditos casos de colaboração ativa do agente do crime.

A Lei n.º 5/2006 (lei das armas):

O art. 87.º, n.º 3, prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena ou a sua isenção para os mesmos casos de colaboração.

A Lei n.º 50/2007 (regime da responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos):

O art. 13.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena nos mesmos casos de colaboração.

A Lei n.º 20/2008 (responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada):

O art. 5.º prevê a **possibilidade** de atenuação especial da pena nos mesmos casos de colaboração.

Este regime ou modelo premial é hoje, portanto, uma realidade no nosso sistema legislativo, prevendo a possibilidade ou a obrigatoriedade da atenuação especial da pena ou até a sua dispensa ou isenção nos casos de o agente do crime auxiliar concretamente na recolha de prova ou na captura dos outros responsáveis.

Nuns casos, a dispensa ou a atenuação especial da pena são obrigatórias, noutros estão previstas na lei como uma possibilidade, o que significa que, nestas últimas situações, sempre ficará na disposição do julgador a decisão de atenuar especialmente a pena ou de a dispensar, tudo dependerá

da colaboração mais ou menos ativa ou concreta que o agente do crime colaborador venha a prestar e, além disso, também do seu grau de participação e de culpa na prática do crime.

O que significa que, nos casos em que não existe a obrigatoriedade, não há critérios concretos e obrigatórios previstos na lei, — a não ser a livre ponderação do julgador.

Daí que nestes casos resulte alguma incerteza para o agente colaborador quanto à decisão final, o que poderá ter como consequência que o dito agente hesite em colaborar ou não colabore mesmo já que não há regras específicas e gerais que determinem ou imponham ao tribunal este modelo premial. Digamos que o agente nunca sabe, em regra, se obterá ou não o «prémio» e sendo certo que tal nunca lhe pode ser garantido por qualquer autoridade, policial ou judiciária (o que, a suceder, a nossa lei trata como meio enganoso e, portanto, como método proibido de prova).

Assim, apenas nesta medida, poderia porventura ponderar-se a alteração da lei portuguesa no sentido de criar regras mais concretas de aplicação pelos tribunais e pelo julgador da atenuação especial da pena ou da sua dispensa ou isenção que, deste modo, determinassem de forma mais concreta a colaboração ativa do agente do crime.

Todavia, esse caminho poderá impedir a ponderação a levar a cabo pelo tribunal, caso a caso, perante as circunstâncias concretas do crime e a personalidade do agente, não só quanto à sua aplicação ou não aplicação, mas também quanto à medida da pena a aplicar.

Em conclusão: a lei portuguesa não dispõe — nem, a nosso ver, será esse o caminho a adotar — de um regime de **delação premiada** no sentido de permitir que, no início do processo ou em audiência de julgamento, o Estado e o agente do crime possam, de forma vinculada e formal, negociar a pena ou até a isenção da mesma.

Dispõe, sim, de um sistema de **direito premial** que poderá aqui ou ali ser melhorado no sentido, exclusivo, de impor a **obrigatoriedade** da atenuação especial da pena ou da sua dispensa ou isenção (como já está previsto para várias situações, como acima deixámos exemplificado), quando verificada a colaboração ativa do agente do crime na recolha de provas decisivas ou na captura dos outros responsáveis, tudo a decidir única e exclusivamente na fase do julgamento e, em concreto, na sentença; não se admitindo, em caso algum, qualquer negociação prévia de penas, sua atenuação, dispensa ou isenção.

Esta a posição da Ordem dos Advogados quanto ao documento em análise.

Lisboa, 16 de Outubro de 2020

O Bastonário da Ordem dos Advogados

LUÍS MENEZES LEITÃO

O Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

RUI DA SILVA LEAL

O Vice-Presidente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

PEDRO TENREIRO BISCAIA

O Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

PEDRO TEIXEIRA REIS

A Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

MADALENA ALVES PEREIRA

ORDEM DOS ADVOGADOS

DELIBERAÇÃO N.º 822/2020

Regulamento da Ordem dos Advogados sobre a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo

Com a entrada em vigor da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, alterou o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revogou a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho, bem como, tendo em consideração a aprovação em Conselho de Ministros de uma proposta de lei que procede à transposição para o ordenamento jurídico interno da Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, e da Diretiva 2018/843/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, usualmente denominada como 5.ª Diretiva AML, entende-se como ação premente que a Ordem dos Advogados, pessoa coletiva de natureza pública e uma das entidades setoriais obrigadas a garantir o cumprimento das normas legais em vigor sobre esta matéria, proceda, à regulamentação das suas previsões.

É propósito do presente Regulamento conferir certeza e segurança na atuação profissional dos advogados, em absoluto cumprimento dos deveres a que se encontram legalmente adstritos ao nível da prevenção de situações de branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo com as quais possam ser confrontados, uma vez que, sobre os mesmos incide um alto risco, de acordo com o Grupo de Ação Financeira (*GAFI — Financial Action Task Force*).

A especificidade da advocacia, o equilíbrio entre os deveres legais em causa e o respeito primordial devido ao segredo profissional, à relação de lealdade com os cidadãos que procuram a tutela dos seus interesses, simbolizam a orientação deste Regulamento.

Neste particular, atendeu-se ao consignado nos considerandos (9) e (39) da Diretiva (UE) n.º 2015/849, onde consta:

«A consultoria jurídica deverá continuar a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o membro de profissão jurídica independente participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o membro de profissão jurídica independente estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos»; «Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um sistema de notificação em primeira instância a um organismo de autorregulação constitui uma salvaguarda importante de proteção dos direitos fundamentais no que diz respeito às obrigações de comunicação aplicáveis aos Advogados. Os Estados-Membros deverão providenciar os meios e a forma de garantir a proteção do segredo profissional, da confidencialidade e da privacidade».

Relevou-se, pois, na conformação jurídica dos deveres aqui clarificados no que ao seu modo de execução respeita, outro normativo, decorrente de lei com igual valor e prévia àquela outra que estatui os deveres que ora se regulamentam, o art. 92.º do Estatuto de Ordem dos Advogados, no qual se garante, a benefício dos advogados e dos cidadãos, o regime do segredo profissional, imperativo público que só pode funcionar como delimitador.

Dada a natureza da matéria, entendeu o Conselho Geral submeter o presente normativo à aprovação da Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, acolhendo sugestões decorrentes de consulta pública, efetuada em cumprimento do n.º 2, do art. 17.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro e nos termos conjugados da alínea c), do n.º 3, do art. 100.º e do n.º 1 do art. 101.º do Código do Procedimento Administrativo, garantindo assim a participação da classe no que se refere a este relevante instrumento de autorregulação e a transparência do processo.

Nestes termos, a Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 30 de junho de 2020, ao abrigo do disposto na alínea f), do n.º 2, do art. 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar o Regulamento da Ordem dos Advogados sobre a prevenção e combate ao branqueamento de

capitais e financiamento do terrorismo, proposto pelo Conselho Geral, o qual vai anexo à presente deliberação e dela faz parte integrante.

23 de julho de 2020

O Presidente da Assembleia Geral e do Conselho Geral,
PROFESSOR DOUTOR LUÍS MENEZES LEITÃO.

ANEXO

Regulamento da Ordem dos Advogados sobre a prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo

Artigo 1.º

Âmbito

O presente Regulamento determina o modo de execução pela Ordem dos Advogados e estabelece as condições do cumprimento pelos advogados de disposições legais aplicáveis sobre a prevenção do branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, nomeadamente no que se refere ao relacionamento da advocacia com as autoridades previstas na lei com competência na matéria, ressalvadas as salvaguardas previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados em matéria de sigilo profissional.

Artigo 2.º

Entidades e competência

1 — A Ordem dos Advogados é uma das entidades adstritas ao dever de garantir o cumprimento e a fiscalização das determinações legais em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.

2 — Os deveres previstos na lei sobre branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo que incidam sobre a Ordem dos Advogados são cumpridos através do Bastonário, sem prejuízo da competência legal de outros órgãos da Ordem dos Advogados, nos termos do respetivo Estatuto.

Artigo 3.º*Atos previstos*

1 — Os advogados, em regime de sociedade de advogados ou em prática individual, estão sujeitos às disposições da lei e ao presente Regulamento, sempre que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou em outras circunstâncias, nas seguintes atividades:

- a) Operações de permuta e de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais ou participações sociais;
- b) Operações de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes;
- c) Operações de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;
- d) Operações de criação, constituição, exploração ou gestão de empresas, sociedades, outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que envolvam:
 - i) A realização das contribuições e entradas de qualquer tipo para o efeito necessárias;
 - ii) A constituição de sociedades, de outras pessoas coletivas ou de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
 - iii) O fornecimento — a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica — de sedes sociais, de endereços comerciais, administrativos ou postais ou de outros serviços relacionados;
 - iv) O desempenho de funções de administrador, secretário, sócio ou associado de uma sociedade ou de outra pessoa coletiva, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
 - v) O desempenho de funções de administrador fiduciário (*trustee*) de um fundo fiduciário explícito (*express trust*) ou de função similar num centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica de natureza análoga, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
 - vi) A intervenção como acionista fiduciário por conta de outra pessoa (*nominee shareholder*) que não seja uma sociedade cotada num mercado regulamentado sujeita a requisitos de divulgação de informações em conformidade com o direito da União Europeia ou sujeita a normas internacionais equi-

- valentes, bem como a execução das diligências necessárias para que outra pessoa atue dessa forma;
- vii) A prestação de outros serviços conexos de representação, gestão e administração a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;
 - e) Operações de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais;
 - f) Outras operações financeiras ou imobiliárias, em representação ou em assistência do cliente.

Artigo 4.º

Atos excluídos

1 — Estão excluídos do presente Regulamento, por não integrarem o âmbito de previsão da lei, os atos dos advogados não previstos no artigo anterior, nomeadamente:

- a) Atos de consulta jurídica ou de emissão de pareceres;
- b) Atos de patrocínio forense e de representação judiciária, independentemente da jurisdição onde se pratiquem ou devam ser praticados os atos processuais, incluindo em comissões ou tribunais arbitrais;
- c) Informação obtida do cliente ou de terceiro visando a prática dos atos referidos nas alíneas antecedentes, antes, durante ou após a intervenção em processo mediante representação judiciária ou patrocínio forense.

2 — Os atos excluídos não exigem o cumprimento dos deveres legalmente previstos em matéria de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

Artigo 5.º

Sociedades de advogados

1 — Nas sociedades de advogados o cumprimento das obrigações a que se refere o presente Regulamento impende sobre cada advogado relativamente ao qual se verifiquem as situações nele previstas, sem prejuízo das normas de organização interna da sociedade.

2 — As sociedades de advogados devem designar, com comunicação ao Bastonário e registo pela Ordem dos Advogados, advogado com as funções de interlocutor junto desta entidade, adstrito a zelar pelo cumprimento dos deveres previstos na lei e no presente Regulamento em matéria

de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo que assegurará as funções de responsável pelo cumprimento normativo previstas no artigo 16.º da Lei, e da forma aí prevista.

3 — O previsto no número anterior não prejudica a nomeação de *compliance officer*.

4 — O advogado referido no n.º 2 e o *compliance officer* a que se refere o n.º 3 devem declarar internamente qualquer conflito de interesses que se verifique no que à respetiva intervenção respeita, cabendo à sociedade de advogados proceder à resolução do mesmo e à sua imediata substituição, com comunicação ao Bastonário.

Artigo 6.º

Deveres dos advogados

1 — Nos termos da lei, e conforme o presente Regulamento, os advogados estão adstritos aos seguintes deveres:

- a) Identificação;
- b) Exame e diligência;
- c) Comunicação de operações suspeitas;
- d) Abstenção;
- e) Cooperação;
- f) Conservação e arquivo.

Artigo 7.º

Dever de identificação

1 — O dever de identificação efetiva-se através da obtenção pelo advogado de informações relativas ao seu cliente ou possível cliente, consoante formulários aprovados pelo Conselho Geral dos quais conste:

- a) No caso de pessoas singulares (i) todos os elementos constantes do documento de identificação que contenha fotografia, incluindo data de validade ou emissão (ii) nacionalidade ou nacionalidades no caso de plurinacionalidade (iii) profissão e entidade patronal (iv) endereço ou domicílio (v) naturalidade (vi) número de identificação fiscal ou equivalente (vii) assinatura (viii) identificação do beneficiário efetivo do negócio ou da transação ocasional quando as circunstâncias do caso evidenciarem que a pessoa singular não atue por conta própria;
- b) No caso de pessoas coletivas ou centros de interesse coletivo sem personalidade jurídica (i) denominação social (ii) objeto social (iii) sede da sociedade ou da sucursal ou do estabelecimento estável ou outra morada dos principais locais de exercício da ativi-

dade (iv) número de identificação de pessoa coletiva ou equivalente (v) identidade dos titulares de participação no capital e nos direitos de voto de valor igual ou superior a cinco por cento (vi) identificação do beneficiário efetivo (vii) identidade dos titulares dos órgãos de administração ou equivalentes, bem como de quaisquer quadros superiores relevantes com poderes de gestão (viii) país da constituição (ix) código CAE ou equivalente;

- c) No caso de relação de negócio ou transação ocasional (i) finalidade e natureza do negócio ou transação ocasional (ii) origem dos fundos neles envolvidos, exceto no caso de o Advogado avaliar e demonstrar o baixo risco, em concreto, da operação solicitada pelo cliente;

2 — Consideram-se beneficiários efetivos as pessoas e entidades referidas no artigo 30.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

3 — A comprovação da identidade do beneficiário efetivo é efetuada nos termos dos artigos 29.º e 31.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

4 — Como adjuvante da verificação da situação de beneficiário efetivo, o advogado deve consultar o Registo Central de Beneficiários Efetivos e comunicar a este serviço situações que verifique terem tal natureza e estejam nele omissas.

5 — No caso de o contato com o advogado ser estabelecido através de representante do cliente ou gestor de negócios do mesmo, é igualmente obtida a identificação daquele.

6 — Salvo nos casos em que a lei permite o início da relação antes da prestação de todas as informações pelo cliente, os elementos referidos são obtidos antes da aceitação formal da prestação de qualquer serviço profissional e independentemente de recebimento pelo advogado de qualquer pagamento ou outorga de mandato.

7 — A comprovação dos elementos necessários à identificação do cliente é efetuada por confronto com documentos oficiais de identificação, registo civil, comercial e fiscal, que façam prova dos factos, com anotação do facto no formulário próprio ou por qualquer dos mecanismos oficiais de identificação eletrónica ou à distância, com arquivo do documento gerado pelo sistema.

8 — Quando realizados por terceiro que não o advogado, o confronto com originais bem como a digitalização são efetuadas sob a supervisão e responsabilidade do advogado.

9 — As cópias do formulário, devidamente preenchido e assinado pelo advogado e pelo cliente, e dos elementos de comprovação dos mesmos são arquivados, pelo advogado, em arquivo seguro e confidencial.

10 — Em casos excepcionais devidamente justificados pelo advogado, os elementos de comprovação referidos no número anterior podem ser substituídos por declaração expressa do cliente *(i)* atestando que as informações prestadas para efeitos de cumprimento dos deveres legalmente impostos são completas, verdadeiras e rigorosas e *(ii)* aceitando os termos e condições de contratação dos respetivos serviços jurídicos.

Artigo 8.º

Dever de exame e diligência

1 — O advogado que tenha suspeita de que certa operação é apta a servir situação de branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo, deve reforçar, com diligência e dentro da medida da sua possibilidade, os meios de análise da situação, relevando a eventual obtenção de esclarecimentos complementares sobre:

- a) A natureza, a finalidade, a frequência, a complexidade, a invulgaridade e a atipicidade da conduta, da atividade ou das operações;
- b) A aparente inexistência de um objetivo económico ou de um fim lícito associado à conduta, à atividade ou às operações;
- c) Os montantes, a origem e o destino dos fundos movimentados;
- d) O local de origem e de destino das operações;
- e) Os meios de pagamento utilizados;
- f) A natureza, a atividade, o padrão operativo, a situação económico-financeira e o perfil dos intervenientes;
- g) O tipo de transação, produto, estrutura societária ou centro de interesses coletivos sem personalidade jurídica que possa favorecer especialmente o anonimato.

2 — Para o cumprimento do dever reforçado de análise, quando lhe seja possível, o advogado deverá utilizar os meios de pesquisa escritos ou eletrónicos, incluindo os motores de pesquisa de que disponha, e, tendo a isso acesso, às bases de dados de informações sobre o perfil de operações suspeitas.

Artigo 9.º

Dever de comunicação de operações suspeitas

1 — O dever de comunicação de operações suspeitas ocorre quando, no quadro das operações descritas no artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) a f), da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e considerando a verificação, em concreto, dos fatores de risco previstos no anexo II ou no anexo III do mesmo diploma, o advogado saiba ou tenha suspeita devidamente documentada de que certos fundos ou outros bens, independentemente do montante ou

valor envolvido, provêm de atividades criminosas ou estão relacionados com o financiamento do terrorismo.

2 — O dever previsto no número anterior existe mesmo que se trate de tentativa de operação.

3 — A comunicação deve ser efetuada ao Bastonário da Ordem dos Advogados, logo que o advogado tenha conhecimento ou formule juízo devidamente documentado sobre a suspeita referida no presente artigo.

4 — A comunicação, deverá conter os seguintes elementos de informação, bem como cópia dos documentos anexos que os evidenciem:

- a) Identificação das pessoas singulares e coletivas direta ou indiretamente envolvidas e que sejam do conhecimento da entidade obrigada, bem como a informação conhecida sobre a atividade das mesmas;
- b) Procedimentos de averiguação e análise promovidos pela entidade obrigada no caso concreto;
- c) Elementos caracterizadores e descritivos das operações;
- d) Fatores de suspeita concretamente identificados pela entidade obrigada.

5 — A comunicação pode ser efetuada por via eletrónica, com documentos em suporte digital, desde que seja autenticada pelo advogado a conformidade com o original.

6 — Nos casos em que, ponderando globalmente a situação, o advogado concluir pela inexistência de razão suficiente para efetuar a comunicação prevista no presente artigo, deve conservar cópia dos documentos que tenham servido de suporte a tal decisão bem como documento escrito, datado e assinado, em que a fundamente.

Artigo 10.º

Dever de abstenção

1 — Concomitantemente com o dever de comunicação ao Bastonário, os advogados estão adstritos a dever de abstenção de agir profissionalmente relativamente a qualquer operação ou conjunto de operações, presentes ou previstas como de materialização futura, que saibam ou que fundamentadamente suspeitem poder estar associadas a fundos ou outros bens provenientes ou relacionados com a prática de atividades criminosas ou com o financiamento do terrorismo.

2 — O dever de abstenção ocorre igualmente em caso de recusa de fornecimento de elementos de identificação do cliente ou relativos à operação nomeadamente ao beneficiário efectivo.

3 — O dever de abstenção verifica-se igualmente tendo ocorrido notificação por parte do DCIAP a determinar, nos termos da lei, a suspensão da operação caso em que o advogado comunica o facto, em ofício confidencial, ao Bastonário.

4 — No caso de advogado cuja atividade seja exercida no quadro de uma relação hierárquica ou no âmbito de uma sociedade de advogados, tal situação não exonera o advogado do dever de abstenção, não podendo ser penalizado por tal motivo.

Artigo 11.º

Dever de cooperação

Nas situações previstas nos artigos 43.º e 47.º, números 2 e 3, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, o dever de cooperação dos advogados para com o DCIAP e a UIF da Polícia Judiciária, relativamente a solicitações específicas de informação e documentação que expressamente se fundamentem em atuação no quadro de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, apenas deve ser efetuada através do Bastonário.

Artigo 12.º

Confidencialidade e dever de conservação

1 — Todas as comunicações e correspondência respeitantes ao cumprimento da lei em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, bem como a documentação respetiva, têm natureza confidencial, estando adstritos ao dever respetivo todos os que tomarem contacto com a mesma, incluindo outros advogados, sócios de sociedades de advogados, colaboradores e trabalhadores, independentemente da natureza do vínculo social ou laboral.

2 — O disposto no número anterior não prejudica o estatuído no artigo 54.º, números 1, 5 e 6, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

3 — Os advogados organizarão arquivo confidencial dos elementos de informação recolhidos para o efeito do cumprimento da lei e do presente Regulamento e bem assim das comunicações a que houver lugar sobre a matéria, e da correspondência respetiva.

4 — Para o efeito do cumprimento do dever e da garantia de confidencialidade a Ordem dos Advogados organiza, sob a direta dependência do Bastonário, um arquivo, determinando-se, por identificação nominal, as pessoas com acesso ao mesmo e aos elementos de informação e documentais relevantes.

5 — O arquivo a que se refere o presente artigo será conservado pelo prazo de sete anos, podendo ser transferido para suporte digital, desde que se verifique a certificação da sua conformidade com o original.

6 — O prazo de conservação de sete anos conta-se a partir do momento em que se torne obrigatório o cumprimento do dever em causa por parte do advogado.

Artigo 13.º

Tramitação

1 — O Bastonário, recebida a comunicação submetida para apreciação e tendo em conta as normas existentes no EOA relativamente ao segredo profissional, presta a informação ao DCIAP e à UIF, a qual terá lugar por ofício com a sua assinatura.

2 — O Advogado que tenha formulado a comunicação prevista no presente Regulamento será notificado, por ofício assinado pelo Bastonário, do despacho que tiver recaído sobre a sua comunicação e data de transmissão da comunicação.

Artigo 14.º

Formação

A Ordem dos Advogados assegura a formação contínua e atualizada sobre a matéria da prevenção e combate ao branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo, designadamente, através da organização de cursos, conferências, debates e outros eventos semelhantes, de prestação de informação pessoal e on line, bem como, da elaboração e divulgação de guias de boas práticas e de recomendações profissionais.

Artigo 15.º

Entrada em vigor e publicação

1 — O presente Regulamento é publicado no portal da Ordem dos Advogados e no Diário da República.

2 — O presente Regulamento entra em vigor em quinze dias úteis após a sua publicação.

3 — Os advogados e as sociedades de advogados dispõem de um prazo de cento e oitenta dias, contados da entrada em vigor do presente Regulamento, para conformarem os seus registos em função do determinado na lei e no presente Regulamento em matéria de cumprimento do dever de identificação do cliente.

REVISTA

da Ordem dos Advogados



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