

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Doutrina

Paulo de Pitta e Cunha: “*O PROJECTO EUROPEU EM DECLÍNIO*” Pág. 515
Diogo Leite de Campos: “*A TRIBUTAÇÃO DOS MEMBROS DA FAMÍLIA*”
Pág. 525

Luís de Lima Pinheiro: “*TEMAS DE DIREITO MARÍTIMO IV — O PORTO NO FRETAMENTO À VIAGEM*” Pág. 555

Duarte Gorjão Henriques: “*“THIRD PARTY FUNDING” OU O FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS POR TERCEIROS EM PORTUGAL*” Pág. 573

Manuel Pereira Barrocas: “*A RAZÃO POR QUE NÃO SÃO APLICÁVEIS À ARBITRAGEM NEM OS PRINCÍPIOS NEM O REGIME LEGAL DO PROCESSO CIVIL*” Pág. 625

Pedro Petrucci de Freitas: “*ALGUMAS NOTAS SOBRE AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA ACTIVIDADE DE TREINADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL (PARTE I)*” Pág. 631

Carlos Emanuel Pina Almeida Rodrigues: “*UMA ANÁLISE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO PATROCÍNIO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO DECLARATIVO COMUM*” Pág. 653

Simão Mendes de Sousa: “*CONTRATO DE SWAP DE TAXA DE JURO: VALIDADE OU INVALIDADE DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL*” Pág. 697

Manuel Oehen Mendes: “*ESPECTÁCULOS DESPORTIVOS, FORMATOS TELEVISIVOS E DIREITO DE AUTOR*” Pág. 745

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues, João André de Almeida da Luz Soares: “*A (DES)INFORMAÇÃO NA DIANTEIRA DO PROFANO: O CRIME DE ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA — UMA REFLEXÃO INEVITÁVEL*” Pág. 779

Gonçalo Carrilho: “*INSOLVÊNCIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA: BREVÍSSIMAS NOTAS*” Pág. 835

Elsa Vaz de Sequeira: “*CONTITULARIDADE DE DIREITOS: NOÇÃO E EFEITOS*” Pág. 859

Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela: “*O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS (TREATMENT) NO ANTEPROJETO DE UM QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA (DO DIREITO PRIVADO EUROPEU)*” Pág. 895

Ricardo Serra Correia: “*O DIREITO DE PATENTE — DAS REIVINDICAÇÕES*” Pág. 927

Rogério Gomes Osório: “*O CRIME DE FURTO — UM CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DE UMA NOVA REALIDADE*” Pág. 963

José Miguel Taborda Fernandes: “*O PROCEDIMENTO PREJUDICIAL URGENTE — GÊNESE E PERSPETIVAS FUTURAS*” Pág. 977

David Ruah Halfin: “*A CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO. EM ESPECIAL, O PROBLEMA DA SUA OMISSÃO À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS*” Pág. 995

Jurisprudência Crítica

Laura Mota: “*A MENTIRA NO CONTEXTO DO DEVER DE LEALDADE LABORAL E A SUA RELEVÂNCIA COMO JUSTA CAUSA DE DESPEDIMENTO — COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 11 DE FEVEREIRO DE 2015. Processo n.º 500/13.2TTPRT.P1.S2 4.ª Secção*” Pág. 1073

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior: Processo n.º 29/2014-CS/RR — Conduta de Advogado. Responsabilidade disciplinar e responsabilidade civil ou criminal. Fundamentos e admissibilidade da revisão Pág. 1109
- Parecer da Ordem dos Advogados — Uniformização de procedimentos: compatibilidade entre o estágio de Advocacia previsto no EOA e os denominados estágios profissionais Pág. 1119

Vida Interna

- Deliberação n.º 1551/2015, DR (II Série), de 6 de agosto de 2015. Altera e republica o Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados Pág. 1129
- Regulamento Disciplinar n.º 668-A/2015, DR (II Série), de 5 de outubro de 2015 (supl.) aprovado em sessão plenária do Conselho Superior de 1 de outubro de 2015 Pág. 1149
- Deliberação n.º 2332-A/2015, de 28 de dezembro, DR (II série) de 28 de dezembro (supl.): Altera a Tabela de Emolumentos e Preços no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, aprovada em anexo à Deliberação n.º 2597/2009, de 31 de agosto, DR (II Série) de 11 de setembro de 2009 Pág. 1157
- Regulamento Nacional de Estágio, n.º 913-A/2015, de 28 de dezembro, DR (II Série) de 28 de dezembro (suplemento) aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 21 de dezembro de 2015 Pág. 1165
- Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação, n.º 913-B/2015, de 28 de dezembro, DR (II Série), de 28 de dezembro (supl.) aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 21 de dezembro de 2015. Revoga o Regulamento n.º 500-A/2009, de 14 de dezembro Pág. 1187
- Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários, n.º 913-C/2015, de 28 de dezembro, DR (II Série) de 28 de dezembro (supl.), aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 21 de dezembro de 2015 Pág. 1195

O PROJECTO EUROPEU EM DECLÍNIO(*)

Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha

1. O entendimento firmado em Julho de 2015 entre o Chefe do Governo grego e os seus parceiros europeus ficou marcado pela patente desconfiança dos últimos e pelo bizarro reconhecimento, pelo primeiro, de que não acreditava na solução, mas assinava para evitar males maiores.

O problema da crise das dívidas soberanas arrasta-se há tanto tempo, sem solução final à vista, que, só por si, tem prejudicado seriamente a imagem da zona euro e da União Europeia.

O receio de que pode estar a processar-se uma desagregação (ou desintegração) da construção europeia está a tomar inquietantes proporções.

2. Para além do distanciamento dos países que mantêm moeda própria em relação aos seus parceiros da União, é no próprio âmbito da zona euro que a recente negociação com a Grécia evidenciou grandes diferenças entre países favoráveis à disciplina férrea (Alemanha, Finlândia) e países mais voltados para uma linha de flexibilidade (França, Itália).

A Alemanha, ou pelo menos o Ministro das Finanças do seu Governo, pareceu até favorecer a saída da Grécia, com a estranha

(*) Comunicação apresentada na Academia das Ciências de Lisboa em 14 de Janeiro de 2016.

cosmética da qualificação como “temporária”, enquanto a França, que terá despertado momentaneamente do torpor em que vivia na esfera da política europeia, se pronunciou fortemente a favor da salvação do país em crise dentro da zona.

Por outro lado, torna-se compreensível a reacção dos países que seguiram programas rigorosos de austeridade (Portugal, Espanha), em face da outorga à Grécia de facilidades de que a seu tempo não beneficiaram, e de Estados membros da zona euro, que se afirmam mais pobres do que a Grécia (Eslováquia, Eslovénia, etc.) e se rebelam contra o que consideram um apoio excessivo a esse país.

3. Fica-se com a desconfortável impressão de que a União Europeia anda à deriva: os países do Eurogrupo, tendo assumido, por más razões, toda a visibilidade, veem alargada a distância que os separa dos seus parceiros da União, e quase se limitam a apagar fogos específicos para tentar evitar a propagação do incêndio.

Se foi um erro, como agora se reconhece, ter-se permitido a entrada da Grécia para o euro, a verdade é que as soluções avançadas para o problema desse país, que inaugurou (e aprofundou) a crise das dívidas soberanas, se têm mostrado desajustadas, ineficientes e tardias.

Faltou o impulso generoso e solidário a que nos momentos decisivos se assistiu no passado, prevalecendo, ao invés, a frieza e a miopia com que os problemas são abordados na mesa das negociações, entrando-se em escusada pormenorização, e perdendo-se de vista o essencial.

4. Não deixa de ser curioso que programas de assistência correspondentes a um mesmo modelo, de inspiração germânica, e convergente, aliás, com a clássica receita do FMI, têm produzido resultados tão diferentes nos vários países assistidos.

A Irlanda superou com aparente facilidade os seus problemas; Portugal registou progressos no plano do combate aos défices das contas públicas, mas continua envolvido na questão, por resolver, de como pagar a pesada dívida acumulada; a experiência da Grécia traduz-se num flagrante malogro, possivelmente ainda

acentuado pelos paradoxos da actual situação política: um partido tendencialmente anti-europeu, e sobretudo anti-austeridade, chamado a executar um programa que envolve duras restrições, na esteira do que tem constituído a “sabedoria convencional” da política europeia.

Portugal não pode deixar de ser particularmente sensível a esta problemática, pois se encontra na primeira linha para um possível contágio com a crise grega, bastando um eventual “hair cut” da dívida helénica para que a posição portuguesa suba à ribalta, não escapando à atenção dos mercados e das agências de “rating”.

É ao nível excepcionalmente baixo dos juros das dívidas soberanas nos mercados financeiros, e bem assim ao programa do Banco Central Europeu de compra de obrigações dos Estados do Eurogrupo, que se deve a aparente acalmia em torno do problema da sustentabilidade daquelas dívidas.

Mas tais condições favoráveis não duram sempre. Pode chegar o momento em que se torne indispensável equacionar frontalmente a hipótese de reestruturação, sem a qual o défice orçamental não poderá conter-se dentro dos limites fixados para o endividamento nas normas da União ou, alternativamente, se suscitarão sérios entraves à recuperação do emprego e ao desenvolvimento da economia.

5. Nascido no início da década de 50 do século passado com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e continuado em 1957 com a Comunidade Económica Europeia, o projecto europeu visava não só evitar o retorno aos devastadores conflitos que culminaram com a segunda Guerra Mundial, como conduzir as democracias europeias a uma crescente integração, nos planos político, económico e social, assim conformando uma sociedade plurinacional em clima de progresso, de paz e de respeito dos direitos humanos, e conferindo à Europa uma voz influente no contexto mundial.

Tais eram os ideais por que se batiam políticos clarividentes, como Schuman, Adenauer, De Gasperi, sem esquecer a profética mensagem dos discursos de Churchill no imediato pós-guerra.

Mas a Europa que através da CECA e da CEE se manifestava como um bloco coeso reunia apenas seis países — a França, a Alemanha, a Itália e os Estados do Benelux —, com marcadas afinidades no plano económico, e culturalmente próximos uns dos outros na fase do pós-guerra.

6. Ora, os alargamentos que sucessivamente se operaram vieram diluir a homogeneidade da construção inicial. Na primeira parte da década de 70, a acessão do Reino Unido, completada pela da Dinamarca e da Irlanda, foi um passo no sentido de uma marcada diferenciação.

Tendo sido superadas, no passado, situações críticas suscitadas pela presença britânica, e aceites pelos seus parceiros certas exigências formuladas pelo Reino Unido, é surpreendente que ainda hoje, quase meio século volvido desde a adesão desse país, esteja a pôr-se o problema da continuação, ou não, da qualidade de membro da entretanto redominada União Europeia.

Por estranho que pareça, as diversas soluções específicas do Reino Unido (não participação na união monetária europeia, não aplicação do regime de Schengen, etc.) não terão bastado para assegurar uma presença estável na União.

O segundo alargamento respeitou à entrada da Grécia — país com os pergaminhos históricos que se lhe reconhecem, mas que, sobretudo após a crise assinalada pela queda do Lehman Brothers, tornou patentes as carências que o separavam das estruturas mais desenvolvidas dos seus parceiros na União, ressaltando a generalização do clientelismo e da corrupção e a desorganização do aparelho do Estado, inclusivamente a nível da capacidade de cobrança de receitas.

O terceiro alargamento envolveu Portugal e Espanha, que vieram a ter, não obstante algumas dificuldades, percursos menos desequilibrados do que o da Grécia no contexto europeu.

Tratava-se de países distantes das visões federais, que viam na adesão sobretudo um meio de consolidarem os recém-instituídos regimes democráticos e de incrementarem o desenvolvimento económico, recuperando o atraso em relação às democracias industriais do Ocidente.

7. Bastavam os três alargamentos que ficam referidos para se evidenciar a marcada perda de homogeneidade da construção europeia.

Sem embargo da adopção de fórmulas supranacionais em certos domínios, a ideia do federalismo europeu, que eventualmente poderia ter tomado raízes a nível dos Seis, perdeu a sua plausibilidade.

Depois, deu-se a acessão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, todas ombreado, no plano económico, com os países mais evoluídos da CEE (quarto alargamento), não tendo este passo implicado disparidades sensíveis — excepção feita a compromissos de neutralidade política.

Mas a crescente heterogeneidade ainda mais se acentuou com os quinto, sexto e sétimo alargamentos, envolvendo o ingresso dos países da Europa de Leste que se haviam libertado a partir da queda do muro de Berlim (1989), e que se tinham convertido ao modelo económico e político ocidental.

O traçado das políticas da integração tende a diluir-se em face das idiosincrasias de quase três dezenas de países participantes.

8. A União Europeia, para mais assoberbada agora com o efeito paralisante da crise da dívida soberana de um dos membros do Eurogrupo, perde a sua força anímica e apaga-se no tablado das negociações internacionais.

Com efeito, entorpecida no seu processo de integração, paralisada por questões internas não resolvidas, ameaçada de implosão pelo esgotamento da missão assumida em comum, minada por crises que não consegue superar, a Europa torna-se cada vez mais irrelevante na arena política mundial.

A zona euro pode momentaneamente tirar proveito de novas realidades, como o declínio do preço do petróleo e a apreciação do dólar, registando-se também alguns avanços nas áreas da união bancária e da supervisão orçamental. E a adopção da política de “quantitative easing” pelo BCE representou uma infiltração keynesiana no terreno monetarista consagrado em Maastricht.

Mas pesadas sombras pairam sobre a construção europeia: a expectativa ansiosa que rodeia o anunciado referendo britânico; a

instabilidade decorrente da opção russa pelo nacionalismo “imperial”; a emergência do autoproclamado “Estado islâmico” e as novas ameaças terroristas; os desentendimentos em face do afluxo maciço de refugiados; a quase estagnação económica e o risco de deflação; a perpetuação do problema das dívidas soberanas, acentuando as clivagens no seio da zona euro e entre esta e os restantes membros da União.

9. É nos países que no passado foram grandes potências, e que ainda são potências médias à escala mundial (Alemanha, França, Reino Unido), que se concentra algo do perdido protagonismo da Europa. Lembre-se o caso das negociações entre os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança, mais a Alemanha, sobre o programa nuclear do Irão.

Em projecções que antecipam os cenários geopolíticos para as décadas futuras (por exemplo, para 2030 ou 2040), e em que invariavelmente se evidenciam como protagonistas os Estados Unidos e a China, e porventura também a Índia, começa a deixar de figurar a União Europeia, como tal, em sensível perda de consistência como actor político, surgindo em segunda linha potências como o Japão, a Rússia e, valendo por si, a Alemanha.

Estamos, portanto, bem longe das concepções de supranacionalidade e de federalismo que inspiraram directamente a CECA, se mantiveram, mas de modo já mais atenuado, na CEE (onde, ainda assim, se traduziram na fórmula da “ever closer union”, tão indesejada pelos britânicos), e ressurgiram, com diferente roupagem, no episódio da Constituição Europeia, em que as ambições dos autores do projecto foram cortadas cerce pelos referendos negativos da França e da Holanda (com a agravante de se tratar de dois dos Estados fundadores da Europa comunitária).

10. Parece ter passado para o plano das utopias a visão da Europa federal — da qual, aliás, sempre discordaram os partidários de uma integração intensa, mas compaginável com o estatuto dos países membros como Estados soberanos na ordem internacional. Infelizmente, o egoísmo dos interesses nacionais vai ganhando ascendência sobre a cooperação intra-europeia.

Está a dissipar-se o protagonismo que tiveram, no passado, as iniciativas das instituições europeias, caindo-se no enfraquecimento da influência da Europa no mundo, ou na limitação da sua projecção a um directório, de composição variável, reunindo as maiores potências europeias (Alemanha e França, nas decisões respeitantes ao Eurogrupo; Reino Unido e França, no plano político-militar, etc.).

A crise grega tornou claras as profundas diferenças na percepção dos problemas europeus entre os vários países da União e o relativo apagamento das instituições europeias, com ocupação da ribalta pelos Governos — e, acima dos demais, pelo alemão.

Oxalá se esteja ainda a tempo para se fazer renascer o ideal europeu, ainda há alguns anos tão aclamado por consagrados observadores norte-americanos que, desiludidos com o que referiam ser o declínio do “American dream”, viam na Europa intensamente integrada a portadora das grandes soluções do futuro...

11. A adesão à CEE da Grécia, Portugal e Espanha tornou-se possível em razão da substituição de regimes autoritários pela fórmula da democracia parlamentar.

Nos países do Leste europeu, a queda do muro de Berlim veio permitir a conversão à democracia. Mas a Rússia regressou às históricas raízes do Estado autoritário, e a Hungria (com a agravante de se tratar de um país membro da União) parece ir pelo mesmo caminho (restrições da liberdade de imprensa, construção do muro na fronteira com a Sérvia). As últimas mudanças políticas na Polónia auguram semelhante desvio em relação aos valores básicos da construção europeia.

É certo que os países resultantes da implosão da Jugoslávia adoptaram sistemas democráticos. Mas o Irão manteve o regime teocrático pelo qual enveredou já há décadas, e a China continua a ser um Estado autoritário, embora aberta às práticas do capitalismo. O mesmo poderá dizer-se de países como Cuba e o Vietname.

Os Estados muçulmanos permanecem longe das fórmulas democráticas, salvo talvez a Indonésia e a Tunísia. A Primavera árabe feneceu no Egipto, que retrocedeu para o autoritarismo. Na

península da Coreia, tudo se manteve como nos anos 50: o Sul adoptando o regime democrático, o Norte continuando a ser o país mais fechado do mundo.

O panorama não é animador, já que, no último quarto de século, nenhum país em sistema autoritário se terá convertido à democracia.

12. O espírito europeu está em baixa desde a queda da Constituição Europeia, a qual representou uma última expressão do impulso federalista — já não abertamente promovido, antes implícito na mudança da moldagem da estrutura institucional da União Europeia.

A crise das dívidas soberanas não só suscitou sérias divergências no interior do Eurogrupo, como veio acentuar a clivagem, dentro da União Europeia, entre os países do euro — que polarizam todas as atenções —, e os demais (“maxime” o Reino Unido). A divisão entre a união monetária e os países membros exteriores, inicialmente prevista como transitória, tende a configurar-se como uma solução permanente.

O Reino Unido propõe-se fazer um referendo, já de si profundamente perturbador, pretendendo rodear-se, antes disso, de um estatuto especial que se reconduz à concepção da “Europe à la carte”. E nesse país, bem como em outros Estados membros, sobem nacionalismos anti-União Europeia (ascensão de partidos situados nos extremos do espectro político). Lamentavelmente, o ideal europeu parece quase esgotado.

13. A União renunciou, visivelmente, a assumir as características de superpotência, não só por ausência de poder militar, mas sobretudo por falta de vontade política dos seus membros para avançar no processo de integração — reflexo do desinteresse das opiniões públicas quanto a verem os respectivos países envolvidos nesse processo.

Os alargamentos sucessivos terão sido uma das causas do desgaste do espírito europeu. A Seis, a Europa era um grupo coeso, inspirado no propósito de evitar o renascer de conflitos entre a França e a Alemanha. A Nove, já se tornava discutível que todo o

conjunto avançasse ao mesmo ritmo, dada a posição de “maverick” do Reino Unido. A Europa a Doze resultou da entrada de três países periféricos, com diferenças estruturais em relação aos membros já existentes (tornadas visíveis quando despontou a crise das dívidas soberanas). Com os Quinze, não houve alterações; mas depois, a Vinte e Cinco ou a Vinte e Oito, evidenciou-se a dispersão política e cultural, e o potencial de desagregação agravou-se.

Cabe aqui recordar a crítica dirigida ao Tratado de Lisboa, voltado para aspectos institucionais e formais e quase omisso na abordagem dos temas reais cuja solução importa aos cidadãos europeus — uma das razões da apatia com que aquele Tratado deparou junto da opinião pública dos Estados membros da União.

Diga-se, aliás, que a consciência dos actuais perigos que impendem sobre a Europa — mais diversificados e mais difusos do que no período da frontal ameaça soviética — não parece ter a mesma força aglutinante que aquela ameaça representava.

É neste ponto — sem dúvida decepcionante — que nos encontramos, interrogando-nos sobre como se poderá conseguir a reanimação do fragilizado espírito europeu...

A TRIBUTAÇÃO DOS MEMBROS DA FAMÍLIA(*)

*Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Conformidade das normas que regem a tributação das pessoas agregadas numa família com a CR. **3.** Ponto de partida: o agregado familiar. **4.** A capacidade contributiva. **5.** O Direito português até à reforma fiscal de 1988. **6.** O Direito português até 1988. **7.** Crítica à instituição legal do «chefe de família». **8.** Infração do disposto nos arts. 37.º e 107.º da C.R. **9.** Discriminação dos filhos. **10.** A reforma de 1988 (decreto-lei 442-A/88 de 30 de Novembro). **11.** O projeto de reforma da tributação da família de 1999. **12.** A família como ponto de partida. **13.** Conclusões gerais. **14.** O quociente familiar. **15.** A nível de cada um dos membros da família. **16.** A casa de morada de família. **17.** Apoio às empresas e sociedades familiares. **18.** Apoios externos à família. **19.** O imposto sucessório. **20.** Projecto da reforma do IRS de 2014. **21.** A reforma da tributação do património. O imposto sobre sucessões e doações. **22.** A unidade fiscal. **23.** A consideração da família. **24.** A opção tomada. **25.** Quociente familiar. **26.** Escala de equivalência. **27.** Vales sociais de educação (até aos 16 anos de idade). **28.** O agregado familiar. **29.** Reforma do imposto sobre o património a nível da tributação da família. **30.** O IMI Social. **31.** O percurso da tributação dos familiares.

(*) Conferência realizada no âmbito da Comissão de Segurança Social e Família da Câmara de Deputados do Brasil.

(**) Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra (jubilado) e da Universidade Autónoma de Lisboa.

1. Introdução

O meu tema versa a tributação dos membros da família: escolhi tratá-lo seguindo a evolução do seu regime em Direito português segundo os textos mais relevantes. Direito que tem tido um caminho interessante nesta matéria.

Ao tratar da tributação da família, vou situá-la no **Estado-de-Direito**, o Estado da justiça material mas também da igualdade. A família — mais precisamente os seus membros, pois a família não é sujeito fiscal — não pode ser tratada desfavoravelmente perante os outros contribuintes, pois tal iria contra a justiça e a igualdade. Mas não tem, nesta sede, de ser objeto de medidas de apoio impostas pela sua relevante função social. Este apoio fica para o **Estado social**, embora se possa e deva refletir também na tributação — mas esta matéria já extravasa das nossas intenções.

2. Conformidade das normas que regem a tributação das pessoas agregadas numa família, com as normas constitucionais que estabelecem:

- a) A igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13.º, 1, da Constituição da República).
- b) A proibição de discriminação com base no sexo (art. 13.º, *cit.*, 2).
- c) A igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges quanto à sua capacidade civil e política e à manutenção dos filhos (art. 36.º, 3).
- d) O dever, que assiste ao Estado, de proteger a família (art. 67.º), regulando nomeadamente os impostos de harmonia com os encargos familiares (arts. 67.º, *e*) e 107.º, 1).
- e) A proibição da discriminação tendo como objecto os filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, 4).

3. Ponto de partida: o agregado familiar

A família é um centro de imputação de rendimentos, no qual se agregam os rendimentos de todos os seus membros — normalmente os dos cônjuges/pais. E depois tais rendimentos são distribuídos por todos os membros do agregado de acordo com as necessidades destes.

Sublinho que tal distribuição não releva da mera generosidade: é imposta pela lei, é um crédito de todos e de cada um dos membros da família, sendo devida entre os cônjuges e destes em relação aos filhos, pelo menos.

4. A capacidade contributiva

A segunda realidade a ter em conta é a da capacidade contributiva.

Entende-se por tal a capacidade económica, os rendimentos, a riqueza ou a realização de despesas pelo sujeito passivo. Em geral é a capacidade abstrata para suportar os encargos públicos⁽¹⁾.

Em matéria de família, a Constituição portuguesa dispõe que devem ser levados em conta as necessidades e rendimentos do agregado familiar (art. 104.º). O que vai no sentido indicado.

A justa distribuição da carga tributária é um imperativo ético. Só através dela se transformam as leis tributárias em Direito⁽²⁾. A justificação do imposto passa pela resposta à seguinte pergunta: que parte do rendimento ou do património do cidadão, nos quadros de uma distribuição tributária justa, deve ser subtraída a título de imposto?⁽³⁾ Volta-se à capacidade contributiva: factualidade económica semelhante, tributação semelhante, eficácia semelhante da tributação⁽⁴⁾.

(1) DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÔNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, *Direito Tributário*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 127.

(2) Auts. *ob. cits.*, p. 130, citando LANG.

(3) Auts. *ob. loc. cits.*

(4) Auts. *cits.*, p. 129, citando A. BIRK.

Vejam os que estes princípios em conexão com a igualdade e a capacidade contributiva exigem em matéria de tributação da família.

5. O Direito português até à reforma fiscal de 1988

Até à reforma fiscal de 1988, os impostos portugueses eram articulados em impostos parcelares (contribuição industrial, imposto profissional, etc.) e em um imposto de sobreposição, o imposto complementar que visava a personalização/progressividade do sistema no que se refere às pessoas singulares⁽⁵⁾.

Para este efeito, constituía-se uma unidade tributária, a família reduzida ao seu “chefe”. Adicionavam-se os rendimentos dos seus membros, imputavam-se ao único sujeito passivo, o marido/ /pai chefe da família, e aplicava-se a taxa correspondente acompanhada dos benefícios previstos na lei.

Este sistema era objecto das seguintes críticas: discriminação da mulher casada; prejuízo do casamento que era tratado como um facto tributário; descaso dos regimes de bens do casamento, ignorados por este método.

A discriminação da mulher casada foi o primeiro aspeto a ser corrigido. A mulher e o marido passaram a ser sujeitos passivos do imposto.

O descaso dos regimes de bens continua.

A transformação do casamento em facto tributário foi a seguir “*compensada*”.

No meio tempo, antes da reforma de 1988, criou-se um sistema de dupla taxa e duplo escalão. Uma taxa mais baixa para os casados, outra taxa mais alta para os não-casados; um escalão mais reduzido para estes; um mais elevado para aqueles.

(5) Passo a seguir muito de perto, transcrevendo parte do texto, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A inconstitucionalidade do imposto complementar*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1978.

Escrevia-se no preâmbulo do Decreto-Lei 192/84 (que vinha em cumprimento da Lei do Orçamento do Estado para 1984):

Com o objectivo de desagravar a tributação dos contribuintes casados, estabelecem-se duas tabelas de taxas e de escalões dos rendimentos, compreendendo a tabela dos contribuintes não casados escalões de rendimentos inferiores em cerca de 20% e taxas superiores em 20% relativamente às dos casados.

Tratava-se de um método com pouco rigor, não se ponderando a presença dos filhos.

Voltemos ao modelo inicial do imposto complementar.

6. Direito português até 1988

Vamos ao “*início*”. Vigorava o imposto complementar visando a “*personalização dos impostos sobre o rendimento*”.

Suponhamos que *A* e *B* são titulares de um rendimento global líquido, para efeitos de Imposto Complementar, de duzentas mil unidades cada um.

Enquanto solteiros, cada um estaria sujeito ao seguinte dever de prestar, com base no Imposto Complementar.

Rendimento global líquido	200 000
Dedução pelo próprio contrib. (art. 29.º, <i>a</i>)	70 000
Rendimento colectável	130 000

A taxa aplicável será de 5% até 100 000 e de 8% para os rendimentos de mais de 100 000 até 200 000 (art. 33.º do Código).

Imposto a pagar.....	7 400
Rendimento líquido de imposto	192 600

Suponhamos agora que *A* e *B* decidem passar a conviver «*more uxorio*», mas sem se casarem. Neste caso, continuarão a ser tributados individualmente, representando a soma dos seus rendimentos líquidos de imposto a quantia de 385 200.

Porém, se *A* e *B* decidirem contrair matrimónio, tudo se altera para efeitos de Imposto Complementar.

Vejamos:

A lei (art. 4.º, § único do Código do Imposto Complementar) começa por definir um certo agregado familiar, um conjunto de pessoas que «serão sempre havidas como residentes com o chefe de família» (em princípio o marido): além deste, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e os seus filhos, adaptados e enteados, menores, não emancipados, ou que sejam inaptos para o trabalho e para angariar meios de subsistência, que não tenham rendimentos ou que, tendo-os, a administração pertença, no todo ou em parte, ao chefe de família ou ao outro cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens». Esta atribuição da mesma residência é «iuris et de iure», valendo mesmo que, de facto, os restantes membros da família tenham residências diversas.

Portanto, e no que se refere à situação que hipnotizei, *A*, desde o momento em que se casa com *B*, vê este transformado, para efeitos do Imposto Complementar, em «chefe de família», e vê-se atribuída imperativamente a residência fiscal de *B*.

A chefia familiar de *B* não termina porém aqui. O art. 7.º atribuída ao chefe de família não só os seus rendimentos, mas também os comuns do casal, os próprios do outro cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, e os dos filhos nas condições já mencionadas a propósito do art. 4.º, cuja administração lhe pertença, a ele, chefe de família, ou ao outro cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens. Eram-lhe imputados, portanto, mesmo os rendimentos dos filhos do outro cônjuge provenientes de bens cuja administração esteja confiada a este último.

Na esteira do art. 7.º, o § 1.º do art. 11.º vem dispor que a declaração dos rendimentos do agregado familiar deve ser feita pelo respectivo chefe⁽⁶⁾.

(6) Também o art. 17.º ao definir os «rendimentos do mesmo ano» os manda englobar em nome do «chefe da família».

Nestes termos, a mulher casada, não separada judicialmente de pessoas e bens, perde a sua personalidade jurídica para efeitos do Imposto Complementar. Vê os seus rendimentos quer os dos bens próprios, dos quais tem administração (art. 1678.º do Código Civil), quer os dos bens comuns, que administra conjuntamente com o marido (art. 1678.º, 3 do Código Civil) — imputados ao marido. Sendo este a fazer a declaração, tem de lhe revelar o montante exacto desses rendimentos — enquanto que a mesma obrigação não impende sobre o marido. É-lhe subtraída, portanto, na relação jurídica do Imposto Complementar, a administração dos bens; é o marido que se apresenta como titular dos rendimentos; é também ele que faz a declaração.

À mulher casada são mesmo retirados, para ser imputados ao marido, os rendimentos dos bens dos seus filhos — que não o sejam também do marido — cuja administração lhe pertença.

Não é sequer o agregado familiar o sujeito passivo do imposto. É-o, sim, o marido, o chefe da família, sobre quem recai a obrigação de imposto, por a ele serem atribuídos, pela ficção legal do art. 7.º, todos os rendimentos desse agregado.

Considera a possibilidade de a família se desagregar (art. 18.º, 4.ª), e de se limitar (art. 18.º, 2.ª e 3.ª). Mas trata-se sempre das vicissitudes da família fundada no casamento. Dispõe neste sentido, nomeadamente, a referência constante ao contribuinte «chefe de família» e ao «outro cônjuge», e nunca a não ser «ex post» à suspensão ou dissolução do casamento — só ao contribuinte e aos seus filhos. E, mesmo neste caso, menciona-se o «outro cônjuge» e não o contribuinte. Aliás, a simples comparação entre as normas 2.ª e 3.ª do art. 18.º parece levar à conclusão de que no caso de falecimento do chefe de família («contribuinte») a mulher sobreviva não é tributada como chefe do novo agregado familiar.

Esta interpretação é porém contrariada pela norma 4.ª que já prevê o englobamento em nome da mulher dos seus rendimentos próprios e dos seus filhos, no caso de divórcio ou de separação de pessoas e bens.

O princípio constitucional da protecção à família e a necessidade, também imposta constitucionalmente, de o imposto levar em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar, impõem-se ao legislador ordinário que não pode minimamente contrariá-los.

Em conclusão: para que o agregado familiar fundado no casamento suporte de facto uma maior carga tributária do que os contribuintes em nome individual e do que as outras comunidades económicas «familiares» de facto, será necessário provar que aquele tem, para um mesmo rendimento, uma maior possibilidade económica de facto de pagar imposto. E isto até hoje não foi provado com um mínimo de evidência.

7. Crítica à instituição legal do «chefe de família»

É atribuída ao marido uma posição de chefe de família, assente nos seguintes aspectos fundamentais: na atribuição necessária do seu domicílio à mulher e aos filhos (bem como aos adoptados); na imputação, que lhe é feita, de todos os rendimentos do agregado familiar; na possibilidade, que só a ele assiste, de fazer a declaração do imposto; na menor dedução a que a mulher dá origem, perante a do marido. Esta posição dominante contraria os princípios constitucionais da igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13.º, 1), da não discriminação com base no sexo (13.º, 2) e da igualdade dos cônjuges (art. 36.º).

8. Infração do disposto nos arts. 37.º e 107.º da C.R.

A carga fiscal que decorre, para os cônjuges, do facto do casamento, infringe o dever, que assiste ao Estado, de proteger a família (67.º), regulando nomeadamente os impostos de harmonia com os encargos familiares (arts. 67.º, *e*) e 107.º, 1) imputação a um dos progenitores dos rendimentos dos filhos, nascidos dentro ou fora do casamento.

9. Discriminação dos filhos

O tratamento fiscal diverso, em outros casos, dos filhos nascidos fora do casamento, não está conforme ao art. 36.º, 4 da Constituição. Isto independentemente, sem dúvida, do facto de umas vezes esse tratamento conduzir a resultados que lhes são favoráveis, outras a consequências para eles desfavoráveis.

Embora seja de excluir, como é evidente, um único chefe para essa comunidade: marido e mulher deverão aparecer em igualdade de estatuto.

Só a consideração unitária da família tornará possível ponderar os seus rendimentos e as suas necessidades. A tributação separada dos diversos membros de família torna impossível a correta consideração dos encargos da família, que desaparece do direito fiscal. E ignora-se a realidade económica que é a família.

A reforma da tributação do rendimento das pessoas singulares tinha de ser realizada com a maior urgência.

10. A reforma de 1988 (decreto-lei 442-A/88 de 30 de Novembro)

A criação do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares de 1988, veio criar a repartição (“*splitting*”) conjugal: os rendimentos do casal são somados, divididos por dois e aplica-se a taxa de cada uma das parcelas. Mas continua-se fora do quociente familiar, ou seja, da presença ativa dos filhos como beneficiários de uma mais alargada repartição familiar, que também os abrange.

11. O projeto de reforma da tributação da família de 1999

O Ministro das Finanças, Prof. Doutor António Sousa Franco, pelo despacho n.º 328/98-XIII, de 29 de Julho de 1998, publicado

no Diário da República, II Série de 15 de Setembro de 1998, sob n.º 16520-2.ª Série, constituiu uma Comissão integrada pelos indicados infra, a que atribuiu o seguinte mandato:

A família, para além de constituir um centro de imputação e de distribuição de rendimentos, desempenha um conjunto de funções sociais de base que vão da actividade produtiva à substituição da geração, à transmissão das ciências, das técnicas, da educação, da cultura e dos valores sociais às novas gerações, e à assistência mútua dos seus membros.

A esta realidade tem sido sensível o ordenamento legal português em diversos dos seus ramos, nomeadamente na área do Direito Tributário.

Uma análise de Direito Tributário comparado permite retirar diversos modelos de tributação da família, ponderando a sua capacidade contributiva e a dos seus membros, bem como o interesse social das suas funções. Estes modelos podem passar quer por opções de tributação separadas dos membros da família, quer por um sistema de quociente familiar.

Entre outros aspectos, urge reflectir sobre a adequação destes modelos ao nosso sistema fiscal, procurando atingir um maior grau de justiça fiscal na tributação das famílias, pelo que entendo dever ser ponderado o regime jurídico-tributário da família, em Portugal, em atenção aos princípios constitucionais, à realidade social, à capacidade contributiva da família e dos seus membros, e ao seu interesse social, a partir da experiência que se retira dos ordenamentos jurídicos que nos podem servir de exemplo e da experiência prática da aplicação do actual regime legal.

Para esse efeito e tendo em vista a revisão do actual regime fiscal da família, determino o seguinte:

É constituída, no âmbito do Conselho Superior de Finanças, uma Comissão encarregada de analisar e efectuar propostas de revisão do regime fiscal da família, a qual será integrada pelos seguintes membros: a) Presidente: Doutor Diogo Leite de Campos, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra; b) Vogais; Doutor Benjamim da Silva Rodrigues, Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo; Doutor Jorge Lopes de Sousa, Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo; e Doutor Manuel Faustino, Consultor Jurídico do Banco de Portugal.

12. A família como ponto de partida

No relatório final da Comissão escreve-se:

As empresas produzem bens e serviços. As famílias produzem o capital humano da sociedade”. “O dinheiro gasto na educação do filho não se traduz num aumento de propriedade para os pais, já que o filho não lhes pertence. Este dinheiro é, sim, um investimento do qual beneficiará toda a sociedade”(7). “[...] o crescimento económico é função da qualidade do capital humano. Há por isso toda a conveniência em apoiar a família nesta tarefa [...].

Sendo função do Estado assegurar saúde e ensino, e sendo estas funções promovidas desde sempre e concomitantemente pela família, convém que este fenómeno seja atendido pelo Estado, em termos de consideração da poupança que o Estado faz. E faz tanto mais quanto a família é numerosa. E uma família numerosa sacrifica-se mais no investimento em capital humano, sem benefícios diretos. Os serviços que são prestados no seio da família não são levados em conta, por muito que representem para os pais um encargo económico, nomeadamente quanto a prejuízos na vida profissional.

Mas regressemos à família no Estado de Direito.

Tem-se partido “do pressuposto de que cada família só tem um membro (o “chefe”, a “cabeça”, o sujeito fiscal, etc.). Como o fez o Direito português até ao início dos anos oitenta do século XX: todos os rendimentos da família (pais e filhos) eram agregados no marido/chefe da família que se transformava no único sujeito passivo de impostos pelo menos do “imposto complementar” que pretensamente ocupava o lugar de um imposto geral sobre o rendimento com carácter personalizante”(8).

“É necessário transitar da família reduzida a um só membro, para a família real, com a sua composição real, com as suas necessidades concretas, distintas e igualmente dignas da consideração objectiva e imparcial do legislador fiscal”(9).

(7) Relatório *cit.*, p. 7.

(8) Relatório, *cit.*, p. 12.

(9) *Ob. loc. cit.*

13. Conclusões gerais do Relatório

1. A adequada consideração jurídico-fiscal da capacidade contributiva de cada um dos membros da família e do seu conjunto responderá a algumas das preocupações com o declínio da fecundidade e o conseqüente envelhecimento de população, a reflectirem-se negativamente em múltiplos aspectos da vida em sociedade.
2. Deverá elaborar-se uma política fiscal a enquadrar uma política demográfica e familiar integrada no âmbito da política social, de educação, de saúde e habitacional.
3. O apoio às famílias deve ser proporcional à sua utilidade social.
4. As famílias portuguesas acabam por ter um número de filhos inferior aquele que os progenitores consideram ideal, sendo esta diferença explicada, sobretudo, pelos custos de criação e educação dos filhos, em que intervém o factor fiscal.
5. A análise de custos dos filhos em 1989/90, permite concluir que não se observam economias de escala que afetem as despesas médias dos agregados familiares quando passam do 1.º para o 2.º e 3.º filhos. O aumento de custo é tão profundo que há poucos casais que estejam dispostos a suportar a conseqüente diminuição do seu nível de vida.
6. Uma política pró-natalista traria aos pais a possibilidade de voltar a substituir as gerações, permitindo aos casais, ultrapassadas as restrições económicas, realizarem a sua fecundidade ideal.
7. A política indicada decorre da Constituição da República Portuguesa (arts. 67.º, 103.º e 104.º).

II

14. Quociente familiar

Assente, sem a discutir, a existência de uma progressividade de taxas do IRS com base num sistema de escalões, o sistema que melhor parece respeitar o princípio da capacidade contributiva, é o do quociente familiar sem afastar a possibilidade de tributação autónoma dos dependentes, por opção.

Compreendem-se, para este efeito, no âmbito da família, os parentes e afins vivendo em economia doméstica ou a cargo da família.

15. A nível de cada um dos membros da família, deve assegurar-se:

- a) A isenção do necessário a uma existência em condições económicas dignas. Calcular-se-á, com base nestas isenções, uma isenção geral, sujeita, eventualmente, a uma redução de 15% a 20%, para ponderar economias de escala;
- b) abatimento das despesas de saúde (em correlação com a);
- c) abatimento das despesas de educação (em correlação com a);
- d) abatimento das despesas extraordinárias imprescindíveis.

16. Casa de morada de família

No que se refere à casa de morada de família, haverá que:

- a) diminuir os encargos fiscais sobre a sua aquisição e fruição;
- b) permitir o abatimento das despesas com a sua aquisição (custos, juros, etc.) ou as rendas pagas, bem como das

- benfeitorias, numa relação número de membros do agregado/utilidades da casa;
- c)* personalizar a Contribuição Autárquica, levando em conta o número de membros do agregado familiar e as utilidades de casa;
 - d)* personalizar o imposto de sisa nos termos indicados em *c)*.

17. Apoio a empresas e sociedades familiares

Deverá dar-se apoio adequado às empresas e sociedades familiares.

18. Apoios externos à família

Deverão incentivar-se os apoios externos à família, a nível de subsídios de alimentação, alojamento, educação, nomeadamente por parte das entidades patronais.

19. Imposto sucessório

O imposto sucessório não deverá incidir sobre as transmissões no âmbito da sucessão legitimária.

20. Projecto da reforma do IRS de 2014

Em 2014 foi constituída uma Comissão para a reforma do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares que apresentou

um relatório em Setembro orientado “*para a simplificação, a família e a mobilidade social*”.

O mandato atribuído à Comissão era o seguinte (despacho de nomeação n.º 4168-A/2014 publicado no Diário da República, II Série).

No despacho, entende-se que “... a Comissão de Reforma⁽¹⁰⁾ deverá proceder a uma avaliação aprofundada do IRS (...) considerando neste exercício o trabalho realizado por grupos de trabalho anteriormente constituídos com o mesmo desiderato, e propondo as alterações legislativas consideradas necessárias, ainda que no âmbito de um calendário faseado:

- a) *Revisão e simplificação do IRS e demais regimes fiscais aplicáveis ao rendimento das pessoas singulares, de forma a simplificar o regime das respetivas obrigações declarativas e a facilitar o cumprimento das obrigações inerentes a este imposto, de acordo com as melhores práticas internacionais;*
- b) *Promoção da mobilidade social através, designadamente, da avaliação da tributação que incide sobre os rendimentos do trabalho, com o objetivo de reconhecer e valorizar o mérito e o esforço;*
- c) *Proteção das famílias, tendo nomeadamente em consideração a importância da natalidade, através da avaliação das bases gerais da tributação da família em sede de IRS e do reforço das políticas fiscais familiares, de forma a contribuir para a inversão do atual défice demográfico na sociedade portuguesa”.*

⁽¹⁰⁾ Comissão integrada pelo Professor Doutor Rui Morais (presidente), Professor Doutor João Ricardo Catarino, Mestre Diogo Feio, D.^{ra} Rosa Freitas, D.^{ra} Teresa Gil, Professora Doutora Paula Rosado Pereira, Professor Doutor Miguel Gouveia, D.^{ra} Cristina Pinto e Dr. Filipe Abreu (secretário técnico).

21. A reforma da tributação do património. O imposto sobre sucessões e doações⁽¹⁾

A reforma da tributação do património, introduzida em 2003 por força do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, isenta de imposto as transmissões gratuitas, entre vivos ou por morte, a favor de descendente ou do cônjuge. Contudo, no caso de transmissão de imóveis haverá uma taxa de 0,8%.

Esta isenção assenta numa correta perspetiva da propriedade no âmbito familiar.

Com efeito, a propriedade tem uma acentuada dimensão familiar. O bem é de quem usufrui as suas utilidades. E no âmbito de uma família, todos usufruem das utilidades independentemente da titularidade formal do bem. Quando o seu proprietário “*formal*” falece, uma parte significativa do seu património é transmitida para os seus herdeiros legitimários, aqueles mais próximos, que gozavam das utilidades dos bens — que já eram, de algum modo, proprietários dos bens.

Se isto é assim, em matéria de Direito Civil, errado seria desmentir estes interesses tributando a transmissão a favor de descendentes e cônjuge.

22. A unidade fiscal

Desde o início da vigência do IRS que se coloca a questão de responder a uma opção estrutural. A capacidade económica alvo de tributação deve ser aferida relativamente à família ou ao indivíduo? A opção inicial do nosso legislador, favorável à tributação conjunta, foi condicionada por uma determinada leitura dos princípios enformadores do Código, a qual, porém, tem sido consistentemente posta em causa. Hoje é genericamente aceite que a consideração da família e das suas necessidades pode ser alcançada em sistemas de tributação separada.

⁽¹⁾ Passa a reproduzir-se (até ao n.º 29) o texto do relatório final da Comissão, na matéria que nos interessa.

Para além de toda a discussão teórica e ideológica à volta do tema, convém tomar em atenção a evolução genérica entretanto ocorrida nos sistemas fiscais mais desenvolvidos, bem como o pensamento doutrinal hoje dominante, os quais vão no sentido da tributação separada, com base em princípios de eficiência e simplicidade na tributação.

A esta evolução não é estranha a erosão de que o sistema de tributação conjunta tem sido alvo, seja relativamente aos casados, seja aos unidos de facto. Quanto aos primeiros, desde logo pela inadaptação da tributação conjunta face aos diferentes regimes civis de bens; quanto aos segundos, fundamentalmente, por uma questão de princípio e de reconhecimento da sua situação, o que levou a que fosse admitida a possibilidade de optarem pela tributação conjunta. Este direito de opção gerou uma discriminação, para muitos inconstitucional, que urge resolver.

Por essa razão, é proposto que a tributação separada seja a regra, salvaguardando, no entanto, a possibilidade de opção pela tributação conjunta para os contribuintes casados e para os unidos de facto. A Comissão fá-lo, aliás, na sequência de várias autorizações legislativas que acabaram por não ser executadas. A solução mais radical (obrigatoriedade da tributação separada) embora sendo, reconhecidamente, uma solução mais simples que a que decorre da preconizada existência de uma dualidade de sistemas, foi afastada por duas ordens de considerações:

- i) A existência de referência expressa, no n.º 1 do art. 104.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), ao “*agregado familiar*”; e
- ii) O facto de a tributação conjunta proteger os casais em que os sujeitos passivos obtenham rendimentos de valores díspares, sendo que, na realidade atual, tal corresponde, em numerosos casos, a situações de desemprego de um dos sujeitos passivos.

Assim, e mais uma vez, a Comissão optou pelo estrito cumprimento do acervo constitucional vigente e pela adaptação do IRS às novas circunstâncias existentes.

Aproveitou-se para compatibilizar a responsabilidade dos cônjuges pelo cumprimento das dívidas de imposto com o regime de bens a que se encontrem sujeitos, acabando-se com a incompreensível contradição existente entre o disposto na lei civil e na lei fiscal. Nos casos de opção pela tributação conjunta, a responsabilidade será sempre solidária; na tributação separada, relativamente aos casados, aplicar-se-á, quanto à comunicabilidade das dívidas de imposto, o regime da lei civil.

Há que notar que, mais uma vez, a proposta da Comissão preconiza uma adaptação às necessidades estruturais da vida atual, neste caso por via de uma opção dos contribuintes.

Assim se mantém a estrutura inicial do IRS, mas adaptada ao contexto social.

23. A consideração da família

O IRS assumiu, desde o início, uma visão estrita, mas adequada, do agregado familiar, o qual, em traços largos, abarca apenas os progenitores ou progenitor e filhos dependentes.

O conceito de dependente, que assenta num misto de elementos relativos à incapacidade de exercício de direitos e à falta de autonomia económica, assume grande relevância, mais que não seja pela obrigatoriedade de consagração, num imposto com características de pessoalização, de deduções à coleta derivadas da existência de tais pessoas e de despesas a que elas dão causa.

Acresce que o atual sistema consagra o quociente conjugal. De acordo com esse regime — assumindo-se que o imposto incide, pelo menos, sobre a soma dos rendimentos dos cônjuges ou unidos de facto e independentemente do número de dependentes —, o rendimento coletável é dividido por dois, aplicando-se a tabela das taxas de acordo com esse resultado. Para todos os sujeitos casados e para os unidos de facto que optem pela tributação conjunta, tal conduz a um resultado económico equivalente à tributação de cada um dos sujeitos passivos por metade do rendimento do agregado familiar.

24. A opção tomada

Como expressamente é sugerido no mandato da Comissão, procurou-se, nos limites do possível, uma maior e mais realista tradução fiscal da composição do agregado familiar.

Entende-se que esta questão apenas deve relevar, em termos de tributação, na medida do estritamente necessário, aceitando-se que problemas como o fomento da natalidade e maiores apoios à educação ou à saúde devem encontrar resposta em mecanismos de apoio social, ou seja, em prestações do Estado. A via fiscal deve ser apenas complementar face a estes elementos principais.

De todo o modo, no que o IRS diz respeito, esta não é uma questão que deva ser considerada de forma neutra. Bem pelo contrário, admite-se nesta matéria a procura de efeitos extrafiscais. O legislador fiscal não deve ser indiferente a necessidades que, relativamente à família, a nossa sociedade vem demonstrando.

A Comissão debruçou-se fundamentalmente sobre duas hipóteses para acentuar a vertente familiar da tributação; o aumento das deduções pessoalizantes (em função do número de membros do agregado) ou a introdução do quociente familiar (divisão, para efeitos de determinação da taxa, do rendimento tributável por um quociente que atende ao número de membros do agregado).

Optou-se por uma solução mista: deduções fixas *per capita* e introdução do quociente familiar. Deste modo, para efeitos de determinação da taxa aplicável, o rendimento coletável será dividido por um divisor que traduz a existência de cada sujeito passivo (naturalmente, uma unidade por cada um), ao qual se soma um valor relativo a cada dependente. Nas situações de tributação separada dos sujeitos passivos integrantes de um mesmo agregado familiar, o divisor relativo aos dependentes será, obviamente, objecto de repartição entre aqueles.

A nossa proposta não impede que, no futuro, e de acordo com as concretas circunstâncias, a expressão da proposta da Comissão possa vir a ser maior. Por enquanto, e por mera cautela de natureza técnica derivada das condições orçamentais, a Comissão propõe que esta medida possa ser compensada com uma diminuição do montante das deduções pessoalizantes. Diminuição que, há que fri-

sar, não acontecerá em muitos casos concretos, uma vez que os novos valores, além de fixos (i.e., independentes da prova da efetiva realização de despesas) passam a ser aferidos em função do número de membros do agregado familiar e não, como hoje sucede, em função do agregado familiar considerado no seu todo. O que, obviamente, representa uma vantagem significativa para as famílias numerosas.

25. Quociente familiar⁽¹²⁾

Embora as decisões de contrair casamento ou não, de ter filhos ou não, e em geral a organização económico-financeira de uma família não sejam por regra determinadas por considerações de tipo fiscal, a verdade é que se tem assistido nos últimos anos a uma regressividade da natalidade provocada pela conjuntura económica, e desta forma da redução do rendimento disponível, que merece intervenção a nível fiscal. É neste sentido, que a Comissão entendeu que o sistema de tributação pessoal pode ser desincentivador da natalidade e que essa situação pode ser corrigida através de instrumentos técnicos que visam aferir a capacidade contributiva de uma família.

É entendimento partilhado pelos modernos sistemas fiscais que as correções ao imposto, por motivo dos encargos familiares não se qualificam como benefícios fiscais, pois apenas refletem o reconhecimento da diminuição da capacidade contributiva. O objectivo é lograr um tratamento o mais equitativo possível, contemplando circunstâncias distintas como o número de filhos, existência de dois sujeitos passivos que auferem rendimento ou apenas um, natureza dos rendimentos, etc.

Depois de ampla reflexão, a Comissão propõe a introdução do quociente familiar, na medida em que se trata de um sistema que reflete, em maior medida face a outros modelos como aquele que

(12) N.º 5.3.1. do Relatório.

vinha sendo utilizado, das deduções à coleta, os efeitos sobre o rendimento das famílias, das crescentes necessidades económicas que acompanham o aumento do núcleo familiar.

Trata-se de um sistema originário em França em 1948, na situação de fragilidade económica e vazio demográfico do pós-guerra, com o objectivo de reduzir o impacto dos filhos sobre a capacidade contributiva através de um cálculo de imposto em função do número de dependentes a cargo. «*A poder de compra igual, taxa de imposto igual*»⁽¹³⁾.

26. Escala de equivalência⁽¹⁴⁾

O conceito conhecido como quociente familiar é designado como Escala de Equivalência em Ciências Sociais, onde tem uma história de mais de um século na literatura científica estudando a distribuição do rendimento e fenómeno como a pobreza. É possível considerar o quociente familiar como uma extensão do quociente conjugal utilizado no IRS.

Esta secção tem com objetivo apresentar muito sinteticamente os fundamentos de tal ideia, e apresentar uma estimativa dos efeitos da introdução do quociente familiar nas regras de determinação da coleta do IRS em Portugal.

As necessidades de uma família crescem com cada membro adicional mas não de forma proporcional, devido à existência de economias de escala no consumo, definidas pelo facto de os custos com necessidades como a habitação, electricidade ou o consumo de água não serem necessariamente três vezes maiores para uma casa com três membros do que para uma única pessoa.

As escalas de equivalência permitem comparações entre agregados familiares com diferentes dimensões e composições. A cada tipo de agregado familiar é atribuído um valor em proporção com

⁽¹³⁾ O seu introdutor ADOLPHE LANDRY, em 1945, economista e político de tradição socialista, especialista em estudos demográficos.

⁽¹⁴⁾ N.º 53.1. 1 e 2. do Relatório.

as suas necessidades. Os fatores comumente levados em consideração para atribuir estes valores são a dimensão do agregado familiar e a idade de seus membros (sejam adultos ou crianças).

Existem uma variedade de escalas de equivalência, nomeadamente:

- **ESCALA DE EQUIVALÊNCIA DA OCDE:** Atribui um valor de 1 para o primeiro membro da família, de 0,7 para cada adulto adicional e de 0,5 a cada criança (OCDE, 2014). Esta escala, também designada Escala de Oxford, foi sugerida pela OCDE em 1982 para utilização em países que não tenham estabelecido a sua própria escala de equivalência. Esta escala é também referida como “*old*” ou antiga escala da OCDE por ter sido modificada em muitos países posteriormente.
- **ESCALA MODIFICADA DA OCDE ou EUROSTAT:** A escala anterior foi amplamente usada nos anos 80 e 90 mas no final da década de 90 o EUROSTAT aprovou uma escala modificada que atribui um valor de 1 para o primeiro adulto da família, de 0,5 para cada membro adulto adicional e de 0,3 a cada criança (EUROSTAT, 2013). O INE segue esta escala modificada. A definição de rendimento por adulto equivalente refere-se ao resultado obtido pela divisão do rendimento líquido de cada família pela sua dimensão em número de adultos equivalentes e o seu valor atribuído a cada membro da família. É utilizada a escala de equivalência modificada da OCDE, a qual “*atribui um peso de 1 ao primeiro adulto de um agregado; 0,5 aos restantes adultos e 0,3 a cada criança, dentro do agregado*”.

Há ainda outras escalas, quer com origem em trabalhos académicos quer usadas por outras instituições internacionalmente, mas a prática atual nos países da União Europeia no que diz respeito à definição de políticas sociais, na produção de estatísticas e na realização de determinar a capacidade de pagamento de forma correta (dada pelo rácio Rendimento/quociente familiar). Com o quociente

familiar consegue-se alcançar uma melhor medida de progressividade do imposto, ao aplicar as taxas a uma capacidade contributiva real e não a um rendimento total que sobrestima o poder de compra de agregados familiares com dependentes. Como é óbvio, a introdução do quociente familiar conduzirá a uma redução dos montantes de IRS pagos para agregados com dependentes e como tal terá um efeito de incentivar a natalidade. No entanto, convém ter presente que esse efeito é uma consequência e não o ponto de partida da ratio para adotar o quociente familiar.

Apesar de ancorado na escala de equivalência do EUROSTAT⁽¹⁵⁾, a realidade portuguesa, as especificidades históricas do sistema fiscal português, bem como a lógica da reforma agora proposta, aconselham alguns ajustamentos ao quociente familiar. Assim, dado o precedente de o IRS utilizar quociente de 1 para declarações com um único sujeito passivo e quociente conjugal de 2 quando há dois sujeitos passivos, considera-se enraizada a atribuição de peso 1 ao segundo sujeito passivo numa declaração, pelo que se aplica o peso de 0,5 que a escala EUROSTAT reserva para um segundo adulto num agregado familiar. Esta opção é reforçada quando se tem em consideração que a reforma do IRS agora proposta torna a tributação separada a situação regra. Se o segundo adulto tivesse apenas um peso de 0,5 haveria uma discrepância potencialmente de grande dimensão entre o imposto a pagar por uma família tributada conjuntamente e por outra semelhante tributada separadamente.

Uma outra diferença ligeira face à escala EUROSTAT é que o quociente familiar agora proposto atribui um valor de 0,3 a todos os dependentes, o que significa que as idades abrangidas poderão ir até aos 25 anos. Considerou-se que seria problemático ter pesos diferentes para dependentes a partir dos 18 anos como seria o caso seguindo a escala EUROSTAT. Outra diferença entre o quociente familiar proposto e a escala EUROSTAT é que não se repercute no quociente familiar a eventual existência no agregado familiar de outros adultos, por exemplo ascendentes. Esta opção conservadora é feita para

(15) Pp. 61 e 62 do Relatório.

simplificar e, sobretudo, para limitar o impacto orçamental da mudança de regras, podendo ser alvo de modificação no futuro.

Se os sujeitos passivos apresentarem declarações separadas, cada dependente terá um peso de 0,15 no quociente familiar em cada uma das suas declarações.

Para permitir uma transição suave e sem grandes roturas, na proposta que agora se apresenta introduz-se uma cláusula limite, inspirada no sistema francês. Por comparação com as regras atualmente existentes cada agregado em tributação conjunta não poderá ter uma redução da coleta líquida de IRS superior a 1500€ (€ 750 no caso de tributação separada e 800€ para famílias monoparentais). Seria desejável que este limiar pudesse ser ampliado, logo que possível, para um valor na ordem dos 2.000€ por agregado familiar.

A introdução do quociente familiar reduz a coleta dos agregados familiares com dependentes. As estimativas feitas pela Comissão apontam para que, sem compensações, o quociente familiar reduza a receita em 301,16 M€. A distribuição estimada das reduções de IRS por declarações com diferentes números de dependentes pode ser vista no quadro seguinte.

Uma consequência da introdução do quociente familiar e da correspondente perda de receita pode ser a necessidade de se introduzirem medidas compensatórias. Caso se demonstre ser necessário, a Comissão propõe ajustar as deduções pessoais para compensar 50% da perda de receita e as deduções de saúde, habitação e educação para compensar os restantes 50%. Para concretizar este princípio estimaram-se os valores médios das deduções à coleta correspondentes a despesas de saúde, de educação e formação e com imóveis que teriam um impacto orçamental nulo se substituíssem as deduções de facto ocorridas. Posteriormente calculou-se o montante do ajustamento das deduções pessoais existentes e das deduções à coleta de saúde, educação e formação e de imóveis que compensaria a introdução do quociente familiar. Os resultados obtidos indicam que a necessidade de efetuar uma redução percentual das deduções pessoais de 14%, para gerar metade da compensação, e uma redução das deduções correspondentes à saúde, educação e habitação de 24,5% para se obter a compensação necessária restante.

A nossa estimativa, indica que os agregados sem dependentes em média terão um agravamento de € 46 na coleta líquida de IRS. Por outro lado, em média todos os agregados com dependentes beneficiam, com ganhos que muito tendencialmente serão crescentes com o número de dependentes.

Acresce dizer que em ponderação desta proposta a Comissão analisou três cenários do impacto orçamental da medida:

- i)* Um cenário de 100% de perda de receita da medida;
- ii)* Um cenário de 50% de perda de receita com a medida por compensação com redução das restantes deduções à coleta;
- iii)* Um cenário neutro sem perda de receita pela introdução do quociente.

A Comissão optou por não fixar na proposta qualquer valor uma vez que é uma opção política, porque se entende que essa decisão cabe ao legislador.

27. Vales sociais de educação (até aos 16 anos de idade)

A Comissão, ponderou medidas tributárias favorecedoras do aumento do rendimento disponível das famílias⁽¹⁶⁾.

Propõe-se assim, como medida de reforço do compromisso do Estado na adoção de soluções de utilidade social no esforço com a educação, ampliar a idade dos menores em relação aos quais é permitida a atribuição de vales sociais aos respectivos pais, vulgo denominados «ticket-infância», permitindo por isso que os mesmos se destinem também ao pagamento de escolas e não apenas de creches jardins-de-infâncias e lactários.

Estes vales não se integram no conceito de rendimento do trabalho dependente, ou seja, não estão sujeitos a imposto.

(16) Pp. 63 e 64 do Relatório.

Propõe-se o estabelecimento de um regime «ticket-ensino» ou «ticket-jovem» mediante a alteração do regime do Decreto-Lei n.º 26/99, de 20 de janeiro, no sentido da ampliação das entidades aderentes de modo a abranger as escolas, e da elevação da idade dos beneficiários, passando de menores de 7 a menores de 16 anos.

A não tributação destas quantias, na esfera do trabalhador, representa uma medida adequada ao esforço das famílias no contexto atual, simultaneamente constituindo uma medida de estímulo à documentação das despesas de educação.

28. O agregado familiar

A Comissão entendeu que por motivos constitucionais e legais, a previsão da tributação separada no âmbito do casamento e na união de facto, não deveria afetar ou provocar alterações na descrição do agregado familiar, tal como ela se encontra formulada no n.º 3 do art. 13.º do Código do IRS. Apenas de deveria prever um modo de repartição dos rendimentos e deduções dos dependentes entre os dois cônjuges de modo a assegurar a equidade entre os dois sistemas familiares de tributação (conjunta ou separada)⁽¹⁷⁾.

Em resultado das alterações propostas, os dependentes, de sujeitos passivos casados, não passam a fazer parte de mais do que um agregado familiar, mas podem integrar mais do que uma declaração de rendimentos, pelo que se estabelece também a forma de imputação do quociente familiar por dependente, em cada declaração. Deste modo, procurou-se assegurar a equidade da opção relativamente aos dependentes.

Trata-se de uma modalidade que, em concreto, seguindo o quociente conjugal e agora também familiar, assegura um nível de tributação, isto é, uma taxa marginal de imposto mais ajus-

(17) Vd. pp. 21 e segs. do Relatório.

tada à situação de cada um dos sujeitos passivos — se ambos são perceptores de rendimentos de níveis paralelos — em benefício da redução de impostos do agregado e, por outro lado, é aquela que viabiliza administrativamente o esforço de implementação de um regime efetivo de dispensa da entrega da declaração, nos casos em que estão reunidos os respetivos pressupostos, por aproximação do valor das retenções ao valor do imposto devido a final.

Deste modo, o acesso à tributação separada, ao ver da Comissão, também se integra na prossecução do dever de proteção da família que incumbe ao Estado, também no plano fiscal (art. 67.º, n.º 2, al. f) da CRP).

A partir de 2015 a taxa do IRS passou a depender da dimensão do agregado familiar, através de um quociente familiar. Os rendimentos são somados e depois divididos pelos membros do agregado, sendo a partir de cada um dos pais de um, e a dos filhos inferior a um.

Contudo, a dedução na base (por mínimo ou médio de existência) continuou, para os filhos, a ser inferior a dos pais.

29. Reforma do imposto sobre o património a nível da tributação da família

No âmbito da reforma da tributação do património (Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro) terminou-se com o imposto sobre sucessões e doações substituindo-o por um novo regime em imposto do selo com importantes incidências a nível da consideração do agregado familiar.

Passam a estar isentas de Imposto do Selo as doações ou sucessões por morte entre cônjuges ou unidos de facto, descendentes ou ascendentes. Tratando-se de doações de bens imóveis entre os referidos, o Imposto de Selo é aplicado à taxa de 0,8%.

Trata-se de um regime, muito louvável, que não se funda em qualquer benefício à família, mas antes na análise da capacidade contributiva. A sucessão de familiares justifica-se pelo facto de a pro-

priedade continuar a ser, ainda hoje, largamente familiar: usufruída, quando não constituída, pelo conjunto dos familiares mais próximos; tendo estes uma expectativa a recebê-la por morte do seu titular (formal). São, aliás, os mais idóneos, em princípio, para a administração desses bens sem perturbações sociais inconvenientes⁽¹⁸⁾.

Note-se que tem sido esta a percepção do Direito português. O imposto sucessório sobre descendentes só foi criado em 1910 (com a implantação da República).

E o Direito sucessório continua a estar assente na transmissão para descendentes e cônjuge.

30. O IMI Social

A partir de 2016 (inclusive) as famílias com filhos vão poder pagar menos de IMI se os municípios aderirem ao IMI familiar introduzido este ano (em 2015) no Orçamento do Estado.

Trata-se de uma medida fiscal que visa atender à capacidade contributiva (e simultaneamente prosseguir objectivos sociais) das famílias com filhos. O desconto sobre a taxa do IMI pode ir até 10% no caso de um filho; até 15% se são dois filhos; ou até 20% quando são três ou mais.

Estas reduções dependem da vontade dos municípios, tendo aderido já a elas cerca de um terço dos municípios portugueses.

Parece-me que se trata, antes de mais, de um problema de capacidade contributiva.

Uma família com três filhos que viva num espaço de cem metros quadrados, retira menos totalidades do que uma família de dois membros vivendo no mesmo espaço.

Deveria aplicar-se norma semelhante no caso de aquisição do imóvel, tributada em IMT.

⁽¹⁸⁾ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Direito de Família e das Sucessões*, Almedina, Coimbra e Del Rey, Belo Horizonte, 2.^a ed., p. 446.

31. O percurso da tributação dos familiares

1. Há que garantir igualdade de estatuto fiscal entre os cônjuges.
2. A família é um centro de imputação e de repartição de rendimentos. Assim, o objectivo final, a nível da capacidade contributiva, será o quociente familiar (eventualmente limitado por economias de escala ou para não abranger o investimento).
3. Os filhos devem gozar da mesma dedução na base (por mínimo de existência) do que os pais.
4. O imposto sobre a casa de morada de família deve ser modulado em atenção ao número de membros do agregado familiar.
5. Não deverá haver imposto sobre as transmissões a título gratuito para descendente ou cônjuge.
6. Os pais devem ver contemplado a nível fiscal, também no futuro, o seu investimento nos filhos o que lhes diminuiu e diminuirá a capacidade de ganhar (progredir na carreira, etc.).

Numa época em que a tarefa de substituir a geração é só assumida por alguns, é justo que também os impostos levem em conta este investimento.

Terminado em 01/11/2015

TEMAS DE DIREITO MARÍTIMO IV — O PORTO NO FRETAMENTO À VIAGEM(*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(**)*

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO. I. APRESENTAÇÃO DO NAVIO NO PORTO DE CARREGAMENTO. II. SEGURANÇA DO PORTO. A) Perante estipulação de que o navio deve proceder para porto, cais ou fundeadouro seguro. B) Na falta de estipulação. **III. CONTAGEM DA ESTADIA.** A) A fixação da estadia. B) Início da contagem da estadia. Navio chegado. Port charter e berth charter. C) Interrupções da contagem da estadia. D) Fim da contagem da estadia. **IV. DEMORA E DESPACHO.** A) Terminologia. B) Direito à compensação por demora. C) Contagem da demora. D) Construção do direito à compensação por demora. E) Direito a prémio por despacho.

INTRODUÇÃO

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 mer-

(*) Texto que serviu de base à comunicação proferida nas IV Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo realizadas, em outubro de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

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

cadoria determinada, mediante um frete calculado com base na quantidade de carga transportada ou globalmente fixado. Apesar de algumas legislações, entre as quais se conta a portuguesa, autonomizarem o contrato de fretamento relativamente ao contrato de transporte, à luz do regime aplicável é manifesto que a viagem que o “armador” se compromete a realizar mais não é que um serviço de transporte⁽¹⁾.

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 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. Uma vez que a predefinição da viagem ou viagens abrangidas é uma das notas do conceito de fretamento à viagem, *as questões relativas aos portos de carregamento e de descarga assumem especial importância nesta modalidade de transporte marítimo.*

Desde logo a diferenciação consoante as partes estipulem que o navio proceda para cais ou fundeadouros determinados; para portos, dentro dos quais o afretador deve indicar os cais ou fundeadouros para a realização das operações de carregamento e de descarga; ou para áreas geográficas, dentro das quais o afretador deve nomear os portos.

⁽¹⁾ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — “Contributo para a Reforma do Direito Comercial Marítimo”, ROA 60 (2000), pp. 1057-1210, 1078 e segs., e “O Direito Comercial Marítimo de Macau Revisitado”, ROA 62 (2002), pp. 427-438, 428 e segs. 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.

Em segundo lugar, a questão de saber se o afretador garante a segurança dos portos, cais ou fundeadouros estipulados.

Em seguida, o problema da determinação do momento em que o navio se considera chegado, ligado ao problema da contagem do tempo das estadias, i.e., do tempo que o afretador dispõe para realizar as operações de carregamento e de descarga.

Enfim, as questões da determinação da compensação devida ao transportador pelo tempo necessário para completar as operações de carregamento e de descarga após o decurso do tempo de estadia fixado bem como, eventualmente, do prémio devido ao afretador pela não utilização de todo o tempo de estadia fixado.

O presente estudo já não abrangerá as questões relativas à responsabilidade pelas operações de carregamento e de descarga.

III. 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 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. 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⁽²⁾. 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⁽³⁾.

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⁽⁴⁾.

A relevância prática do regime material português, contido no DL n.º 191/87, de 29/4, doravante designado 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*.

IV. Vou começar por examinar a apresentação do navio no porto de carregamento (I), para tratar em seguida da responsabilidade pela segurança do porto (II), da contagem das estadias (III) e da compensação por demora ou do prémio por despacho (IV).

I. APRESENTAÇÃO DO NAVIO NO PORTO DE CARREGAMENTO

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

(2) No mesmo sentido, Heinz PRÜSSMANN e Dieter RABE — *Seehandelsrecht*, 4.ª ed., Munique, 2000, Vor § 567, n.º 7.

(3) Ver *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15.ª ed., Londres, 2012, n.º 32-062; e LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra, 2015, p. 711.

(4) Ver, designadamente, PRÜSSMANN/RABE (n. 2) *loc. cit.*; e PIERRE BONASSIES e CHRISTIAN SCAPEL — *Droit maritime*, 2.ª ed., Paris, 2010, n.ºs 765 e segs.

conexo com um 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.

As estipulações sobre o período de apresentação do navio podem ser as mais variadas, designadamente quanto ao início do período⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾.

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*].

Na falta de estipulação em sentido diferente, mesmo que já se saiba que o navio não se pode apresentar antes da data de cancelamento, o transportador tem de proceder para o porto de carregamento e o afretador conserva a faculdade de rescindir o contrato até à chegada do navio. Só não é assim se o atraso, devido a eventos que não são imputáveis a qualquer das partes previstos na cartapartida [*excepted perils*], for suficiente para desencadear a cessação do contrato⁽⁷⁾. As cláusulas de cancelamento mais sofisticadas obrigam o afretador a declarar se exercerá esta faculdade a solicitação do transportador, prorrogando a data de cancelamento em caso de silêncio do afretador.

Nos casos menos frequentes em que o contrato não contenha estipulações nesta matéria, considera-se que o transportador assume

⁽⁵⁾ Ver YVONNE BAATZ, in *Maritime Law*, org. por Yvonne Baatz, 3.^a ed., Oxon e Nova Iorque, 2014, pp. 144 e segs.; BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.ºs 766 e segs.; e PRÜSSMANN/RABE (n. 2) § 567, n.ºs 1 e segs.

⁽⁶⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 144.

⁽⁷⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 12.^a ed. por SIR BERNARD EDER, HOWARD BENNETT, STEVEN BERRY, DAVID FOXTON e CHRISTOPHER SMITH, Londres, 2011, n.º 9-006.

implicitamente a obrigação de proceder para o porto de carregamento em tempo razoável, com o despacho exigível⁽⁸⁾. Caso contrário, o afretador pode rescindir o contrato se a conduta do transportador constituir uma *fundamental breach*⁽⁹⁾ ou considerar o contrato terminado se se verificarem os pressupostos da *frustration*⁽¹⁰⁾.

No caso de incumprimento culposo, o afretador também tem direito a indemnização. 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⁽¹¹⁾.

Perante a lei portuguesa serão aplicáveis as regras gerais sobre o incumprimento das obrigações (arts. 790.º e segs., CC)⁽¹²⁾. 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 ao início da viagem não imputável às partes e de impedimento à viagem por causa imputável ao transportador.

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.

⁽⁸⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 118, 136 e 141 e segs.

⁽⁹⁾ I.e., violação de uma cláusula “essencial” do contrato.

⁽¹⁰⁾ Verificação de um evento, não imputável a qualquer das partes e que não está previsto no contrato, que altera tão significativamente os direitos e obrigações contemplados pelas partes no momento da celebração que seria injusto considerá-las vinculadas ao contrato.

⁽¹¹⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 146.

⁽¹²⁾ 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).

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”.

Sem entrar num exame pormenorizado destes preceitos, observarei tão-somente que se referem apenas a casos de impossibilidade em que está “prevista” a data ou época da viagem, suscitando um problema de interpretação sobre o sentido dessa “previsão” e nada dispondo 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.

II. SEGURANÇA DO PORTO

A) Perante estipulação de que o navio deve proceder para porto, cais ou fundeadouro seguro

Usualmente as cartas-partidas estabelecem que os portos, cais ou fundeadouros em que as operações de carga terão lugar devem ser seguros. Estes locais só serão considerados seguros se no período relevante o navio puder alcançá-los, utilizá-los e sair deles sem que, caso não se verifique qualquer evento anormal, fique exposto a um perigo que não possa ser evitado por meio de uma boa navegação⁽¹³⁾.

Se o porto tiver de ser designado pelo afretador dentro de uma determinada área, ou o cais ou fundeadouro tiver de ser designado

(13) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-018.

pelo afretador dentro do porto, o sentido da estipulação é inequívoco: o afretador garante a segurança do local designado⁽¹⁴⁾.

Se o porto, cais ou fundeadouro forem indicados na carta-partida, já pode haver hesitações, que terão de ser resolvidas à luz da interpretação do contrato. Em caso de dúvida, parece de entender que a cláusula tem o sentido de uma garantia de segurança dada pelo afretador⁽¹⁵⁾.

B) Na falta de estipulação

Na falta de estipulação sobre a segurança no porto, o regime jurídico aplicável não é claro. Se o porto, cais ou fundeadouro forem indicados na carta-partida, ou designados pelo afretador de entre os indicados na carta-partida, parece que o afretador não pode ser responsável pela falta de segurança do porto, cais ou fundeadouro indicados. Com efeito, o transportador tem neste caso de averiguar se os locais de carregamento ou descarga são seguros para o seu navio⁽¹⁶⁾. Já parece de presumir que o afretador garante a segurança do porto, cais ou fundeadouro que sejam por si designados ao abrigo de uma faculdade consagrada na carta-partida⁽¹⁷⁾.

III. CONTAGEM DA ESTADIA

A) A fixação da estadia

No fretamento à viagem, o frete pago pelo afretador cobre, entre outros custos, os custos de exploração do navio e as despesas portuárias relativas ao navio durante os períodos de tempo permiti-

⁽¹⁴⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-009.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-011.

⁽¹⁷⁾ Ver BAATZ (n. 5) 138 e ss.; e *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-010, e casos aí referidos.

dos para o carregamento e a descarga. 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⁽¹⁸⁾.

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*⁽¹⁹⁾.

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)⁽²⁰⁾. Os critérios enunciados correspondem ao padrão internacional, mas a atribuição ao transportador de um papel privilegiado na sua concretização não parece justificada.

B) Início da contagem da estadia. Navio chegado. Port charter e berth charter

O início da contagem a 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⁽²¹⁾.

A determinação da chegada do navio é o pressuposto que suscita mais dificuldades.

O navio tem frequentemente de aguardar o seu lugar no cais ou fundeadouro onde vai realizar as operações de carga, permanecendo num lugar de espera mais ou menos afastado desse cais ou fundeadouro. As questões de saber se o navio se considera chegado

⁽¹⁸⁾ Ver, designadamente, PRÜSSMANN/RABE (n. 2) § 568 n.ºs 3 e segs.; e BONASIES/SCAPEL (n. 4) n.º 796.

⁽¹⁹⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 14-044-14.046.

⁽²⁰⁾ Ver também art. 6.º/1/e sobre os elementos que a carta-partida deve conter.

⁽²¹⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 165.

quando acede ao lugar de espera e qual das partes suporta o risco de congestionamento têm enorme importância prática e deram lugar a jurisprudência estadual e arbitral nem sempre uniformes e constantes.

Para a apreciação deste pressuposto é importante distinguir conforme a carta-partida estabelece que as operações de carga têm lugar num determinado porto ou num determinado cais ou fundeadouro [berth]. Fala-se a este propósito de *port charters* e de *berth charters*.

Num *berth charter*, na falta de estipulação em contrário, o transportador suporta o risco de congestionamento. Por conseguinte, o navio só se considera chegado quando puder aceder aos cais ou fundeadouro definido no contrato⁽²²⁾.

Num *port charter*, na falta de estipulação em contrário, o risco de congestionamento é, em regra, suportado pelo afretador. Se o lugar usual de espera estiver situado dentro dos limites do porto⁽²³⁾, é indubitável que o navio se considera chegado quando alcance o lugar de espera⁽²⁴⁾.

A situação já não é inteiramente clara quando o lugar usual de espera se situe fora dos limites do porto. A jurisprudência dos tribunais ingleses aponta no sentido de o navio só se considerar chegado quando aguarde a sua vez para realizar as operações de carga dentro dos limites do porto⁽²⁵⁾. Pelo menos perante cartas-partidas que estipulam que o aviso de pronto pode ser dado “upon arrival at customary anchorage (...) berth or no berth”, a jurisprudência da

(22) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 9-047-9-048.

(23) Os limites do porto podem ser entendidos em sentido comercial, i.e., de acordo com o entendimento geral dos carregadores, afretadores e armadores, ou sem sentido jurídico (“legal, fiscal e administrativo”), abrangendo então a área em que a autoridade portuária regula e controla o movimento dos navios. A jurisprudência inglesa não é inequívoca sobre o sentido relevante para efeito de considerar o navio chegado — cp. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-049; BAATZ (n. 5) 165-166; PRÜSSMANN/RABE (n. 2) § 567 n.º 13; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4) n.º 790. Para um exame desenvolvido da jurisprudência inglesa e das dificuldades de interpretação que suscita, ver DONALD DAVIES — *Commencement of Laytime*, 4.^a ed., Londres, 2006, 3 e segs.

(24) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 9-049-9-050, mas admitindo a relevância de uso do porto em sentido diferente.

(25) Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-050.

arbitragem londrina tem considerado o navio chegado quando alcança o lugar usual de espera mesmo que este se situe fora dos limites do porto⁽²⁶⁾. A jurisprudência arbitral alemã tem admitido mais amplamente esta solução⁽²⁷⁾. O mesmo resulta da definição de porto que consta das *BIMCO Laytime Definitions for Charter Parties 2013*⁽²⁸⁾.

Qual a solução mais justa?

Em minha opinião, a circunstância de o lugar usual de espera se situar dentro ou fora dos limites do porto é inteiramente secundária. O que conta, do ponto de vista da economia do contrato, é que o transportador cumpriu a sua obrigação de proceder para o porto de carregamento ou de descarga, e que é arbitrário que a colocação do risco de congestionamento dependa do lugar de espera se situar dentro ou fora dos limites do porto.

O argumento de que aceitar o navio como chegado quando ele se encontre no lugar usual de espera fora dos limites do porto obrigaria o afretador a suportar como tempo de estadia no porto o tempo utilizado para proceder do lugar de espera para o local onde se realizam as operações de carga, que integra a viagem, não procede, porque na falta de estipulação em contrário este tempo nunca conta para a estadia⁽²⁹⁾.

Em qualquer caso, é prudente que o transportador faça inserir uma cláusula clarificadora na carta-partida, designadamente a faculdade de apresentar o aviso de pronto “*whether in port or not*”.

O transportador deve dar um aviso da prontidão do navio [*notice of readiness*]. O aviso de pronto não está sujeito a forma legal⁽³⁰⁾. É frequente que as cartas-partidas estabeleçam que o

⁽²⁶⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 165-166.

⁽²⁷⁾ Cf. PRÜSSMANN/RABE (n. 2) § 567 n.º 14.

⁽²⁸⁾ “PORT shall mean any area where vessels load or discharge cargo and shall include, but not be limited to, berths, wharves, anchorages, buoys and offshore facilities as well as places outside the legal, fiscal or administrative area where vessels are ordered to wait for their turn no matter the distance from that area”, in <https://www.bimco.org/Chartering/Clauses_and_Documents/Clauses/Laytime_Definitions_for_Charter_Parties_2013.aspx>.

⁽²⁹⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 170.

⁽³⁰⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 9-064.

aviso de pronto deva ser dado por escrito, que a contagem da estadia só se inicie num período subsequente à entrega do aviso de pronto, mas também que o tempo utilizado antes do início da estadia seja nela computado.

Em terceiro lugar, o navio tem de estar efetivamente pronto para realizar as operações de carga no momento em que é dado o aviso de pronto, sob pena de este ser inválido. Esta invalidade tem um regime específico: não se sana com a posterior prontidão do navio, obrigando à entrega de um novo aviso de pronto. A invalidade pode entretanto ser sanada se o aviso for aceite pelo afretador ou pelos seus agentes ou se houver uma renúncia ao aviso de pronto (como sucede, designadamente, no caso de início das operações de carga, pelo menos na falta da formulação de qualquer reserva pelo afretador)⁽³¹⁾.

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 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)⁽³²⁾. É uma solução razoável, mas que deveria ser complementada pela contagem do tempo utilizado antes do início da estadia.

C) Interrupções da contagem da estadia

A estadia conta-se continuamente e só se interrompe quando se verificarem exceções contratualmente estipuladas, impossibili-

⁽³¹⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 9-064-9-066; e BAATZ (n. 5) 166 e segs.

⁽³²⁾ 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).

dade jurídica, atrasos imputáveis a facto culposo do transportador ou outros eventos que desencadeiem a *frustration* do contrato⁽³³⁾.

Em princípio, as cláusulas gerais contendo exceções, i.e., eventos que não são considerados imputáveis a qualquer das partes, não são relevantes para a contagem da estadia, mas, em última análise, trata-se de um problema de interpretação do contrato⁽³⁴⁾.

Como exceções frequentes à contagem contínua da estadia contam-se as estipulações de que só contam “dias de trabalho” [*working days*] ou “dias de trabalho permitidos pelo tempo” [*weather working days*], caso em que não contam os dias em que normalmente não se trabalha no porto bem como os períodos em que as condições meteorológicas não teriam permitido o trabalho e este de facto não se realizou⁽³⁵⁾.

A lei portuguesa, afastando-se dos padrões internacionais e entrando mesmo em aparente contradição com a qualificação 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).

D) *Fim da contagem da estadia*

Na falta de estipulação em sentido diferente, *a estadia termina quando se completam as operações de carregamento ou de descarga*. Caso se registe, depois de completadas estas operações, um atraso do navio, por exemplo, por falta de instruções do afretador ou por atraso na entrega dos documentos da carga, o afretador fica obrigado a indemnizar o transportador pelo atraso verificado⁽³⁶⁾.

Algumas cartas-partidas contêm disposições sobre o fim da contagem da estadia, por exemplo, no momento em que os documentos da carga são recebidos a bordo ou, relativamente a petroleiros, no momento em que as mangueiras são desconectadas.

⁽³³⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 14-034.

⁽³⁴⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.º 14-013; e BAATZ (n. 5) 170.

⁽³⁵⁾ Cf. BONASSIES/SCAPEL (n. 4), n.º 796.

⁽³⁶⁾ Cf. BAATZ (n. 5) 172.

IV. DEMORA E DESPACHO

A) Terminologia

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 “sobredemora” (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.

B) Direito à compensação por demora

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 qualificada como uma fixação contratual da indemnização devida pelo incumprimento do contrato resultante de ter sido excedido o tempo permitido para as operações de carga⁽³⁷⁾, que corresponde grosso modo à nossa *cláusula penal com função indemnizatória*⁽³⁸⁾. Também é esta conceção dominante nos EUA⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7), n.º 14-001.

⁽³⁸⁾ Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, p. 247.

⁽³⁹⁾ Cf. “Demurrage”, in *Black’s Law Dictionary*, 8.ª ed, St. Paul, MN, 2005; e HANS-JÜRGEN PUTTFARKEN — *Seehandelsrecht*, Heidelberg, 1997, p. 138.

Se não for estipulada a compensação devida em caso de demora, o afretador é obrigado a indenizar pela detenção do navio [*damages for detention*], mas neste caso recai sobre o transportador o ónus da prova do prejuízo sofrido⁽⁴⁰⁾.

Diferentemente, nos Direitos português (Preâmbulo e art. 13.º/1 da Lei do Contrato de Fretamento), alemão e francês a compensação por demora é qualificada como um *suplemento do frete* que remunera o prolongamento do período em que o navio fica à disposição do afretador⁽⁴¹⁾.

Assim, perante o Direito português, não é aplicável o regime da cláusula penal à estipulação contratual da compensação devida por demora, designadamente quando prevê a possibilidade de redução da cláusula penal manifestamente excessiva. É ainda de observar que a qualificação como cláusula penal teria consequências particularmente gravosas no nosso Direito, que determina que o credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo sofrido com o incumprimento da obrigação principal (art. 811.º/3, CC).

Como é assinalado mais adiante (D), esta diferença de qualificação não tem consequências evidentes numa divergência de regimes aplicáveis à estipulação contratual da compensação por demora e, por conseguinte, não afeta necessariamente a construção científica do direito à compensação por demora.

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⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cf. BAATZ (n. 5), 172.

⁽⁴¹⁾ Ver RENÉ RODIÈRE e EMMANUEL DU PONTAVICE — *Droit maritime*, 12.^a ed., Paris, 1997, n.º 309; PRÜSSMANN/RABE (n. 2), § 567, n.º 55; PUTTFARKEN (n. 39), p. 138; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4), n.º 801.

⁽⁴²⁾ Neste sentido, LIMA PINHEIRO (n. 1), p. 1161.

C) *Contagem da demora*

Quanto à contagem da demora vale a máxima “uma vez em demora sempre em demora” [*once on demurrage always on demurrage*] que significa que, na falta de estipulação inequívoca em contrário, a demora conta-se continuamente, não sendo tidas em conta as exceções aplicáveis à contagem da estadia. Só não conta como demora o tempo perdido devido a factos imputáveis a facto culposo do transportador⁽⁴³⁾.

Este regime é inteiramente lógico: excedido o tempo permitido para as operações de carga, que o transportador teve em conta no seu cálculo do frete, a compensação deve cobrir todo o tempo que decorra até ao fim das operações de carga. Não faria sentido, por exemplo, descontar dias de descanso ou períodos de chuva.

D) *Construção do direito à compensação por demora*

O problema da *construção científica de uma realidade jurídica*, tradicionalmente designada natureza jurídica, é frequentemente confundido com a qualificação. Mas enquanto na qualificação se trata de reconduzir um facto a uma previsão normativa e, por conseguinte, determinar o regime aplicável, na construção está em causa a recondução de uma realidade jurídica, à luz do regime aplicável, a um conceito científico.

Perante o conteúdo típico do contrato de fretamento, modelado pelas cláusulas usuais e pelo Direito que na maior parte dos casos é aplicável, o direito à compensação por demora não depende de uma conduta ilícita e culposa do afretador e, por conseguinte, *não se trata de uma indemnização por incumprimento ou por mora do credor* (falta de colaboração do afretador na realização das operações de carga durante o período permitido para a estadia) mas de um *suplemento do frete*⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Cf. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 14-009-14-011; e BAATZ (n. 5), 171.

⁽⁴⁴⁾ É controverso se a mora do credor pressupõe a culpa, mas em qualquer caso, a obrigação de compensação por demora a que é adstrito o afretador não depende de falta de motivo justificado para o prolongamento da estadia. Ver, em geral, sobre a mora do credor,

Nos casos excepcionais em que não se estipule a compensação devida e em que seja aplicável um Direito, como o inglês, que atribua uma “indenização por detenção do navio”, parece que a obrigação do afretador também não depende de uma conduta ilícita e culposa⁽⁴⁵⁾, razão por que não pode ser reconduzida ao nosso conceito de indenização por incumprimento ou por mora do credor, mas também não constitui um suplemento do frete, visto que pressupõe que o transportador faça a prova de um prejuízo (*supra* B).

E) *Direito a prémio por despacho*

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⁽⁴⁶⁾.

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)⁽⁴⁷⁾. 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 ocupação para o navio). Deve caber às partes a iniciativa de estipular eventuais incentivos ao aceleração das operações de carga, caso o considerem conveniente.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO — *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II — *Direito das Obrigações*, Tomo IV, Coimbra, 2010, pp. 127 e segs., com mais referências.

⁽⁴⁵⁾ Tal pressuposto não é referido por *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (n. 7) n.ºs 14-011 e segs., nem por BAATZ (n. 5), 163 e 171-172.

⁽⁴⁶⁾ Cf. BAATZ (n. 5), 164; PRÜSSMANN/RABE (n. 2), § 567, n.º 52; e BONASSIES/SCAPEL (n. 4), n.º 807.

⁽⁴⁷⁾ Ver também art. 6.º/g sobre os elementos da carta-partida.

“THIRD PARTY FUNDING” OU O FINANCIAMENTO DE LITÍGIOS POR TERCEIROS EM PORTUGAL

Pelo Dr. Duarte Gorjão Henriques⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II.** O modelo de negócio de “Third Party Funding”. **III.** Desenvolvimento da actividade de financiamento de litígios. **IV.** Os financiadores e o mercado de financiamento de litígios. **V.** Problemas e desafios enfrentados na “litigation finance”. **VI.** A definição de “third party funder”. **VII.** Os “Third Party Funders” e os conflitos de interesses dos árbitros. **VIII.** Third party funders e sigilo profissional de advogados. **IX.** Custos, responsabilidade pelos custos e caução para custos. **X.** A extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores. **XI.** “Third party funders” e “security for costs”. **XII.** Ausência de regulamentação. **XIII.** Panorama Português. **XIV.** O licenciamento da actividade. **XV.** Os desafios ligados à deontologia da profissão de advogado. **XVI.** Usura. **XVII.** “Comoditização” da justiça. **XVIII.** Concluindo — Portugal é um bom mercado para os “third party funders”?

⁽¹⁾ Advogado e árbitro <www.bch.pt>.

O autor é também membro da “Joint ICCA (International Council for Commercial Arbitration) & Queen Mary University of London Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”. No entanto, os pontos de vista e opiniões aqui expressadas apenas podem ser atribuídas ao autor e vinculam apenas este, não vinculando nem representando qualquer opinião ou ponto de vista que tenha sido apresentado no âmbito da referida Task Force.

I. Introdução

1. A temática do financiamento de litígios por terceiras entidades (ou “third party funders” na expressão anglo-saxónica) tem sido objecto de escassa atenção no nosso ordenamento jurídico. A literatura jurídica resume-se a um artigo⁽²⁾ ou a uma breve referência em algumas obras dedicadas à arbitragem. Quanto à nossa jurisprudência, tanto quanto se sabe, o assunto nem sequer chegou a ser abordado de uma forma superficial. Finalmente, a regulamentação legal é completamente omissa.

No entanto, o mercado jurídico português constitui um exemplo onde este modelo de negócio poderá florescer. Com efeito, na sua génese está a impossibilidade de uma das partes num litígio acorrer a todas as necessidades financeiras para promover e prosseguir uma demanda de que seja titular contra um terceiro. Não raro, um dos “activos” mais valiosos de uma empresa, quando não o “único” activo, consiste justamente num direito à acção contra outrem. Porém, o pagamento de custas judiciais, bem como dos honorários de advogados e de outros técnicos torna virtualmente impossível à parte titular de tal direito à acção exercê-lo efectivamente.

Evidentemente que no contexto estrito do direito interno, o montante de preparos de custas processuais não é especialmente dispendioso, ainda que os valores dos pedidos a formular sejam colossais.

A surpresa, contudo e na maior parte das vezes, vem no fim.

Por outro lado, outro dos custos assinaláveis nos litígios é justamente o dos honorários com advogados e outros intervenientes como técnicos, peritos, pareceres e certos meios de prova. Tais custos, quando não sejam ou não possam ser mitigados ao abrigo de acordos particulares de pagamento de honorários (como por exemplo os “fees” de sucesso, quando admissíveis) têm um impacto imediato no início do processo.

(2) Exemplo pioneiro parece ser o de ANTÓNIO PINTO LEITE, in “Third-Party Funding as a Joint Venture and not as a mere finance agreement: the independency and impartiality of the arbitrators”, “VII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial — Intervenções”, Almedina, Julho 2014, at. 105 e segs.

Se este é o panorama numa acção judicial, as dificuldades podem agudizar-se quando nos movemos para o domínio da arbitragem (onde os custos iniciais são claramente superiores) ou no campo do contencioso internacional.

O impacto que estas circunstâncias podem ter em empresas exportadoras ou que por outra forma desenvolvem projectos internacionais não é de todo desprezível.

Trata-se em qualquer caso de um problema de acesso ao direito e à justiça.

Mas não é só a impecuniosidade que justifica o aparecimento deste modelo de financiamento de litígios. Também preocupações de gestão de tesouraria ou de aplicações de recursos financeiros podem tornar mais apetecível o recurso ao financiamento de litígios por terceiros. A realização imediata de uma entrada de caixa como produto de um financiamento da acção também forma parte das razões que estão na base do recurso a este modelo.

2. É neste contexto que surge o modelo de negócio de financiamento de litígios por terceiros (“third party funding”).

Originariamente surgido e difundido nos Estados Unidos no seio do contencioso judicial (“litigation funding”) nos finais do século passado, não só depressa se difundiu noutras jurisdições (Reino Unido, Austrália e Alemanha) como se tornou particularmente popular no domínio da arbitragem, particularmente na arbitragem comercial internacional e, mais recentemente, na denominada arbitragem de protecção de investimentos estrangeiros.

3. Abaixo descreverei mais detalhadamente este modelo de negócio e abordarei o seu enquadramento jurídico no domínio do direito português mas, desde já, impõe-se uma brevíssima descrição do mesmo. Simplisticamente, pode dizer-se que se trata de uma fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da acção, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse

“investimento” caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir.

Aparentemente, parece que estamos perante um pacto de “quota litis”, uma variante de “partilha de honorários” ou simplesmente um negócio cujo objeto é a “comoditização” (perdoe-se o anglicismo) de uma acção judicial ou arbitral. No final, contudo, poder-se-á concluir que se trata de uma verdadeira forma de financiamento com a particularidade do seu reembolso ser incerto no *se quando* e no *quanto*.

Esta nova realidade pode apresentar-se como um desafio no plano do nosso direito constituído e efectivamente tem levantado vários desafios no domínio da arbitragem internacional.

É justamente sobre estes desafios que me proponho escrever e tecer algumas considerações. Antes disso, porém, desde já deixaria a nota de que a abordagem aqui ensaiada tem por objectivo principal o enquadramento do tema no âmbito do direito da arbitragem, embora a mesma abordagem possa ser transposta para o campo do contencioso judicial.

II.

O modelo de negócio de “Third Party Funding”

4. Ao falar de modelo de negócio comete-se desde logo uma imprecisão. É que não existe um só modelo de negócio de financiamento de litígios por terceiros. É, além disso, questionável que o financiamento não existisse já — e não continue a existir — sob diversas formas e praticado por diversos tipos de entidades, umas ligadas ao processo, outras não.

5. Como se referiu, o modelo mais popular e de mais fácil descrição consiste no seguinte. A empresa de financiamento procede ao adiantamento de fundos para despesas (aí se incluindo todas as despesas, pagamentos de honorários de peritos e advogados e adiantamentos para preparos das custas processuais) sem garantia de reembolso pelo cliente (parte no processo). Apenas em

caso de sucesso o financiador será reembolsado pelas despesas incorridas e obterá uma fatia dos resultados do processo ou um “fee” de sucesso (ou uma combinação de ambos), geralmente em valores monetários mas podendo também consistir na entrega de bens ou “comodities”.

Interessante de observar são as fórmulas ou *ratios* de participações que geralmente se encontram. A maioria dos “funders” tem um patamar mínimo de investimento. Na medida em que estão associados a uma operação que envolve risco, contemplam apenas pedidos indemnizatórios mínimos (o mais comum é de USD 10 milhões) para uma projeção de investimento que pode ascender a USD 2 milhões, aplicando depois um factor “3X” de participação nos resultados (isto é, esperam receber três dólares por cada um que investirem). Este modelo participativo é muitas vezes submetido a uma tabela de variação de resultados em função da fase em que o direito exercido na ação é recuperado e o tempo que demora a ocorrer tal evento.

Naturalmente, os modelos de investimento podem ser dirigidos para segmentos de mercado mais arrojados, admitindo-se investimentos em pedidos inferiores a USD 1 milhão e/ou factores que podem ascender a “20X” (vinte por cada dólar investido). Deste modo, não é de todo impensável os financiadores virem a receber partes superiores a 50% do montante que vier a ser determinado pelo juiz ou pelo tribunal arbitral, o que apenas numa fase inicial de apreciação pode causar estranheza: na verdade, trata-se de um financiamento a fundo perdido.

Esta realidade, contudo, não é de todo desconhecida do mundo financeiro, onde projectos de “private equity” podem atingir estes “ratios” de múltiplos de três.

Sem prejuízo, o crescimento de um particular mercado e uma dispersão de riscos obtida neste tenderá a forçar um decréscimo destas percentagens nos resultados, admitindo alguns “funders” que, presentemente, em mercados como o norte-americano ou inglês, estejam já a aplicar modelos “2X” (dois dólares a receber por cada um que tiver sido investido).

6. Como é lógico, embora estes investimentos possam ser encarados pelos “funders” numa lógica de “portfólio”, de tal forma

que se mitigam e mutualizam os riscos pela sua acumulação e dispersão (exactamente à semelhança do que sucede com a actividade seguradora), a verdade é que eles são objecto de sérias e aprofundadas diligências de variado nível: não só a situação contabilística e financeira da sociedade financiada é objecto de escrutínio, como também se procede à elaboração de uma “due dilligence” de carácter jurídico ao processo, à probabilidade de sucesso e à capacidade de recuperação do montante decorrente da condenação em face do devedor da decisão final. Sobre estes elementos são aplicadas taxas de probabilidade comparadas com o esforço e duração do investimento. Apesar da aparente facilidade de descrição do processo de investimento, a operação que leva à decisão deste é tudo menos de fácil demonstração.

Em todo o caso, da realização destas operações de averiguações pode desde já intuir-se o nascimento de alguns problemas que rodeiam a actividade de financiamento de litígios por terceiros. Em que medida os financiadores, que recebem informação privilegiada dos potenciais financiados, estão vinculados a deveres de sigilo? Sabendo a contra-parte que a outra procurou financiamento junto de “funders”, que tipo de informações e documentos pode exigir que sejam prestados por estes? Qual o impacto que uma decisão de não financiamento pode ter na percepção do mérito do pedido?

7. Estes, como se disse, são os contornos que se podem apelar de “correntes” do “third party funding”.

Contudo, o desenvolvimento dos mercados, especialmente, dos mercados de capitais, levou a construir e desenvolver diversas outras formas de financiamento de tal forma que não faltam instituições financeiras que inicialmente poderiam ser apelidadas de “third party funders” mas que actualmente recusam tal qualificação por se considerarem nada mais que meros veículos de um novo produto de financiamento, apenas em parte diferente do que já existe e vai sendo criado no mercado para disponibilizar às empresas e agentes económicos. O caso da Tenor Capital e do financiamento concedido à empresa “Crystallex” é um exemplo claro da dinâmica que os mercados de capitais imprimem aos negócios da “economia real” e de como um financiamento de um litígio pode assumir proporções e conteúdos diversos.

Dado o carácter e divulgação que este caso tem merecido, justifica-se dar aqui uma breve nota sobre o desenvolvimento e contornos deste financiamento.

8. A empresa canadiana Crystallex havia sido expropriada da sua unidade de exploração mineira na República Bolivariana da Venezuela, tendo por isso iniciado uma arbitragem junto do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (vulgarmente denominada “arbitragem de investimento” ou “arbitragem ICSID”)⁽³⁾. Posteriormente, a Crystallex procurou obter financiamento através da emissão de títulos de dívida no montante de USD 120 milhões destinados ao pagamento a credores e a fazer face às despesas do processo da arbitragem de investimento. Não tendo obtido sucesso nessa operação, a empresa entrou em processo de insolvência e solicitou ao tribunal canadiano que concedesse autorização para obter financiamento alternativo, para ambas as finalidades apontadas. Foi então autorizada a realização de uma operação de financiamento que envolvia a injeção de capital na empresa dirigida a pagamento de credores, desenvolvimento das operações da empresa e promoção da arbitragem de investimento. Neste financiamento, a entidade financiadora (“Tenor Capital”), além de obter diversas garantias para pagamento dos seus créditos, nomeou também dois dos cinco membros do conselho de administração da empresa supervisionada. A particularidade deste financiamento reside na circunstância de uma parcela do financiamento ser objeto de liquidação em termos similares aos financiamentos obtidos nos mercados financeiros (liquidação de capital e juros) e a outra estar submetida ao regime puro do “third party funding”, ou seja, está submetida ao risco associado ao resultado do processo.

9. Noutro quadrante, da consideração do modelo “Crystallex” e das dificuldades levantadas à definição do que é um “third party funder” e o que é “third party funding”, decorre a conclusão de que existe uma multiplicidade de formas de financiamento e do

⁽³⁾ Regime instituído pela Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965.

tipo de financiadores. Na verdade, equaciona-se a necessidade de estender estes conceitos aos sócios e accionistas que providenciam directa ou indirectamente pelo financiamento de litígios de participadas, aos “hedge funds” que investem em acções numa pura lógica de investimento de risco, a Organizações não Governamentais que dão suporte a causas e até aos próprios advogados que aceitam trabalhar num modelo de “contingent fees” ou “quota litis”.

10. De outro lado ainda, pode dar-se uma nota da forma como o investimento é realizado, ou seja, a forma como os financiadores fazem chegar as verbas investidas aos seus financiados. É neste ponto que os advogados e representantes de partes assumem um papel essencial. Quanto aos custos das acções (despesas ou encargos e adiantamento de custas processuais), é facilmente perceptível que as verbas podem ser — e na maior parte das estruturas negociais efectivamente são — liquidadas mediante a apresentação de facturas, sendo o “funder” a entidade que controla os fluxos de pagamento. Da mesma forma, muitas vezes isto sucede com os próprios advogados, que facturam ao “funder” e deste modo acabam por intervir também como parte contratante no contrato de “funding” a celebrar entre financiador e cliente.

Admitem-se também situações em que o “funder”, ao invés de disponibilizar uma linha de crédito para custeamento de despesas, pura e simplesmente faz uma alocação global da verba financiada, sendo o cliente que gere os fluxos financeiros.

11. Em suma, os modelos de negócio do financiamento de litígios por terceiros são tudo menos homogéneos e a dinâmica imposta pelos respectivos agentes está longe de se encontrar em marcha lenta de modo que, para o que agora nos interessa, apenas poderemos apontar um traço tendencialmente comum neste modelo de negócio: trata-se de um investimento numa ação (judicial ou arbitral)⁽⁴⁾ contra uma retribuição que tendencialmente constituirá

(4) Prescinde-se aqui do aprimoramento jurídico de se considerar que o que pode ser objeto do negócio não será a “ação” em si mas as pretensões de direitos ali exercidas, de tal forma que não é admissível no nosso direito uma cessão de uma posição jurídico-

uma fracção dos resultados (dos “proceeds”) auferidos pelo financiado.

Sem qualquer surpresa, não é de estranhar que alguns financiadores já se encontrem a invocar esta diversidade de modelos de negócio, provavelmente para desviar a atenção e afastar algumas preocupações e suspeitas que sobre eles são lançadas e para a partir de aí formular outras designações. É desta forma que se ouvem alguns desses agentes falar que o mercado não respeita tanto a “third party funding” mas antes a uma categoria mais abrangente de “litigation finance” (esta envolvendo qualquer tipo de mecanismo de resolução de litígios, não se restringindo ao contencioso).

III.

Desenvolvimento da actividade de financiamento de litígios

12. Se o financiamento de litígios por terceiras entidades tiver de ser definido nos termos abrangentes que são propostos por alguns agentes no mercado, o seu registo histórico provavelmente perder-se-á no tempo, não sendo possível identificar o início desta actividade. Muito seguramente conseguiremos descortinar indícios da sua existência na Grécia Antiga, onde surgem referências à prática da “sykophanteia”, ou no direito romano, onde o “calumniator” (aquele que inicia uma ação em nome de outrem) era alvo de censura. O fenómeno foi tomando mais visibilidade na Idade Média, à medida em que foram sendo desenvolvidas as teorias anglo-saxónicas da “champerty and maintenance”, de acordo com as quais era proibido a sustentação de uma ação por uma pessoa que não tivesse interesse nela (“maintenance”) ou por quem, além disso, pretendesse lucrar com essa ação (“champerty”)(⁵).

-processual desacompanhada de uma causa (por exemplo, transmissão de um imóvel em litígio ou cessão de direitos litigiosos).

(⁵) Ver o interessante estudo de MAX RADIN, *Maintenance by Champerty*, 24 Californian Law Review, 48 (1935). Para mais desenvolvimentos, cf. JASON LYON, “Revolution in Progress: Third-Party Funding of American Litigation”, UCLA Law Review 571

Na sua configuração moderna, porém, o fenómeno do financiamento de litígios por terceiros é considerado como tendo surgido nos finais dos anos noventa do século passado, desenvolvendo-se como uma forma de financiamento que ultrapassa os constrangimentos legais que se vinham impondo à dita “champerty and maintenance”. Com eventual prejuízo para o rigor da reconstituição histórica e jurídica, pode-se afirmar ter sido um movimento, bem sucedido, de contorno da proibição do referido instituto anglo-saxónico. É compreensível, por isso, que tenha surgido nas jurisdições da “common law”, existindo referências à sua aceitação em Inglaterra e Gales desde 1967, embora a jurisprudência só tenha passado a aceitá-la com valor de precedente no caso *Arkin v Borchard Lines Ltd & Others*⁽⁶⁾. Alguns anos mais tarde, esta prática foi expressamente tratada e, de algum modo, suportada, no “Review of Civil Litigation Costs: Final Report” (denominado “Jackson Report on Litigation Costs”), conduzido por Lord Justice Jackson sob comissão do Ministério da Justiça do Reino Unido.

13. De todo o modo, a verdadeira revolução na indústria havia começado antes quando, nas vésperas do Natal de 2007, a empresa financiadora Juridica Investments foi admitida à cotação na *London Stock Exchange’s Alternative Investment Market*, sendo posteriormente seguida pela admissão, nessa mesma bolsa, da Burford Capital, o que sucedeu em Outubro de 2009, através do lançamento de uma oferta pública de subscrição com capitalização bolsista de 80 milhões de Libras Esterlinas. Tendo em vista dar apenas uma ideia, o volume de investimentos deste “funder” ascende actualmente a USD 500 milhões.

Actualmente, a prática do “third party funder” é admitida expressamente em várias jurisdições, como a Austrália, Estados Unidos e Inglaterra e Gales, como se viu, sendo também permitida (embora sem expressa previsão legal) no espaço Europeu. Sem pre-

(2010), pp. 572 e segs. Quanto à definição de “maintenance and champerty” veja-se “Black’s Law Dictionary” 262 (9.^a ed., 2009).

(6) [2005] EWCA Civ. 655, disponível em <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/655.html>>, acedido em 7-12-2015.

juízo, existem ainda outras importantes jurisdições, como Hong Kong, onde o exercício desta indústria levanta fundadas dúvidas⁽⁷⁾.

14. É também interessante dar nota da evolução das percepções dos “utilizadores” (advogados e empresas financiadas). O inquérito conduzido em 2013 pela “School of International Arbitration” da Universidade Queen Mary em Londres, juntamente com a “Price Waterhouse Coopers”, dava conta de serem poucas as entidades que podiam relatar experiências de “third party funding” (apenas 6% dos inquiridos afirmaram ter tido experiências neste tipo de financiamento e 89% dos inquiridos afirmaram que nos últimos 5 anos não se viram forçados a abandonar arbitragens por si iniciadas devido a falta de financiamento). No inquérito realizado em 2015 pela mesma Universidade, desta feita em conjunto com a “White & Case”, os resultados davam conta de números superiores: 39% dos inquiridos afirmaram ter usado (12%) ou saberem de casos (27%) em que foi usado o financiamento por terceiros, enquanto 51% afirmaram ter conhecimento do que é este modelo de financiamento; dos inquiridos que afirmaram ter recorrido ao financiamento de terceiros, 51% revelaram uma apreciação positiva, contra 18% que relatam ter tido experiências negativas.

15. O mercado do financiamento de litígios tem vindo a sofrer uma evolução progressiva também no que toca à intervenção dos advogados e representantes de partes. Onde estes assumiam antes um papel primordial não só na canalização e operacionalização do financiamento, mas também e principalmente na própria obtenção das linhas de financiamento (ou seja, os advogados e sociedades de advogados eram os principais “alvos” canais de comunicação para os “funders”), hoje assiste-se a uma comunicação mais directa e imediata entre os “funders” e as empresas financiadas. Não raros são

(7) Em 19 de Outubro de 2015, o Subcomité da Comissão de Reforma da Lei de Hong-Kong emitiu o seu “Consultation Paper” onde se traça o panorama do “third party funding” na região e se aconselham medidas legislativas para introduzir uma expressa autorização do exercício desta actividade — cf. <<http://www.hkreform.gov.hk/en/publications/tpf.htm>>, acedido em 6-12-2015.

os casos em que os advogados deixam de estar vinculados aos termos do contrato de financiamento, o que de certa forma resulta de reivindicações das partes envolvidas em manter a independência própria da profissão de advogado. Contrariamente ao que inicialmente se poderia pensar, estas reivindicações partem não apenas dos próprios advogados mas também dos financiadores que, gradualmente, têm pretendido assumir uma posição de independência e ausência de controlo sobre os destinos da ação financiada.

Naturalmente que esta tendência comercial se verifica em mercados de financiamento mais evoluídos, como o norte-americano ou inglês, nos quais o grau de cultura e informação das entidades financiadas leva tendencialmente a prescindir dos advogados e representantes de parte. Tal não será seguramente o caso de mercados como o Português, onde este modelo negocial é praticamente desconhecido e não poderá dar os seus primeiros passos sem a intervenção daqueles agentes da comunidade jurídica.

16. Além do mais, a actividade de “litigation finance” tem-se estendido a outras áreas da actividade jurisdicional. Muitos financiadores realizam já recuperação de créditos, podendo avançar para as fases de execução das decisões ou negociar o seu pagamento directamente com os devedores. E muitos também procedem a variadas formas de *monetização* das decisões, quer através de concessão de crédito com prestação dessas decisões como garantia do mútuo, quer através da própria “compra” das decisões finais, ficando encarregues de executá-las contra o pagamento de um valor que pode variar entre 50% a 70% do “valor facial” dessa decisão.

17. Pode-se, portanto, afirmar que esta é uma área da indústria financeira em constante crescimento e expansão. Países como Portugal e outros do mundo lusófono estão seguramente “debaixo do radar” dos mais relevantes investidores⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Para uma panorâmica do desenvolvimento desta indústria no Brasil, veja-se NAPOLEÃO CASADO FILHO, tese de doutoramento “Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o Novo Paradigma do *Third Party Funding*”, São Paulo, 2014, em publicação.

IV.

Os financiadores e o mercado de financiamento de litígios

18. Não existem presentemente quaisquer dados estatísticos sobre o número de operadores e agentes de financiamento de litígios, nem sobre a dimensão do respectivo mercado. Esta situação é um reflexo da resistência que estes “players” colocam à regulamentação da actividade e, por outro lado, é uma consequência da indefinição do que seja um “third party funder”. Com efeito, há quem pretenda uma concretização dos contornos dessa definição de forma que se torne possível, entre outras finalidades, obter um recenseamento e mapeamento dos financiadores. Porém, outros pretendem que as restrições e preocupações que se levantam à intervenção dos tradicionais “TPF” sejam aplicados genericamente a todo o tipo de financiadores (accionistas, hedge funds, advogados em “contingent fees”, etc.), tornando assim virtualmente impossível afirmar quantos existem.

19. De outro lado, como se abordará mais detalhadamente abaixo, a actividade de financiamento de litígios por terceiros não se encontra sujeita a uma regulamentação específica e, pelo menos no espaço comunitário Europeu e estado-unidense, o exercício da mesma não depende de qualquer licenciamento semelhante ao que é exigido para a actividade bancária e financeira, apesar de pontualmente alguns financiadores terem solicitado e obtido tal licenciamento.

Existem, é certo, iniciativas de corporativização da actividade, onde se assiste a uma tentativa de regulamentação (embora pelo mínimo e em regime de “auto-regulação”). É o caso da “Association of Litigation Funders of England and Wales”, criada por um conjunto de notáveis financiadores (tais como a Burford Capital, Harbour Litigation Funding, Calunius Capital, Vannin Capital e Therium Capital Management, entre outros). Apesar de ter desenvolvido uma base de elementos documentais relevantes, nomeadamente um “Code of Conduct” (aplicável apenas aos seus membros e contendo regras quanto à adequação de capitais, cessação do contrato, celebração de acordos de resolução dos litígios e

sistemas de controlo das acções), e também um mecanismo de reclamação, a verdade é que esta associação está muito longe de congregar todos os financiadores existentes no mercado Inglês, não falando já dos que operam em todo o resto do mundo. Por outro lado, os cerca de dez financiadores estão ali associados numa base voluntária. Significa isto que esta associação corresponde a uma mera fracção (tendo sido já sugerido que se trata de um décimo) do mercado.

No Estados Unidos, existe uma associação paralela (“American Legal Finance Association”) representando cerca de trinta agentes do financiamento de litígios. Também esta associação criou um “Code of Conduct” com um conteúdo que se poderia apelidar de rudimentar⁽⁹⁾.

Além disso, existem também casos em que os financiadores se encontram listados em mercados regulamentados (é o caso da Burford Capital, que se encontra cotada na Bolsa de Londres), estando por isso submetidos à respectiva supervisão e regulamentação. Contudo, mais uma vez, tal circunstância não se aplica a todos os agentes do mercado.

20. Verifica-se ainda outra dificuldade na percepção da dimensão do mercado. Todos os financiadores de litígios conservam estrito e rigoroso sigilo sobre os valores envolvidos nos seus investimentos e sobre o tipo de investimentos que são realizados. A esmagadora maioria de acordos de financiamento de litígios que são conhecidos publicamente resultam do cumprimento de ordens de tribunais judiciais e / ou arbitrais para proceder à revelação da sua existência e da entidade do financiador, representando no entanto uma fracção mínima. E, se bem que alguns agentes detenham fundos e reservas próprias para acudir às necessidades de financiamento das suas operações (em alguns casos são constituídos fundos de investimento, alguns dos quais com apelo à subscrição pública), muitos deles recorrem a formas de financiamento

⁽⁹⁾ Cf. <<http://www.americanlegalfin.com/IndustryBestPractices.asp>>, acessado em 06-12-2015.

externas pontuais e ajustadas às concretas operações a realizar, isto é, em vez de utilizarem fundos próprios, vão ao mercado financeiro obter financiamento da operação que pretendem realizar. Acresce a isto que muitos financiadores asseguram cobertura, junto do mercado segurador, para os riscos envolvidos no financiamento do litígio. Por exemplo, no mercado Londrino, considerando que os terceiros financiadores podem vir a ser responsabilizados pelo pagamento dos custos do processo, a forma que estes encontram de cobrir tais riscos é através da subscrição de apólices de seguro “ATE” (“after the event”).

21. Assim, tem sido virtualmente impossível medir e quantificar a real importância desta actividade, estando toda ela coberta por um manto de alguma neblina e diluída por uma série de operações financeiras paralelas. O que se sabe resulta de informações veiculadas sem qualquer substanciação ou documentação. Torna-se assim compreensível que, muito recentemente, os senadores republicanos Norte-Americanos Charles Grassley (Iowa) e John Cornyn (Texas) tenham lançado uma iniciativa de fiscalização do que chamaram “obscure third-party litigation financing agreements”, no âmbito da qual foram inquiridos por carta três “funders” (Burford Capital, Bentham IMF and Juridica Investment) aos quais foram solicitadas uma série de informações, algumas muito sensíveis, como a identificação das entidades financiadas e pormenores do financiamento⁽¹⁰⁾. Esta iniciativa, como seria de esperar, lançou um acesso debate e forte contestação pelos “funders”.

No entanto, a percepção que existe é a de que se trata de um mercado em expansão e alargado a vários níveis da resolução de litígios, tocando cada vez mais novas jurisdições.

Fruto desta expansão e complexidade do mercado, começa a assistir-se ao surgimento de agentes ou brokers especializados

⁽¹⁰⁾ Cf. <<http://www.grassley.senate.gov/news/news-releases/grassley-cornyn-seek-details-obscure-third-party-litigation-financing-agreements>> e resposta da Burford Capital em <<http://www.burfordcapital.com/burford-submits-response-to-us-senators/>>, acedido em 12 de dezembro de 2015.

neste tipo de “produto financeiro”, que tratam de procurar soluções de financiamento de litígios para os seus clientes demandantes. É o caso da “ClaimTrading” que opera no mercado desde 2011.

V.

Problemas e desafios enfrentados na “litigation finance”

22. O aparecimento deste novo tipo de financiamento, directamente ligado a uma acção judicial ou arbitral e dependente do sucesso desta, suscita naturalmente uma certa dose de inquietações e também de desafios.

Com efeito, é um verdadeiro desafio ao sistema de acesso ao direito e apoio judiciário, representando uma ferramenta que permite a partes em dificuldades financeiras exercer os seus direitos que, de outra forma, teriam de ser relegados para um momento de melhor fortuna, ficando dessa forma sujeitas às eventuais consequências do decurso do tempo, nomeadamente ao desaparecimento de meios probatórios e, evidentemente, à prescrição de direitos.

É claro que este é um sistema que não se adapta a todos os litigantes e muitas situações existem que não necessitam deste financiamento inicial, uma vez que as custas processuais, no início do processo, não são substancialmente dissuasoras do recurso aos tribunais (refiro-me, naturalmente, ao caso de Portugal). Por outro lado, em alguns ordenamentos jurídicos, é permitido o recurso ao apoio estatal de acesso ao direito.

23. Porém e como acima se mencionou, situações existem em que as partes não dispõem de recursos financeiros para promover uma lide, seja ela de índole judicial, seja arbitral. Reconhecidamente, o recurso à arbitragem levanta mais dificuldades financeiras dado que as partes têm de adiantar preparos de honorários dos árbitros que não são comparáveis aos preparos para custas judiciais.

Além do mais, existem ordenamentos jurídicos, como o Português, onde o apoio judiciário, ou não existe, ou não se estende a

entidades colectivas, ainda que estas se encontrem em regime de insolvência, ou não se aplica à arbitragem.

Se a questão for colocada em sede de arbitragem internacional e, mais concretamente, em sede de arbitragem de investimento, são evidentes as virtudes de um sistema como este. Na verdade e tomando como exemplo os casos de arbitragem de investimento, não raras são as situações em que a entidade demandante é privada (v.g. por expropriação directa ou indirecta) do seu único activo (a sua unidade fabril, a sua empresa de extração mineira, etc.) e recorrer ao mercado bancário e financeiro tradicional é pura e simplesmente inviável dada a ausência de colaterais que possam ser oferecidos ao financiamento. Apenas um financiador com capacidade para avaliar convenientemente o activo consistente num “direito à acção” permite à parte lesada promover o exercício jurisdicional dos seus direitos.

Existe, inquestionavelmente, uma vantagem na promoção do acesso ao direito.

24. Além disso, uma empresa pode recorrer a estes esquemas de financiamento apenas como medida de gestão financeira, permitindo libertar recursos financeiros da empresa a outras finalidades. A “litigation finance” surge, assim, como uma ferramenta de sustentação do funcionamento normal das empresas e, como tal, da manutenção de postos de trabalho e criação de valor. Lembre-se que os esquemas comuns de financiamento de litígios não envolvem o risco de reembolso de capital e juros, sendo encarados como um risco do “funder” a fundo perdido.

Noutras ocasiões, ainda, as decisões (judiciais ou arbitrais) podem ser utilizadas como activo e serem objecto de prestação de garantia de um financiamento bancário ou serem eventualmente objecto de um negócio que envolve a “compra” da mesma (cessão de direitos, será o termo jurídico mais adequado).

25. Ainda de outro lado, é atribuída ao financiamento de litígios por terceiros uma virtude que consiste na percepção de uma maior seriedade da demanda que é deduzida no processo. Na verdade, como se referiu acima, o financiamento não é feito sem uma

rigorosa avaliação a diversos níveis e a própria realização desse investimento pressupõe um juízo de probabilidade de sucesso.

Dito de outra forma, os “funders” não investem para perder. Como tal, é natural que esteja associada a uma causa financiada uma determinada “presunção de mérito”, a qual não é contrapesada com uma presunção de demérito, caso o financiamento solicitado não seja concedido, uma vez que a decisão de investimento não depende apenas da ponderação da probabilidade de vencimento.

26. Todas estes desafios são contrabalançados com as preocupações que se lançam sobre o fenómeno do financiamento de litígios por terceiros.

Com efeito e desde logo, a “presunção de mérito” e a promoção do acesso ao direito a que acima aludi tem como outra face da moeda o risco de aparecimento de pretensões frívolas. Estando financiada de um modo que evita qualquer risco de pagamento do capital que é canalizado para a demanda, podem as partes sentir-se tentadas a recorrer a esse financiamento, ainda que as hipóteses de vencimento sejam menores. Tudo junto, isso poderia significar um aumento da litigiosidade.

27. Por outro lado, o surgimento deste modelo de negócio levanta reservas quanto à susceptibilidade de “comoditização” da função jurisdicional. Tem-se dito que, neste modelo negocial, a acção não é tanto um meio destinado à protecção e exercício de direitos mas passa a ser o objecto em si de um negócio.

28. Estas considerações não serão aqui objecto de maior desenvolvimento, notando-se apenas que as mesmas poderão ser rebatidas não só em atenção ao nível de diligências de avaliação que são efectuadas antes de ser realizado um investimento, como também em face da circunstância de muitos ordenamentos jurídicos, incluindo de certa forma o Português, admitirem a cessão de direitos litigiosos.

Contudo, estas questões não são de tão difícil apreciação e dilucidação como as que têm estado no centro dos debates que têm ocorrido nos últimos tempos. Na verdade, questões como a defini-

ção do que seja um “third party funder”, se estes devem ser responsabilizados pelos custos finais da acção ou se a existência destes deve levar a presumir a insuficiência económica da parte financiada de modo a justificar a imposição a esta de uma “caução para custas”, estão no centro da literatura jurídica internacional e de decisões recentes de vários tribunais arbitrais. Maior atenção suscita a questão de saber qual o impacto que o financiamento por terceiros tem em matéria de conflito de interesses de árbitros.

É sobre estas questões que irei dedicar algumas linhas.

VI.

A definição de “third party funder”

29. Definir o que seja um “third party funder” ou “third party funding” consiste numa tarefa que está longe de ser fácil e seguramente ainda não deu lugar a nenhum consenso. As considerações acima vistas quanto às formas segundo as quais um financiamento pode ser estruturado (recorrendo a figuras tão distintas como “equity instruments”, “debt instruments”, transmissão total do direito a acção, para indicar apenas algumas), quanto ao tipo de financiadores (que vão desde o “financiador” puro ao “financiador filantrópico”)⁽¹¹⁾ ou quanto ao nível de participação que o financiador tem no processo (intervenção activa ou simples supervisão), entre outras, introduzem um nível de complexidade acima do esperado.

30. Reconhecendo esta complexidade, algumas iniciativas e ou trabalhos realizados avançaram já com propostas de definição. Sem pretensão de exaustão, indico aqui alguns desses exemplos.

Assim, a “ICCA — Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration” propôs a seguinte definição no seu relatório preliminar:

⁽¹¹⁾ De que é exemplo a Fundação Bloomberg com a sua “Campaign for Tobacco-Free Kids” que financiou o Estado do Urugai num litígio que opôs este à Philip Morris.

[a]ny person or entity that is contributing funds or other material support to the prosecution or defense of the dispute and that is entitled to receive a benefit (financial or otherwise) from or linked to an award rendered in the arbitration⁽¹²⁾.

Por seu turno, a recente revisão às “Linhas Orientadoras da IBA Sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, ocorrida em outubro de 2014, levou à introdução de menções especiais aos “third party funders” na avaliação de potenciais conflitos de interesses de árbitros nos seguintes termos:

“If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party” [“General Standard” 6(b)].

Na sua explicação, as “Guidelines” apontam o seguinte critério para interpretação deste “General Standard”:

“When a party in international arbitration is a legal entity, other legal and physical persons may have a controlling influence on this legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration”.

E acrescentam nesta explicação:

“For these purposes, the terms ‘third-party funder’ and ‘insurer’ refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration”⁽¹³⁾.

Esta relação especial produz uma situação qualificada na “non-waivable red list” e, como tal, leva a um conflito de interesses inderrogável pelas partes.

⁽¹²⁾ Cf. website <http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html> e relatório acessível em <<http://ssrn.com/abstract=2507461>>, acessido em 7-12-2015.

⁽¹³⁾ Cf. para todos o texto acessível em <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>, acessido em 7-12-2015.

O acima indicado “Jackson Report” também contém uma definição de “third party funding”:

The funding of litigation by a party who has no pre-existing interest in the litigation, usually on the basis that (i) the funder will be paid out of the proceeds of any amount recovered as a consequence of the litigation, often as a percentage of the recovery sum; and (ii) the funder is not entitled to payment should the claim fail⁽¹⁴⁾.

No contexto da proposta da Comissão da União Europeia para o TTIP Transatlantic Trade and Investment Partnership foi apresentada também uma definição do fenómeno:

“Third Party funding” means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant⁽¹⁵⁾.

Nos termos desta proposta, a presença de um tal acordo de “third party funding” dá origem à obrigação de revelar a existência do financiamento, da identidade do financiador e da sua morada (cf. art. 8.º do “draft”).

31. Pelo lado dos investidores, as reticências em providenciar uma definição estão ligadas à sua resistência à regulamentação que se avizinha. Com efeito, pelo que se consegue apurar à data de hoje, não existe nenhum “funder” que indique uma definição do que seja a sua actividade, ainda que meramente para efeitos de estudo. Estas reticências são compreensíveis em atenção aos interesses que estão em jogo e, sobretudo, à sua aplicação distorcida que por vezes tem sido realizada.

⁽¹⁴⁾ Cf. “definições”, p. xv.

⁽¹⁵⁾ Cf. art. 1.º da Secção 3 dedicada à resolução de disputas do Capítulo II — Investimentos, do “draft” da Comissão para o TTIP — Transatlantic Trade and Investment Partnership, acessível em <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>, acedido em 7-12-2015.

32. Não cabe aqui elaborar neste conceito nem avançar qualquer definição. Contudo, julgo que se justificam algumas palavras de índole genérica.

Parece-me existir alguma correlação entre a necessidade de definir e a oportunidade de regular. Com efeito, são cada vez mais (e com mais intensidade) as vozes que se levantam contra a ausência de regulamentação desta actividade, tendo a mesma sido já apelidada de uma zona de “no man’s land”⁽¹⁶⁾. Com mais razão do que sem ela, não subsistem dúvidas que a intervenção dos “third party funders” na cena da resolução de litígios, mais precisamente em arbitragem internacional e de investimentos, suscita inquietações e exclamações. Como se anunciou acima, conflitos de interesses com árbitros, repartição e responsabilidade pelos custos, obrigações de sigilo e confidencialidade e relações com advogados das partes, entre outros intrincados problemas, levam a que se reivindique a necessidade de regular.

Ora, para regular é necessário saber o que se regula, o que implica necessariamente a sua definição. Mas, “primeiro vemos e depois definimos”⁽¹⁷⁾, o que de certa forma pressupõe que possamos detectar a realidade que vamos definir, ainda que esta tarefa possa ser quase instantânea⁽¹⁸⁾.

Ainda se acrescenta: só se torna necessário regular, e em consequência definir, o que suscita preocupações e o que leva a impulsionar a regulação. Sendo assim, há que perscrutar de onde resultam as preocupações.

Parte-se agora para uma pressuposição não testada mas meramente intuída: apenas suscita preocupação um modelo de financiamento que outorgue ao financiador um controlo sobre a acção de forma irrazoável.

⁽¹⁶⁾ Ver CATHERINE A. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2015.

⁽¹⁷⁾ Contraria-se assim, de certa forma, a postulação de WALTER LIPPMANN, em “Public Opinion”, 1961, p. 81, segundo a qual, na maior partes das vezes, primeiro definimos e depois vemos.

⁽¹⁸⁾ Não raras são as ocasiões em que temos dificuldade de definir algo que nos é proposto, mas assim que vimos o objecto da definição, somos capazes de imediatamente identificar essa realidade com o conceito solicitado.

Daqui parece resultar um raciocínio circular, mas que, em rigor, tem tão de inevitável como de coerente.

Trata-se, assim, da questão de saber que tipo de controlo estará na pressuposição da definição.

Isto, como se intui facilmente, pressupõe uma fase de investigação “no campo” que leve a concluir sobre os concretos contornos dos modelos de negócio que são propostos e implementados junto dos diversos agentes económicos. Esta tarefa não se realiza sem entrar no “coração” da actividade dos “funders” e sem que estes forneçam alguns elementos atinentes aos níveis de controlo e de poder que exercem sobre financiados, o que, por razões perceptíveis, não tem ocorrido.

Destas considerações podemos vir a ter de excluir do âmbito da definição modelos de financiamento como o “financiador filantrópico”, que se limita a fornecer fundos sem deter qualquer controlo ou sequer supervisão sobre a acção. De igual modo cairiam fora desta definição todos aqueles que se limitam a ter na acção um interesse muito remoto, como determinadas categorias de “hedge funding” ou financiamentos bancários regulares e reembolsáveis.

Contudo, casos em que os “funders” providenciam pelo capital necessário à promoção da acção e detêm o poder de influenciar a estratégia e decisões a tomar no processo, da mesma forma que se poderão desvincular do acordo de financiamento, constituem formas de controlo da acção que suscitam preocupações e, como tal, podem ser enquadradas no modelo de definição.

33. É evidente que, se perguntados directamente, todos os “funders” irão recusar qualquer ideia de controlo sobre o processo. Segundo eles, não existe o poder de indicar advogados ou árbitros — no que até se concede, pois muitos financiamentos são procurados e obtidos com o processo já “em andamento” — mas podem emitir opinião sobre a forma como está a ser conduzido o caso e, por vezes, têm o direito de se desvincular do financiamento se o processo tomar um rumo “comercialmente inviável”. A ideia apresentada pelos “funders” é a de que estes não gerem o processo e a sua intervenção é de uma mera “observação”. No entanto, não raro os “funders” acompanham os trabalhos dos julgamentos, inte-

grando as respectivas equipas de advogados. Quando as partes se dispõem a celebrar acordo para colocar termo ao processo, os financiadores impõem a sua presença e opinião como forma de salvaguardar os direitos que contratualmente acertaram com as partes financiadas: será natural que o financiador queira ter uma palavra a dizer quanto à forma, conteúdo e oportunidade de uma transacção⁽¹⁹⁾.

34. Esta última observação deveria impulsionar o esforço de definição no sentido contrário ao que tem sido levado pelos “funders”: uma definição de “third party funder” que esteja ligada ao controlo do processo, se é certo que lhes pode atribuir responsabilidades (por exemplo, quanto ao pagamento dos custos da acção), pode no entanto conferir-lhes o direito de intervir no processo em fases cruciais como a condução do processo ou a celebração de acordo, de forma a eficazmente fazerem valer os seus direitos e interesses. Aparentemente, porém, a experiência revela que os “funders” não estão tão preocupados com este “upside” como estão com o “downside” das situações que abaixo se aflorarão.

35. Por outro lado, o trabalho de definição não se faz sem aplicar convenientemente alguns princípios jurídicos fundamentais, como o da separação de personalidades ou o do fenómeno da representação jurídica. Nestes termos, não fará sentido falar de “third party funder” no domínio do desenvolvimento da advocacia: o advogado, como procurador e representante que é da parte, detendo poderes de vinculação da parte representada, não pode deixar de ser considerado como a própria parte e, como tal, nunca pode ser considerado como “terceiro”. Do mesmo modo, fenómenos de financiamento “intra-grupo” de sociedades também devem levar à unificação da identidade de pessoas colectivas (recorde-se que, no nosso direito, a sociedade “mãe” que detenha a totalidade

⁽¹⁹⁾ Como seria de esperar, existem experiências não documentadas de situações em que as partes financiadas não só obstam à intervenção dos “funders” como chegam mesmo ao ponto de resolver o contrato de financiamento como forma de evitar o pagamento da quota do “funder”.

do capital da sua participada, responde pelas dívidas desta): há uma verdadeira identidade de pessoas e não tanto uma “terceirização” do financiamento. O mesmo raciocínio leva a considerar que modelos semelhantes ao caso “Crystallex” não são verdadeiros “third party funding” mas afinal verdadeiras estruturas complexas de “private equity” e “recursive financing”.

36. Numa linha, haverá que recolher elementos de ordem factual mas tudo aponta para que a definição deva ser traçada em cima da apreciação do grau de controlo que o financiador tem sobre o processo financiado. Relevante para determinar essa definição é um controlo sobre o processo cuja intensidade leve a considerar a situação como geradora de necessidade de regular.

VII.

Os “Third Party Funders” e os conflitos de interesses dos árbitros

37. O desenvolvimento da actividade e importância dos “funders” tem levado a que alguns agentes da arbitragem venham a integrar-se na estrutura destes, seja como consultores para avaliação de risco, seja como sócios ou associados, seja como meros membros dos órgãos sociais. Alguns dos nomes mais representativos da profissão de árbitro abraçaram já este tipo de desafios. Nesta situação, não raro tem sido afirmado que tais agentes deveriam ser inibidos de participar, como árbitros, em qualquer tipo de arbitragem que seja, independentemente de serem financiadas ou não pela instituição financeira a que pertencem.

Não irei tão longe, muito pelo contrário.

Mas é evidente que existem preocupações ligadas aos possíveis conflitos de interesses com árbitros.

38. Parece na verdade óbvio que uma determinada pessoa não pode servir como árbitro num caso que seja financiado por uma instituição para a qual trabalhe ou tenha trabalhado num pas-

sado recente: essa pessoa tem um interesse directo e imediato no resultado da acção e, se não tem, ao menos isso parecerá aos olhos de qualquer parte minimamente formada e informada.

A situação de conflito de interesses pode também ocorrer quando um árbitro é repetidamente nomeado pelo mesmo advogado ou sociedade de advogados que é financiada pelo mesmo terceiro financiador.

De igual forma, o conflito pode surgir quando uma parte é financiada num caso em que o árbitro presta serviços como advogado num outro caso completamente independente mas que é igualmente financiado pelo mesmo financiador. Repare-se que neste último caso, os honorários do advogado estão a ser directa ou indirectamente pagos pelo financiador e é natural que, nessa qualidade, tenha contactos substancialmente relevantes com o advogado, que é árbitro no outro processo.

39. Por esta razão, a tendência crescente dos tribunais arbitrais, que aliás está em linha com as “IBA Guidelines”, tem sido justamente ordenar que as partes revelem ao tribunal se obtiveram financiamento de terceiras entidades para a acção em questão. E esta tendência aponta para que a revelação seja feita o mais brevemente possível no processo.

Recentemente, um tribunal arbitral ordenou ao Demandante que confirmasse se efectivamente a sua demanda se encontrava a ser financiada por terceiro e, no caso afirmativo, que fornecesse ao tribunal a identidade e elementos de identificação do financiador e, mais ainda, os detalhes do acordo de financiamento alcançado, incluindo se e em que medida o financiador poderá partilhar os resultados da acção⁽²⁰⁾.

A justificação para tal ordem baseou-se nos poderes de que o tribunal arbitral dispõe para conduzir o processo e para manter a integridade do mesmo, na provável apresentação de um requeri-

⁽²⁰⁾ Ordem processual n.º 3 de Julian Lew, de 12 de junho de 2015, no caso Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan (ICSID Case n.º ARB/12/6), acessível em <<http://www.italaw.com/cases/documents/3173>>, acedido em 7-12-2015.

mento do demandado para que a demandante providenciasse por uma caução para os custos do processo e na circunstância de, caso o demandante perdesse a acção e tivesse de arcar com os custos da mesma, ele não ter capacidade de suportar tais encargos e o terceiro financiador poder “desaparecer” por não ser parte no processo.

Consegue-se perceber aqui uma das principais razões pelas quais os “funders” têm lutado contra a formulação de uma definição de “third party funding” e as dificuldades de encontrar tal definição: que tipos de financiamentos ou de financiadores devem ser revelados?

VIII.

Third party funders e sigilo profissional de advogados

40. Desligado do problema anterior surge a questão da confidencialidade e do chamado “attorney-client privilege”.

Como resulta evidente pela descrição do modelo de negócio, a realização de um investimento pressuporá que, tarde ou cedo, o terceiro financiador venha a ter acesso a um manancial de informação do prospectivo financiado, o que fará quer directamente através de informação e documentação que lhe é fornecida pela parte financiada, quer eventualmente pelo próprio advogado ou sociedade de advogados.

A questão coloca-se porque, justamente, em muitas jurisdições, a revelação destas informações e documentos pode implicar uma renúncia à confidencialidade e ao privilégio “advogado-cliente”, ao passo que noutras os “third party funders” estão incluídos no círculo do “common interest” que não permite considerar levantados tais privilégios (é o caso do Reino Unido).

41. Teoricamente, onde o privilégio de comunicações cliente-advogado não se aplique e, paralelamente, onde seja admitida com razoável extensão a obtenção de documentos e informações em poder da parte contrária ou de terceiros, a parte que requeira a pro-

dução de tais documentos e informações poderá ter acesso a informações cruciais para o desenvolvimento do caso.

Mais periclitante é a situação em que numa arbitragem internacional duas ou mais partes e respectivos advogados estão sujeitos às respectivas regras deontológicas, as quais consagram regimes díspares quanto à confidencialidade e ao privilégio advogado-cliente. Poder-se-á admitir que tais privilégios sejam rompidos a favor de uma das partes, mas já não a favor da outra?

IX.

Custos, responsabilidade pelos custos e caução para custos

42. As questões ligadas aos custos dos processos e à responsabilidade pelo pagamento dos mesmos constitui provavelmente o foco de dúvidas que mais aceso debate tem suscitado no domínio da arbitragem internacional no que toca aos “third party funders”.

Dois dos principais problemas neste domínio estão interligados em torno de uma realidade simples: a chamada “impecuniosidade” ou incapacidade de uma das partes fazer face ao pagamento dos custos envolvidos numa arbitragem. Este fenómeno leva a duas ordens de problemas. Primeiro, cumpre saber se a existência de um *third funder* é indício ou presunção da incapacidade da parte financiada suportar os custos que para si resultarão da provável sucumbência na acção e, como tal, saber se é motivo fundado para exigir dela que apresente uma caução ou garantia para custos. Em segundo lugar, há que determinar em que medida o próprio “funder” pode vir a ser directamente responsável perante a parte (não financiada) e vencedora caso a esta lhe seja conferido o direito de recuperar os custos e despesas em que razoavelmente incorreu.

Esta última hipótese, adiante-se desde já, parece uma verdadeira aberração em face da circunstância de um “third party funder” ser isso mesmo — “terceiro” na acção — e, como tal, não estar abrangido pela jurisdição do tribunal nem pelo efeito do caso julgado. No entanto, como veremos, a hipótese não é tão remota no campo internacional.

Lateralmente, discute-se também a repercussão que pode ter um financiamento por terceiras entidades no cálculo final das custas processuais: devem os encargos com este financiamento serem levados em conta como “despesas” razoáveis da parte que se torna credora da outra pelo reembolso dos custos? Ou, ao invés, tratam-se de custos que a parte vitoriosa, efectivamente, não teve de suportar? Alternativamente, levanta-se ainda uma hipótese mais arrojada: pode uma parte vencedora recuperar da parte vencida a fatia que coube ao “third party funder” como resultado da responsabilidade por custos do processo?

43. No panorama da arbitragem internacional, é geralmente aceite que os tribunais arbitrais podem ordenar uma divisão e responsabilidade por custos baseada no princípio “costs follow event” (isto é, a parte que deu causa paga), mas podem também alterar essa regra.

Pode-se para isto dar o exemplo do “English Arbitration Act” de 1996, o qual prevê o estabelecimento desse princípio, com faculdade de “costs shifting”:

- (1) The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties.
- (2) Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs — cf. Section 61.

De forma idêntica, várias regras arbitrais de relevo adoptam o critério de que o “custo segue o evento” ou, pelo menos, deve ser baseado no grau e proporção do sucesso obtido, a não ser que circunstâncias particulares justifiquem diferente distribuição: são os casos da Regras UNCITRAL, da LCIA e da DIS⁽²¹⁾. Outras regras,

(21) Cf. art. 42.º das Regras UNCITRAL (‘costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party’), art. 28.º, n.º 4 das Regras da London Court of International of Arbitration (‘costs should reflect the parties’ relative success and failure in the

como por exemplo a do art. 61.º, n.º 2 das regras ICSID de arbitragem, do art. 37.º, n.º 5 das regras da International Chamber of Commerce (ICC) ou do art. 31.º, n.º 1 do Singapore International Arbitration Centre (SIAC), conferem ao tribunal arbitral ampla discricionariedade nesta matéria.

44. No contexto nacional, o n.º 5 do art. 42.º da Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro de 2011) dispõe que:

A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.

De idêntica forma, o n.º 3 do art. 48.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa permite ao tribunal arbitral “decidir o modo de repartição dos encargos de arbitragem, atendendo a todas as circunstâncias do caso, incluindo o decaimento e o comportamento processual das partes”.

45. É em consideração desta discricionariedade atribuída aos tribunais arbitrais que tem sido colocada a questão de saber qual a relevância da existência de um terceiro financiador da disputa. Simpliciter, a questão consiste em saber se a parte que prevaleça na arbitragem e que tenha sido financiada por um terceiro, pode imputar os custos e despesas “financiados” no rol de

award or arbitration or under different issues, except where it appears to the Arbitral Tribunal that in the circumstances the application of such a general principle would be inappropriate under the Arbitration Agreement or otherwise’) e art. 35.º, n.º 2 das Regras do German Institute of Arbitration (‘[i]n principle, the unsuccessful party shall bear the costs of the arbitral proceedings’, but the tribunal may order each party to bear its own costs or apportion the costs between the parties, in particular, where each party is partly successful and partly unsuccessful).

custos e despesas a recuperar junto da parte perdedora. Neste domínio, embora a tendência seja a de dar relevância a tais custos, existem algumas exceções.

Assim, no caso *Kardassopoulos v. Georgia*⁽²²⁾, o investidor obteve ganho de causa e pediu ao tribunal arbitral que condenasse a República da Geórgia a reembolsá-lo dos custos que teve com o financiamento e os custos que o terceiro financiador avançou em nome dele. A República da Geórgia contestou tal pedido dizendo que tais custos não foram incorridos pela parte financiada (investidor) mas integralmente suportados por uma terceira entidade numa base não reembolsável, pelo que o investidor não tinha qualquer direito de os reclamar. O tribunal arbitral, em passagem que se tornou citada frequentes vezes⁽²³⁾, decidiu condenar a República da Geórgia a esse pagamento, dizendo que:

The Tribunal knows of no principle why any such third party financing arrangement should be taken into consideration in determining the amount of recovery by the Claimants of their costs.

Em linha com esta decisão está o caso *Siag and Vecchi v. Egypt*⁽²⁴⁾ no qual a firma de advogados do investidor (King & Spalding) havia agido na base um “contingent fee agreement” mas o investidor veio pedir o reembolso de um montante a título de honorários, calculados com base numa tarifa horária, sem qualquer factura ou discriminação de quantidades. O tribunal arbitral aceitou este critério e ordenou ao Egipto o pagamento de tais honorários.

⁽²²⁾ Cf. *Kardassopoulos & Fuchs v. The Republic of Georgia*, casos ICSID n.ºs ARB/05/18 e ARB/07/15, sentença de 3 de Março de 2010, acessível em <<http://icsid.worldbank.org>>, acedido em 10 de Dezembro de 2015.

⁽²³⁾ Cf. *RSM Production Corporation v. Grenada*, caso ICSID n.º ARB/05/14, ordem de 28 de abril de 2011, § 68 (em procedimento de anulação) e *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, caso ICSID n.º ARB/08/2, ordem de 11 de julho de 2011, § 34 (procedimento de anulação), ambos disponíveis em <<http://icsid.worldbank.org>>, acedidos em 10 de Dezembro de 2015. Cf. também a decisão final de 1992 no Caso ICC n.º 7006, que adoptou uma visão semelhante (caso *Supplier v. First Distributor, Second Distributor*, 4 ICC Bull., maio 1993, 49).

⁽²⁴⁾ Cf. *Siag and Vecchi v. República Árabe do Egipto*, caso n.º ICSID ARB/05/15, sentença de 1 de junho de 2009.

46. Do outro lado deste espectro está um caso em que o tribunal arbitral considerou que o facto de a parte vencedora ter sido financiada por terceira entidade não lhe outorgava qualquer direito de ser reembolsada pelos custos que haviam suportado com o processo. No caso *Quasar de Valores v. Russia*, o tribunal arbitral considerou que o “funder” havia financiado a totalidade dos custos e despesas da acção e, dado que não tinha qualquer direito, face à parte financiada, de recuperar esses mesmos custos, negou tal pretensão⁽²⁵⁾.

Não obstante a eloquência e autoridade dos árbitros deste caso, a verdade é que a orientação maioritária vai no sentido de considerar irrelevante o facto de os custos terem sido financiados directamente pelo “funder” e, portanto, de considerar que o financiado tem direito a incluir na sua “conta de custas” o que houver sido pago pelo financiador.

47. Além do mais, pode-se também questionar se se devem considerar incluídos no conceito de “custos” não só os honorários “condicionais” de advogados (isto é, que são devidos apenas no caso de o cliente obter sucesso na causa) mas também determinadas modalidades de prémios de seguros “after-the-event” que são suportados como forma de garantir os gastos e investimentos em custos que são realizados pelos terceiros financiadores⁽²⁶⁾. Embora esta susceptibilidade da recuperação tenha sido admitida no Reino Unido (e seja admitida com restrições nos Estados Unidos), a tendência parece ser a de ver afastada tal possibilidade.

⁽²⁵⁾ Cf. *Quasar de Valores SICAV S.A. et al. v. Federação Russa*, Arbitration SCC n.º 24/2007, decisão de 20 de julho de 2012, § 223, acessível em <<http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2013/02/Quasar-de-Valores-SICAV-S.A.-v-the-Russian-Federation-SCC-Arbitration-Award-dated-20-July-2012.pdf>>, acedido em 10 de dezembro de 2015.

⁽²⁶⁾ O risco típico associado a estes seguros consiste justamente no seu reembolso que ocorrerá apenas quando o segurado sai vencedor na demanda.

X.

A extensão da responsabilidade pelos custos a terceiros financiadores

48. A questão que agora se coloca e que vive “paredes meias” com a anterior é saber até que ponto um terceiro financiador pode ser directamente responsável pelos custos do processo e, conseqüentemente, ser condenado a pagar os custos da parte vencedora e de todo o processo. A ideia parece um oxímoro: se a parte é terceira à causa, não está submetida à jurisdição do tribunal e ao efeito do caso julgado, como pode ser condenada a pagar?

A mera sugestão parece repugnar ao jurista da “civil law”. Mas a verdade é que existem já casos em que os “third party funders”, não obstante serem partes terceiras à causa, foram obrigados a pagar os “adverse costs” por causa do grau de controlo e interesse que tinham na acção. Com efeito, no famoso caso “Excalibur”, o juiz inglês ordenou ao “third funder” que pagasse os custos do processo⁽²⁷⁾.

Este caso já tinha um precedente (*Arkin v. Borchard Lines Ltd. & outros*)⁽²⁸⁾ onde o juiz teve ocasião de afirmar que:

where (...) the non-party not merely funds the proceedings but substantially also controls or at any rate is to benefit from them, justice will ordinarily require that, if the proceedings fail, he will pay the successful party's costs.

Nos Estados Unidos da América também se verificou já um caso em que o terceiro financiador foi condenado ao pagamento dos custos do processo⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Cf. *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc. & Ors v. Psari Holdings Limited & Ors*, High Court de Inglaterra (Queen's Bench, Commercial Court), ordem de 23 de outubro de 2014, caso n.º 2010, fls. 1517, [2014] EWHC 3436, § 4, 161.

⁽²⁸⁾ Cf. “*Arkin v. Borchard Lines Ltd. & others*”, Court of Appeal de Inglaterra, sentença de 16 de maio de 2005 [2005] EWCA Civ. 655.

⁽²⁹⁾ Cf. “*Abu-Ghazaleh v. Chaul*”, 3.º District Court of Appeal da Florida, decisão de 2 de dezembro de 2002, n.ºs 3D07-3128, 3D07-3130, 36 So. 3d 691.

49. A ideia, como se disse, parece repugnar. Porém, há que deixar duas notas.

Em primeiro lugar e desde logo, os casos citados respeitam, sem exceção, a situações ocorridas perante os tribunais judiciais de duas jurisdições da “common law”, onde o poder do juiz parece, à partida, ter um grau de eficácia e coercibilidade bastante superior ao que será de esperar de um tribunal arbitral. Ali, é possível admitir que o juiz seja capaz de estender o *jus imperii* do aparelho judicial a entidades que não façam parte do processo. Lembre-se que, embora sem esta amplitude, até no nosso sistema jurídico se admite que o juiz ordene determinados comportamentos a quem não faz parte do processo (v.g. prestação de informações ou envio de documentos) ou admita mesmo a sua intervenção (através do incidente de intervenção de terceiros provocada).

Em segundo lugar e independentemente destas considerações, é importante não esquecer os dados da equação que foi ali delineada: o terceiro financiador tinha um grau de controlo e interesse no caso que justificaram a extensão da obrigação de pagar os custos do litígio.

Como acima se deixou referido, a ideia de controlo de uma acção ou disputa serve de pedra de toque para vários efeitos. A definição do conceito é um deles. A extensão da eficácia do processo será outra. Subjacente a esta extensão — que boa parte da doutrina e jurisprudência estrangeiras (e, no plano teórico, também a nacional) já vem admitindo para a própria jurisdição e competência do tribunal⁽³⁰⁾ — pode estar a aplicação de um princípio “ubi commoda ibi incommoda”: quem beneficia de um determinado leque de utilidades que o direito lhe proporciona, também poderá ter de se submeter às consequências negativas de um uso que, sendo admissível, pode no entanto ser exagerado.

Julgo que terá sido o exagero no controlo e interesse que esteve na base de decisões como a do caso “Excalibur”.

⁽³⁰⁾ Cf. quanto à extensão da convenção de arbitragem a terceiros, DUARTE G. HENRIQUES, ‘A extensão da convenção de arbitragem no quadro dos grupos de empresas e da assunção de dívidas: um vislumbre de conectividade’, Revista da Ordem dos Advogados, ano 74, n.º 1, jan-mar 2014, pp. 141-179.

É verdade que os tribunais arbitrais ainda não produziram decisões conhecidas neste sentido, mas trata-se de um tema a acompanhar com atenção.

XI.

“Third party funders” e “security for costs”

50. De uma forma geral, a esmagadora maioria das leis nacionais e das regras de arbitragem admitem que os tribunais arbitrais gozam do poder inerente de conduzir o processo de forma eficiente e dirigida à prolação de uma decisão em tempo útil e, em conjugação com tal poder, que desfrutam também da capacidade de ordenar às partes a prática de determinados comportamentos, o que fazem, entre outros, através de ordens preliminares ou medidas cautelares. Entre tais ordens e medidas encontra-se, embora com carácter muito extravagante, a prestação de uma caução para custos (“security for costs”).

Uma medida desta natureza equaciona-se em face de situações, de excepcional verificação, em que após o despoletar do processo, se consegue perceber que uma das partes poderá vir a perder a causa, que tenha de suportar os custos decorrentes desse decaimento e que, além disso, não tenha capacidade para liquidar efectivamente tais custos. A experiência surgida dos poucos casos em que tais ordens surgiram apontam também para uma prática ou um historial censurável da parte de quem se requer a prestação dessa caução.

51. As circunstâncias em que surge a questão da prestação de uma “security for costs” são pouco ou nada consentâneas com a posição de demandada numa acção arbitral. Na verdade, qualquer parte que inicie uma acção arbitral, atenta a estrutura de custos normalmente envolvida, tem que contar que corre sobre ela o risco de a parte contrária não ter meios de custear as despesas da lide. Isto é de tal forma correcto que a maior parte dos “demandantes” por vezes fazem contas ao pagamento da sua parte dos custos da arbitragem e, também, aos da parte contrária.

Mas a questão muda de figura quando se fala de uma parte demandante, que é recalcitrante no incumprimento de anteriores condenações em custas e que, além disso, apresenta também um historial de repetidas acções arbitrais que são instauradas sem fundamentos sérios.

Foi justamente este o enquadramento que esteve na origem de uma recente e famosa decisão de um tribunal arbitral de protecção de investimento que ordenou à demandante a prestação de caução para os custos da acção arbitral.

Com efeito, no caso *RSM Production Corporation v. Santa Lucia*, o tribunal arbitral considerou todos estes elementos e ordenou que a RSM apresentasse uma caução para custas⁽³¹⁾. Neste caso, a RSM Production Corporation, representada, entre outros, pelo Snr. Jack J. Grynberg, iniciou um processo de arbitragem “ICSID” contra Santa Lucia formulando um pedido de condenação por danos causados por um invocado incumprimento de um contrato de concessão de uma exploração petrolífera. Porém, os fundamentos não pareceram muito sérios ao tribunal — ou pelo menos com muitas hipóteses de sucesso — e, mais concretamente, o dito Snr. Grynberg tinha já um historial de repetido incumprimento de decisões anteriores respeitantes a custas. O tribunal arbitral receou então que o demandante não tivesse hipóteses de mais tarde custear as despesas de uma lide que ele próprio iniciou e que não teria meios de reembolsar a parte contrária.

De todo o modo, o certo é que a falta de capacidade para suportar os custos da acção — tarefa sempre de difícil concretização e que não se basta com a simples análise dos documentos de ordem financeira e contabilística da parte em questão — foi neste caso, segundo o tribunal arbitral, facilitada pela consideração da presença de um *third party funder*, dando apoio a uma certa presunção de insuficiência económica (não expressada pela decisão maioritária mas confessada pelo árbitro Gavan Graffith, QC na sua inusitada “assenting opinion”, verdadeiramente pioneira do ponto

⁽³¹⁾ Caso ICSID n.º ARB/12/10, acessível em <<http://www.italaw.com/cases/2706>>, acedido em 10 de dezembro de 2015.

de vista procedimental)⁽³²⁾ que justificava um sério receio de que uma futura decisão quanto a custos não viesse a ser cumprida.

Apesar de existir alguma “jurisprudência” que adota uma visão mais conservadora a este respeito, a verdade é que a “*assenting opinion*” de Gavan Griffith e a presunção que ela encerra fizeram correr rios de tinta e deram origem à publicação de vigorosas e contundentes críticas vindas, claro está, do mundo dos “*third party funders*”. Compreende-se que a ideia tenha tanto de sedutora como de perigosa, o que é uma combinação recorrente. Será sedutora por facilitar e reconfortar uma decisão que se tenha de ancorar na incapacidade financeira de uma das partes. Mas não contém um silogismo de sinal apodítico, dada a variedade de situações que poderão justificar que uma parte recorra a um financiamento exterior. E por essa razão é perigosa, por generalizar o que deve ser particularizado.

XII. Ausência de regulamentação

52. O problema que se coloca como pano de fundo de todas as preocupações a que atrás se aludiram reside na ausência de regulamentação.

Alguns segmentos da comunidade arbitral internacional requerem a regulação para esta actividade onde se misturam “*gamblers, loan sharks, and third party funders*”, assinalando que se trata de uma “*ethical no man’s land*”⁽³³⁾. A circunstância de um mecanismo de resolução de litígios (e, como tal, de realização da Justiça) ser encarado não como um meio mas como um “*activo*” não deixa os intervenientes menos desconfortáveis.

⁽³²⁾ Veja-se a passagem em que afirma “*my determinative proposition is that once it appears that there is third party funding of an investor’s claim, the onus is cast on the claimant to disclose all relevant factors and to make a case why security for costs orders should not be made*” (§ 18 do seu voto de concordância).

⁽³³⁾ Nas expressões de CATHERINE A. ROGERS, *in* ‘Ethics in International Arbitration’, Oxford, 2014, pp. 209 e segs., onde é traçada uma excelente perspectiva da necessidade e oportunidade de regulamentação deste mercado.

Como foi visto acima, a única regulamentação que é conhecida (além da inexpressiva iniciativa norte-americana) foi avançada pela Association of Litigation Funders of England and Wales.

Porém, esta regulamentação é minimalista e, além disso, é o resultado de uma “auto-regulação”. No fundo e em bom rigor, contém aquilo que os “funders” estão dispostos a aceitar para si mesmos, não cobrindo boa parte das preocupações que resultam das questões anteriormente equacionadas.

Sem surpresa, quando as recentes alterações introduzidas nas “IBA Guidelines on Conflict of Interests in International Arbitration” foram publicadas com menções relevantes aos “third party funders” (versão de 2014), não faltaram protestos e críticas à solução que foi alcançada.

Os terceiros financiadores, como se pode antever facilmente, não pretendem regulação alguma ou, pelo menos, não pretendem regulação que não se aplique ao que por eles é referido como uma categoria indiscriminada de financiadores, como accionistas, filantropos, etc., e ainda assim reivindicam não mais que uma regulamentação limitada a aspectos mínimos. Em bom rigor, não pretendem mais do que já existe e que é pouco ou mesmo nada.

53. Torna-se evidente que aqui reside o maior desafio à actividade do financiamento de litígios por terceiros. A expansão da sua utilização pelas entidades litigantes conduzirá inevitavelmente a uma regulamentação com maior grau de detalhe que o actualmente existente. Muito provavelmente ainda não estão criadas as condições de desenvolvimento da ciência jurídica para apontar um caminho seguro quanto a determinados aspectos relevantes. Exemplo disso será o feixe de soluções a dar às questões ligadas aos custos da arbitragem e responsabilidade do “funder” por esses custos. No entanto, o estado do conhecimento já desenvolvido permitirá, com uma certa dose de segurança, avançar para a definição do conceito de “third party funder”⁽³⁴⁾, para a matéria das relações entre “funders”, financiados e advogados no que toca ao sigilo profissio-

(34) Com eventual apoio de recolha de elementos e dados, tal como acima sugerido.

nal e, também, para a matéria da revelação de existência de financiamento tendo em vista os efeitos de possíveis conflitos de interesses. Neste último aspecto, é interessante notar que os tribunais arbitrais estão já a desenvolver uma “jurisprudência” dirigida a essa revelação, ainda que com variações no que toca ao conteúdo da informação a revelar.

54. Além disso, à medida que o modelo negocial for avançando para segmentos de mercado menos sofisticados e, portanto, à medida que estiver mais apto a providenciar às necessidades de um leque mais vasto de financiados, é natural que as autoridades de supervisão da actividade bancária e financeira adoptem uma diferente perspectiva quanto à necessidade de licenciamento para o exercício da actividade e quanto à supervisão comportamental destes agentes económicos. Questões de adequação de capitais, transparência de titularidade do capital social e mesmo até modelos contratuais aplicáveis poderão a ser colocados na agenda do legislador.

Trata-se, seguramente, de mais um campo a observar com atenção.

XIII. Panorama Português

55. Do ponto de vista das questões que se levantam, quanto ao conteúdo dos modelos de negócio de financiamento de litígios por terceiros, os temas acima superficialmente a florados são os que se têm discutido no panorama da arbitragem comercial internacional e da denominada arbitragem de investimento. Apesar de não terem surgido ainda no nosso ordenamento jurídico, nenhuma razão existe para pensar que tais questões não devam vir a ter aqui cabimento. Mas, para além dessas, outras poderão vir a ser relevantes. Tentarei, assim, abordar um conjunto de questões que poderão ter pertinência no nosso sistema jurídico.

Antes disso, há que deixar aqui duas ressalvas.

56. A natureza e finalidade deste artigo não me permite ir mais além e passar a analisar um aspecto de sobremaneira importante, o qual está ligado aos possíveis efeitos de um acordo de financiamento de litígios por terceiros no âmbito do processo falimentar. Aliás, não são apenas os efeitos, mas também a eficácia no plano prático que semelhante acordo de financiamento possa ter.

Apenas para dar uma breve nota, convém lembrar que um dos campos preferidos dos “third party funders” é o das empresas em dificuldades financeiras e mesmo as empresas que já se encontram abrangidas por processo de insolvência ou outro tipo de medidas de protecção de credores.

Como é evidente, a celebração de um acordo deste tipo pressupõe que os “funders” queiram “fazer-se pagar” com preferência de todos os restantes credores, incluindo os que beneficiam de privilégios creditórios: de outra forma não financiariam, o que é compreensível do ponto de vista do seu negócio.

Por outro lado, mesmo os financiados que não se encontrem ainda em processo de insolvência ou abrangidos por outro tipo de medida de protecção de credores podem ter constricções na celebração deste tipo de acordos de financiamento na medida em que possam estar envolvidos pagamentos preferenciais a credores em prejuízo de outros.

De um ponto de vista prático, é certo que os *third party funders* encetam sistematicamente diligências para apurar se o acordo a que se propõem celebrar se encontra ou não impedido ou restringido pelas regras falimentares e, além do mais, estando o processo de insolvência (ou outro similar) em andamento, não o fazem sem o respeito pelas regras próprias desse processo. Contudo, do ponto de vista doutrinário, interessantes questões se podem levantar as quais, como se disse, não podem ser aqui tratadas.

57. A segunda nota está ligada com a falta de experiência de Portugal no domínio dos “third party funders” e a possível conexão deste modelo com um ramo do negócio segurador que lhe é adjacente.

Como se pode antever, em Portugal ainda não se suscitaram as questões que acima se enunciaram.

É certo que existe já uma prática e um mercado de alguma forma sedimentados nos contratos de seguro de protecção jurídica. Tais seguros, na esmagadora das vezes acoplados a seguros de responsabilidade civil automóvel, são muito comuns em Portugal (mais do que inicialmente se poderia pensar).

Porém, o modelo que eles encerram — típico de um “before the event insurance”, verdadeiro seguro de cobertura de riscos jurídicos ou judiciais — está localizado numa vertente de gestão de riscos dispersa e pluralizada. Por essa razão, as seguradoras, virtualmente, não assumem qualquer controlo sobre o caso: limitam-se a pagar as despesas e honorários até ao limite do capital coberto e, eventualmente, a indicar advogado que estabelecerá contacto directo e em exclusivo com o segurado, nenhuma intervenção posterior tendo a partir daí. Além disso, mesmo que tais seguros incluam a cobertura de litigância em arbitragem (o que já é menos comum fora do aparelho de arbitragem institucionalizada de conflitos no ramo segurador), nunca as seguradoras têm qualquer hipótese de sequer supervisionar ou acompanhar o trabalho dos árbitros que são indicados. O exemplo da arbitragem do ramo segurador automóvel é paradigmático quanto a este aspecto.

Dito de outra forma, apesar de existir substancial experiência decorrente do contrato de seguro de protecção jurídica, a verdade é que esta experiência não pode ser transposta para o campo do “third party funding”, sendo realidades de financiamento totalmente díspares e com características próprias. Não existe, assim, um substracto experimental que possa ser invocado aqui como exemplo ou comparação.

58. Afastados que estão os aspectos que se têm debatido no plano internacional e depurada esta análise das questões falimentares, cumpre saber que tipo de desafios o financiamento de litígios por terceiros coloca no plano do nosso ordenamento jurídico.

Existem, fundamentalmente, os seguintes desafios: saber se se trata de uma actividade de financiamento sujeita a licenciamento pelas autoridades supervisoras da actividade bancária e financeira; saber se se trata de uma modalidade de *quota litis* ou de partilha de honorários; saber qual o enquadramento da questão atinente ao

sigilo profissional; saber em que medida se trata de um negócio usurário; e, finalmente, saber em que medida uma acção (um litígio) pode ser o objecto de um negócio.

Mais uma vez, abordarei estes temas de uma forma necessariamente superficial.

XIV. O licenciamento da actividade

59. A actividade bancária e financeira em Portugal está, de um modo geral, submetida a um mesmo padrão, o qual resulta da implementação de directivas comunitárias.

Actualmente, o regime legal português decorre do Decreto Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com as variadíssimas e extensas modificações que tem vindo a sofrer (conta-se já a 42.^a versão, decorrente da Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto).

Ora, do elenco de disposições que emergem deste regime legal, tenho dificuldade em enquadrar os “third party funders” em alguma das categorias de instituições de crédito ou de sociedades financeiras (arts. 3.º, 4.º-A e 6.º do citado diploma legal) ali submetidas a regulamentação, isto se consideramos uma entidade que desenvolva exclusivamente esta actividade. Também questiono a ideia de que esta actividade possa ser enquadrada em alguma daquelas que as instituições de crédito estão autorizadas a desenvolver, a não ser talvez a “participação em capital de sociedades”, pressuposto, claro que está, que se possa equiparar o investimento realizado por um third party funder a uma “participação em sociedade”⁽³⁵⁾, mas ainda assim caindo fora do âmbito do princípio da exclusividade (cf. art. 8.º, n.º 2, DL 298/92).

De igual modo, também encontro bastante dificuldade em enquadrar os acordos de financiamento em algum ou alguns dos

(35) V., sobre este ponto, ANTÓNIO PINTO LEITE, que inicialmente dá a indicação de podermos estar em presença de um “contrato de associação em participação”, o que de algum modo poderia sugerir uma equiparação a uma participação societária (cf. *op. cit.*).

tipos contratuais financeiros que são elencados no art. 2.º do mesmo diploma legal, a não ser que se queira equiparar o acordo de financiamento de litígios a um “contrato sobre valores mobiliários” (pressuposto que se defina o litígio como um “valor mobiliário”) ou a um contrato de futuros e a prazo, ou ainda a um contrato de swap ou de opções (pressuposto que os requisitos deste tipo de contratos se verifiquem no caso da “arbitration finance”). Parece-me forçada, em qualquer caso, uma interpretação nesse sentido.

60. De outro lado, este tipo de financiamento está longe de poder ser qualificado como exercício de actividade seguradora (para efeitos do Regime Jurídico do Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora instituído pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro), uma vez que o contrato que lhe subjaz, apesar do elemento aleatório que contém (o financiador pode ser recompensado ou não de acordo com o eventual sucesso da causa financiada), prescinde do elemento essencial do seguro que é, justamente, o prémio. Na verdade, excepção feita a alguns “fees” que a entidade financiada possa ter de pagar inicialmente para o desenvolvimento das actividades de análise do dossier, a assunção do risco pelo financiador não é feita contra um pagamento de qualquer verba por parte do financiado. Pelo contrário, o recebimento a que o “funder” poderá ter acesso é, ele sim, incerto no se, no quando e no quanto, perdendo por completo a característica de “prémio”. A “álea”, neste caso, reside justamente na retribuição que possa ser devida ao “funder”.

61. Em suma, julgo que no panorama nacional não existe qualquer disposição legal que obrigue ao licenciamento da actividade de “third party funder”. Aliás, este entendimento está em total sintonia com a situação de todos os financiadores que operam no mercado europeu: quanto muito, estes agentes poderão necessitar de algum licenciamento e estar sujeitos a alguma supervisão na medida em que o seu capital tenha sido disperso em bolsa (casos acima citados) ou quando, para provisionar os financiamentos que outorgam, necessitam de recorrer ao mercado de capitais (v.g. constituindo fundos de investimento mobiliários com apelo à subscri-

ção pública). No entanto, nada disto altera a estrutura e natureza fundamental do exercício da actividade de financiamento de litígios por terceiros e da ausência da sua regulamentação, a qual continua a ser um campo ausente desta.

XV.

Os desafios ligados à deontologia da profissão de advogado

62. O recentemente aprovado novo Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro) mantém a já ancestral proibição de “pactum quota litis”⁽³⁶⁾. Trata-se de uma proibição destinada a manter a dignidade da profissão e a proteger a irrenunciabilidade do “honorarium” que constitui a forma de compensar o desempenho do advogado.

Ora, no caso da intervenção de terceiras entidades financiadoras do litígio, não me parece que esta proibição seja colocada em crise. Pode, no entanto, questionar-se se não está comprometido o direito aos honorários em si — se for postulada a natureza irrenunciável deste direito —, quando o pagamento destes fica exclusivamente a cargo do terceiro financiador e quando não se admita que outrem que não o cliente efectue tal pagamento. Estou a pensar nos casos acima referenciados em que o modelo contratual passa pelo pagamento dos honorários do advogado directamente pelo terceiro financiador.

O que não sofre dúvida é que o terceiro financiador não pratica nenhuma forma de “quota litis” proibida. Tem, é certo, uma “quota” no litígio por força de um acordo que estabeleceu com o financiado, mas tal pacto não está incluído na proibição constante

⁽³⁶⁾ É o “acordo celebrado entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, pelo qual o direito a honorários fique exclusivamente dependente do resultado obtido na questão e em virtude do qual o constituinte se obrigue a pagar ao advogado parte do resultado que vier a obter, quer este consista numa quantia em dinheiro, quer em qualquer outro bem ou valor” (n.º 2 do art. 106.º, EOA).

do art. 106.º do EOA pela razão de que nenhum deles (financiador e financiado) é advogado.

63. Do mesmo modo se diga em relação à proibição de partilha de honorários do advogado⁽³⁷⁾. Com este acordo, o terceiro financiador não partilha dos honorários do advogado.

64. Por contraponto, perguntar-se-á, na senda do que é perguntado no panorama da arbitragem internacional e do que são as reivindicações dos “third party funders”: um advogado que aceite trabalhar numa modalidade (conquanto que lícita nos termos permitidos pelo art. 106.º do EOA) de “contingent fees” ou de “success fees” estará a exercer actividade de “third party funder”? Estará o advogado a financiar a lide e, como tal, deverá sujeitar-se às consequências a que acima se aludiram?

A resposta só poderá ser um rotundo não. Evidentemente que tais modalidades de honorários constituem uma forma de financiamento do cliente. É irrecusável.

Mas a pretensão de identificar os advogados que trabalhem em tais condições a um “third party” parte do pressuposto errado de que o advogado é “third”, é “terceira pessoa” em relação ao cliente. Para combater essa ideia bastaria avocar o regime da representação e do mandato forense onde é claro que advogado e cliente são como que uma mesma parte ou uma mesma entidade. Além do mais, de todas as questões acima delineadas, a única que poderia ter alguma utilidade seria a tocante à responsabilidade pelos custos e, eventualmente, à questão da caução para custos e respectiva temática da presunção de “impecuniosidade” da parte. Estas matérias, no entanto, também não oferecem dúvida de maior para responder na negativa. Tirando o caso de responsabilidade civil por actos praticados no exercício do mandato e, também, da eventual responsabilidade por litigância de má fé imputável ao próprio mandatário, que em qualquer caso são situações de responsabilidade

⁽³⁷⁾ “É proibido ao advogado repartir honorários, ainda que a título de comissão ou outra forma de compensação, exceto com advogados, advogados estagiários e solicitadores com quem colabore ou que lhe tenham prestado colaboração” (art. 107.º do EOA).

pessoal do mandatário e não da parte, nunca se admitiu a transferência da obrigação de pagamento deste tipo de custos para o advogado. Por outro lado e como se viu, da existência de financiamento por terceiro não pode extrair de imediato a presunção de que a parte não irá pagar os custos do processo.

Daí que não faça sentido equiparar advogado e “third party funder”.

65. Faltará abordar, dentro deste tema, o problema do sigilo profissional e a intersecção deste com a intervenção do “third funder”.

O advogado está vinculado a guardar segredo de tudo quanto lhe seja transmitido pelo seu cliente e, de um modo geral, tudo quanto respeite ao caso que lhe é confiado (art. 92.º, EOA).

À partida, poder-se-ia pensar que este segredo pode ser dispensado pelo cliente tendo em vista a prestação de informações ao terceiro financiador para que este possa conscienciosamente analisar o financiamento que lhe é proposto. Mas a formulação de todo este preceito pode levantar dúvidas, mais acentuadas quando se lê o n.º 4 do mesmo: “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.”

Ou seja, aparentemente, terá de haver autorização do presidente do conselho regional.

É, portanto, questionável não só que o advogado seja obrigado a transmitir informações ao financiador mas também que o possa fazer. Seguramente que sem o consentimento do cliente não pode fornecer informações, documentos ou outros elementos abrangidos pelo sigilo profissional.

Mas a questão também se pode colocar sob o ponto de vista do financiador: tendo este recebido informações, documentos e outros elementos referentes a um processo, pode ser compelido a revelar tais elementos? Estará ele abrangido pelo sigilo e pela protecção da relação advogado-cliente?

Tirando a questão do dever de sigilo que resulta do acordo celebrado entre cliente e financiador, nos termos do qual este se compromete a observar, cumprir e fazer cumprir tal obrigação de confidencialidade — o que, diga-se de passagem, é a regra dos acordos de financiamento — a verdade é que o terceiro financiador não pode por outra forma beneficiar de uma faculdade que é conferida no âmbito de uma profissão, a de advogado, que não é a dele. Além do mais, é de salientar não fazer sentido falar-se da existência de uma doutrina de “interesse comum” que permite, noutros sistemas jurídicos (nomeadamente da “common law”) proteger a informação que é transmitida ao “funder”.

Assim, sabendo-se que existem informações e documentos que possam ser relevantes para a boa decisão da causa e para a descoberta da verdade — princípios nem sempre aplicáveis no domínio da arbitragem — e que estejam na posse do terceiro financiador, este poderá ser compelido a fornecer tais elementos.

XVI. **Usura**

66. A questão que de seguida se coloca é saber se, considerando a generalidade dos casos em que os financiados se encontram numa situação de debilidade financeira, o contrato que celebram com o financiador não se encontra sujeito à proibição de negócios usurários. Como resulta da forma como a questão é equacionada, a dúvida não pode respeitar aos financiados que recorrem a “funders” como simples forma de gestão financeira da sua actividade e utilizam tais recursos como alternativa a um normal empréstimo reembolsável e remunerado.

Mas a proibição de negócios usurários é uma decorrência de princípios gerais do nosso direito.

Curiosamente, este é um instituto que não tem sido muito tratado ao nível dos temas que se discutem no panorama da arbitragem internacional e do “third party funding” e, quando o é, aparece ligado à questão de saber se um “third party funding” deve ser qua-

lificado como um “loan” (mútuo) e, subsequentemente, se ele configura um empréstimo com juros ou outra forma de remuneração usurária⁽³⁸⁾.

Independentemente da relevância que se lhe atribui nesse domínio, a verdade é que a proibição de usura encontra-se enraizada no nosso ordenamento jurídico e não apenas em relação a juros sobre quantias mutuadas.

67. Na verdade, como resulta do n.º 1 do art. 282.º do Código Civil: “é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.”

Parece natural pensar que a parte financiada, uma vez obtido o crédito reclamado na ação, queira invocar a aplicação deste regime para se esquivar ao pagamento da parte do financiador. Afinal de contas, essa parte apenas celebrou o contrato porque se encontrava numa situação de dependência, de necessidade ou até de estado mental débil. Poder-se-á dizer que ao invocar essa pretensão se encontra a desafiar os limites impostos pela boa fé. Mas esta não será uma afirmação absoluta.

Trata-se de um expediente que só poderá ser equacionado em face do caso concreto, não podendo à partida estabelecer-se nenhuma regra abstracta. Teoricamente, pode ter um vasto campo de aplicação e, por isso, a sua articulação com o acordo a celebrar tem de ser cuidadosamente ponderada.

(38) Cf. BERNARDO M. CREMADES, JR., “Usury and Other Defenses in U.S. Litigation Finance”, in *Contingent Fees and Third Party Funding in Investment Arbitration Disputes*, TDM 3 (2014), acessível em <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2112>>, acedido em 11-12-2015. Cf. também JULIA H. McLAUGHLIN, *Litigation Funding: Charting a Legal and Ethical Course*, 31 VT. L. REV. 615, 627 (2007) e GEORGE S. SWAN, *The Economics of Usury and the Litigation Funding Industry: Rancman v. Interim Settlement Funding Corp.*, 28 OKLA. CITY U.L. REV. 753, 783 (2003).

XVII. “Comoditização” da justiça

68. O conceito de financiamento de um litígio realizado por terceiro a troco de uma percentagem nos resultados da ação parece fazer realçar a ideia de uma mercantilização do direito ou de uma simples transformação do direito à ação num bem transacionável. Não há falta de quem fale numa “comoditização” da justiça e da integração deste modelo de negócio no mercado de capitais, passando a ação a ser nada mais que um objecto negociável, incluindo em mercados regulamentados.

Julgo que a ideia é, apesar de tudo, exagerada.

Não se recusa a hipótese de, em certas circunstâncias, os direitos que para o “funder” resultam de um acordo de financiamento puderem ser objecto de uma transação. Por exemplo, o “funder” poderá querer usar tais direitos como colateral ou garantia de operações que realiza. Mas essa será uma excepção, seguramente. Aliás, a experiência revela que a maioria dos contratos de financiamento não contempla cláusulas que permitem ao “funder” ceder ou onerar livremente a sua posição contratual, o que se percebe tendo em vista a especificidade de direitos e obrigações que resultam dele e o seu carácter pessoal.

69. De outro lado, também não se esquece que existem determinados financiadores que usam os financiamentos concedidos e os direitos que deles podem resultar como activos financeiros do seu património e do capital societário que ele representa quando este é colocado em operações de bolsa.

70. Em todo o nosso sistema jurídico e até onde consegui apurar, não existe uma disposição legal que iniba a realização deste tipo de negócios, inserindo-se os mesmos no mais amplo domínio da liberdade contratual, onde gozam de um razoável conforto de actuação. Não excluo que os contratos de financiamento não possam ser considerados nulos ou anuláveis com base em institutos específicos, como as limitações decorrentes do processo falimentar, como a usura, ou mesmo como resultado de outros vícios da

vontade. Mas tratam-se de soluções consagradas para a generalidade dos contratos e não são específicas deste tipo de financiamento, não se podendo por isso afirmar que existe uma proibição de exercício desta actividade ou que a mesma represente uma “mercantilização” da justiça, sobretudo quando encarada no domínio da arbitragem que é aqui tratado.

71. É certo que poderão ser formulados juízos de valor ético ou moral. Admito que, numa primeira abordagem, este modelo negocial choque a mente jurídica e chegue mesmo a colocar em questão valores fundamentais da realização da justiça que encontram consagração ao nível da lei fundamental do país. Mas, ainda assim, estamos longe de poder formular um juízo de censura jurídica sobre o mesmo.

72. Restará, neste domínio, considerar que este tipo de negócio ofende os bons costumes ou que é contrário à ordem pública, assim se tornando nulo nos termos dos arts. 280.º e 281.º do Código Civil.

No entanto, não consigo descortinar um qualquer princípio geral desta natureza — quer de ordem pública, quer de bons costumes — que faça destruir a validade e eficácia de um acordo de financiamento de litígio por terceiro. Nem tão pouco consegui apurar uma decisão dos nossos tribunais que tivesse adoptado entendimento semelhante ou susceptível de aplicação a este tipo de financiamento.

E se inquietações de ordem pública ou dos bons costumes se pudessem levantar, teriam de ser equacionadas com outro interesse que é prosseguido com o financiamento de litígios por terceiros e que consiste, justamente, no acesso ao direito. Com efeito e como se disse acima, por vezes as partes encontram-se numa situação em que pura e simplesmente não possuem capacidade financeira para iniciar ou prosseguir uma ação. A intervenção dos terceiros financiadores permitirá, desse modo e nessa perspectiva, “nivelar o terreno de jogo” e fomentar o acesso ao direito.

XVIII.

Concluindo — Portugal é um bom mercado para os “third party funders”?

73. A primeira observação que se pode tecer em jeito de conclusão é que o mercado Português não está ainda preparado para a introdução dos terceiros financiadores apenas pela razão de que o desconhecimento que a nossa comunidade tem em relação ao tema é ainda elevado e substancialmente superior ao que já se verifica noutras jurisdições. Este desconhecimento gera suspeita e a suspeita inviabiliza a proliferação do negócio.

Contudo, como se tentou demonstrar acima, não existem obstáculos jurídicos de maior ao desenvolvimento deste modelo de negócio, desde que articulado convenientemente com os vários institutos jurídicos com potencial repercussão no fenómeno. Por outra banda, as condições de natureza económica e financeira que algumas empresas e agentes económicos atravessam em Portugal fazem pensar que o nosso País apresenta um campo onde esta actividade se pode expandir exponencialmente.

74. Na verdade e tomando como exemplo o caso Francês, que tem um aparelho jurídico onde o custo do contencioso judicial é relativamente inexpressivo (quando não subsidiado pelo apoio do Estado no acesso ao direito), onde não é permitida a prática de “pure contingency fees” e onde não existem os “punitive damages” (tão apetecíveis num modelo de negócio como este), verifica-se no entanto uma crescente expansão deste modelo. Só no ano de 2015 assistiu-se ao nascimento de três novos financiadores.

75. De todo o modo, o mercado Português apresenta especificidades e dificuldades que não são comuns à maioria das restantes jurisdições, não se podendo afirmar que siga um padrão muito claro para quem o observa de fora. Para tocar apenas num aspecto ligado à produção de prova, é comum dizer-se que nas jurisdições da “civil law” o papel reservado à testemunhas é muito limitado, quando não nulo (como é o caso da França), ao passo que nas jurisdições da “common law” é justamente o oposto. Ora, sendo Portu-

gal indiscutivelmente uma jurisdição da “civil law”, tem no entanto um modelo processual bastante flexível na determinação do valor probatório dos vários meios que são colocados à disposição do decisor.

Por outro lado, vários outros aspectos terão de ser submetidos à apreciação que é feita na nossa comunidade jurídica de um modo “singular”. Por exemplo, no domínio dos conflitos de interesses de árbitros, chegou aos nossos tribunais um caso onde um só árbitro havia confessado ter sido nomeado, pela mesma firma de advogados, em cinquenta processos arbitrais⁽³⁹⁾, o que aos olhos da comunidade arbitral internacional é algo de absolutamente impensável. Casos como estes podem ser encarados por certos sectores da nossa comunidade arbitral como aceitáveis e, para outros sectores, são mesmo necessários. Recorde-se que no nosso sistema jurídico existe um sistema de arbitragem compulsiva sem que esteja assegurado, por um lado, a institucionalização da mesma e, por outro, sem que exista um quadro de árbitros especializados na matéria em número razoavelmente confortável. Seja como for, trata-se de algo inadmissível para quem pretende colocar a jurisdição Portuguesa em concorrência com os principais “hubs” de arbitragem internacional.

É este tipo de particularidades do nosso mercado que os financiadores, sobretudo os que provenham de outros ordenamentos jurídicos, terão de enfrentar e gerir com conhecimentos específicos e utilizando a “ponta de sal”, tão típica em virtualmente todos os assuntos jurídicos que se discutem e decidem no nosso território.

Apesar de tudo, Portugal é um mercado onde será possível assistir a um desenvolvimento desta actividade de “third party funding”.

⁽³⁹⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2015, processo n.º 827/15.9YRLSB, disponível em <www.dgsi.pt>, acedido em 12 de dezembro de 2015.

A RAZÃO POR QUE NÃO SÃO APLICÁVEIS À ARBITRAGEM NEM OS PRINCÍPIOS NEM O REGIME LEGAL DO PROCESSO CIVIL

Pelo Dr. Manuel Pereira Barrocas

De uma forma mais extensa do que seria desejável, existe ainda em Portugal uma tendência para aplicar à arbitragem os princípios e, até mesmo, *in extremis*, o próprio regime legal do processo civil sempre que as partes, com o propósito de regular um processo arbitral, não tenham direta e expressamente escolhido as regras do processo civil ou indiretamente através da escolha de um regulamento de uma câmara arbitral que o faça.

Isto deve-se, sem dúvida, a um imperfeito conceito da arbitragem e um desconhecimento da sua independência relativamente à jurisdição estadual e aos regimes processuais que nela são aplicáveis.

Esta errada conceção tem conduzido, porém, com alguma frequência, a consequências jurídicas tão indesejáveis quanto inapropriadas, consequências que, todavia, o que é grave, podem afetar ora a validade do processo arbitral ora a própria validade dos laudos arbitrais.

Claro que, na origem disto, está em parte o conceito de que os tribunais arbitrais integram a estrutura jurisdicional dos tribunais estaduais, o que não é verdade.

Muito embora o art. 209.º, número 2., da Constituição da República Portuguesa reconheça a possibilidade de existirem tri-

bunais arbitrais, tal não significa obviamente que eles integrem a estrutura jurisdicional dos tribunais estaduais. Para nós, o alcance do preceito é apenas o de afirmar a constitucionalidade dos tribunais arbitrais e, em suma, da jurisdição arbitral como modo autónomo de resolver litígios em paralelo com a jurisdição estadual. Desde logo, porque os tribunais arbitrais não são órgãos institucionalizados. Um tribunal arbitral é constituído para dirimir um determinado litígio e extingue-se logo que profere o laudo arbitral que ponha termo ao processo, sem prejuízo do exercício dos poderes complementares previstos no art. 45.º, da LAV.

E, também, porque o tribunal arbitral é um órgão privado, constituído por pessoas privadas que apenas dispõem de poderes transitórios dados pelas partes e baseados na lei e na convenção de arbitragem.

O processo arbitral assenta em princípios fundamentais próprios contidos, no caso da lei portuguesa, no art. 30.º, n.º 1., da LAV, que não se confundem, embora possam parcialmente coincidir, com os que são próprios do processo civil. A sua aplicação prática, porém, obedece às características da arbitragem, designadamente ao seu menor formalismo e à desejada eficácia em vista do seu desígnio final que é a resolução do litígio.

Para este efeito, o árbitro deve, nomeadamente, assegurar que o laudo final por si proferido seja, não apenas válido, mas também, tanto quanto possível, executável onde seja previsível que isso possa acontecer, tratando-se, nesta segunda hipótese de arbitragem internacional.

O processo arbitral obedece, pois, a princípios e a práticas distintas do processo nos tribunais estaduais.

Claro que o árbitro no processo arbitral não está impedido, quer na arbitragem doméstica quer na arbitragem internacional, de utilizar certos conceitos que a ciência ou a técnica processualista elaboraram (caso julgado, litispendência, etc.), mas isso não significa que lhe deva ser aplicado o regime legal do processo civil relativo a esses institutos. Apenas a analogia, com o regime legal do processo civil pode, eventual e muito parcimoniosamente, ser útil ao processo arbitral como repositório de conceitos técnico-científicos e, eventualmente, como exercício analógico, não obrigatório

para o árbitro do preenchimento de uma lacuna legal verificada num processo arbitral.

Não é, assim, admissível a invocação de uma norma legal do processo civil para fundamentar uma invalidade do processo ou do próprio laudo arbitral.

E o mesmo é relevante para a exclusão do seio da arbitragem de princípios processuais que não sejam os que são próprios do processo arbitral (sobre os princípios fundamentais do processo arbitral, ver o art. 30.º, número 1., da LAV). Se assim fosse, introduzir-se-iam no processo arbitral regimes processuais incompatíveis com a arbitragem e que esta rejeita em nome da sua razão de existir como método de resolução de litígios dotado da sua própria identidade, funcionalidade e eficácia.

Na verdade, importa reforçar ainda as seguintes ideias que não podem ser olvidadas quando falamos de arbitragem: o processo arbitral deve por natureza ser simples, direto à sua finalidade e o menos formal possível, ou dito de outro modo, apenas suficientemente formal até ao ponto em que o cumprimento dos princípios fundamentais do processo arbitral o exijam e o escopo final do processo e a vontade das partes, expressa no momento e no local próprios — a convenção de arbitragem —, o requeiram. Nada mais do que isto, evidentemente sem prejuízo do cumprimento das disposições da lei e de algum regulamento arbitral aplicável ao caso por vontade das partes.

É-nos por isso difícil aceitar, por se tratar de argumentação *contra natura*, que se possa defender que determinada decisão arbitral viola princípios ou máximas do processo civil e, deste modo, atacar-se uma decisão arbitral válida. Num passado não muito distante eram conhecidas decisões absurdas de tribunais estaduais que chegaram a aplicar o regime das nulidades da sentença judicial previstas no CPC na apreciação da validade de uma sentença arbitral.

Persistem, porém, outras formas de constrangimento com reflexo no funcionamento da arbitragem, limitando, nomeadamente, o princípio da autonomia da vontade das partes na fixação do estatuto da arbitragem e que constitui, como se sabe, um elemento fundamental desta tal como a LAV, entre outras leis, profusamente atesta.

É o caso de se invocar a nulidade dos *pacta de non petendo* para impedir que as partes de uma convenção de arbitragem possam acordar a exclusividade dos meios cautelares arbitrais, com preterição da possibilidade de recurso a medidas cautelares decretadas pelos tribunais estaduais em apoio à arbitragem.

Na verdade, com o devido respeito, discordamos desta posição, porque a opção que as partes possam tomar com aquela finalidade de reservar para a jurisdição arbitral o exclusivo do poder cautelar não viola qualquer princípio processual civil, dado que a LAV admite expressamente, à livre opção das partes, quer a via cautelar arbitral quer a via cautelar judicial, tal como resulta do disposto nos arts. 20.º, número 1., e 29.º da LAV e mais, quer o âmbito quer a inominalidade das medidas cautelares arbitrais, para além do seu menor formalismo relativamente às medidas judiciais, e, ainda, o natural melhor conhecimento da matéria do litígio pelo árbitro, podem perfeitamente justificar um acordo legítimo entre as partes no sentido de preferirem a exclusividade das medidas cautelares arbitrais.

É assim a própria lei que permite fundadamente a alternatividade da escolha. A violação do princípio *pacta de non petendo* existiria se se privasse em absoluto a possibilidade de acesso à obtenção de medidas cautelares, o que não é o caso. Em resumo, este princípio processual visa assegurar o acesso à justiça, proibindo qualquer forma de impedimento ou restrição desse direito. Mas, obviamente, isso não se verifica *in casu* porque o acesso à justiça é assegurado pela via cautelar arbitral na matéria objeto do processo arbitral em questão. Trata-se apenas de uma opção de meios.

A predisposição para restringir a arbitragem e limitá-la a uma forma subordinada de dirimção de litígios ainda existe, como se vê, no pensamento jurídico nacional. Porém, traduz uma anomalia relativamente ao estado de desenvolvimento da arbitragem, quer doméstica, quer ainda mais vincadamente da arbitragem internacional.

A comprovar o que afirmamos importa citar o art. 19.º da LAV que apenas admite a intervenção dos tribunais estaduais na arbitragem nas matérias reguladas e nos termos estritos previstos naquela lei, isto é, a competência específica (1) de apoio à arbitragem (concessão de medidas cautelares, quando lhe forem solicitadas em alternativa a idêntica competência dos tribunais arbitrais, obtenção

de prova, nomeação de árbitros em falta e reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras) e (2) de fiscalização da validade de sentenças arbitrais e o julgamento de recursos se as partes nisso tiverem acordado.

Evidentemente que, se as partes tiverem, ao invés, acordado que a regulação de determinado processo arbitral seja feita, ao menos parcialmente, pela lei processual civil, não deixa de ser aplicável esta lei escolhida, o que todavia, só por si, não inviabiliza a liberdade das partes concederem exclusividade às medidas cautelares arbitrais relativamente às medidas cautelares judiciais.

Isto dito, em que se baseia, pois, a arbitragem para assegurar às partes a solidez, a consistência e credibilidade da sua função? Ou seja, o que garante às partes que a arbitragem é um meio competente e seguro, credível, para a resolução de um litígio com preterição de um tribunal estadual?

Vários são os fatores em que se funda o edifício da arbitragem. Vejamos, seguramente com caráter exemplificativo:

- 1) em primeiro lugar, a lei de arbitragem aplicável (a *lex arbitri*) deve conter, e em regra contém, normas explícitas sobre o estatuto do árbitro, incluindo direitos e deveres;
- 2) em segundo lugar, a existência de regras sobre a escolha e designação dos árbitros no caso de as partes não terem nisso acordado;
- 3) igualmente, a previsão do dever de revelação pelo árbitro de circunstâncias eventualmente inibitórias do exercício do encargo;
- 4) do mesmo modo, regras sobre o processo de recusa de árbitro;
- 5) e, ainda, regras sobre a responsabilidade civil do árbitro (designadamente, por escusa injustificada do exercício do encargo uma vez aceite e, também, por prolação injustificada do laudo arbitral fora de prazo);
- 6) Normas sobre os fundamentos de impugnação do laudo arbitral devem também naturalmente existir na lei arbitral aplicável;

- 7) A boa escolha do árbitro, o que inclui na composição do seu perfil a honestidade, a independência, a imparcialidade, o conhecimento do objeto do litígio e da melhor forma de o resolver e, por fim, a sua retidão de caráter e o bom senso constituem fatores de uma decisão fundamental para que a arbitragem decorra como a boa dirimção de um litígio necessariamente requere.
Devem lembrar-se, a propósito, que a escolha dos árbitros constitui um dos mais importantes atos do processo arbitral;
- 8) Por fim, a ética arbitral que comporta o conjunto de normas *praeter legem* e *infra legem* que, em parte, estão contidas em códigos de *soft law*, entre os quais se incluem as regras da UNIDROIT e as guidelines da IBA (particularmente, as *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), além dos regulamentos arbitrais quando existam, mas também as normas gerais da ética aplicáveis a cada caso, conforme o circunstancialismo vigente, designadamente de tempo e de espaço onde decorra a arbitragem.

Tudo isto assegurado, deve confiar-se nas virtudes da arbitragem, não apenas no âmbito doméstico, mas também no plano internacional.

Qualquer interferência de outros valores e formas processuais estranhas à arbitragem, seguramente que desequilibram a estrutura e os alicerces do edifício arbitral e, seguramente, a sua eficiência.

ALGUMAS NOTAS SOBRE AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA ACTIVIDADE DE TREINADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL

(PARTE I)

Pelo Dr. Pedro Petrucci de Freitas()*

SUMÁRIO:

1. Breve nota introdutória. 2. Da aplicação do regime laboral comum. 3. Limitações decorrentes da cláusula 21.ª do CCT.
3.1. Ensaio sobre as limitações convencionais ao exercício de actividade incompatível com a de treinador de futebol. *3.1.1.* Da incompatibilidade com o exercício de outras actividades profissionais. *3.1.2.* A liberdade religiosa: incompatibilidade ou mero conflito de conciliação. Breves apontamentos. *3.1.3.* Incompatibilidade por razões de ordem ética (*lato sensu*).

1. Breve nota introdutória

No plano estritamente jurídico, as especificidades⁽¹⁾ do desporto profissional reclamam e têm acolhido o desenho de soluções

(*) Advogado.

⁽¹⁾ De acordo com ÁLVARO MELO FILHO: “*Toda a normatividade desportiva é voltada para assegurar a igualdade e o equilíbrio competitivo, pilares fundamentais para o sucesso de qualquer modelo desportivo, de índole privatista ou publicista, donde se dessume que a incerteza do resultado — o principal ativo do espetáculo desportivo — tipifica uma verdadeira especificidade desportiva*”, *Desporto & Direito*, Revista Jurídica de Desporto, ano VI, n.º 17, 2009, Coimbra Editora, Coimbra, p. 258.

normativas que nem sempre se afiguram de fácil compreensão ou acomodação ao quadro legal comum e respectiva valoração ou matriz de pensamento.

Por vezes, as mesmas encontram fácil leitura e justificação, mas, por outras, defrontam-se com a constatação de que a ausência de regulamentação especial é prejudicial, ou até que tais especificidades têm de se sujeitar à axiologia própria do regime legal comum.

Exemplo prático do que referimos, é o exercício da actividade de treinador profissional de futebol, sem regulamentação específica, embora regulada, no plano laboral, por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o qual oferece soluções que se projectam e se justificam à luz das referidas especificidades, mas que, ainda assim, não deixam de suscitar algumas interrogações.

Neste estudo a que nos propomos, e que certamente não ficará preso a argumentos imutáveis ou reflexões não passíveis de revisão, interessa-nos a limitação ao exercício da actividade de treinador de futebol que é determinada pelo disposto nas cláusulas 20.^a e 21.^a sobre as epígrafes, respectivamente, *liberdade de trabalho e exercício de outras actividades na vigência do contrato*, do Contrato Colectivo de Trabalho celebrado entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e a Associação Nacional de Treinadores de Futebol (CCT)⁽²⁾.

Estas disposições convencionais limitam, respectivamente: (i) a liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho; (ii) o exercício de actividade profissional remunerada ao serviço de outro clube, e bem assim (iii) o exercício de actividade de qualquer natureza incompatível com a prestação de trabalho durante a vigência do contrato.

Na primeira parte deste estudo faremos um ensaio ou reflexão a propósito da limitação estabelecida na cláusula indicada em último lugar⁽³⁾, reservando uma segunda parte para a limitação

(²) Contrato Colectivo de Trabalho entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e a Associação Nacional de Treinadores de Futebol, com revisão global publicada no *Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 20, de 29 de Maio de 2012.

(³) Esta cláusula estabelece o seguinte: “1. São nulas as cláusulas dos contratos individuais de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito

prevista na cláusula 20.^a do CCT, a qual tem algumas similitudes com a figura do pacto de não concorrência previsto no art. 146.º do Código do Trabalho⁽⁴⁾.

2. Da aplicação do regime laboral comum

O exercício da actividade de treinador de futebol, ao contrário do praticante desportivo, não está sujeita a um regime especial, embora tal se justificasse^(5/6).

Sobre este ponto dava devida nota ALBINO MENDES BAPTISTA⁽⁷⁾, considerando correcta a decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.10.1998 (JOSÉ MESQUITA), proc. n.º 98S166, segundo a qual o regime laboral comum é aplicável a um contrato de trabalho celebrado com um treinador de futebol, ainda que, e de acordo com este Autor, “o regime aplicável aos contratos entre treinadores e clubes profissionais, terá de ser o

de trabalho após a cessação do contrato. 2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, no acordo de cessação do contrato de trabalho é lícito às partes consagrarem limitações fundadas em critérios meramente desportivos”.

⁽⁴⁾ Não desconsideramos, embora o faremos de forma amiúde, alusão ao incumprimento destas disposições convencionais e suas consequências no plano da relação laboral, cuja pertinência é bem patente.

⁽⁵⁾ Sem prejuízo, e como propugnamos adiante, nada impede que se apliquem regras gerais previstas no Código do Trabalho à relação de trabalho entre um treinador de futebol e o respectivo clube, *ex vi* art. 9.º do Código do Trabalho. Sobre a aplicação desta disposição legal, *vide* ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “O art. 9.º do Código do Trabalho e a situação laboral dos treinadores desportivos”, *Desporto & Direito*, Revista Jurídica de Desporto, ano IX, 2011, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 20 a 38.

⁽⁶⁾ Conforme refere RUI VAZ PEREIRA: “*De um ponto de vista material e social, quer pela própria natureza da sua actividade, quer pela sua conformação social, o treinador desportivo (em especial na sua relação jurídico-laboral) necessita e merece a criação de um regime legal próprio. Até lá, resta-nos jogar com as “armas” que temos — seja o CCTTE, seja a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, seja ainda o regime laboral comum — e apelar à rápida intervenção do legislador*”, in “*Treinador Desportivo: regime jurídico precisa-se!*”, *Desporto&Direito*, Revista Jurídica de Desporto, ano IX, 2012, Coimbra Editora, Coimbra, p. 222.

⁽⁷⁾ *Direito Laboral Desportivo — Estudos*, Volume I, Quid Juris, Lisboa, 2003, pp. 77 e 78.

regime laboral comum, embora entendamos que o mesmo se revela desadequado e pouco compatível com a natureza específica desta relação contratual”(8).

A evolução de pensamento nesta matéria, por ausência de regulamentação específica, assim o cremos, foi conhecendo natural desenvolvimento(9), conforme se percebe, entre outros, da leitura do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.11.2010 (SOUSA PEIXOTO), proc. 3987/03.8TTLSB.L1.S1, que estabelece duas coordenadas essenciais. A primeira, referente à aceitação de que o *regime do contrato de trabalho do praticante desportivo* possa ser aplicável, por analogia (art. 10.º do Código Civil), aos contratos de trabalho dos treinadores profissionais, limitada, em todo o caso, aos aspectos em que o contrato de trabalho seja omissivo(10). A segunda, a de que, na falta de regulamentação legal expressa, as partes possam fixar livremente o conteúdo do contrato, com fundamento no *princípio da liberdade contratual* insito no art. 405.º do Código Civil.

JOÃO LEAL AMADO, em comentário a este Acórdão, referia que: “(...) *as dúvidas em torno do regime aplicável a esta relação laboral [de treinador desportivo] não só não desaparecem como, pelo contrário, se adensam. Dir-se-ia que, neste domínio, apenas uma coisa parece certa e pacífica: a conveniência (para não dizer a urgência), de uma intervenção legislativa que clarifique a situação e estabeleça um regime jurídico ajustado às especificidades da relação laboral do treinador desportivo*”(11).

(8) *Op. cit.*, p. 79.

(9) Sobre a o tratamento jurisprudencial dado a este tema, *vide* NUNO MIGUEL VIEIRA PÁSSARO, *O Contrato de Trabalho Desportivo do Treinador de Futebol*, Dissertação de Mestrado, 2014, pp. 58 a 62, disponível para consulta *online* no centro de pesquisa do Comité Olímpico de Portugal em <<http://comiteolimpicoportugal.pt/>>.

(10) No mesmo sentido, *vide*, entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 12.09.2007 (MARIA LAURA LEONARDO), proc. 06S4107 e de 10.07.2008 (MÁRIO PEREIRA), proc. 07S3660 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2009 (ISABEL TAPADINHAS), proc. 3987/03.8TTLSB.L1-4. Todos os arestos sem indicação de fonte encontram-se disponíveis para consulta em <www.dgsi.pt>.

(11) “É o regime laboral comum aplicável aos contratos entre clubes e treinadores profissionais?”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 340. No caso do aresto, discutia-se, em especial, a sucessão de contratos de traba-

Noutro plano, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO defendia a possibilidade de, à partida, as partes poderem optar, tanto pela figura do contrato de prestação de serviços previsto no Código Civil, como pela figura do contrato de trabalho⁽¹²⁾.

Não obstante a questão que abordamos muito sucintamente nesta nota prévia corresponder a uma *vexata quaestio*, no caso dos treinadores profissionais de futebol secundamos a posição de JOÃO ANTÓNIO RODRIGUES DE OLIVEIRA⁽¹³⁾ no sentido de que a aplicação directa do CCT —, correspondente a uma fonte específica de Direito do Trabalho^(14/15) —, ou a analogia com o art. 8.º da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho (neste último caso, referindo-se este Autor ao regime da duração do contrato de trabalho), serão soluções adequadas para integrar a lacuna a que aludimos inicialmente,

lho a termo. Sobre a aplicação desta figura contratual ao treinador de futebol, *vide* PEDRO PARDAL GOULÃO, “Contratação de treinadores de futebol. A natureza efêmera como legitimação da ditadura do termo”, *Desporto & Direito*, Revista Jurídica do Desporto, Ano IV, n.º 12, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. Defendo a possibilidade de aplicação das duas modalidades de contrato de trabalho (contrato de trabalho a termo e contrato de trabalho por tempo indeterminado), v. JOÃO ANTÓNIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, *O Contrato de Trabalho do Treinador Desportivo*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2014, p. 69, disponível para consulta em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28452/1/O%20contrato%20de%20trabalho%20do%20treinador%20desportivo.pdf>> (20.01.2016).

⁽¹²⁾ Refere este Autor, a este propósito, o seguinte: “*É por isso perfeitamente possível que as partes modelem os termos do aproveitamento da actividade de treinador de acordo com o esquema contratual da prestação de serviços — caso em que será aplicável o regime do contrato de prestação de serviços plasmado no Código Civil — como podem optar por desenhar o conteúdo do contrato nos moldes que permitem obter a utilidade específica e característica do contrato de trabalho — hipótese na qual se impõe a aplicação da lei do trabalho*”, *apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.03.2014 (MARTINS DE SOUSA), proc. n.º 396/2000.L1.S1. Isto, sem prejuízo de as partes, não obstante a sua liberdade contratual, não disporem da qualificação jurídica que deve ser dada a determinada relação factual, de o contrato com o treinador poder ter os elementos típicos que caracterizam a existência de subordinação jurídica (*op. cit.*, pp. 40 e 41).

⁽¹³⁾ *Op. cit.*, p. 71.

⁽¹⁴⁾ Art. 1.º do Código do Trabalho.

⁽¹⁵⁾ NUNO MIGUEL VIEIRA PASSARO, referindo-se ao CCT, expõe o seguinte: “(...) *deve ser o instrumento normativo a aplicar às relações emergentes do contrato de trabalho do treinador de futebol, dependendo de caso a caso, sendo que as normas deste contrato em confronto com as disposições da Lei n.º 28/98, não pode ser mais penalizante para o trabalhador. Todavia, há certas matérias que este contrato colectivo não regula, pelo que terá de ser aplicado por analogia o disposto na lei do praticante desportivo*”. *Op. cit.*, p. 58.

pelo menos no que respeita à relação jurídica do treinador de um clube desportivo a que seja aplicável aquele CCT. Reconhecemos, no entanto, que são passíveis de ficar excluídos deste âmbito, os casos de treinadores contratados directamente por uma federação ou associação⁽¹⁶⁾, bem como aqueles em que o trabalhador não é contratado como “técnico principal”, mas sim para o exercício de meras funções acessórias ou de apoio ao treinador⁽¹⁷⁾, em que se afigura admissível o recurso ao contrato de prestação de serviços.

Posto isto, propomo-nos acrescentar também a aplicação de princípios e valores próprios do regime laboral comum, o que influencia a reflexão subjacente ao presente estudo e respectivas conclusões, levando-nos a afirmar que não pode ser automaticamente aplicado à relação jurídico-laboral do treinador profissional de futebol. Tal não invalida, ainda assim, que o possam ser alguns dos seus regimes e institutos, com as necessárias adaptações em sede de função interpretativa e aplicativa do Direito.

Referimo-nos, sem exclusão de outros, aos direitos e deveres em matéria de igualdade e não discriminação, aos direitos de personalidade, e aos direitos, deveres e garantias do trabalhador.

Por outro lado, e admitindo-se a aplicação, por analogia, da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, dir-se-á que este regime (*o regime do contrato de trabalho do praticante desportivo*), por chamar a aplicação subsidiária do regime laboral comum (cf. art. 3.º deste diploma), contribui para o reforço do que vimos referindo, *i.e.*, no

⁽¹⁶⁾ Sobre este ponto, e referindo a não aplicação do CCT a federações ou associações, v. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 44.

⁽¹⁷⁾ A este propósito, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.02.2011 (FONSECA RAMOS), proc. 954/07.6TBVFX.L1.S, em que, no caso *sub judice* analisa-se, entre outros, a violação de uma cláusula de exclusividade inserta num contrato de prestação de serviços, em que o Autor se obrigava a: a) *Observação de atletas/jogadores profissionais de futebol ou jogadores amadores de outras equipas ou sociedades desportivas, em vista da sua possível contratação, transferência ou empréstimo pela SAD ou em vista de outra finalidade*; b) *Acompanhamento, aconselhamento, apoio ou orientação de jogadores profissionais de futebol da SAD, bem como de jogadores, em todos os escalões do Futebol Clube de Alverca, em vista da sua formação, orientação ou possível profissionalização, bem como qualquer outra finalidade que a SAD lhe indique*; c) *Apoio e colaboração com o treinador de futebol principal da equipa técnica da SAD, designada e exemplificativamente, observação dos jogadores das equipas adversárias*”.

sentido de que esta *subsidiariedade* valerá também para a relação de trabalho do treinador de futebol profissional, temperando o recurso ao *princípio da liberdade contratual*, o qual não pode ser tido por absoluto, na medida em que as partes estão sujeitas aos limites legalmente impostos⁽¹⁸⁾.

O mesmo argumento vale ainda pelo facto de esta *subsidiariedade* estar também expressamente prevista na cláusula quinta do referido CCT, com a ressalva de aqui se estatuir expressamente o afastamento de normas do Código do Trabalho que se revelem incompatíveis com a reconhecida natureza específica do contrato de trabalho dos treinadores profissionais de futebol.

Por fim, julgamos que esta posição é ainda sustentada na doutrina gizada pelo recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.06.2015 (FERNANDES DA SILVA), proc. 3345/11.0TTLSB.L1.S1, no âmbito do qual se consigna (v. ponto IV do respectivo sumário) que *constituindo as regras do regime laboral comum direito subsidiário relativamente às relações emergentes do contrato de trabalho desportivo, é aplicável, no caso — porque compatível com a natureza da relação contratual sujeita —, a norma referente à formação contínua do trabalhador, prevista no art. 131.º, n.º 2, do Código do Trabalho*⁽¹⁹⁾.

Em suma, neste aresto admite-se a aplicabilidade, à relação jurídico-laboral do treinador de futebol profissional, de regimes especialmente previstos e regulados no Código do Trabalho.

3. Limitações decorrentes da cláusula 21.^a do CCT

Efectuada uma breve nota introdutória, importa agora, e para os efeitos do presente estudo, ter presente o disposto na cláusula 21.^a, n.ºs 1 e 2, do CCT, a qual prescreve o seguinte: “1. Ao

⁽¹⁸⁾ Cf. art. 405.º, n.º 1, do Código Civil (parte dispositiva inicial).

⁽¹⁹⁾ Esta conclusão é reforçada, segundo este aresto, pelo facto de a compatibilidade de regimes mostrar-se claramente demonstrada na circunstância de, no caso em apreço, o Clube (Réu) ter proporcionado acções de formação ao treinador (Autor).

treinador é vedado o desempenho de qualquer outra actividade desportiva remunerada no período da duração do contrato, salvo convenção expressa em contrário. 2. É igualmente vedado, na vigência do contrato, o exercício pelo treinador de actividades de qualquer natureza que sejam incompatíveis com a sua prestação laboral, excepto se o contrário for expressamente autorizado pelo clube”.

A análise que incide sobre esta disposição convencional deverá ter por base orientadora os princípios e cânones interpretativos próprios do Direito do Trabalho, *mutatis mutandis*, deverá guiar-se à luz do regime laboral, importando a compreensão prévia da resposta deste ramo de Direito às limitações estabelecidas, no caso em concreto, por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ao exercício de uma determinada actividade profissional ou de qualquer outra natureza.

A disposição convencional em apreço não só limita a liberdade de trabalho, como condiciona também o exercício de quaisquer outras actividades, que não apenas as de natureza profissional, o que se infere, sem dificuldade, da amplitude dada por um pronome indefinido na redacção daquela disposição convencional (“*actividades de qualquer natureza*”). É, sobretudo, esta última limitação, que merecerá maior desenvolvimento, por ser aquela que mais dúvidas de interpretação suscita, em especial, por dificuldade numa concretização segura do seu respectivo âmbito.

Conforme veremos de seguida, consideramos estar na presença de uma “cláusula aberta”, pois obriga a que se admitam múltiplas situações de incompatibilidade com a prestação de trabalho, e uma noção ampla de incompatibilidade, ainda que se possa admitir que não fosse intenção dos parceiros sociais outorgantes imprimir um cunho demasiado abrangente àquela limitação⁽²⁰⁾, tal como resulta da redacção dada à disposição convencional em apreço.

Posto isto, podemos afirmar que daquela disposição convencional resultam duas ordens de proibição distintas e de alcance

(20) Admitimos como possível que se pretendam evitar situações comprometedoras da prestação de trabalho por ditames de ordem ética ou por razões estritamente desportivas. Porém, a redacção da disposição convencional oferece outra dimensão interpretativa.

relativo, dada a sua configuração supletiva: a primeira, assente na convenção das partes, e a segunda no seu afastamento por autorização do empregador/clubes desportivo.

Afirmamos que aquelas disposições têm carácter relativo por considerarmos que afectando a liberdade de trabalho e, nesta medida, direitos de personalidade, a norma convencional deve ser objecto de interpretação restritiva. Pelo menos em relação à primeira, afigura-se como mais seguro que assim o seja⁽²¹⁾.

Por mera facilidade de exposição, e sem qualquer intenção de qualificação conceptual, com relação ao disposto no número dois daquela disposição convencional, propomos que por “actividade de natureza **incompatível** com a prestação de trabalho” se considerem incompatibilidades de *primeiro grau* e de *segundo grau*.

As primeiras, no sentido de serem originárias ou legalmente impostas, como é o caso das que são relativas ao exercício de uma determinada profissão⁽²²⁾. As segundas, que designamos de segundo grau, serão, sobretudo, apreensíveis por verificação casuística, podendo compreender incompatibilidades que se resumem a uma mera impossibilidade prática de conciliação, *i.e.*, decorrente do exercício de actividades que se demonstrem não serem passíveis de conciliação com a actividade de treinador de futebol, por, designadamente, prejudicarem a disponibilidade para a execução da prestação de trabalho, colocando-a em causa, ou actividades que não prejudicam a execução efectiva da prestação de trabalho, mas

(21) Antecipa-se, em todo o caso, que o *princípio da consensualidade* deveria, sem prejuízo de melhor opinião em contrário, ter sido opção para ambas as situações, isto é, e quanto a nós, dever-se-ia ter privilegiado o acordo das partes como mecanismo de afastamento das referidas limitações, percebendo-se mal que para a situação indicada em último lugar, e cuja limitação tem um alcance mais alargado —, na medida em que chama à colação muitos outros aspectos que vão para além do exercício de uma actividade profissional, embora nada impeça que as partes acordem no seu afastamento —, esteja construída numa lógica de dependência de uma das partes em relação à outra, e não de um consenso, formado antes ou durante a execução do contrato. Por outro lado, não se dá resposta para os casos em que a autorização não é concedida e suas respectivas consequências, ou para a possibilidade de a falta de autorização poder ser suprida.

(22) Nestes casos, a autorização a que se alude no n.º 2 da disposição convencional em apreço, não tem, quanto a nós, qualquer valor, na medida em que não pode contrariar disposição legal imperativa.

que, ainda assim, se revelam incompatíveis nos termos da *ratio* subjacente à disposição convencional, e de maior dificuldade de delimitação ou identificação.

Em suma, revela a incompatibilidade já pré-estabelecida, como aquela que se revela incompatível, embora não o seja originariamente tida enquanto tal⁽²³⁾.

Com efeito, e recorrendo a outro tipo de raciocínio, parece-nos que poderão igualmente estar em causa actividades que, por si, são de todo incompatíveis em face de norma que assim o determina, como também aquelas que, não o sendo por imposição legal, ou até por acordo das partes (com os limites previstos no art. 81.º do Código Civil), colocam em crise o cumprimento da prestação de trabalho.

Teríamos, deste modo, incompatibilidades resultantes de imposição legal ou convencional, e outras cujo exercício acaba por interferir ou colidir com a prestação de trabalho, não permitindo que a mesma seja devidamente executada, ou impedindo que o seja, de forma integral e em conformidade e respeito pelos deveres legais e contratuais que lhe são subjacentes.

Posto isto, a primeira disposição —, a ser interpretada restritivamente —, refere-se, como já antecipámos, à proibição do exercício de qualquer outra actividade desportiva remunerada no período da duração do contrato, o que não afronta a liberdade de trabalho constitucionalmente consagrada, dada a sua imanente limitação e carácter supletivo, e a que acresce uma *ratio* justificada pelas especificidades das competições desportivas e das suas regras.

De facto, não seria compaginável com a *verdade desportiva* que um treinador de futebol profissional dirigisse as equipas de dois clubes ao mesmo tempo, ademais sendo remunerado por ambos.

A norma convencional, em princípio, não colide com o *princípio da liberdade de trabalho* constitucionalmente consagrado.

Porém, e no que respeita à proibição ínsita no n.º 2 da referida disposição do CCT, ou seja, *o exercício pelo treinador de activida-*

(23) Isto, não se excluindo a hipótese de uma determinada incompatibilidade que não esteja expressamente estabelecida, poder ser identificada aprioristicamente enquanto tal.

des de qualquer natureza que sejam incompatíveis com a sua prestação laboral, já algumas dúvidas se poderão colocar, como anteriormente referimos.

Quanto a esta norma, refira-se que aqui já não está em causa o exercício de uma actividade profissional (desportiva) remunerada, pois esta já resulta proibida pelo n.º 1 da referida disposição convencional, mas sim o exercício de uma qualquer outra actividade de natureza incompatível com a prestação laboral de um treinador de futebol.

Sobre este ponto, diríamos que também terão de estar em causa limites de ordem exclusivamente *objectiva*, aferidos em razão da actividade concretamente realizada, e não limites de ordem *subjectiva*, associados directamente ao próprio trabalhador, pese embora possa não ser fácil dissociar uns dos outros em todas as situações.

3.1. Ensaio sobre as limitações convencionais ao exercício de actividade incompatível com a de treinador de futebol

Partindo daquele pressuposto, e sem esgotar todas as actividades susceptíveis de serem qualificadas como incompatíveis com a prestação de trabalho pelo treinador de futebol profissional, até por estarmos na presença de uma cláusula aberta, cremos admissível identificar, entre muitas, incompatibilidades (*i*) com o exercício de outras actividades profissionais que não desportivas, pois a actividade profissional desportiva remunerada é já ela limitada e autonomizada no número um da referida cláusula 21.ª do CCT; (*ii*) com o exercício da liberdade religiosa; e (*iii*) por imposição de conduta ética⁽²⁴⁾.

(24) A conduta de um treinador de futebol, tanto no plano desportivo (em que valem aqui as regras do *fair-play*), como no plano extra-desportivo, tem um elevado significado pelos valores sociais que o Desporto representa. Por outro lado, e enquanto líder, o treinador exerce uma influência manifesta sobre os atletas que dirige. Conforme refere ARTUR JORGE BAPTISTA DOS SANTOS: “É através do treino e da competição, que o treinador

Admitimos, no entanto, que às partes outorgantes terá interessado limitar o exercício de actividades cuja incompatibilidade se revele em critérios estritamente desportivos e éticos, e não com a amplitude que propomos. Em todo o caso, tal não prejudica um exercício de reflexão nestes termos, até porque é a própria disposição convencional, na forma como está redigida, que o oferece.

Uma vez identificadas situações que poderão ser incompatíveis com a prestação de trabalho do treinador de futebol profissional, importa, ainda que nalguns casos de modo muito sumário, que nos debruçemos sobre as mesmas, e também, e em momento posterior, que se identifiquem consequências para o incumprimento das referidas disposições convencionais.

3.1.1. Da incompatibilidade com o exercício de outras actividades profissionais

No que respeita à primeira situação *supra* indicada, consideramos que a mesma deve ser analisada em razão das normas que regem a actividade cuja incompatibilidade se pretende aferir.

Nestes termos, resultaria à evidência que a cumulação do exercício de treinador de futebol profissional com o exercício de outra profissão obrigaria a conferir se esta última consagra expressamente, ou não, alguma eventual incompatibilidade.

Para este efeito, poderá questionar-se, por exemplo, e sem prejuízo de outros, se o treinador profissional de futebol pode exercer uma actividade política, como seria a hipótese do exercício das funções de deputado.

vai influenciar o atleta, através do seu comportamento e atitudes. Pois é no decorrer deste processo de socialização, desta relação biade entre treinador — atleta, onde o treinador assume a posição de líder, que o atleta vai adquirir as normas, os comportamentos e as orientações, que lhe são transmitidas e fornecidas” (“O efeito da experiência do treinador no ambiente da formação desportiva”, Dissertação de Mestrado, Junho, 2008, Faculdade de Ciência do Desporto e Educação Física da Universidade de Coimbra, p. 11, disponível para consulta em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22088/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20de%20Artur%20Santos.pdf>>.

Seguindo o até aqui exposto, valerá o que está previsto no Estatuto dos Deputados (Lei n.º 7/93, de 1 de Março e respectivas alterações, em especial, quanto ao disposto nos arts. 21.º e 22.º). Não obstante tal impedimento e/ou incompatibilidade não estar expressamente consagrado naquele Estatuto, a análise do mesmo permite identificar, ainda que de forma indirecta, um potencial conflito, não com o exercício da actividade profissional desportiva de treinador de futebol, mas com outro tipo de obrigações contratuais que se inserem ou são formalizadas por decorrência do respectivo contrato de trabalho, em especial, e sem exclusão de outras, as relativas a direitos de imagem e patrocínio.

Concretizando, o disposto na al. f), n.º 6, do art. 21.º deste Estatuto estabelece como impedimento dos deputados à Assembleia da República o de figurarem ou participarem em actos de publicidade comercial. Trata-se, assim parece, de um impedimento de ordem prática que se poderá suscitar relativamente à assunção de compromissos que usualmente se estabelecem no que respeita à cedência de direitos de imagem e de outros direitos conexos pelo treinador de futebol, os quais poderão constituir ou revestirem, em alguns casos, as características de verdadeiros actos de publicidade comercial.

O mesmo percurso valerá também para aferir da incompatibilidade com o exercício de cargo político ou alto cargo público (Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto e respectivas alterações), ou do exercício da profissão de advogado (em especial, art. 82.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro)⁽²⁵⁾.

Nestes casos, porém, e seguindo a terminologia proposta, poderíamos estar na presença de incompatibilidades que, não sendo de primeiro grau, se revelam ainda assim incompatíveis com a prestação de trabalho, constituindo incompatibilidades de segundo grau.

Dos vários regimes que poderiam ser objecto de análise, o exemplo mais flagrante de incompatibilidade de primeiro grau é a

⁽²⁵⁾ Este exercício, não sendo inesgotável, vale também para outros casos, como seja, por mera hipótese, a de médico (cf. Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto).

que resulta do art. 23.º dos Estatutos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional (associação de direito privado sem fins lucrativos), que impede a acumulação do exercício de um cargo social nesta associação com a de treinador de futebol⁽²⁶⁾.

Em síntese, e admitindo que a disposição convencional inclui situações de incompatibilidade pelo exercício de uma actividade profissional — repare-se, mais uma vez, que a norma em causa refere-se a *actividades de qualquer natureza* —, esta deverá ser aferida, num primeiro momento, pela norma que assim a determina, ou seja, pela verificação do diploma que regula o exercício de determinada actividade profissional, a fim de se verificar da existência de uma incompatibilidade. Se a resposta for negativa, ainda assim não fica afastada uma hipótese de incompatibilidade, por verificação casuística, a qual embora não se cingindo a uma incompatibilidade legal, se demonstre incompatível com a prestação de trabalho, o que não se resume apenas, e como anteriormente referimos, a uma impossibilidade prática de execução da prestação de trabalho, nomeadamente por indisponibilidade.

3.1.2. A liberdade religiosa: incompatibilidade ou mero conflito de conciliação. Breves apontamentos

Entrando agora neste segundo plano, vale saber, entre outros, se o exercício de um determinado culto religioso é susceptível de constituir uma incompatibilidade para aquele efeito, *i.e.*, se um treinador de futebol profissional poderá gozar e exercer a sua liberdade religiosa⁽²⁷⁾, e, em decorrência da mesma, utilizar símbolos

(26) Refere esta disposição o seguinte: “*Sem prejuízo dos casos especialmente previstos nos presentes Estatutos e nos Regulamentos aplicáveis, é incompatível com a função de titular de órgão social da Liga a intervenção directa ou indirecta em contratos celebrados com a Liga, o exercício na Liga de outro cargo eleito ou por inerência, bem como a sua acumulação com o exercício da actividade de dirigente de clube ou sociedade desportiva ou de associação, árbitro, jogador, treinador ou de qualquer outro agente desportivo no activo.*”

(27) Cf. Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho.

religiosos ou efectuar qualquer tipo de manifestação neste âmbito em contexto de trabalho (ex.: durante uma competição desportiva), ou até o de impor à equipa que dirige a prática de algum tipo de rito religioso, antes ou no decurso de uma competição⁽²⁸⁾.

A questão em causa está certamente longe de ser pacífica, e, embora não se colocando com frequência, tem conhecido já decisões judiciais noutros ordenamentos jurídicos no plano desportivo⁽²⁹⁾.

Neste âmbito, poderá colocar-se o caso tido por mais paradigmático de saber até que ponto pode um treinador de futebol membro da igreja adventista do Sétimo Dia recusar-se a prestar trabalho a um sábado, dia coincidente, por exemplo, com a realização de uma prova desportiva⁽³⁰⁾, uma vez que a religião que professa impede a prestação de trabalho entre o pôr-do-sol de sexta-feira e o pôr-do-sol de sábado. O mesmo se diga quanto à utilização de um símbolo religioso.

De todo o modo, quanto ao exercício de um determinado culto religioso, *o princípio da boa-fé* determina, antes de mais, que se efectue um exercício de conciliação ou de adaptação com as exigências contratualmente e legalmente estabelecidas, respeitantes, sobretudo, à organização do trabalho, e, sendo o caso, de aceitação daquela sem que tal, em algumas situações, conduza a uma onerosidade excessiva para o empregador/clube desportivo⁽³¹⁾. Já quanto

⁽²⁸⁾ Dando nota de algumas questões práticas neste domínio, *vide* SUSANA SOUSA MACHADO, “Reflexões iniciais sobre liberdade religiosa e contrato de trabalho”, *Questões Laborais*, 39, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 83. De acordo com esta Autora: “(...) os direitos associados à liberdade religiosa do trabalhador são normalmente protegidos tendo em conta o facto de o empregador não poder tratar melhor ou pior o trabalhador em função das suas crenças, seja impedindo a sua contratação, seja concedendo-lhe piores condições de trabalho ou promovendo a cessação do contrato” (*idem*, p. 91). Da mesma Autora, *vide* ainda, com interesse, “Quando a fé e trabalho não se compatibilizam”, *Questões Laborais*, 42, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 675 e segs.

⁽²⁹⁾ A este propósito, v. Acórdão do *U.S. Supreme Court*, proc. 06-3890 (disponível para consulta em <[www. http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/063890p.pdf](http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/063890p.pdf)>), no qual era Recorrente um treinador de futebol americano (Marcus A. Borden). No caso, considerou-se que o treinador não podia, num estabelecimento público, fazer orações em conjunto com os atletas, o que vinha fazendo em momento específicos (antes da tomada de refeição e dos jogos).

⁽³⁰⁾ V. art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho.

⁽³¹⁾ V. quanto aos conceitos *reasonable accomodation* e *undue hardship*, SUSANA

ao uso de um símbolo religioso, admitimos que a resposta possa encontrar um entendimento pacífico.

De facto, e à luz da concordância prática de direitos ou por via de recurso ao *princípio do interesse preponderante*, poderá aquele ceder perante outras regras e interesses atendíveis. Será o caso, se assim for determinado por razões de segurança, integridade física dos atletas, higiene, e, naturalmente, se as normas regulamentares da prática e da competição desportiva assim o determinarem⁽³²⁾.

Sem prejuízo, temos algumas dúvidas, no que respeita ao uso de símbolos religiosos, quanto à possibilidade de *conciliação*, pelo facto de ser prática a obrigatoriedade do uso de indumentária desportiva própria do clube com ou sem referência a patrocinadores —, o que poderia suscitar complexas questões de associação entre a marca ou entidade que se pretende publicitar e uma determinada religião —, a que acresce o facto de um clube desportivo ser, em princípio, neutral no campo religioso.

3.1.3. Incompatibilidade por razões de ordem ética (*lato sensu*)

Neste último plano, e no que respeita a actividades incompatíveis com a prestação de trabalho do treinador de futebol, importa ter presente um quadro normativo fortemente marcado pela necessidade de acautelar valores e interesses associados a razões de ordem ética⁽³³⁾.

SOUSA MACHADO, “Trabalhar, Orar, Comer”. Para JORGE LEITE, *Escritos Jurídico-Laborais* (coord. João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha), Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 506.

⁽³²⁾ Sublinhe-se que o organismo máximo do futebol, a FIFA, autorizou num passado recente (em 2014) o uso de véus e turbantes pelos atletas. Sobre esta matéria, v., entre outros, a informação publicada pela FIFA em <<http://www.fifa.com/about-fifa/news/y=2014/m=3/news=ifab-vote-key-changes-the-players-equipment-agm-2290307.html>> (11.01.2016).

⁽³³⁾ Admitimos que as razões de ordem ética a que nos referimos, abrangem imposições de conduta, mas também pretendem evitar comportamentos geradores de conflitos de interesses que briguem com a lealdade da competição desportiva. Segundo cremos, estará aqui em causa, entre outros, uma natural imposição de conduta extra-profissional

De notar, desde logo, e a este respeito, a importância do *princípio da ética desportiva* previsto no art. 3.º da Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto (Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro e respetivas alterações) como princípio orientador nuclear que encontra eco no *Regime de Acesso e Exercício da Actividade de Treinador de Desporto* (Lei n.º 40/2012, de 28 de Agosto), que define como objectivos específicos, *verbi gratia*, dignificar as profissões e ocupações do desporto e fazer observar a respectiva deontologia, reforçando os valores éticos, educativos, culturais e ambientais inerentes a adequada prática desportiva, e contribuir para o reconhecimento público da importância social do exercício da actividade e da profissão do treinador de desporto.

Por sua vez, o CCT prescreve na cláusula 13.^a, alínea *d*), que o *treinador deve cumprir todas as demais obrigações decorrentes do contrato de trabalho e das normas que o regem, bem como conformar-se com as regras próprias da disciplina e ética desportiva*.

Ainda relativamente aos treinadores, cabe também fazer referência ao Código de Ética Desportiva publicado pelo Instituto Português do Desporto e Juventude, o qual estabelece que os treinadores devem cumprir o Código de Ética Desportiva que tenha sido aprovado pelas associações de classe representativas da área de actividade em que se insere.

No caso em concreto, e neste seguimento, devemos destacar que a Associação Nacional de Treinadores de Futebol⁽³⁴⁾, no seu Código de Ética e de Conduta do Treinador de Futebol e de Futsal⁽³⁵⁾ (Código de Ética), e com interesse para a questão que temos vindo a analisar, até por reflectir, em certa medida, especiais preocupações derivadas da “industrialização” deste sector, estabelece o seguinte: “*1. O treinador deve abster-se de aceitar o exercício ou compromisso de qualquer tarefa profissional **que colida com as***

que seja contrária aos valores do Desporto, isto, numa perspectiva mais ampla, e, *quicá*, mais contratual ou até fiduciária, a prossecução de actividades que periguem com a boa performance desportiva da equipa cuja direcção está a cargo do treinador de futebol.

⁽³⁴⁾ A Associação Nacional de Treinadores de Futebol é uma associação sindical, conforme consta indicado no art. 1.º dos seus Estatutos.

⁽³⁵⁾ Disponível para consulta em <<http://www.antf.pt/data/uploads/documentos/codigo-etica.pdf>>.

funções que esteja a exercer, colocando em causa os deveres de lealdade para com a entidade em que está contratado. 2. Ao treinador é garantido o direito de negociar com as entidades que entender para a garantia e/ou continuidade da sua actividade profissional, cumprindo o que está regulamentado. Não é criticável neste sentido, e na dinâmica contratual actual, que o treinador estude diversas propostas em simultâneo, da mesma forma que as entidades contratantes o fazem com diversos treinadores, desde que impere o princípio da verdade e da assunção de compromissos” (cf. normas 7.1. e 7.2.).

Feito este primeiro enquadramento, não é fácil destrinçar, neste âmbito, as actividades (de qualquer natureza) que possam ser tidas por incompatíveis, embora nos pareça que, a título exemplificativo, ao treinador de futebol deverá estar vedada a participação ou a prática de qualquer ato, incluindo por interposta pessoa, conducente à produção de um interesse económico em virtude do resultado de uma determinada prova ou competição desportiva⁽³⁶⁾, na senda, aliás, do que a propósito do conflito de interesses se estabelece no Código de Ética acabado de referir (cf. norma 5.2.).

A este propósito, refira-se, a título exemplificativo, que a viciação de apostas desportivas associadas a acordos ou à finalidade de se produzir um resultado irregular é sancionada pelo Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional, respectivamente nos arts. 63.º, 128.º e 144.º deste Regulamento⁽³⁷⁾. Do mesmo modo, e devendo o treinador de futebol comungar dos princípios éticos a que *supra* aludimos, poderá também trazer-se à colação a intenção de se pretender evitar ou até sancionar comportamentos extra-profissionais susceptíveis de colidirem com esses mesmos valores. Estarão aqui em causa comportamentos que, em certa medida, produzem efeitos negativos na execução da prestação de trabalho.

⁽³⁶⁾ Referimo-nos à possibilidade, entre outras, de o treinador de futebol ser sócio de uma sociedade comercial que explora apostas desportivas com fins lucrativos.

⁽³⁷⁾ O Regulamento Disciplinar da Federação Portuguesa de Futebol também sanciona a viciação de apostas desportivas nos arts. 58.º, 116.º, 135.º e 160.º. A este propósito, v. também a norma 13 do Código de Ética.

Como termo de comparação, o Contrato Colectivo de Trabalho entre a Liga Portuguesa de Futebol Profissional e o Sindicato dos Jogadores Profissionais de Futebol⁽³⁸⁾ estabelece na cláusula 13.^a, alíneas *d*) e *e*) os deveres de o jogador zelar por se manter a cada momento nas melhores condições físicas necessárias para a prática desportiva e de cumprir todas as demais obrigações decorrentes do contrato de trabalho desportivo e das normas que o regem, bem como das regras próprias de disciplina e ética desportiva.

Assim, e relativamente a este dever, poder-se-ia admitir a possibilidade de o treinador, através do exercício de uma determinada actividade, comprometer seriamente a direcção dos jogadores nos termos contratuais e legalmente aplicáveis, caso em que a mesma se relevaria incompatível com a prestação de trabalho. O mesmo valeria se tal prejuízo resultasse de modo indirecto, ou seja, se uma qualquer actividade exercida pelo treinador conduzisse ao incumprimento, pelo jogador, de deveres a que este está vinculado.

Na primeira hipótese, a aferição da actividade tida por incompatível verificar-se-ia na relação directa entre empregador/clubes e trabalhador/treinador, ao passo que, na última hipótese, os efeitos de tal incompatibilidade seriam mediatos, *i.e.*, a incompatibilidade revelar-se-ia através de um incumprimento contratual ou legal por parte de um jogador em virtude de tal actividade.

Trata-se, efectivamente, de um campo arenoso e de complexa delimitação que, sem prejuízo de aprioristicamente se conseguirem identificar situações que se enquadram na previsão da disposição convencional, obriga necessariamente a uma aferição casuística, ou seja, haverá certamente actividades que se revelam incompatíveis para aquele efeito, com repercussões negativas para a relação de trabalho e levando até, *quicá*, à sua extinção, mas outras que acabam por não ter tais repercussões.

Ainda a este propósito, e porque fizemos inicialmente referência à liberdade de trabalho, poder-se-á colocar a questão de saber se um treinador de futebol, em face do disposto na referida cláusula 21.^a do CCT, estará, por exemplo, impedido de celebrar

⁽³⁸⁾ Com o último texto consolidado publicado no *Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 30, de 15 de Agosto de 2012.

um contrato-promessa de trabalho na vigência de um contrato de trabalho em curso, contrato este que é admitido à luz do disposto na cláusula 7.^a do CCT, ou até um contrato de trabalho com data de produção de efeitos diferida para a época desportiva seguinte.

Recorde-se, a este propósito, que estamos na presença de uma “cláusula aberta” que, como tal, admite que se faça também esta reflexão.

Tomando como princípio a imposição de conduta a que aludimos, cujo alcance se compreende atendendo ao contexto próprio do desporto, e com mais relevo no desporto profissional, consideramos que a mesma não é apta a afastar comandos constitucionais e legais imperativos, como sejam todos aqueles que protegem os *princípios da liberdade do trabalho* e da *autonomia privada*.

A fase de pré-formação de um contrato de trabalho, a qual pode incluir — mas não estar limitada —, o estudo de propostas ou a definição de termos pré-contratuais ou de quaisquer exigências contratuais consideradas essenciais por uma das partes, não se subsume, nem se podia subsumir, naquele âmbito proibitivo, sob pena de o contrário levar a concluir pela nulidade da disposição convencional em apreço.

Mais uma vez, reforça-se que não é estranho à actividade desportiva que, tanto os treinadores de futebol, como os atletas, recebam propostas de trabalho de outros clubes, incluindo clubes rivais, sendo até, muitas das vezes, assessorados por agentes devidamente autorizados e credenciados para o efeito⁽³⁹⁾.

(39) A liberdade é um valor fundamental de um Estado de Direito, com naturais reflexos na disciplina juslaboral, tal como é assim reconhecido pelo enquadramento jurídico internacional, comunitário e nacional. Desde logo, e quanto ao enquadramento jurídico internacional relevante, o art. 23.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de Março de 1978, consagra que: “*Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego*”. Por seu turno, a Carta Social Europeia Revista aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de Outubro, estabelece na Parte II, art. 1.º, número 2, o compromisso de as Partes outorgantes protegerem *de modo eficaz o direito de o trabalhador ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente empreendido*. Sintomático também da nevrálgica importância daquele princípio para o ordenamento comunitário, é o disposto no n.º 4 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, o

Importa aqui recuperar o pensamento de JORGE LEITE, que, referindo-se aos fundamentos da livre denúncia do contrato de trabalho, a justificava, entre outros, com base no direito ao melhor emprego e às melhores condições de trabalho, ou seja, ainda que o trabalhador não mude de profissão, tem o direito de mudar para um emprego melhor remunerado ou com melhor ambiente de trabalho, para um emprego que melhor corresponda às suas capacidades ou aspirações⁽⁴⁰⁾.

Se a denúncia *ad nutum* pelo trabalhador é livre, a *maiore ad minus* não se afigura sequer questionável que um qualquer trabalhador possa, livremente, e durante a vigência do contrato de trabalho, procurar, estudar e negociar qualquer proposta de trabalho que lhe seja dirigida por um potencial novo empregador, mais ainda tratando-se de um treinador de futebol, atendendo, não só à efemeridade da sua actividade profissional, mas também às especificidades desta actividade resultantes, entre outras, da calendarização das competições desportivas e respectivos ciclos temporais.

O treinador de futebol deve prudentemente tomar uma decisão quanto à celebração de um novo vínculo contratual ou renovação do vínculo em curso antes do início da época desportiva seguinte, pois não o fazendo, corre o sério risco de não dirigir, no limite, qualquer equipa de futebol na época desportiva seguinte e de, assim, se desvalorizar profissionalmente, para lá da perda de rendimento do trabalho.

Ao contrário do “trabalhador comum”, cujas ofertas de emprego poderão surgir em qualquer momento, o treinador de futebol está sujeito, do lado da oferta, a um reduzido número de empregadores (se comparado com a relação de trabalho usual ou

qual estabelece que “*Todas as pessoas têm direito à liberdade de escolha e de exercício de uma profissão, nos termos das disposições que regem esta última*”. O princípio da liberdade de trabalho, quanto ao plano interno, reflecte-se na livre escolha de profissão e no direito ao trabalho constitucionalmente consagrados (arts. 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Constituição). Este princípio encerra uma dimensão ampla, ou seja, tanto permite ao trabalhador escolher livremente o empregador para quem quer trabalhar, como também o de se desvincular a todo o tempo (denúncia *ad nutum*).

⁽⁴⁰⁾ *Apud* RICARDO NASCIMENTO, *Da Cessação do Contrato de Trabalho — em especial por iniciativa do trabalhador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 29 e 30.

típica), e a ciclos de contratação restritos, habitualmente antes do início de uma época desportiva, de modo a garantir a sua correcta preparação e planeamento.

Pelo exposto, consideramos que o âmbito daquela disposição convencional não abrange, porque não prevê, e porque não pode prever, a limitação, sem mais, à celebração de contratos de trabalho ou de promessa de contrato de trabalho de um treinador com outro clube. Não significa isto, no entanto, que as circunstâncias (de tempo, modo e lugar), e os termos em que os mesmos foram celebrados —, em especial, se reveladores de um *animus* em prejudicar os resultados desportivos de um clube (e de os produzir efectivamente) —, poderão assumir consequências no estrito plano da relação contratual, não por decorrência da aplicação daquela disposição convencional, mas sim por eventual violação de outros deveres legais e contratuais⁽⁴¹⁾.

(fim da parte I)

Lisboa, 5 de Fevereiro de 2016

⁽⁴¹⁾ Poderá ser sindicável para este efeito, se tal *animus* se produz num momento inicial ou no decurso do contrato de trabalho com o clube desportivo. Mas já não merecerá a mesma censura, se tal se concretizar no final do contrato ou da época desportiva, sem qualquer efeito ou consequência para a “performance” do clube e dos seus atletas, nomeadamente quanto à classificação desportiva, não havendo qualquer censura, em qualquer caso, se a prestação de trabalho for correctamente executada —, mais ainda, se com êxito desportivo —, em razão das expectativas que o clube poderia legitimamente ver concretizadas.

UMA ANÁLISE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO PATROCÍNIO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO DECLARATIVO COMUM

Pelo Dr. Carlos E. P. Almeida Rodrigues

SUMÁRIO:

I. Introito. II. O patrocínio judiciário enquanto elemento fundamental na concretização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. III. O Patrocínio Judiciário de uma Perspetiva Jurídico-Processual. 1. O critério de exigibilidade de Patrocínio Judiciário obrigatório. **2.** Consequências da falta de Patrocínio Judiciário quando este é obrigatório. **3.** Os fundamentos da obrigatoriedade de patrocínio judiciário. **IV. Alguns problemas da obrigatoriedade de patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo cível, tal qual ela está estabelecida no CPC. V. As Partes Autorrepresentadas nos tribunais judiciais — uma reflexão teórica sobre os méritos e deméritos de uma possível opção legislativa. 1.** A Autorrepresentação e os sistemas da *Common Law*. **2.** Autorrepresentação das partes: os (alegados) benefícios de uma opção desconsiderada. **VI. Os perigos da autorrepresentação das partes: não há justiça sem advogados! 1.** A premissa base: o patrocínio judiciário enquanto elemento concretizador do direito a uma tutela jurisdicional efetiva. **2.** Os perigos do papel assistencial do juiz às partes autorrepresentadas. **3.** Algumas vantagens da representação das partes por advogados. **4.** As partes autorrepresentadas: a falácia da desproporcionalidade e uma proposta de solução com base na Lei dos Julgados de Paz. **VII. Conclusão.**

I. Introito

O papel do defensor no âmbito do processo civil declarativo continua, na nossa perspectiva, pouco explorado entre nós.

Como sabemos, o patrocínio judiciário das partes por advogado — figura esta que, pela sua relevância e atribuições, representa o paradigma do defensor no âmbito do sistema jurídico-processual português⁽¹⁾ — quando obrigatório, é normalmente apontado como um pressuposto (processual)⁽²⁾ de apreciação do mérito da causa.

Não obstante, é comum o mandatário ser encarado como um “companheiro de luta que deixa evaporar a identidade de técnico para [se] transformar (...) em guerrilheiro da causa do próprio assistido, partilhando da sua sorte”⁽³⁾, de modo que, mais das vezes, o seu papel processual acaba por ser reconduzido ao da parte por si representada.

Mas será que a imposição de constituição de mandatário nos termos em que é feita no art. 40.º do CPC⁽⁴⁾ ainda se justifica hodiernamente no nosso ordenamento jurídico, em face da atual tendência (que parece ter sido reforçada no CPC de 2013) de reforço dos poderes do juiz em sede processual e da inadequação de alguns dos principais argumentos que a vêm justificando desde há séculos?

Ora, se bem vemos, e permita-se-nos este tom de aparente simplicidade, será esta a interrogação que estará na base da elaboração do presente estudo, e que presidirá às conclusões a que tentaremos chegar a final⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Sendo que, por não relevarem diretamente no âmbito do patrocínio judiciário em que especialmente nos iremos focar — o obrigatório — iremos deixar de fora do presente estudo, salvo indicação em contrário, a figura dos solicitadores e dos advogados estagiários. Assim, daqui para a frente, usaremos indiscriminadamente as expressões “defensor”, “patrono” ou “mandatário” para nos referirmos exclusivamente aos advogados.

⁽²⁾ Embora, como veremos de forma mais aprofundada *infra*, apenas no que toca ao autor.

⁽³⁾ FULVIO GIANARIA/ALBERTO MITTONE, *O Advogado Necessário*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 40.

⁽⁴⁾ Referem-se ao CPC (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho) todas as citações de disposições legais que não estejam acompanhadas da identificação do respetivo diploma.

⁽⁵⁾ Limitar-nos-emos a tratar a questão no âmbito das ações declarativas cíveis

Ainda assim, não resistimos em terminar a presente introdução com uma consideração — servindo-nos de uma feliz expressão de Adrian Zuckerman⁽⁶⁾ — crucial no tratamento do tema em análise: averiguar do mérito da possibilidade de as partes se autorrepresentarem no âmbito de processos declarativos cíveis sempre passará, a título de fundo, por saber se é possível fazer-se justiça nos tribunais judiciais sem a presença de advogados.

II. O patrocínio judiciário enquanto elemento fundamental na concretização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva

Antes de mais, e de forma a percebermos o instituto de que vamos tratar, convém desde já começar por esclarecer, de uma forma sintética, no que consiste o direito à tutela jurisdicional por parte dos cidadãos.

Tal como afirmado há mais de dois séculos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”.

Deste modo, o designado direito de acesso aos tribunais (ou direito à tutela jurisdicional) é, sem dúvida, um dos alicerces estruturantes de um Estado de Direito Democrático⁽⁷⁾.

comuns, deixando de fora o processo executivo, processos especiais, matérias pertencentes à jurisdição voluntária e arbitragem. Outrossim, ao analisar as partes autorrepresentadas, teremos sobretudo — salvo indicação expressa em contrário — em vista pessoas singulares, medianamente instruídas e diligentes; já quanto à figura do advogado, teremos sempre em mente o paradigma do defensor que atua de forma adequada (segundo critérios em concreto impostos pelas *leges artis* que regem a sua profissão) na salvaguarda da pretensão subjacente à posição processual assumida pelo seu constituinte na lide em que o último é parte.

⁽⁶⁾ “No Justice Without Lawyers — The Myth of an Inquisitorial System”, in *Civil Justice Quarterly*, 33, 2014, pp. 355-374.

⁽⁷⁾ Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

O n.º 1 do art. 20.º da CRP consagra o “direito fundamental à jurisdição”, em conformidade⁽⁸⁾ com o preceituado no art. 10.º da DUDH, que nos diz que todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre os seus direitos e obrigações.

Esta ideia de necessidade de garantia da tutela jurisdicional das posições jurídicas subjetivas e dos interesses e direitos difusos dos cidadãos, por parte do Estado, está diretamente ligada à consagração, entre nós, do tendencial monopólio estadual de resolução de litígios e, conseqüentemente, da genérica proibição de recurso a meios privados de justiça (cf. art. 1.º, CPC)⁽⁹⁾.

Assim, o direito fundamental de acesso aos tribunais inclui, desde logo, no seu (amplo) espectro jurídico-normativo, o direito de ação.

Este consiste no direito de se poder ver uma pretensão (regularmente) deduzida (em juízo) apreciada por um órgão jurisdicional, solicitando-se a abertura de um processo, no âmbito do qual o referido órgão fica vinculado ao dever de sobre ela se pronunciar através de decisão fundamentada (cf. o art. 205.º da CRP, bem como os arts. 2.º, 3.º, n.º 1 e 615.º, n.º 1, al. b)⁽¹⁰⁾).

Não obstante, no supra referido direito de acesso aos tribunais também radicam e são tutelados os interesses do demandado.

Este último, além de gozar do direito de defesa enquanto faculdade jurídico-processual “oposta” ao direito de ação contra si exercido por parte do demandante, pode ainda deduzir pedidos contra o autor sob forma de reconvenção.

Na verdade, por força dos direitos que derivam da garantia fundamental de acesso aos tribunais que acabámos de sublinhar, as

(8) Por força do n.º 2 do art. 16.º da CRP.

(9) O direito à jurisdição pode ser assim encarado como um princípio constitucional conformador e regulador do sistema de administração da justiça e, outrossim, como um importantíssimo elemento interpretativo a ter em conta em disposições normativas jurídico-processuais que com ele se possam relacionar. Cf. RITA LOBO XAVIER/INÊS FOLHADELA/ /GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil: Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 22-23 e 119-120.

(10) ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civili — Principi*, 8.ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 2012, pp. 137-139.

partes têm a oportunidade (e o ónus) de influenciar a conformação e o desenvolvimento do processo.

Todavia, a verdade é que costumam estar desprovidas dos conhecimentos técnicos necessários ao acautelamento efetivo das suas concretas posições jurídicas subjetivas em sede jurisdicional. Aliás, esta tendência tem mesmo vindo a acentuar-se nos últimos anos por força da crescente complexidade dos institutos jurídicos substantivos e processuais que condicionam a sua tutela.

Ora, nestes termos, visando salvaguardar possíveis injustiças processuais decorrentes da circunstância que acabámos de expor, como direitos conexos ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, costumam-se apontar, de uma perspetiva constitucional, o direito⁽¹¹⁾ ao patrocínio judiciário e o direito de as partes se fazerem acompanhar por defensor perante qualquer autoridade (art. 20.º, n.º 2 da CRP)⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Que mais das vezes, como melhor veremos *infra*, se transforma num autêntico “dever”. É que o nosso legislador, por razões atinentes à administração da justiça e a exigências de uma organização eficiente e igualitária da tutela do interesse das partes, está constitucionalmente legitimado a impor a constituição obrigatória de advogado nos processos jurisdicionais. Todavia, não sendo o acesso à justiça tendencialmente gratuito — referimo-nos a despesas com taxas, custas, honorários com mandatários e demais encargos com o processo —, a exigência de constituição de mandatário e a consequente necessidade de suportar os seus honorários não pode levar a uma excessiva onerosidade de exercício do direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos, sendo neste último sentido que se fala do chamado “direito ao patrocínio judiciário”: existe a obrigação de o Estado permitir a todos o acesso à justiça em condições de igualdade, independentemente dos seus recursos económicos.

⁽¹²⁾ Pese embora, tal como acabámos de explicitar na nota anterior, o direito ao patrocínio judiciário seja sobretudo apontado como garantia destinada a promover a igualdade de cidadãos no acesso a justiça — nomeadamente no que toca a proibição da denegação de justiça por insuficiência de meios económicos — e seja de certo modo autonomizado do direito que as pessoas têm de se fazer acompanhar de defensor perante qualquer autoridade, por força do objetivo do estudo que levamos a cabo, estamos a dar um tratamento conjunto e concertado a estas duas faces do direito à tutela jurisdicional efetiva (sobre este ponto, cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 409). O que pretendemos salientar com a exposição que operamos é que, de um ponto de vista processual, por ser que elemento concretizador do referido direito fundamental de acesso aos tribunais (sobretudo nos seus desdobramentos de direito de ação e direito de defesa), o patrocínio judiciário goza de tutela constitucional e todas as pessoas podem (e devem) usufruir dele.

O patrocínio judiciário consiste na representação e assistência prestada às partes por profissionais do foro na condução do pleito, mediante a prática, em termos adequados, dos respetivos atos processuais em geral ou de determinados atos em especial^(13/14).

Este instituto, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (art. 208.º da CRP), acaba por ser também um “elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais”⁽¹⁵⁾, estando genericamente regulado nos arts. 40.º e ss. do CPC.

Mas quem são os profissionais que podem levar a cabo o patrocínio judiciário das partes? Nos termos do n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, “[a]penas os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados e os solicitadores inscritos na Câmara dos Solicitadores podem praticar os atos próprios dos advogados e dos solicitadores.”, sendo o exercício do mandato forense (art. 2.º do referido diploma), quando praticado no interesse de terceiros e no âmbito de atividade profissional, um ato próprio dos advogados e dos solicitadores (cf. n.º 5 e n.º 7 do art. 1.º).

Assim, da conjugação dos artigos que acabámos de enunciar com as disposições legais e estatutárias aplicáveis⁽¹⁶⁾, podemos con-

⁽¹³⁾ Vide, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil: sùmula de lições proferidas ao curso do 4.º ano jurídico 1948-1949*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1949, p. 40.

⁽¹⁴⁾ O direito ao patrocínio judiciário beneficia igualmente todos os cidadãos nacionais (pois no que toca a cidadãos estrangeiros rege o disposto no art. 7.º da Lei n.º 34/2004 — no entanto, entendendo que no que toca a estes cidadãos parece dever exigir-se uma conexão mínima com o ordenamento jurídico nacional para que lhes seja concedido apoio judiciário, cf. o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 208/04), não podendo ser denegado aos mais carenciados por força da sua insuficiência económica, sob pena de a garantia de acesso aos tribunais se tornar vazia de conteúdo. Assim, às pessoas que não possam escolher livremente advogado por força da sua situação económica deverá ser nomeado um defensor oficioso, nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho.

⁽¹⁵⁾ Assumindo mesmo a qualidade de direito fundamental de natureza análoga à dos direitos liberdades e garantias, que permite a sua aplicabilidade direta (cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 177).

⁽¹⁶⁾ Cf. os arts. 66.º a 70.º, 195.º, 201.º, 203.º e 205.º a 208.º do EOA, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro e o art. 99.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores aprovado pelo Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril.

cluír que os profissionais do foro aptos a exercer o mandato judicial como atividade profissional no interesse de terceiros (no âmbito do instituto do patrocínio judiciário) são os advogados, os advogados estagiários e os Solicitadores com inscrição em vigor nas respetivas ordens profissionais, sob pena de prática do crime de procuradoria ilícita, tipificado no art. 7.º do diploma legal em escrutínio.

Todavia, pelo facto de a advocacia acabar por ser a forma típica de exercício de profissão de mandatário judicial, de ora em diante vamos sobretudo centrar-nos no exercício do patrocínio judiciário pela figura do advogado.

III. O Patrocínio Judiciário de uma Perspetiva Jurídico-Processual

1. O critério de exigibilidade de Patrocínio Judiciário obrigatório

Para que as partes estejam regularmente em juízo, utilizando as lapidares palavras do Prof. Doutor Alberto dos Reis, “(...) não basta que tenham personalidade e capacidade judiciária [cf. arts. 11.º a 16.º], ou se achem devidamente representadas sendo incapazes ou pessoas colectivas [cf. arts. 17.º a 28.º], e que sejam legítimas [cf. arts. 30.º e ss.] (...)”⁽¹⁷⁾, pois muitas vezes, atenta a importância ou natureza das causas em questão, é necessário que estas sejam obrigatoriamente representadas e assistidas por advogados.

Nestas situações, o *ius postulandi* é prerrogativa exclusiva dos advogados⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 104.

⁽¹⁸⁾ Assumindo o patrocínio judiciário, nos casos em que a lei o impõe como obrigatório, a natureza de pressuposto processual (positivo) relativamente ao autor, ou seja, de “(...) elemento cuja verificação depende o dever do juiz proferir decisão sobre o pedido formulado, concedendo ou indeferindo a providência requerida.” In ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 104.

Nos termos do n.º 1 do art. 40.º, é obrigatória a constituição de advogado nas causas de competência de tribunais com alçada em que seja admissível recurso ordinário (al. *a*), nas causas em que seja sempre admissível recurso independentemente do seu valor (al. *b*) e nos recursos e causas propostas nos tribunais superiores⁽¹⁹⁾.

Ora, como se depreende do conteúdo da lei, os critérios utilizados pelo legislador para aferir da necessidade de constituição obrigatória de mandatário foram, por um lado, o critério da admissibilidade de recurso das decisões (em geral) a proferir na causa^(20/21) e, por outro, o critério da pendência de processo em tribunal superior^(22/23).

Todavia, e dadas as razões de ser da exigência de patrocínio judiciário nas situações que acabámos de referir, os advogados estagiários, os solicitadores e as próprias partes podem fazer requerimentos em que se não levantem questões de direito nas causas em que o patrocínio judiciário seja obrigatório (cf. n.º 2 do art. 40.º).

⁽¹⁹⁾ No ordenamento jurídico Italiano, o patrocínio da parte por defensor é sempre admitido e quase sempre necessário. As partes apenas se podem representar a si próprias perante os *Giudice di Pace* nos processos de valor não superior a 1.100 € e, mediante requerimento por si apresentado (mas ainda só perante estes tribunais), nos casos de valor superior em que pela identidade e natureza do litígio o juiz assim o autorize (cf. o art. 82.º do *Codice de Procedura Civile*). Perante os *tribunali* e nas instâncias de recurso as partes têm que estar sempre representadas por advogado inscrito na ordem, havendo apenas limitações a esta grande exigência em sede laboral e de previdência (cf. arts. 436.º e 462.º do *Codice de Procedura Civile*) (cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *ob. cit.*, pp. 94-95).

⁽²⁰⁾ Quer seja em função do valor desta por comparação com o da alçada do tribunal (cf. art. 629.º e n.º 1 do art. 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (LOSJ), com algumas especificidades no âmbito dos procedimentos executivos (cf. art. 58.º), quer seja nos casos em que o recurso é sempre admissível independentemente do valor da causa (cf. v.g. a al. *a*) do n.º 3 do art. 629.º). Sobre a competência em razão do valor, cf., v.g., ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 215.

⁽²¹⁾ Este critério só se aplica aos tribunais com alçada, estando naturalmente excluídos do seu âmbito de aplicação os Julgados de Paz. Cf. os arts. 38.º e 62.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho.

⁽²²⁾ Que pode ser por via de recurso excepcionalmente admitido (cf. als. *b*) e *c*) do n.º 3 do art. 629.º) ou então por propositura direta da ação no Tribunal da Relação (cf. o n.º 1 do art. 68.º e as als. *b*) e *c*) da LOSJ) ou no Supremo Tribunal de Justiça (cf. o n.º 1 do art. 69.º e as als. *c*) do art. 55.º da LOSJ).

⁽²³⁾ Quanto a este ponto, a nível expositivo, seguimos de perto LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 92.

2. Consequências da falta de Patrocínio Judiciário quando este é obrigatório

Acabámos de ver que há um conjunto de situações onde o nosso legislador obriga as partes a constituírem advogado por forma a estarem regularmente em juízo.

Mas quais as consequências processuais a que estas se sujeitam se não o fizerem?

Diz-nos o art. 41.º que “[s]e a parte não constituir advogado, sendo obrigatória a sua constituição, o juiz, oficiosamente ou a requerimento da parte contrária, determina a sua notificação para o constituir dentro de prazo certo, sob pena de o réu ser absolvido da instância, de não ter seguimento o recurso ou de ficar sem efeito a defesa”.

Ora, antes de mais, não será despidendo começar por salientar que o alcance desta norma difere consoante a posição processual da parte que esteja em falta.

A falta de constituição de mandatário pelo autor quando o patrocínio judiciário por advogado é obrigatório gera a falta de um pressuposto processual, originando-se uma exceção dilatória que conduz a que o réu seja absolvido da instância (cf. arts. 576.º, n.º 2, 577.º, *h*), 578.º, 590.º, n.º 1 e n.º 2 e al. *a*) do n.º 1 e n.º 3 do art. 595.º), não ficando, no entanto, precludida a hipótese de ser repetida a causa por parte do autor, uma vez que a decisão que põe termo ao processo não produz efeitos fora dele, formando apenas caso julgado formal (cf. art. 620.º).

Já no que toca à falta de constituição de mandatário por parte do réu, a consequência é muito mais gravosa: por haver a falta de um “pressuposto do ato processual”⁽²⁴⁾ — ato este que é a contestação — fica sem efeito qualquer defesa apresentada, correndo o processo à revelia do réu.

Consequentemente, dão-se como admitidos os factos articulados pelo autor (cf. art. 567.º, n.º 1) e, afinal, se não se verificar outra exceção dilatória que obste à apreciação do mérito da causa,

(24) LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 95.

é prolatada uma decisão onde é apreciado o pedido formulado, formando-se caso julgado material sobre o conteúdo da decisão então proferida (cf. art. 619.º).

Esta solução legal, segundo cremos, visa simplesmente não prejudicar o exercício do direito de ação do autor em virtude de uma falta que lhe é completamente alheia. O problema é que o legislador foi, em nosso ver, muito para além do que seria expectável, uma vez que tomou a falta de constituição de mandatário por parte do réu como um ato de presuntivo desinteresse em contestar os factos alegados pelo autor, comportamento este que indiciaria a verdade daqueles⁽²⁵⁾.

É certo que o paradigma de aplicação da modalidade de revelia operante prende-se com as situações em que o réu não dá qualquer tipo de sinal de si nos autos, não constituindo mandatário, não apresentando qualquer tipo de defesa relativamente aos factos alegados pelo autor em sede de petição inicial ou não intervindo por qualquer forma no processo: as designadas situações de revelia absoluta.

No entanto, neste tipo de situações pode ainda dar-se cumprimento ao disposto no art. 566.º e haver a possibilidade de a revelia se considerar inoperante por se verificar a hipótese da al. b) do art. 568.º *in fine*.

Todavia, o caso visado pelo art. 41.º, no que toca ao réu, parece ser de carácter muito específico: o réu terá apresentado defesa, mas fê-lo sem estar patrocinado por advogado, ficando esta sem efeito.

A sua revelia é portanto relativa.

Não será assim demasiado gravoso neste tipo de situações considerar a revelia do réu como operante⁽²⁶⁾? Cremos que sim.

É certo que nos termos do n.º 2 do art. 227.º, o réu, no ato de citação, será informado da necessidade de patrocínio judiciário e

⁽²⁵⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 91.

⁽²⁶⁾ É que neste tipo de situações, segundo o texto legal, nem se poderá dar cumprimento à faculdade constante no n.º 2 do art. 567.º, sendo o réu apenas notificado a final do processo da sua sentença.

das cominações em que incorrerá no caso de revelia. E também não se olvida que a falta de contestação não implica de forma automática a procedência da pretensão do autor⁽²⁷⁾. Mas esta falta em muito a facilita⁽²⁸⁾.

Aliás, um dos fatores que poderá levar à desconsideração da referida advertência pode mesmo ser a grande complexidade técnica dos ritos e linguagem processual e a sua geral inacessibilidade aos leigos em formação jurídica!

Ademais, o legislador devia ter tido em conta a circunstância de que, como lapidarmente refere o Prof. Doutor Adelino da Palma Carlos, da prática da mesma irregularidade “(...) resultam para os litigantes, conforme a sua posição no pleito, consequências diversíssimas, o que não parece muito conforme os bons princípios de justiça”⁽²⁹⁾.

Por conseguinte, em virtude de a atual solução legislativa para este tipo de situações violar o princípio do *due process* (mais precisamente a igualdade processual das partes) e sobretudo da proporcionalidade — aplicando cominações processuais de gravidade muito diversa à mesma situação de irregularidade, consoante a posição da parte no pleito —, por não haver nenhuma justificação atendível do ponto de vista material que fundamente a referida desigualdade de tratamento, deveria, a nosso ver, o legislador ter identificado a situação sob escrutínio como um dos casos em que a revelia do réu não poderia produzir os efeitos da revelia operante (art. 568.º) — i.e., como uma das situações de revelia inoperante.

É que, como já salientaram alguns autores, a presunção inilidível da admissão dos factos articulados pelo autor faz autêntica tábua rasa dos motivos reais que levaram à omissão do réu⁽³⁰⁾.

(27) Cf. LUÍS MIGUEL MESQUITA, “A revelia no processo ordinário” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1068.

(28) Neste sentido, cf. o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Outubro de 2009, Proc. n.º 306/09.3TBPR.P1, relatado pelo Desembargador Henrique Antunes.

(29) ADELINO DA PALMA CARLOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Lisboa, Procural, 1942, p. 153. É que o processo, devendo ser adequado ao escopo a que está destinado, terá que ter sempre em conta o princípio da proporcionalidade, não podendo produzir efeitos ou cominações que tenham cariz insuficiente ou exorbitante (cf. GIUSEPPE TARZIA/FILIPPO DANONI, *Lineamento de processo civile de cognizione*, 5.ª ed., Milão, Giuffrè, 2014, pp. 6-7).

(30) Cf., v.g., JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação...*, p. 91, nota 19.

Assim, ao mesmo tempo que não se prejudicavam os interesses do autor no seguimento da demanda, dando-se-lhe a (suficiente) “vantagem” de produzir prova sem a oposição da contraparte, não se aplicaria também uma consequência demasiado gravosa ao réu em comparação com aquela que sofreria o autor no caso de incorrer na mesma falta.

Por último, a nível de consequências sofridas pelas partes no que toca aos casos em que é obrigatória a constituição de mandatário para efeitos de interposição de recurso, caso a falta seja do recorrente, o recurso ficará sem efeito. Já se a falta for do recorrido, ficarão sem efeito as contra-alegações apresentadas.

3. Os fundamentos da obrigatoriedade de patrocínio judiciário⁽³¹⁾

No âmbito da condução do pleito, normalmente não são as próprias partes da causa que articulam, elaboram requerimentos ou praticam os atos de maior responsabilidade processual, mas sim os seus patronos⁽³²⁾. Aliás, na maior parte das causas, como acabámos de ver, é mesmo exigido que esse patrono seja um advogado.

Mas quais os fundamentos desta obrigatoriedade?

O primeiro prende-se com o tecnicismo — seja de um ponto de vista processual, seja do ponto de vista substantivo — e interesses subjacentes ao pleito, que impõem que as partes sejam auxiliadas por um profissional que, conjugando o seu saber e experiência forenses aos condicionantes deontológicos que estão ligados ao exercício da sua atividade, represente da melhor maneira possível os interesses ínsitos à sua concreta posição jurídico-subjetiva na causa⁽³³⁾.

(31) Pese embora a terminologia utilizada ao longo do presente estudo, não olvidamos naturalmente a distinção que alguma doutrina faz entre a assistência e o patrocínio judiciário. Sobre este ponto, cf., v.g., ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 191.

(32) Cf. ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8.^a ed., Milão, CEDAM, 1996, pp. 301-304.

(33) Cf., v.g., JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pp. 104-105 e CRISANTO MAN-

O segundo fundamento é de índole psicológica: a animosidade e a passionalidade, que dificilmente faltariam aos diretos protagonistas da lide na condução do pleito, consubstanciaríamos grandes obstáculos a um exame sereno e distante do mérito das suas pretensões. Os advogados, vinculados ao dever de respeito ao Direito, devem aconselhar de uma forma emocionalmente neutra as partes do mérito das respectivas pretensões, permitindo-se assim que as suas concretas posições jurídicas na lide não naufraguem nos escolhos de uma parcialidade desmedida⁽³⁴⁾.

No que toca à justificação da desnecessidade de constituição de advogado em determinado tipo de ações, pesou no nosso legislador a consideração de que, em face do seu baixo valor e pela sua pretensa simplicidade a nível de tramitação, a imposição às partes de constituição obrigatória de mandatário e do pagamento dos respetivos honorários seria um ónus demasiado pesado no que toca ao exercício do seu direito de ação⁽³⁵⁾.

Todavia, em face do quadro social e jurídico que se verifica hodiernamente, parece-nos que se justifica a tarefa de operar uma reflexão problematizante sobre a pertinência dos argumentos que acabámos de expender, através de um confronto dos mesmos com os critérios legais de exigibilidade de patrocínio obrigatório consagrados na nossa lei processual.

É que independentemente da doutrina aceitar quase acriticamente a construção deste instituto no que a este ponto tange, tal não significa, como veremos, que ela esteja isenta de falhas ou de reparos.

DRIOLI/ANTONIO CARRATA, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol I, 11.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2013, p. 205.

⁽³⁴⁾ Cf., v.g., ENRICO TULLIO LIEBMAN, *ob. cit.*, p. 94.

⁽³⁵⁾ Cf. ALDO STESURI, in *Commentario del código di procedura civile*, diretto da PAOLO COMOGLIO/CLAUDIO CONSOLO/BRUNO SASSANI/ROMANO VACCARELLA, Vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2012, p. 1072 e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, p. 112.

IV. Alguns problemas da obrigatoriedade de patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo cível, tal qual ela está estabelecida no CPC

Acabámos de ver que essencialmente são dois os argumentos que justificam a imposição legal de obrigatoriedade de constituição de mandatário no âmbito de determinadas causas.

Todavia, começam a levantar-se algumas vozes na doutrina questionando a pertinência e a adequação dos mesmos em face dos critérios que estabelecem as causas onde é obrigatório o patrocínio das partes por advogado⁽³⁶⁾.

Constatámos que para se aferir da eventual obrigatoriedade da constituição de advogado no âmbito de determinado pleito temos, de um lado, o critério da admissibilidade de recurso das decisões e, de outro, a pendência de processo em tribunal superior.

Ora, no que diz respeito a este último critério, cremos que a complexidade e importância inerente às causas que efetivamente podem ser propostas diretamente em tribunais superiores, bem como o rigor técnico que se impõe na elaboração de um recurso (excecionalmente admitido) justificam a imposição legal de obrigatoriedade de constituição de advogado.

Todavia, quanto à pertinência do critério da admissibilidade de recurso das decisões, tal qual ele está formulado no nosso código, temos algumas reservas.

Para o que nos interessa, e ressalvadas as exceções já referidas, quando as causas excedam o valor da alçada do tribunal de primeira instância⁽³⁷⁾, as partes têm que constituir obrigatoriamente advogado, uma vez que relativamente àquelas é admissível recurso ordinário.

No fundo, e sendo a redação da al. a) do n.º 1 do art. 40.º ainda baseada na doutrina consagrada na primeira parte do art. 33.º do CPC de 1939, o que o legislador nos quer com ela dizer é que

⁽³⁶⁾ Entre nós, *vide* PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 323-329.

⁽³⁷⁾ Que, nos termos do art. 44.º da Lei n.º 62/2013, é de 5.000 €.

quando as causas excedam o referido valor as partes têm obrigatoriamente que constituir advogado⁽³⁸⁾.

Mas porquê?

Em virtude do fundamento de razão técnica que expusemos supra, poder-se-á responder. O problema é que existem causas que mesmo sendo de reduzido valor são extremamente complexas quer do ponto de vista substancial quer a nível da sua tramitação processual (v.g. causas atinentes a direitos reais)⁽³⁹⁾.

Ao invés, existem causas de valor superior à alçada do tribunal de primeira instância que, do ponto de vista substantivo e até jurídico-processual, estão revestidas de manifesta simplicidade.

Por conseguinte, o argumento de que as partes não têm preparação técnica para apresentar e conduzir determinada causa por força das exigências materiais e adjetivas que a esta tarefa estão inerentes não serve para justificar, em toda a sua amplitude, a exigência de patrocínio judiciário obrigatório através do critério da admissibilidade de recurso.

E o mesmo se pode dizer do argumento de índole psicológica.

Este é, de facto, ponderoso nas situações onde os processos reavivem memórias dolorosas ou cujas consequências possam ter efeitos humilhantes para as partes.

Todavia, esta exigência adensa-se na maior parte das causas que acabam por chegar aos nossos tribunais de primeira instância e que, em face do seu diminuto valor, as partes não são obrigadas a constituir mandatário. E mais ainda se diga que a referida exigência também se verifica nos casos em que determinadas pessoas podem litigar por si próprias, independentemente do valor da causa, por força da sua atividade profissional (cf., v.g., o art. 19.º da Lei n.º 21/85, de 21 de julho)⁽⁴⁰⁾.

Pelo contrário, o argumento em análise dificilmente poderá explicar a necessidade de constituição de mandatário nos cha-

⁽³⁸⁾ Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pp. 109-110.

⁽³⁹⁾ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 326.

⁽⁴⁰⁾ MAURO DI MARZIO, *La procura alle liti: Poteri, obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milão, Giuffrè, 2011, p. 3.

mados casos de litigiosidade crescente, envolvendo as grandes empresas⁽⁴¹⁾.

Ora, em face do que acabámos de expender, como entender o critério legal da obrigatoriedade de constituição de mandatário no âmbito dos processos declarativos comuns?

Creemos que na solução consagrada pelo nosso legislador teve grande peso a justificação inerente ao argumento técnico que já analisámos, sendo encarada a obrigatoriedade de constituição de patrono como forma de concretização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos⁽⁴²⁾.

Por outro lado, é também de apontar como fundamento à imposição de constituição de mandatário o interesse público em que a administração da justiça seja conduzida e protagonizada de modo emocionalmente equidistante por profissionais dotados de adequada formação deontológica e habilitações técnico-jurídicas: os advogados⁽⁴³⁾.

Todavia, em face da natureza disponível dos direitos que se exercitam no âmbito das lides processuais cíveis, e, em especial, da específica natureza dos litígios que atendendo aos critérios de fixação de valor estabelecidos no código (cf. 296.º e ss.) se podem discutir em causas de valor inferior à alçada de primeira instância, o legislador entendeu que, nesses processos, se devia respeitar a opção das partes — e portanto a sua autonomia privada — no que toca ao modo de exercício do *ius postulandi*.

A pergunta que, chegados a este ponto, naturalmente se nos colocará é a de saber se esta autonomia privada — e consequentemente a faculdade de autorrepresentação — não deveria então ser respeitada em todo tipo de ações, como acontece nos sistemas da *Common Law*.

(41) Cf. PAULA COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 327.

(42) ALDO STESURI, *ob. cit.*, p. 1075.

(43) Cf. FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 453-454.

V. As Partes Autorrepresentadas nos tribunais judiciais — uma reflexão teórica sobre os méritos e deméritos de uma possível opção legislativa

Acabámos de ver que, em determinados casos, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, as partes podem pleitear por si próprias.

Todavia, em face da disponibilidade dos direitos que se discutem no âmbito do processo comum declarativo, não seria pertinente conceder às partes a faculdade de se autorrepresentarem sempre que assim o quisessem⁽⁴⁴⁾, beneficiando de um autêntico papel assistencial do juiz, resultante do reforço dos seus poderes na reforma processual de 2013?

A tendência de atribuição ao juiz dos chamados poderes de gestão insere-se na corrente de desformalização e flexibilização processual que se tem vindo a acentuar no nosso ordenamento jurídico desde a reforma de 95/96.

“Gerir o processo” significa garantir às partes, em menos tempo, com menos custos e beneficiando de iguais garantias, uma justa composição do litígio que estas submetem a tribunal.

A gestão processual (consagrada no “novo” CPC no seu art. 6.º) traduz-se num aspeto substancial, que é a condução do processo, e num aspeto instrumental, que consiste na respetiva adequação formal (cf. art. 547.º).

A questão que se levanta, e na qual tocaremos, é a de indagar sobre o quão longe poderá ir esta atividade do juiz. Saber se o poder de gestão do juiz deve quedar-se meramente por uma dimensão procedimental, ou se, como defendem alguns autores, deve assumir uma dimensão material — influenciando o designado “coração do processo”⁽⁴⁵⁾ —, chegando ao ponto de chamar, de um

⁽⁴⁴⁾ No processo civil, o interesse que a parte solicita que seja protegido ou tutelado pelo órgão jurisdicional tem natureza privada, de modo que nesta sede é preponderante a chamada autonomia da vontade. Os (pelo menos principais) titulares dos interesses ou direitos são os indivíduos, de modo que se tratam sobretudo de direitos ou interesses disponíveis. Cf. JUAN MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valência, Tirant lo Blanch, 2001, p. 60.

⁽⁴⁵⁾ Que será o pedido, causa de pedir e as provas. Cf. LUÍS MIGUEL MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Anotação ao

ponto de vista assistencial, a atenção das partes também para a incompletude ou imprecisão das suas alegações, dos seus pedidos ou mesmo requerimentos probatórios e formulando propostas de correção de forma a tornar o processo útil, dando-lhes uma autêntica oportunidade de corrigir e/ou aperfeiçoar a sua posição na lide, para que possam estar em condições objetivas de obter ganho de causa⁽⁴⁶⁾.

Vamos deixar, no entanto, esta reflexão em suspenso, uma vez que só tomando posição no que toca a esta questão é que, atenta a problemática que vimos analisando, poderemos aferir se de facto conceder às partes a possibilidade de se autorrepresentar poderia consubstanciar uma opção efetiva do ponto de vista jurídico-processual, atentos os princípios reguladores deste ramo do direito.

Na verdade, e ao contrário da ideia falaciosa que sobre a autorrepresentação se pode formar, é residual o número de situações nas quais as partes escolhem exercer por si o *ius postulandi* por não terem meios económicos que lhes permitam pagar os honorários de um advogado.

As partes decidem autorrepresentar-se em virtude de outros motivos, nomeadamente por acharem que conseguem apresentar e conduzir o seu caso tão bem ou melhor do que um advogado, por considerarem que estão dotadas de conhecimentos técnicos suficientes para a atividade que se propõem a desempenhar, por acreditarem que a justiça prevalecerá independentemente de constituírem ou não advogado ou então porque simplesmente não confiam neste tipo de profissionais⁽⁴⁷⁾.

Tida a referida consideração em conta, cumpre agora analisarmos das possíveis vantagens que poderiam advir à administração da justiça se se concedesse às partes a faculdade de se autorrepresentarem em todo e qualquer tipo de processo comum declarativo cível.

Acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3983, ano 143.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 145.

⁽⁴⁶⁾ De salientar que estamos naturalmente, atenta a temática em questão, distantes da questão da atuação do juiz ao abrigo do princípio do inquisitório.

⁽⁴⁷⁾ Cf. RABEEA ASSY, *Injustice in Person — The right to self-representation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 20.

1. A Autorrepresentação e os sistemas da *Common Law*

Na maior parte dos ordenamentos jurídicos que fazem parte do sistema de *Common Law* existe, sem qualquer tipo de restrições, o direito de as partes se autorrepresentarem no âmbito dos processos judiciais cíveis⁽⁴⁸⁾.

Se estas forem maiores de idade e não estiverem declaradas inabilitadas de acordo com os respetivos ordenamentos jurídicos, podem autorrepresentar-se em qualquer tipo de processo, independentemente da respetiva natureza, valor monetário ou grau de complexidade⁽⁴⁹⁾.

São três os fatores que parecem ter levado ao (até há relativamente pouco tempo inquestionado) entendimento do direito à autorrepresentação como uma expressão do direito de acesso aos tribunais neste tipo de ordenamentos jurídicos: por um lado, a longa história do direito à autorrepresentação e o papel fulcral do ponto de vista da legitimação do poder punitivo do Estado que este instituto sempre assumiu no âmbito dos processos criminais⁽⁵⁰⁾. Por outro, a conceção do direito de acesso aos tribunais e dos direitos processuais como direitos subjetivos das partes que as habilitam a atuar pessoalmente perante o tribunal⁽⁵¹⁾. Por último, uma presunção de que as partes autorrepresentadas não podem suportar os custos que a constituição obrigatória de mandatário lhes acarretaria e que, como tal, a existência desta faculdade é a única maneira de estas poderem exercer o seu direito de acesso aos tribunais.

Todavia, também neste tipo de ordenamentos jurídicos começa-se a questionar a efetividade desta opção legislativa, em

(48) *V.g.* em Inglaterra, País de Gales (*vide Legal Services Act 2007, Schedule 3, § 1(6) e 2(4)*) e o *Legal Services Act 1990*) e nos Estados Unidos da América (cf. *United States Code*, Capítulo 111, § 1654, que deriva da 35.ª secção do *Judiciary Act of 1789*).

(49) Cf. Rabeea ASSY, *ob. cit.*, p. 9.

(50) *Vide Fareta vs. California*, 422, U.S., 806, 1975, e também, sobre este ponto, a decisão do *Court of Appeal* ao caso *R v Leicester City Justices, ex parte Barrow and another* (1991).

(51) Nos sistemas anglo-saxónicos tem-se entendido que os direitos em causa são de natureza pessoal, e como tal, as partes devem poder exercitá-los na lide de forma imediata, e não por intermédio de um terceiro.

virtude de, como veremos infra mais detalhadamente, se entender que atendendo ao tradicional desconhecimento substantivo e processual das partes autorrepresentadas, a imparcialidade do sistema é posta em causa.

É que caso o juiz assista a parte autorrepresentada no que toca à conformação (em termos objetivamente adequados) do seu pedido, causa de pedir ou defesa, extravasando o papel ativo de “gestor” que lhe apontámos supra — independentemente de se entender esta atividade de gestão como uma gestão formal ou material⁽⁵²⁾ —, a sua imparcialidade é, como veremos, posta em causa e, conseqüentemente, a finalidade última do processo civil: a obtenção de uma justa composição do litígio⁽⁵³⁾.

Ao invés, se o juiz não assumir este papel e mantiver a sua distância quando notoriamente uma parte autorrepresentada careça de assistência técnica no âmbito do processo, acaba por ser o próprio sistema que, pela sua natureza complexa e conseqüentemente inacessível a pessoas sem conhecimentos jurídicos, acaba por “favorecer” as partes que estão representadas em detrimento daquelas que não estão acompanhadas de advogado.

Independentemente do que acabámos de adiantar, são inúmeras as vantagens que se costumam apontar, de um ponto de vista da efetividade da administração da justiça⁽⁵⁴⁾, à possibilidade de as partes se autorrepresentarem nos tribunais, de modo que passamos

⁽⁵²⁾ Entendendo nós que — sem olvidar dos méritos da proposta de uma direção material do processo por parte do juiz (cf. sobre este tipo de gestão e a sua tradicional conotação histórica, JUAN MONTERO AROCA, *ob. cit.*, pp. 66-78) — esta atividade deve ser de índole essencialmente formal (cf., neste sentido, v.g. JOSÉ LEBRE DE FREITAS —, *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 228). Não será talvez descabido, de certo modo (embora com as devidas diferenças (que podem ser vislumbradas em ADRIAN ZUCKERMAN, *est. cit.*, pp. 359-361), reafirmar que o papel ativo do juiz, nos termos em que o entendemos, acaba por ser comum ao sistema de *Civil Law* e de *Common Law*, de modo que estamos, como será visível ao leitor, a generalizar as considerações para os dois tipos de sistemas.

⁽⁵³⁾ A finalidade do processo não se compadece com uma qualquer composição do litígio: esta tem que ser justa. Ora, caso essa composição seja feita por um terceiro cuja imparcialidade foi comprometida, a decisão prolatada estará irremediavelmente comprometida aos olhos do direito e da justiça. Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da F.D.L., 1986, p. 97.

⁽⁵⁴⁾ Cf., v.g., a decisão do *Court of Appeal* no caso *Clarkson vs. Gilbert* (2000).

a expor as mesmas para que, num momento ulterior, possamos averiguar se essas vantagens são efetivamente reais em face dos argumentos que contra elas são levantados.

2. Autorrepresentação das partes: os (alegados) benefícios de uma opção desconsiderada

Até aos dias de hoje, tal como já referimos a título introdutório do presente estudo, foi praticamente nulo o tratamento do problema da autorrepresentação das partes por parte da doutrina no âmbito dos sistemas de *Civil Law*.

Na verdade, a nível europeu (e mais concretamente no âmbito dos sistemas de *Civil Law*), só depois dos julgamentos do Tribunal Internacional para Julgar as Pessoas Responsáveis por Violações Graves ao Direito Internacional Humanitário Cometidas no Território da Ex-Jugoslávia desde 1991 é que o referido direito ganhou alguma relevância no plano jurídico, uma vez que até então era meramente problematizado relativamente a questões atinentes à insuficiência económica das partes para se fazerem representar nos tribunais por um advogado⁽⁵⁵⁾.

Tradicionalmente entendida como um direito limitado a ser exercido pelos cidadãos em moldes em que não se pusesse em causa a administração da justiça, a autorrepresentação das partes parece assim não ter gozado de uma história tão rica no plano dos ordenamentos de *Civil Law* como a que vimos que teve no sistema da *Common Law*.

Todavia, e independentemente da desconsideração doutrinal que entre nós sempre teve, existem argumentos que podem abonar a favor de as partes se autorrepresentarem no âmbito dos processos declarativos cíveis também no nosso sistema.

⁽⁵⁵⁾ Cf. EUGENE CERRUTI, "Self-Representation in the International Arena: Striking a False Right of Spectacle", in *Georgetown Journal of International Law*, 40, Number 3, 2009, p. 965.

Em primeiro lugar, a redação do n.º 3 do art. 6.º da C.E.D.H. diz-nos, na sua al. c), que o acusado tem o direito de “[d]efender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha (...)”.

Ora, se aparentemente para o processo penal — e considerada a respetiva dimensão garantística da posição de arguido — este instrumento internacional que vigora no nosso ordenamento jurídico por força do art. 16.º da CRP parece garantir o direito de o arguido se defender a si próprio⁽⁵⁶⁾, porque não admitir esta faculdade em termos irrestritos no âmbito do processo civil, em que se discutem essencialmente direitos na disponibilidade dos seus titulares?

Não é também, cremos nós, despreciando sobre este ponto ressaltar que o Comité dos Direitos do Homem, no caso *Hill vs. Spain*⁽⁵⁷⁾, afirmou que o facto de não ter sido respeitado o direito de os irmãos Hill se defenderem a si próprios no âmbito do procedimento criminal que contra si corria no ordenamento jurídico espanhol violou o disposto na al. d) do n.º 3 do art. 14.º do PIDCP⁽⁵⁸⁾.

Na senda da doutrina do caso *Faretta vs. California*, também se pode afirmar que conceder aos titulares dos interesses em jogo a possibilidade de escolherem a maneira como conduzem o processo seria não mais do que uma forma de respeitar a sua autonomia privada.

Impor a representação legal das partes pode, muitas vezes, levar a que estas, contra a sua vontade, tenham que constituir mandatário para aceder aos tribunais, circunstância esta que pode colocar obstáculos e entraves à cooperação exigível entre a parte e o

⁽⁵⁶⁾ Não sendo, todavia, o referido direito absoluto. Cf., a este propósito, o comentário geral do Comité dos Direitos do Homem ao art. 14.º do P.I.D.C.P. (n.º 32), no § 37 (disponível em <http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32_En.pdf>).

⁽⁵⁷⁾ *Michael and Brian Hill vs. Spain, Communication Number 526/1993*, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993.

⁽⁵⁸⁾ Pese embora, segundo cremos, não levando devidamente em conta a importância da constituição obrigatória de advogado no que toca à proteção dos interesses das partes no processo e, conseqüentemente, da dimensão concretizadora do (visado) “*fair trial*” que esta exigência consubstancia. A título de exemplo, de uma decisão (na nossa ótica) mais ponderada, cf., v.g., o caso *X. vs. Austria n.º 7138/75, Commission decision of 5 July 1977, DR 9*, p. 50.

advogado, dificultando-se assim a administração da justiça e, conseqüentemente, a justa composição do litígio almejada pelo processo civil⁽⁵⁹⁾.

Outro argumento — e este de carácter mais ponderoso — a favor da autorrepresentação das partes é o facto de existirem determinados casos em que, pelo seu diminuto valor, exigir a constituição obrigatória de advogado e o conseqüente pagamento dos respectivos honorários, significaria retirar às partes qualquer benefício prático ao exercício do seu direito de ação (ou de defesa).

Na verdade, também se tem afirmado que o facto de o patrocínio judiciário ser obrigatório não implica necessariamente que as partes fiquem numa posição de igualdade — do ponto de vista assistencial — na lide. É que a circunstância de nem todos os profissionais forenses serem igualmente capacitados é uma realidade inegável da qual não nos podemos alhear, de modo que o poder económico das partes, quer se queira quer não, acaba por ser um fator determinante na qualificação técnica dos seus mandatários e, conseqüentemente, na efetivação de uma adequada assistência técnica na lide.

Nesta senda, de modo a conseguir a referida situação de igualdade na lide (no sentido de as partes estarem convenientemente assistidas no âmbito do processo de modo a poderem exercer de forma efetiva o seu direito de ação ou de defesa), aponta-se um papel crucial a ser desempenhado pela figura do julgador: papel este que poderia tornar a autorrepresentação das partes numa opção viável em sede processual.

Se admitirmos que o juiz pode assumir um papel assistencial das partes autorrepresentadas (essencialmente ao abrigo dos arts. 6.º, 7.º e 40.º, n.º 3) — chamando a atenção destas para a incompletude ou imprecisão das suas alegações, dos seus pedidos ou requerimentos probatórios, formulando as respetivas propostas de correção para que possam estar em condições objetivas de obter ganho de causa⁽⁶⁰⁾ — “tornando-lhes o processo útil”, podemos ser levados

⁽⁵⁹⁾ Cf. RABEEA ASSY, *ob. cit.*, pp. 192-194.

⁽⁶⁰⁾ Cf. RABEEA ASSY, *ob. cit.*, pp. 103 e segs.

a concluir que as razões da obrigatoriedade de constituição de mandatário se esfumam de justificação.

E ainda neste ensejo, também será justo salientar que o juiz já desempenha o referido papel nos processos de jurisdição voluntária e (embora em termos mais mitigados) em face de alguns tipos de situações em sede de ação declarativa comum quando as partes estão assistidas por advogados⁽⁶¹⁾, de modo que nada parece obstar a que o faça “a favor” de ambas ou de alguma das partes quando esta(s) não se encontre(m) representada(s) por advogado⁽⁶²⁾.

Outra circunstância que costuma ser apontada como argumento por aqueles que defendem a possibilidade de autorrepresentação das partes é o facto de estas terem um conhecimento imediato dos factos que estiveram na base do litígio levado a tribunal, eliminando-se assim o papel intermediário do advogado e obtendo-se uma versão muito mais fiel e espontânea dos acontecimentos, o que contribuirá para uma decisão materialmente mais justa.

As partes, ao estarem sozinhas na lide e sabendo que em muito dependem da atividade que aí levarem a cabo, acabam por assumir um papel muito mais diligente no processo, colaborando e contribuindo para uma decisão fidedigna sob a factualidade constitutiva do litígio⁽⁶³⁾.

Ademais, as decisões proferidas pelos tribunais em causas conduzidas pelas próprias partes teriam à partida uma maior aceitação por parte dos respetivos destinatários, uma vez que foram estes que, com a assistência do juiz, estiveram à frente da tutela da dos seus direitos⁽⁶⁴⁾.

Por último, refere-se também que a participação dos advogados poderá consubstanciar um obstáculo à economia e celeridade processual, em virtude de ser comum a utilização, por parte destes,

⁽⁶¹⁾ *Vide*, v.g., o art. 591.º, n.º 1, al. c).

⁽⁶²⁾ Na verdade, no caso de o juiz verificar que existem falhas ou imprecisões nas alegações, pedidos ou requerimentos probatórios de determinada parte e não faça nada para que esta as supra, a sua imparcialidade também pode ser questionada por, indiretamente, estar a favorecer a contraparte.

⁽⁶³⁾ Cf., embora com um enquadramento diferente, RABEEA ASSY, *ob. cit.*, p. 99.

⁽⁶⁴⁾ Cf. JERRY MASHAW, “*Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*”, in *Boston University Law Review*, 61, 1981, p. 903.

de expedientes dilatórios com a única e exclusiva finalidade de protelar o andamento da tramitação processual e obstar a uma apreciação do mérito da causa⁽⁶⁵⁾.

Vistos os potenciais efeitos benéficos que a autorrepresentação das partes pode ter do ponto de vista da administração da justiça, cumpre aferir se estas vantagens ultrapassam os efeitos adversos de uma eventual opção legislativa neste sentido. E é exatamente esta tarefa que nos propomos levar a cabo de seguida.

VI. Os perigos da autorrepresentação das partes: não há justiça sem advogados!

1. A premissa base: o patrocínio judiciário enquanto elemento concretizador do direito a uma tutela jurisdiccional efetiva

Como já vimos supra, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (art. 208.º da CRP), o patrocínio judiciário acaba por ser também um elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais, em virtude de às partes faltarem normalmente conhecimentos técnico-jurídicos que lhes permitam acautelar as suas concretas posições subjetivas no âmbito da lide.

Ora, o processo deve estar dotado de meios e expedientes que permitam às partes obterem uma decisão justa: é esta a essência do princípio do processo equitativo.

Ao estarem sozinhas na lide, as partes autorrepresentadas partem, por força do seu desconhecimento técnico-jurídico, de uma situação subjetiva de desvantagem em face da contraparte da respetiva ação, o que leva a que muitas das dimensões do processo

⁽⁶⁵⁾ Cf., v.g., ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005, p. 219.

equitativo, do ponto de vista material⁽⁶⁶⁾, não tenham verificação efetiva na lide (pensemos, v.g., na igualdade de armas ou no efetivo exercício do contraditório)⁽⁶⁷⁾.

O nosso sistema, por força dos fatores que vimos referindo — nomeadamente pela sua extrema complexidade substantiva e processual —, não parece estar preparado para receber as partes autorrepresentadas.

Mas será que há maneira de efetivar o direito de acesso aos tribunais de cidadãos que se escolham autorrepresentar sem comprometer os princípios fundamentais que vigoram no nosso sistema processual e constitucional?

É que tal como já o enunciámos, o problema, no que a este ponto concerne, põe-se da seguinte maneira: caso o juiz assista a parte autorrepresentada, extravasando o papel ativo de “gestor” que processualmente lhe cabe, a sua imparcialidade fica em cheque e, conseqüentemente, sai prejudicada a finalidade última do processo civil: a obtenção de uma justa composição do litígio.

Ao invés, se o juiz não assumir este papel e mantiver a sua distância quando notoriamente uma parte autorrepresentada careça de assistência técnica, acaba por ser o próprio sistema que, pela sua natureza complexa e (conseqüentemente) inacessível a pessoas sem conhecimentos jurídicos, acaba por “favorecer” as partes que estão representadas em detrimento daquelas que não estão acompanhadas de advogado.

⁽⁶⁶⁾ O princípio da equidade (ou do processo equitativo) não se pode quedar por uma dimensão meramente formal. O acesso aos tribunais deve ser assegurado a todos os cidadãos em termos equitativos, de modo a que o processo conduza a resultados justos em termos individuais e coletivos (neste sentido, cf., v.g., IRINEU CABRAL BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 210).

⁽⁶⁷⁾ E não nos esqueçamos que absoluta igualdade das partes no que diz respeito às faculdades processuais que possam utilizar para tutela dos seus direitos constitui a essência do princípio do contraditório, sem o qual queda a noção de processo no seu sentido moderno. Cf. ELIO FAZZALARI, *ob. cit.*, p. 303, nota 8.

2. Os perigos do papel assistencial do juiz às partes autorrepresentadas

Não obstante as sucessivas reformas que veio sendo objeto no sentido de simplificar a sua tramitação, o processo declarativo comum continua a estar especialmente desenhado para ser tramitado pelas mãos dos profissionais forenses.

Por tal ordem, há que constatar com naturalidade a seguinte realidade prática: estando as partes sozinhas na lide, sem qualquer tipo de assistência, falha a concretização de um dos principais vetores das funções de um Estado de direito democrático — o direito a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos cidadãos, e, conseqüentemente, a própria administração da justiça, por não ficar assegurado o processo equitativo nas dimensões já elencadas supra.

Ora, para ultrapassar esta dificuldade, poderíamos ser tentados, como defendem alguns autores nos sistemas anglo-saxônicos, a apontar ao juiz um autêntico papel assistencial das partes autorrepresentadas, exercido ao abrigo dos seus poderes de case management, por forma a obviar ao resultado mais comum da intervenção das partes autorrepresentadas nos processos: a desadequação e insuficiência dos meios e argumentos utilizados para acautelamento das suas concretas posições subjetivas na lide⁽⁶⁸⁾.

Como vimos, agilizar ou simplificar o processo significa adequar uma determinada tramitação aos passos estritamente necessários à obtenção da justa composição do litígio.

No n.º 3 do art. 40.º está expressamente consagrada a adaptação da tramitação processual no que toca à atividade de inquirição de testemunhas quando há partes autorrepresentadas, passando esta tarefa a estar a cargo do juiz.

Todavia, o mesmo preceito ainda estatui que “(...) [cabe] ainda a este [ao julgador] adequar a tramitação processual às especificidades da situação”⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cf. RABEEA ASSY, *ob. cit.*, pp. 100 e segs.

⁽⁶⁹⁾ Neste sentido, entendendo que o n.º 3 do art. 40.º concretiza uma expressão do genérico poder de adequação formal do juiz em sede processual, na sua vertente de adaptação da tramitação legal, designadamente no que toca à atividade inquirição de testemu-

Ora, se encararmos as “especificidades da situação” a que se refere o preceito excogitado como sendo a impreparação técnica e o pouco distanciamento emocional ao objeto do pleito por parte dos litigantes autorrepresentados e nos “desamarrarmos” da vertente instrumental (do princípio da gestão processual) que, se bem vemos, marca o referido trecho, será ainda possível ao julgador fazer com que haja uma justa composição do litígio, obviando aos problemas que vimos que estas situações comportam, sem colocar sobre si um ónus demasiado pesado?

Em primeiro lugar, e para respondermos à referida pergunta, não nos podemos esquecer que os juízes têm como principal função resolver os litígios que lhes são apresentados de forma imparcial, justa e num razoável período de tempo em face da complexidade da matéria que se discute na causa.

Se, ao invés, se sobrecarregar a já onerosa atividade do julgador com a tarefa adicional de auxiliar as partes na construção das suas alegações, dos seus pedidos ou dos seus requerimentos probatórios, uma atividade que primordialmente se quer “sentenciadora” corre o risco de se perder nos escolhos da sua instrumental atividade “processadora”⁽⁷⁰⁾.

nhas, que passa a estar a cabo do julgador, cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Braga, CEJUR, 2013, p. 13. Todavia, a redação da norma, pelos seus dois segmentos (“(...) cabendo ainda a este (...)”), não parece indiciar que o poder (-dever) de adequação formal aí estatuído se quede meramente pela inquirição de testemunhas. Na verdade, o último trecho do preceito acaba por “alertar” o julgador para a especial necessidade de, nestas situações, lançar mão dos poderes(-deveres) de gestão que lhe advinham já do mais genérico art. 6.º. Em que medida o julgador pode levar a cabo este seu geral dever de gestão — que, como será notório ao leitor, analisaremos mediante um entendimento que extravasa a vertente instrumental que parece ter sido visada pela norma em apreço, entrando já mais na sua dimensão substancial — acaba por ser, no fundo, a questão que se nos coloca e sobre a qual neste ponto discorremos.

(70) Neste sentido, ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *ob. cit.*, p. 210. Não estamos, de todo, a minimizar o papel e a relevância que esta atividade tem no âmbito do processo, uma vez que o pressuposto base de uma decisão materialmente justa é a existência prévia de um “processo leal” (cf. GÉRARD COUCHEZ/XAVIER LAGARDE, *Procédure civile*, 17.ª ed., Paris, Sirey, 2014, p. 257). Mas, tal como já salientámos na nota 178, existe uma linha que cremos que não deve ser cruzada: o juiz pode (e deve mesmo) mandar as partes aperfeiçoarem os seus articulados, nos seus mais variados componentes, de modo a ser assegurada a efetividade e utilidade do processo; o que cremos que ele não poderá — sob pena de a sua

Ainda assim, o maior problema da referida atividade assistencial é que faz surgir o risco de comprometer a imparcialidade do tribunal.

Segundo inúmeros estudos psicológicos efetuados, comprovou-se que um juiz que formule requerimentos probatórios por forma a tentar provar determinada factualidade que “montou” a favor da parte assistida, muito dificilmente conseguirá manter o distanciamento desejável à causa discutida na lide.

O que começará como um diagnóstico liminar destinado a direcionar a inquirição das testemunhas, rápida e silenciosamente se tornará numa conclusão fixa, confirmada por todos e quaisquer sinais que da prova produzida vão no sentido do caso elaborado pelo julgador. Pelo contrário, todos os sinais que infirmem o referido caso, são inconscientemente desvalorizados para efeitos da formação da convicção do julgador.

Ora, este efeito psicológico, denominado pela doutrina anglo-saxónica de *confirmation bias*⁽⁷¹⁾, desafia as melhores e mais honestas intenções do julgador na sua atividade de investigação dos factos, comprometendo de forma irremediável a sua imparcialidade e, conseqüentemente, a princípio do processo equitativo^(72/73).

Outro problema gerado por esta potencial função do juiz seria o facto de estarmos a abrir portas para a responsabilização destes profissionais no caso de não ajudarem devidamente as partes autorrepresentadas na conformação dos seus casos.

atividade poder ser vista como parcial aos olhos da contraparte e a sua formação da convicção probatória ser comprometida — é sugerir as próprias alterações a efetuar, sob pena de subverter a lógica e os objetivos do princípio do dispositivo, tal qual ele está consagrado na nossa lei. Sobre este ponto, cf. ADRIAN ZUCKERMAN, *est. cit.*, pp. 364-369.

(71) Cf. RAYMOND S. NICKERSON, “*Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*”, in *Review of General Psychology*, 2, Vol. II, 1998, pp. 175-220.

(72) Cf. ADRIAN ZUCKERMAN, *est. cit.*, p. 362.

(73) Relativamente a este papel que é propugnado ao juiz por forma a obviar as dificuldades criadas pelas partes autorrepresentadas, podem ser também levantadas duas críticas: por um lado, se o juiz assiste uma das partes e a final decide a seu favor, é natural que a sua imparcialidade seja posta em causa pela parte vencida. Por outro, se o juiz conseguir manter a sua imparcialidade, e independentemente de ter assistido a parte autorrepresentada na conformação do seu caso decide a final contra ela, gera-se também um problema óbvio: a parte assistida vê o julgador decidir contra o caso que o próprio ajudou a conformar!

E, no seguimento do que expusemos supra, é certo que o facto de as partes estarem representadas por advogados não significa que, em determinada lide, todos os mandatários sejam igualmente capacitados⁽⁷⁴⁾: mas é para acautelar este tipo de situações — em que haja uma atuação negligente por parte dos advogados e que desta resulte um prejuízo para as partes que estes representam — que se tem começado a dar amplo tratamento doutrinal e jurisprudencial ao instituto da responsabilidade profissional do advogado.

Ora, pelos argumentos que já aduzimos, não nos parece que a solução de todos os problemas gerados pelas partes autorrepresentadas passe por um papel assistencial a estas por parte do julgador.

É que independentemente da conceção da atividade do juiz que se adotar, e abstraindo-nos dos respetivos méritos e deméritos — que existem em ambas as propostas —, o julgador não pode em momento algum “despir a beca e abraçar a toga” no âmbito do processo.

Aliás, mesmo os autores que defendem uma gestão processual de índole material, no âmbito da qual o juiz pode chegar a influenciar o “coração do processo” — em nome de uma composição do litígio “justa” — afirmam que a preservação da sua imparcialidade é também pressuposto da justiça da decisão, de modo que a sua participação no processo deve ser envolta de muitas cautelas.

Assim, e pese embora nunca se refiram expressamente a esta questão, somos inclinados a pensar que esta atividade assistencial (nos moldes em que a formulámos) extravasa os poderes que esta secção da nossa doutrina entende deverem estar a cargo do juiz no âmbito do processo civil declarativo.

Por conseguinte, pensamos poder afirmar, sem qualquer tipo de dúvidas, que os problemas gerados pelas partes autorrepresentadas no seio do processo civil dificilmente serão resolvidos através de uma atividade assistencial desempenhada pelo julgador⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Sendo que o mesmo argumento se pode, naturalmente, levantar a propósito dos julgadores...

⁽⁷⁵⁾ Cf. ADRIAN ZUCKERMAN, *est. cit.*, p. 364.

3. Algumas vantagens da representação das partes por advogados

Não vamos, por razões óbvias, repetir muitos dos argumentos que já fomos adiantando ao longo do presente estudo que abonam em favor da representação das partes por advogados.

Iremos, por agora, apenas centrar-nos nos aspetos que ainda não tenhamos referido de forma suficientemente explícita.

Como já vimos supra, o nosso sistema judicial — pela sua complexidade —, pese embora admita esta possibilidade, não está preparado para receber as partes autorrepresentadas.

Os cidadãos, por forma a exercerem de forma cabal o seu direito de acesso aos tribunais, precisam de estar representados e assistidos por profissionais munidos das devidas habilitações técnicas e conhecimentos deontológicos cuja parcialidade não seja um obstáculo⁽⁷⁶⁾ a uma justa composição do litígio: os advogados.

Se bem vemos, a referida parcialidade inerente às funções dos advogados no âmbito do pleito, acaba por ser mitigada pela obrigação de respeito aos deveres deontológicos a que estes profissionais estão adstritos (cf., v.g., os arts. 89.º, 90.º e 97.º do EOA), de modo que mais do que protetores dos interesses das partes, os advogados assumem em sede processual a veste de um autêntico órgão essencial à administração da justiça (cf. art. 208.º da CRP).

Na verdade, em face da referida complexidade do nosso sistema, caso as partes estejam sozinhas na lide, o seu controlo sobre o processo acaba por ser praticamente nulo. É através do patrocínio judiciário que as partes conseguem um maior domínio sobre o processo e, desta forma, veem efetivamente respeitada a sua autonomia privada⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Pelo contrário, a referida parcialidade dos advogados pode mesmo contribuir para que, através de um afinado e pertinente esgrimir de argumentos entre as partes na lide, efetivando-se o contraditório, a referida justiça da decisão saia reforçada. Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Tomo I, 3.ª ed., Roma, Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1942, pp. 107-108.

⁽⁷⁷⁾ Neste sentido, cf. RABEEA ASSY, *ob. cit.*, pp. 158-160 e o Ac. do TC n.º 1185/96.

Por último, e como é notório, as funções do advogado não se cingem ao âmbito endoprocessual. Antes de as partes decidirem avançar para os meios jurisdicionais — seja para intentar seja para contestar uma ação que contra si tenha sido proposta —, normalmente dirigem-se a um advogado por forma a serem aconselhadas sobre o mérito da sua concreta posição jurídica.

Ora, nos termos do n.º 1 do art. 100.º do EOA, o advogado tem o dever de dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que o cliente invoca (al. *a*) e, outrossim, aconselhar toda a composição (do eventual litígio) que ache justa e equitativa (al. *b*). Deste modo, muitas vezes, do cumprimento destes deveres deontológicos, obviar-se-ão a processos inúteis ou desproporcionalmente demorados, favorecendo-se assim os interesses individuais das partes envolvidas e aliviando-se o sistema estadual da administração de justiça.

Por tudo o que vimos de expor, parece que lográmos ter já sublinhado a imperativa necessidade de as partes estarem representadas por advogado no âmbito do pleito em face das especificidades em que está envolto o nosso sistema.

O que, como provavelmente terá ressaltado ao leitor, nos conduz a um problema: como adequar esta conclusão à solução do nosso sistema, que permite às partes pleitear por si em determinadas causas?

É sobre esta problemática que nos vamos pronunciar no ponto que se segue.

4. As partes autorrepresentadas: a falácia da desproporcionalidade e uma proposta de solução com base na Lei dos Julgados de Paz

Como vimos, a todos é garantido o direito a serem assistidos por advogado no âmbito de qualquer causa cível, pese embora, da referida possibilidade, não decorra o dever de as partes, em todo e qualquer processo judicial, constituírem como seu mandatário um profissional do foro com essa qualificação.

Segundo o entendimento do nosso legislador, estando em causa questões (aparentemente) simples, uma tal exigência⁽⁷⁸⁾ seria em muitos casos, desproporcionada, apenas servindo para coibir os interessados de recorrerem a juízo para defesa dos seus direitos e interesses. De facto, ao advogado tem que pagar-se, e o direito a patrocínio judiciário gratuito não é um direito de todos, mas apenas um direito daqueles que não tenham capacidade económica para suportar as despesas do pleito.

Deste modo, a exigência de constituição obrigatória de mandatário seria, nessas circunstâncias, excessiva (pois sem a necessária justificação, tornava-se particularmente oneroso o exercício do direito de recorrer a juízo), vindo, por isso, a traduzir-se numa restrição constitucionalmente inadmissível⁽⁷⁹⁾.

Salvo o devido respeito por este douto entendimento, consagrado ao longo dos tempos na nossa doutrina e jurisprudência, temos algumas reservas quanto à atual pertinência do mesmo.

Em primeiro lugar, é imperativo salientar que ao contrário do que parece resultar da redação da al. c) do n.º 3 do art. 6.º da CEDH, tem-se entendido que os Estados contratantes podem escolher os meios adequados para, de acordo com as especificidades do seu sistema judiciário, garantir a efetivação do princípio do processo equitativo no âmbito do seu ordenamento jurídico-processual.

Os referidos meios tanto podem ser a possibilidade de autor-representação das partes como a imposição de constituição obrigatória de mandatário, não tendo, no entanto, que haver uma alternativa das duas soluções. Independentemente de ser acolhida

⁽⁷⁸⁾ Exigência esta que o nosso TC, no já supracitado Ac. n.º 245/97, parece ter dado a entender — salvo o devido respeito, de forma muito duvidosa — que, de acordo com uma interpretação (ainda) constitucionalmente admissível, podia não ser requerida pelo interesse público da boa administração da justiça (!) nem imposta pelo interesse das próprias partes envolvidas na lide. Todavia, discriminar (a nosso ver injustificadamente) o tratamento e as garantias processuais das partes em função do valor das respetivas causas não parece ser uma opção defensável num autêntico Estado de direito democrático, em que a proibição da discriminação por força da situação económica surge como elemento concretizador do princípio da igualdade. A este propósito, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 424 e segs.

⁽⁷⁹⁾ Neste sentido, cf. texto do referido Ac. do TC n.º 245/97.

apenas uma delas (ou mesmo ambas) por determinado sistema, o essencial é que, em face dos interesses da justiça, este, pela solução que concretamente acolha, garanta um processo justo e equitativo, onde as partes estejam numa verdadeira posição de igualdade processual⁽⁸⁰⁾.

Aliás, o nosso Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 245/97, entendeu que a “Constituição não impede o legislador de exigir a intervenção de advogado em todas as causas cíveis, desde que, claro é, o faça em termos de assegurar a todos o acesso aos tribunais em condições de igualdade, seja qual for a sua condição económica. Para assim concluir, basta pensar na complexidade cada vez maior dos atuais sistemas jurídicos, a impor que as questões sejam discutidas em juízo apenas por profissionais com a adequada preparação”.

Por conseguinte, a opção pela possibilidade de as partes se poderem ou não autorrepresentar nas causas cíveis está na livre disposição do nosso legislador ordinário, não sendo relevante o respetivo valor para efeitos de apuramento da constitucionalidade da solução adotada.

Como vimos, se por um lado a complexidade das causas e o interesse das partes no seu vencimento não dependem necessariamente do respetivo valor, já a prossecução do interesse público na administração da justiça deve ser tutelado e preservado de igual forma em todas elas: o que não mais é dizer do que por forma a dar concretização efetiva ao princípio do processo equitativo, em especial através da salvaguarda da imparcialidade do nosso sistema, o patrocínio judiciário devia ser obrigatório em todo o tipo de causas cíveis.

O problema, na nossa opinião, não está na existência de partes autorrepresentadas, mas sim na impreparação do nosso sistema para as receber.

Ademais, a questão da excessiva onerosidade do pagamento dos honorários dos advogados em face do valor de determinadas

(80) Cf., sobre este concreto ponto, embora no âmbito processual penal, o caso *Correia de Matos vs. Portugal*, *Communication number* 1123/2002. Cf. também IRENEU CABRAL BARRETO, *ob. cit.*, pp. 211-212.

causas tem um peso relativo. Nos termos do n.º 1 do art. 105.º do EOA, os honorários a cobrar pelo advogado devem corresponder a uma compensação adequada pelos serviços efetivamente prestados. Ora, segundo o n.º 3 do respetivo preceito legal, o primeiro critério elencado num conjunto de vários a ter em conta na fixação do valor dos honorários é a importância da causa. Tudo isto significa que no momento da fixação dos seus honorários, o advogado está adstrito a um critério de proporcionalidade em que tem um inegável peso o valor da causa: v.g., não será, na maior parte das situações, proporcional cobrar honorários que retirem ao constituinte qualquer benefício prático do exercício do respetivo direito de ação no caso de vencimento⁽⁸¹⁾.

De qualquer maneira, para obviar a eventuais práticas abusivas por parte dos referidos profissionais, pode ser pedido um parecer técnico e juízo sobre a qualificação e valorização dos serviços prestados pelos advogados às Secções do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, denominado de “laudo de honorários”⁽⁸²⁾.

Atento o exposto, na solução que nós cremos ser a ideal *de iure condendo* (a obrigatoriedade de patrocínio judiciário em todo tipo de causas cíveis a tramitar segundo o processo declarativo comum), sendo fornecida assistência jurídica através do Sistema de Acesso ao Direito aos mais carecidos de um ponto de vista económico e respeitadas as exigências ínsitas ao princípio da proporcionalidade na fixação dos honorários a cobrar pelos advogados pelos serviços por si prestados, seria respeitada a imposição constitucional de acesso aos tribunais em condições de igualdade relativamente a todos os cidadãos, independentemente da sua situação económica.

De qualquer forma, como vimos, é uma realidade inegável que segundo o disposto nos arts. 40.º a 43.º do nosso CPC, não foi esta a solução consagrada pelo legislador na nossa lei processual.

(81) E diga-se também que pese embora as partes autorrepresentadas não tenham que pagar honorários, atenta a sua impreparação para conduzir o pleito, as suas probabilidades de vencimento da ação diminuem substancialmente. Assim, é preferível o benefício a obter a final da ação ser menor, em termos “práticos”, mas ainda assim ter a possibilidade real de o alcançar.

(82) Cf. os arts. 44.º, n.º 1, al. i) do EOA e 1.º e segs. do Regulamento dos Laudos de Honorários (Regulamento n.º 40/2005 EOA).

A nosso ver, salvo o devido respeito, e respondendo de certa forma à problemática que presidiu à elaboração do presente estudo, de uma forma um tanto ou quanto irrefletida.

O que, se nos é permitida a ousadia, causa alguma celeuma em face da solução que a este propósito está consagrada na Lei de organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz (Lei n.º 78/2001 de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013 de 31 de julho)⁽⁸³⁾.

Como é sabido, estes tribunais, cuja competência material abrange apenas as questões ditas “mais simples” (cf. o art. 9.º da Lei dos Julgados de Paz), estão diretamente vocacionados para aproximar os cidadãos da justiça. Aliás, os princípios que estão na base da sua tramitação processual, elencados no art. 2.º da respetiva Lei, visam sobretudo permitir a participação cívica dos interessados no processo, procurando-se assim a obtenção de uma justa composição dos litígios submetidos a estes tribunais.

A confiança que o nosso legislador depositou nestes tribunais e na sua atividade levou mesmo a que uma das principais novidades da reforma operada pela Lei n.º 54/2013 fosse o aumento da sua competência em razão do valor: atualmente estes tribunais têm competência para questões cujo valor não exceda os quinze mil euros (!)⁽⁸⁴⁾.

Agora, em face de tais circunstâncias⁽⁸⁵⁾ — a competência material focada sobretudo para questões ditas “simples” e um pro-

⁽⁸³⁾ Os Julgados de Paz são tribunais não judiciais, incomuns, mas que possuem um carácter constitucionalmente jurisdicional (cf. 209.º, n.º 2, CRP). Estes tribunais constituem uma forma alternativa de resolução de litígios, de natureza exclusivamente cível, em causas de valor reduzido e em causas que não envolvam matéria de direito da família, direito das sucessões e direito do trabalho (cf. o art. 151.º da Lei n.º 63/2013). Sobre a história, caracterização e relevância dos Julgados de Paz, cf. J.O. CARDONA FERREIRA, *Julgados de Paz: O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 11-45.

⁽⁸⁴⁾ Na redação original da Lei dos Julgados de Paz, estes apenas tinham competência para questões cujo valor não excedesse cinco mil euros — que é o valor da atual alçada dos tribunais judiciais de primeira instância (cf. o art. 44.º da L.O.S.J.).

⁽⁸⁵⁾ Vamos desconsiderar o aumento da competência dos Julgados de Paz em razão do valor em virtude da circunstância de antes de ter sido feita a referida alteração o regime atinente ao patrocínio judiciário já ser semelhante ao que está atualmente em vigor.

cesso totalmente vocacionado para a participação ativa dos cidadãos no âmbito do mesmo —, torna-se estranho o teor da redação do art. 38.º da respetiva Lei.

Nos termos do n.º 1 do referido preceito, “[n]os julgados de paz, as partes têm que comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador”. Todavia, além de ser obrigatória a constituição de advogado na fase de recurso, se a ela houver lugar, nos termos do n.º 3 do referido artigo, o n.º 2 diz-nos que “a assistência é obrigatória quando (...) por qualquer (...) motivo [a parte] se encontrar numa posição de manifesta inferioridade, devendo neste caso o juiz de paz apreciar a necessidade de assistência segundo o seu prudente juízo”.

Ora, em primeiro lugar, parece decorrer da lei que a “assistência” técnica a que se refere o n.º 2 do art. 38.º pode ser prestada por solicitador, advogado estagiário ou advogado. Todavia, tal circunstância não parece ser relevante em face da *ratio legis* que esteve por de trás da concessão de tal faculdade aos juízes de paz: o nosso legislador desconfiou da capacidade de as partes se autorrepresentarem, independentemente da (alegada) simplicidade das causas na competência material dos julgados de paz e da grande informalidade — ideal para a participação direta da parte na prossecução de uma justa composição do litígio — subjacente ao processo!

E, independentemente de não se ter restringido a possibilidade de representação aos advogados, no n.º 2 do referido preceito, o nosso legislador não hesitou em impor às partes, caso o Juiz de Paz o ache necessário, o ónus de constituírem mandatário ou de se fazerem assistir por um profissional devidamente qualificado, com o subsequente encargo de lhe pagar honorários⁽⁸⁶⁾.

Ora, tal solução leva-nos a admitir que, no âmbito dos seus poderes de gestão, no âmbito dos tribunais judiciais cíveis, os juí-

⁽⁸⁶⁾ Pese embora a nível da representação das partes o regime não coincida inteiramente, existem algumas semelhanças entre o funcionamento dos nossos Julgados de Paz e os *Giudice di Pace* Italianos. Neste ordenamento jurídico as partes apenas se podem autorrepresentar perante os referidos tribunais em causas cujo valor não exceda 1.100 € — aliás, como vimos, são estes os únicos casos (e o único tribunal) onde as partes são admitidas a autorrepresentarem-se em Itália. Sobre este ponto, cf. ALDO STESURI, *ob. cit.*, pp. 1076-1077.

zes, em causas em que as partes à partida se pudessem autorrepresentar, apercebendo-se da inaptidão destas últimas para a tutela adequada dos interesses subjacentes à sua concreta posição subjetiva na lide, possam exigir a constituição de mandatário por parte destas. Este juízo de ponderação, que deve obedecer naturalmente a um critério de proporcionalidade, está adstrito à obtenção, em concreto, de um processo verdadeiramente equitativo que permita alcançar uma justa composição do litígio.

Afinal, e como também já vimos, é este o principal objetivo da gestão processual que o juiz deve levar a cabo no âmbito do processo⁽⁸⁷⁾.

É certo que tal solução não parece resultar expressamente do conjunto de poderes que o art. 6.º explicitamente concede ao juiz. De qualquer forma, o juiz, segundo o n.º 2 do referido preceito, deve providenciar pelo regular andamento da instância, de forma a que seja prolatada uma decisão que incida sobre o mérito da causa.

E, a este propósito, a questão que colocamos é a seguinte: em face do processo civil moderno, uma instância que, pela especial fragilidade de uma parte autorrepresentada, decorra em violação do princípio do processo equitativo é uma instância regular?

Em termos formais, se estiverem respeitados todos os pressupostos de que depende a possibilidade de pronúncia sobre o mérito da causa por parte do juiz, dir-se-á que sim. Mas levará a uma composição do litígio verdadeiramente justa?

Definitivamente que não.

E não nos esqueçamos que, nos termos do n.º 3 do art. 40.º, o juiz deve adaptar o processo às concretas especificidades da situação. Mais uma vez, desprendendo-nos da vertente instrumental do princípio da gestão processual, que parece ter marcado a intenção subjacente ao referido preceito, podemos afirmar que se a parte não está apta a autorrepresentar-se, “a situação” exige que esta seja patrocinada por um profissional apto a tutelar os interesses inerentes à sua concreta posição jurídico-subjetiva na lide, sob pena de a

(87) Aparentemente em conformidade com a solução propugnada, cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao...*, pp. 227-231.

sua pretensão naufragar nos escolhos da complexidade e especificidade das exigências inerentes ao nosso sistema.

Ora, de qualquer forma, ainda que se entenda que a referida faculdade não está no âmbito típico dos poderes de gestão do juiz, por força do princípio da unidade do sistema jurídico (cf. art. 9.º n.º 1 do C.C.), se na solução adotada para os Julgados de Paz (cf. art. 38.º da Lei dos Julgados de Paz) o legislador permitiu ao juiz de paz exigir a assistência dos litigantes em face da incapacidade destes em se autorrepresentarem, segundo o seu prudente arbítrio, por maioria de razão, tal faculdade também deve ser admitida no âmbito do mais complexo e formalizado processo declarativo cível comum dos nossos tribunais judiciais, mediante uma extensão teleológica da razão de ser do n.º 3 do art. 40.º, *in fine*⁽⁸⁸⁾.

Como é óbvio, há também que ter em conta as eventuais sanções a que a parte em causa estaria sujeita no caso de não acatar a imposição que então lhe fosse feita pelo juiz. Por já nos termos pronunciado sobre elas supra — bem como acerca do respetivo mérito —, não iremos estar a repetir exaustivamente as considerações aí expendidas.

De qualquer forma, cumpre deixar uma ideia que nos parece essencial contra os argumentos que eventualmente poderiam ser aduzidos relativamente à posição em que o réu ficaria colocado se não respeitasse a exigência de constituição de mandatário: segundo cremos, neste tipo de situações, as consequências da revelia para o réu serão, no máximo, tão gravosas como as da falta de constituição de mandatário.

⁽⁸⁸⁾ Atendendo à dimensão instrumental do princípio da gestão subjacente à previsão do referido preceito, a extensão teleológica do mesmo à problemática que vimos de curar permite que se “(...) inclu[a nele] (...) casos que também em princípio el[e] não atingiria;” cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 186. E, já tendo nós chamado à colação os poderes de gestão do juiz nas *Civil Procedure Rules*, não será despendendo também chamar a obrigação de este providir a uma “condução leal da instância” que impende sobre o juiz em França (cf. o art. 763.º, al. 2 do *Code de Procédure Civile*) em Itália (cf. o § 1 do art. 175.º do *Codice de Procedura Civile*), e naturalmente, também na Alemanha (embora num âmbito ligeiramente diferente, cf. o § 139 da *Z.P.O.*).

Aliás, como já dissemos, o nosso legislador dá mesmo a entender que em determinadas situações, o exercício do direito de defesa pelo réu acaba por lhe acarretar consequências mais gravosas do que a própria perda da ação⁽⁸⁹⁾.

Todavia, e independentemente de tal entendimento, reforçamos que neste tipo de casos, por força da especificidade da situação, a falta de constituição de mandatário por parte do réu não lhe devia acarretar a sujeição às consequências da revelia operante — pois só assim, em nosso ver, sendo dada a referida possibilidade ao juiz de exigir às partes autorrepresentadas, segundo o seu prudente juízo, a constituição de mandatário, o instituto do patrocínio judiciário ficaria dotado da harmonia que, na nossa opinião, *de iure condito* lhe era conveniente.

Neste conspecto, e por força da análise que por ora acabámos de realizar, cremos ter logrado demonstrar que, salvo melhor entendimento, talvez o instituto do patrocínio judiciário devesse ser repensado pelo nosso legislador, em face de alguns problemas que no seu âmago podem gerar-se por força da falta de constituição de mandatário por parte dos litigantes.

VII. Conclusão

Cremos ter concluído o caminho que a início nos propusemos a percorrer, sem ter descurado a visita aos mais importantes pontos de paragem que o itinerário do instituto analisado nos impunha — isto, naturalmente, em face do problema sob análise.

O patrocínio judiciário, como vimos, mais do que um expediente adstrito à administração da justiça (cf. 208.º da CRP), é também um elemento essencial da própria garantia constitucional de acesso ao direito e aos tribunais

Na verdade, da reflexão operada, resulta mesmo que para além de não haver vantagens em adotar a regra genérica da autor-

(89) Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A ação...*, p. 91, nota 19.

representação das partes (como existe nos sistemas de *Common Law*), em termos ideais, do ponto de vista da salvaguarda da equitatividade do processo e da própria imparcialidade do sistema, aquelas deveriam estar sempre representadas por mandatário no âmbito dos pleitos.

Não obstante, em face da atual solução legal consagrada, não nos coibimos de propor uma interpretação da lei processual — sustentada na solução consagrada na Lei dos Julgados de Paz — que acabasse por minimizar os problemas que vimos surgirem em virtude da autorrepresentação das partes: no âmbito dos seus poderes de gestão, os juízes dos tribunais judiciais, em causas em que as partes à partida se pudessem autorrepresentar, apercebendo-se da inaptidão destas últimas para a tutela adequada dos interesses subjacentes à sua concreta posição subjetiva na lide, devem poder exigir a constituição de mandatário por parte destas.

Assim, e em conclusão do presente estudo, cremos poder de forma segura afirmar que a solução consagrada no art. 40.º do nosso CPC talvez merecesse ser repensada.

É que, e permita-se-nos mais uma vez o reforço da nossa posição, dificilmente será feita justiça nos nossos tribunais se ambas as partes não estiverem representadas por advogados.

Bibliografia

- ALMEIDA, FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2010.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de ofício*, Valência, Tirant lo Blanch, 2005.
- ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares de Processo Civil: súmula de lições proferidas ao curso do 4.º ano jurídico 1948-1949*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1949.
- ASSY, RABEEA, *Injustice in Person — The right to self-representation*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BARRETO, IRINEU CABRAL, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.
- CARLOS, ADELINO DA PALMA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, Lisboa, Procural, 1942.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Tomo I, 3.ª ed., Roma, Soc. Ed. Del “Foro Italiano”, 1942.
- COUCHEZ, GÉRARD/LAGARDE, XAVIER, *Procédure civile*, 17.ª ed., Paris, Sirey, 2014.
- FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8.ª ed., Milão, CEDAM, 1996.
- FERREIRA, J.O. CARDONA, *Julgados de Paz: O que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- FREITAS, LEBRE DE/ALEXANDRE, ISABEL, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A ação declarativa comum*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- , *Introdução ao Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à luz do novo Código*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- GIANARIA, FULVIO/MITTONE, ALBERTO, *O Advogado Necessário*, Coimbra, Almedina, 2007.

- LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manuale di Diritto Processuale Civile — Principi*, 8.^a ed., Milão, Giuffrè Editore, 2012.
- MANDRIOLI, CRISANTO/CARRATA, ANTONIO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 11.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2013.
- MARZIO, MAURO DI, *La procura alle liti: Poteri, obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milão, Giuffrè, 2011.
- MASHAW, JERRY, “Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory”, in *Boston University Law Review*, 61, 1981.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da F.D.L., 1986.
- MESQUITA, LUÍS MIGUEL, “A revelia no processo ordinário”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- , “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 8 de Julho de 2010”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3983, ano 143.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- MONTERO AROCA, JUAN, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del juez y la oralidad*, Valência, Tirant lo Blanch, 2001.
- NEVES, A. CASTANHEIRA, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- NICKERSON, RAYMOND S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, in *Review of General Psychology*, 2, Vol. II, 1998.
- REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3.^a ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SILVA, PAULA COSTA E, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Braga, CEJUR, 2013.
- STESURI, ALDO, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da PAOLO COMOGGIO/ CLAUDIO CONSOLO/BRUNO SASSANI/ROMANO VACCARELLA, Vol. I, Torino, UTET Giuridica, 2012.

- TARZIA, GIUSEPPE/DANOVI, FILIPPO, *Lineamento de processo civile de cognizione*, 5.^a ed., Milão, Giuffrè, 2014.
- VARELA, ANTUNES/BEZERRA, J. MIGUEL/NORA, SAMPAIO E, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- XAVIER, RITA LOBO/FOLHADELA, INÊS/CASTRO, GONÇALO ANDRADE E, *Elementos de Direito Processual Civil: Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014.
- ZUCKERMAN, ADRIAN, “No Justice Without Lawyers — The Myth of an Inquisitorial System”, in *Civil Justice Quarterly*, 33, 2014.

CONTRATO DE *SWAP* DE TAXA DE JURO: VALIDADE OU INVALIDADE DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Pelo Dr. Simão Mendes de Sousa(*)

SUMÁRIO:

**I. Nota Prévia. II. Noção de contrato de swap de taxa de juro. III. As funções do contrato de swap de taxa de juro. IV. A que-
rela jurisprudencial sobre a recondução a jogo e aposta e a apli-
cação do regime do art. 437.º, n.º 2 do Código Civil. 1. Contrato de
Jogo ou aposta. 2. A aplicação do regime do art. 437.º CC a contratos
de *swap* de taxa de juro. V. Conclusões.**

I Nota Prévia

O presente texto corresponde, no essencial, ao nosso Tema de Agregação à Ordem dos Advogados, discutido nas Provas Oraís de Agregação do passado dia 7 de Outubro de 2015 no Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, em Júri constituído pelos Ex.^{mos} Senhores Drs. Tomaz de Albuquerque (Presidente), Mapril André (Vogal) e Virgílio Chambel Coelho (Vogal), aos

(*) Mestre em Direito e Gestão de Empresas pela Universidade Nova de Lisboa; Advogado.

quais desde já se agradecem as sugestões e comentários, bem como a profícua discussão jurídica de um tema cada vez mais recorrente no quotidiano do Advogado. Na exposição oral que apresentámos, defendemos, fundamentalmente, o que ora se traz à estampa, ainda que de forma menos detalhada.

No texto que ora se apresenta, pretendemos por um lado, avaliar e estudar a intensa querela Jurisprudencial e Doutrinária acerca da recondução do contrato de *swap* de taxa de juro ao jogo e à aposta, mas também a, não menos exuberante, querela existente, acerca da aplicação do regime da alteração anormal das circunstâncias ao contrato de *swap* de taxa de juro. Não deixaremos de nos pronunciar acerca da solução que entendermos ser de perfilhar.

II

Noção de Contrato de *Swap* de Taxa de Juro

I. O contrato de *swap* de taxa de juro faz parte da categoria dos instrumentos financeiros derivados. Quando nos debruçamos sobre as especificidades destes instrumentos, analisamos aqueles instrumentos financeiros cujo valor deriva de um outro ativo subjacente⁽¹⁾. Ou seja, aqueles valores que a estes são subjacentes, resultam de um outro valor especificado⁽²⁾. Um dos aspetos fundamentais para os instrumentos financeiros derivados, prende-se com o facto deste tipo de instrumentos não nascerem de forma isolada⁽³⁾,

(1) Cf. STEVEN EDWARDS, *Legal Principles of Derivatives*, in *Journal of Business Law*, January Issue, 2002, London, Sweet & Maxwell, p. 2. Em Língua Portuguesa, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, 2009, Coimbra, Almedina, p. 119.

(2) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 5.^a ed., 2014, Lisboa, Almedina, p. 853.

(3) CALVÃO DA SILVA, refere mesmo que “«derivado» do nada, que voltarás ao nada de origem na hora da transparência e *accountability*, desnudado em produto tóxico de destruição em massa e liquidado em “buraco negro” (contabilístico) sucedâneo do vazio (nocional) em que estavas suspenso e (não) te baseavas, a evidenciar que o virtual não passa a real”. Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Exceção de Jogo e Aposta*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 142.º, n.º 3979, Março-Abril de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, p. 268.

assim despontando, a “técnica de derivação”⁽⁴⁾. Dada a sua natureza, o leque de ativos subjacentes, aos quais pode um instrumento financeiro derivado ser indexado são, praticamente, ilimitados⁽⁵⁾.

II. Num Contrato de *Swap* de Taxa de Juro^(6/7), as partes do contrato podem efetuar uma permuta⁽⁸⁾ meramente funcional de posição financeira, permutando quantias pecuniárias expressas na mesma divisa⁽⁹⁾. Estas quantias representam os juros que já se encontrem vencidos num determinado momento sobre um deter-

(4) A expressão, a nosso ver, mais adequada para caracterizar o procedimento que descrevemos é de AMADEU FERREIRA. Cf. AMADEU FERREIRA, *Direito dos Valores Mobiliários*, 1997, Lisboa, A.A.F.D.L., p. 239.

(5) Cf. HÉLDER MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, 2014, Lisboa, Almedina.

(6) Simplisticamente, ANDREA PERRONE, refere-nos que o contrato de *swap* de Taxa de Juro, é aquele contrato em que, os contraentes, se obrigam a pagar um ao outro, uma determinada soma de dinheiro. Cf. ANDREA PERRONE, *Contratti Di Swap com Finalità Speculativa ed Eccezione di Gioco*, in Banca Borsa Titoli di Creito, Vol. LXIII, 5, Settembre-Ottobre 2010, Giuffrè Editore, 2010, pp. 82-83.

(7) No dizer do Acórdão STJ, 10.10.2013, PROC. 1387/11.5 TBBCL.G1.S1, (GRANJA DA FONSECA) num contrato de *swap* de taxa de juro, “as partes contratantes acordam trocar entre si quantias pecuniárias expressas numa mesma moeda, representativas de juros vencidos sobre um determinado capital hipotético, calculados por referência a determinadas taxas de juro fixas e/ou variáveis: estes contratos podem também, por seu turno, revestir duas variantes fundamentais, consoante o cálculo dos juros de uma das partes se realiza a taxa fixa e o da outra a taxa variável ou mediante a aplicação a ambas de taxas variáveis definidas em base distintas”.

(8) Excetuando aqueles casos em que estamos perante um *swap* diferencial, não existindo nestes qualquer troca. Na verdade, e como bem refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “os *swaps* não diferenciais são contratos de permuta pelos quais as partes se obrigam reciprocamente a pagar, em data futura ou em datas sucessivas o montante das obrigações da outra parte ou o produto da cobrança dos seus próprios créditos”. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos Diferenciais*, in Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. II, 2008, Coimbra, Almedina, p. 92, nota 30. Ou seja, a parte que não conseguir prever antecipadamente a evolução do indexante do contrato tem de pagar à outra parte o montante da diferença. O pagamento da diferença, tem como opção de pagamento, uma única no fecho da operação (próprios ou puros), ou, em conta corrente mediante determinados ajustes periódicos (impróprios ou impuros) — cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, 2009, Coimbra, Almedina, p. 189. Uma última precisão para referir que, o objeto destes contratos é sempre, apenas e só, dinheiro — cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, Contratos de Cooperação e de Risco*, 2.^a ed., 2013, Lisboa, Almedina, p. 281.

(9) Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, cit., p. 172.

minado capital constituinte da base de cálculo previamente determinada⁽¹⁰⁾, podendo esta ser de natureza real⁽¹¹⁾, ou de natureza hipotética, sob as vestes de valor nocional⁽¹²⁾. As somas das quantias pagas reciprocamente⁽¹³⁾ — sempre que não sejam diferenciais — entre as partes, resultam da aplicação do montante constante do nocional, que não serve como objeto de entrega, mas sim como uma referência para a liquidação financeira da obrigação⁽¹⁴⁾. Ou seja, a taxa de juro de referência a uma data futura prevista no contrato⁽¹⁵⁾. A parte que, na previsão da taxa de juro, falhar, tem de pagar à contraparte o montante da diferença⁽¹⁶⁾, tendo por base a ideia de que estas prestações devem ser tidas como equivalentes⁽¹⁷⁾. Hoje em dia, a permuta, *lato sensu*, já é de verificação residual⁽¹⁸⁾, sendo a maior parte dos contratos de *swap* de natureza diferencial, cujo cumprimento será, já não de duas prestações recíprocas, mas sim de uma só prestação, apurada em desfavor da parte que tenha falhado a previsão de evolução do indexante, passando, assim os contratos a ter a propalada função de risco⁽¹⁹⁾, verifi-

⁽¹⁰⁾ Cf. PAUL GORIS, *The Legal Aspects of Swaps*, 1994, London, Graham & Trotman, p. 218.

⁽¹¹⁾ Não podemos, nesta nossa análise, escamotear que nem sempre os *swaps* viram o seu ativo subjacente ser meramente nocional. Em bom rigor, nem hoje isso se passa, sendo possível — ainda que pouco usual — que se construa um contrato de *swap* por apelo ao aproveitamento recíproco de vantagens comparativas ou de *ratings* de crédito — ou mesmo acessibilidade ao crédito propriamente dita —, entre dois operadores em mercados financeiros distintos. De igual modo, quando pensávamos num *swap*, pensávamos num contrato onde as partes se obrigavam, de forma recíproca, a pagar num momento futuro as partes devidas por uma outra parte a um terceiro na relação contratual, derivantes de um contrato financeiro (por hipótese, mútuo bancário) indexado em divisas diferentes ou diferentes formas de cálculo de taxas de juro. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II, Conteúdos, Contratos de Troca*, 3.^a ed., 2012, Lisboa, Almedina, pp. 117-118.

⁽¹²⁾ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, cit., p. 172.

⁽¹³⁾ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, cit., p. 167.

⁽¹⁴⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 869.

⁽¹⁵⁾ Cf. JUAN IGNÁCIO SANZ CABALLERO, *Derivados Financieros*, 2000, Madrid, Marcial Pons, p. 488.

⁽¹⁶⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, cit., pp. 278 e segs.

⁽¹⁷⁾ Cf. PEDRO BOULLOSA GONZALEZ, *Interest Rate Swaps: Perspectiva Jurídica*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 44, Abril de 2013, Lisboa, p. 11.

⁽¹⁸⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos Diferenciais*, cit., p. 94.

⁽¹⁹⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, cit., p. 119.

cando-se, deste modo, a unilateralidade da relação entre o custo e o benefício da parte⁽²⁰⁾.

III. Não se afigura descabido afirmar que deste contrato base, podem surgir as mais variadas modificações, sem que, no entanto, se ataque a estrutura básica do contrato de *swap* de taxa de juro. O que se pode concluir, é que “o contrato de *swap*, ainda que, em regra, remeta para um denominado «contrato-quadro» (...) é arquitetado *individualmente*, precisamente por ser negociado fora de um mercado organizado e para poder refletir as necessidades concretas de cobertura de risco inerentes”⁽²¹⁾, sendo, deste modo, um exercício da autonomia privada e liberdade contratual (cf. art. 405.º do CC), desenhados à medida das necessidades do investidor.

IV. O contrato *swap* de taxa de juro pode ainda ter cláusulas que o transmudem na sua real execução, contendo por exemplo, um *cap*, ou teto máximo de taxa de juro; pode, igualmente, conter um *floor*, ou um limite mínimo de taxa de juro⁽²²⁾; pode ser desenhado com um *collar*, ou túnel, que se explica, fundamentalmente, como a combinação dos dois instrumentos anteriores; por último, este pode ainda ser desenhado, de modo a se encontrar na sua execução, um *barrier swap*, ou seja uma barreira que limite os riscos próprios que as partes estejam dispostas a assumir. Depomos favoravelmente quanto à licitude e validade deste tipo de cláusulas, nos termos do princípio da autonomia privada e liberdade contratual (cf. art. 405.º do Código Civil)⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Cf. HÉLDER MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, cit., p. 66.

⁽²¹⁾ Cf. Ac. TRL, 13-05-2013, Processo n.º 309.11.8TVLSB.L1-7 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO).

⁽²²⁾ CALVÃO DA SILVA, defende que quando estamos perante uma ausência de um limite mínimo de taxa de juro, vigora um “*floor*” natural de 0% para a descida da EURIBOR no juro fixo devido pelo cliente”. Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, cit., p. 366.

⁽²³⁾ No mesmo sentido depõe CATARINA MONTEIRO PIRES, *Entre um Modelo Corretivo e um Modelo Informativo no Direito Bancário e Financeiro*, in *Cadernos do Direito Privado*, n.º 44, Outubro-Dezembro, 2013, Braga, Coimbra Editora, p. 7.

V. Característica fundamental do *swap* de taxa de juro, prende-se com a aleatoriedade⁽²⁴⁾ do contrato, “no sentido em que é o risco e incerteza que fornece a própria causa e objeto contratuais”⁽²⁵⁾. Assim podemos, com elevado grau de certeza, referir que não têm, as partes, conhecimento, no momento da celebração do contrato, qual a parte que ficará onerada com o *swap*, nem tão-pouco, a medida do prejuízo⁽²⁶⁾. As partes entendem — ou pelo menos devem entender — que pode existir uma desvantagem, um desequilíbrio ou prejuízo, mas gerem as suas expectativas em sentido inverso a esse mesmo dado⁽²⁷⁾. Ou seja, reconhecem como possível uma perda, mas acreditam que registarão um ganho com a operação. Uma boa definição de contrato aleatório, pode ser aquela que os define como todos “aqueles em que uma das atribuições patrimoniais, ou ambas, está dependente de uma álea, ou seja, de um facto incerto quanto à sua verificação (*incertus an*) ou quanto ao momento da sua verificação (*incertus quando*)”⁽²⁸⁾.

III

As Funções do Contrato de *Swap* de Taxa de Juro

I. Os contratos que ora se estudam podem ser elaborados, de modo a operar a **(i)** uma melhor e mais profícua gestão do risco de atividade empresarial, limitando o risco da variação da taxa de juro, diminuindo, igualmente, a incerteza da atividade empresarial⁽²⁹⁾; podem, igualmente, **(ii)** ser baseados numa operação mera-

(24) A Jurisprudência tem sido unânime na consideração destes contratos enquanto contratos aleatórios.

(25) Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, cit., pp. 129-130; cf. Ac. STJ 10-10-2013 (GRANJA DA FONSECA).

(26) Cf. CATARINA MONTEIRO PIRES, cit., p. 6.

(27) *Idem, idem.*

(28) Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Lisboa, A.A.F.D.L., pp. 485-486.

(29) Cf. ANDREA PERRONE, cit., p. 84.

mente especulativa, onde as partes visam alcançar um ganho financeiro pela variação da taxa⁽³⁰⁾, podendo, por último, ser utilizados para, **(iii)** conseguir alcançar uma redução de custos de financiamento através de uma operação arbitragista que explore as imperfeições do mercado⁽³¹⁾.

Pela **primeira**, importa notar que as empresas, no curso da sua atividade, encontram, os mais variados desafios relacionados com o risco. Por vezes, ganham ou perdem dinheiro mediante variações de indicadores que pela sua volatilidade implicam perdas ou ganhos⁽³²⁾. Da perspectiva da empresa, todo o risco de atividade que consiga ser — ainda que parcialmente, uma vez que é impossível eliminar a totalidade do risco existente no mercado, ficando sempre uma pequena margem de risco impossível de eliminar — limitado, merece o aplauso e adesão por parte das equipas de gestão. Importa, igualmente, notar que no período imediatamente anterior à crise financeira mundial, a escalada das taxas de juro obrigava os gestores a procurarem soluções para se precaverem da escalada de aumento das taxas de juro. É neste contexto que surge a necessidade de cobertura de risco, ou, *hedging*. Assim, aquilo que as partes, ao celebrarem este tipo de contratos, pretendem, é salvaguardar as consequências adversas das variações negativas, ou positivas, das taxas de juro⁽³³⁾. Não é de estranhar que as partes procurem uma certa segurança através de uma operação deste tipo, não sendo, igualmente, estranho que, para conseguir este tipo de proteção, muitas vezes as partes percam a possibilidade de aproveitar as flutuações de taxas de juro no mercado que lhe possam ser favoráveis⁽³⁴⁾. Em alguns casos, o “comprador” não beneficia do *swap* dado que este aumenta o

⁽³⁰⁾ *Idem, idem*.

⁽³¹⁾ Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, p. 83.

⁽³²⁾ Diluindo, desta forma, a sua exposição ao risco de flutuação do indexante.

⁽³³⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, pp. 78-79.

⁽³⁴⁾ *Idem, idem*. Cf., ainda, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Os Instrumentos Financeiros: Os Swaps*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Lisboa, Almedina, 2011, p. 51, dizendo que “por um lado, os *swaps* permitem gerir o risco de um preço, um rendimento, uma taxa de juro ou de câmbio, por outro lado, impedem as partes de beneficiar de movimentos favoráveis de mercado e perdas de oportunidade”.

valor dos pagamentos a realizar em virtude da taxa fixa, sendo mais vantajosa a taxa variável, neste caso, dir-se-á que para o comprador o *swap* está *out-of-the-money*⁽³⁵⁾. Nestes casos, aquilo que acontece é o “comprador” estar a pagar por ele e, efetivamente, a perder dinheiro⁽³⁶⁾. Quando acontece o inverso, ou seja, o “comprador”, efetivamente ganha, diz-se que o *swap* está para ele, *in-the-money*.

A **segunda** pode ser vista, como o reverso da medalha da cobertura de risco. Ou seja, para que uma parte — seja ela qual for — consiga cobrir o seu risco de atividade, tem de existir uma outra que esteja disposta a assumir esse mesmo risco⁽³⁷⁾. Sucede, porém,

(35) Cf. JOHN-PETER CASTAGNINO, *Derivatives: The Key Principles*, 2009, London, Oxford, p. 57.

(36) Foram estes casos que deram lugar à litigiosidade que o contrato passou a ter no período posterior à queda abrupta das taxas de juro no período posterior à crise financeira mundial no período 2008-2011.

(37) PAUL GORIS, *cit.*, p. 82, defende que a especulação pode ser considerada como uma categoria residual de *hedging*, fundamentalmente, por este Autor considerar que tudo aquilo que não possa ser qualificado como *hedging*, será, necessariamente, qualificado como especulação. Contudo, refere ainda o mesmo autor que, tanto a cobertura de risco como a especulação não são estanques. Ou seja, o *swap* de taxa de juro, durante todo o período do contrato, não pode ser tido como só especulativo, ou só como instrumento de cobertura de risco. Durante o período do contrato até à sua maturidade, o contrato pode ver apostas cláusulas que o tornem num período um instrumento especulativo, sendo noutro, um instrumento de cobertura de risco. Assim, e tendo por base a ideia da especulação ser o verso e reverso da mesma moeda que a cobertura de risco, *vide* ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, *cit.*, p. 125, nota 253. Como bem refere o Autor “(...) um empresário só pode cobrir um determinado risco da sua actividade económica se encontrar no mercado um investidor ou especulador disposto a assumi-lo, sendo os derivados justamente um mecanismo de contratualização massificada dessa transferência de risco. Por outro lado, a especulação em derivados é vantajosa no confronto com a especulação directa no próprio activo subjacente”. No mesmo sentido, CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Excepção de Jogo e Aposta*, *cit.*, p. 263. De reter é ainda a ideia de que os derivados podem ser usados para cobrir riscos, ou, para criar riscos. Em sentido similar parece situar-se ANTÓNIO PINTO MONTEIRO [*apud* Ac. TRL, 08-05-2014, Proc. n.º 531/11.7 TVLSD.L1-8 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS)], quando refere que “(...) nos *swaps* mais comuns, os *coupon swaps* ou *plain vanilla*, em que uma das partes permuta uma taxa variável por outra fixa, pode haver uma parte que possa afastar o risco da flutuação das taxas de juro, protegendo-se assim do risco inerente à relação subjacente, é necessário que haja um agente económico disposto a assumir esse risco. Este último estará a aceitar a incerteza inerente àquela flutuação, com vista, claro está, à obtenção de um benefício financeiro. Estará, então, a especular. (...) O especulador é, por consequente, crucial para os mercados enquanto tomador de risco que permite àqueles que lhe são avessos protegerem-se, contribuindo assim para o bom e eficiente funcionamento dos mercados”.

que esta ideia não se afigura suficiente para estudar a especulação financeira por meio de um contrato de *swap* de taxa de juro. Simplicisticamente, o objetivo do especulador é obter um ganho pela abertura de uma posição de mercado que lide com um risco⁽³⁸⁾. A especulação pode ser tida como uma deliberada e consciente exposição às incertezas do mercado, com a intenção de se retirar destas incertezas um benefício económico⁽³⁹⁾. O resultado último da especulação, depende da direção em que o mercado se movimenta, mas também, da incerteza criada durante o período do contrato até à maturidade do instrumento⁽⁴⁰⁾. Se todos os movimentos do mercado correrem conforme com o esperado, o empresário obtém um ganho de gestão que lhe pode facilitar, nos casos de dificuldades na concessão de crédito, o financiamento da empresa. Ou seja, asseguram a liquidez nos mercados, mormente, o do crédito.

Relativamente à **terceira** das funções, a traço-grosso, podemos pensar que esta se conecta, fundamentalmente, àquela ideia de um investidor que, em mercado, realiza várias aplicações lucrativas e diferenciadas, conseguindo tirar partido das imperfeições existentes nesse mesmo mercado ou, daquelas variações que possam surgir nos preços de um determinado ativo subjacente⁽⁴¹⁾. Ou seja, aquilo que o investidor pretende explorar, são as ineficiências que o mercado tem, intrinsecamente, ligado a si próprio e que podem trazer variações súbitas no preço do ativo, retirando, deste modo, um lucro através de uma tentativa de “jogar na antecipação” dessa mesma variação⁽⁴²⁾. Em suma, os arbitragistas têm em mente a possibilidade de retirarem o máximo proveito no curtíssimo prazo, facilmente quantificável em virtude de uma exploração inteligente e antecipada dos diferenciais no mercado decorrentes da sua ineficiência⁽⁴³⁾.

⁽³⁸⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, p. 80.

⁽³⁹⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, p. 82.

⁽⁴⁰⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, p. 81.

⁽⁴¹⁾ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros, cit.*, p. 126.

⁽⁴²⁾ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros, cit.*, nota 254, p. 126.

⁽⁴³⁾ Cf. CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap, cit.*, p. 69. A autora, refere ainda que “hoje em dia, essas ineficiências diminuíram em larga medida, tendo mesmo desaparecido em alguns casos, e os *swaps*, ainda que continuando a assegurar a obtenção de ganhos ou economias de financiamento, são utilizados preponderantemente com outras finalidades”.

IV

A querela jurisprudencial sobre a recondução a jogo e aposta e a aplicação do regime do art. 437.º, n.º 2 do Código Civil

1. Contrato de jogo ou aposta

I. Importa referir que, o jogo e a aposta são regulados civilmente pelos arts. 1245.º e seguintes do CC. Interessam, fundamentalmente, para o nosso estudo, os arts. 1245.º e 1247.º do CC. O primeiro, refere que *“o jogo e aposta não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações civis; porém, quando lícitos, são fonte de obrigações naturais, exceto se neles concorrer qualquer outro motivo de nulidade ou anulabilidade, nos termos gerais de direito, ou se houver fraude do credor na sua execução”*. Por seu turno, o segundo artigo enunciado, refere-nos que, *“fica ressalvada a legislação especial sobre a matéria de que trata este capítulo”*.

II. A distinção entre as duas figuras não é de fácil cotejo, razão pela qual o legislador sempre optou por não a fazer⁽⁴⁴⁾. Aliás, a forma como o Direito Civil aborda a matéria é repleta de sombras, uma vez que, a real preocupação se prende com a efetiva invalidade *qua tale* do jogo e da aposta⁽⁴⁵⁾, faltando, igualmente, sempre um conceito. Não se deve olvidar que, grosso modo, o tratamento jurídico que lhes é dado decorre do interesse económico conexaso com o resultado que obtém, ou seja, *“a contingência de uma perda ou de um lucro”*⁽⁴⁶⁾. Em sentido amplo, dir-se-á que o contrato tem um risco endógeno, ou seja, deriva do próprio contrato, sendo o seu

⁽⁴⁴⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Volume III, Contratos em Especial*, 9.ª ed., 2014, Coimbra, Almedina, p. 523. Ainda que o STJ, a propósito do disposto no art. 1245.º do CC, refira que o preceito *“faz o «distinguo» entre jogo e aposta sendo comum a ambos a natureza aleatória — possibilidade de ganhar ou perder por fatores em absoluto alheios à intervenção do jogador/apostador”* — cf. Ac. STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁽⁴⁵⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, p. 273.

⁽⁴⁶⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Vol. II (arts. 762.º a 1250.º)*, 4.ª ed., reimpressão, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 927.

custo certo quanto à sua verificação, incerto quanto à parte sobre a qual recai⁽⁴⁷⁾. Em sentido estrito, o jogo coincide com a aposta sobre factos que se situam fora da esfera de controlo do apostador⁽⁴⁸⁾.

Uma noção possível de contrato de jogo é aquela segundo a qual, as partes (jogadores), voluntariamente⁽⁴⁹⁾ num momento competitivo entre os próprios⁽⁵⁰⁾, de fim recreativo⁽⁵¹⁾, regido por regras próprias previamente estabelecidas, subordinado a um evento fortuito de verificação futura, convencionam a obrigação de uma prestação pecuniária (ou um qualquer prémio⁽⁵²⁾ com valor patrimonial)⁽⁵³⁾ no caso de perda, em função da parte vencedora. Neste contrato, as partes têm uma influência fundamental no desenrolar dos acontecimentos⁽⁵⁴⁾, sendo as próprias a ditar a sua sorte futura, com a jogada que pretendem efetuar. As regras a observar são percetivas⁽⁵⁵⁾, uma vez que, apenas estabelecem ou determinam o comportamento a observar no decurso do jogo, propriamente dito.

De fácil perceção se torna a assunção que o contrato de aposta — simplisticamente —, se queda no interesse económico aliado ao jogo. Ou seja, quem erre acerca da previsão, ou veracidade de um certo evento⁽⁵⁶⁾, qualquer que ele seja⁽⁵⁷⁾, obriga-se a efetuar a

(47) Deriva disto a natureza aleatória dos contratos de jogo. Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, pp. 272 e 273.

(48) Cf. RUI PINTO DUARTE, *O Jogo e o Direito*, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 3, Ano II, 2001, Lisboa, Almedina, p. 70.

(49) Cf. RUI PINTO DUARTE, *cit.*, p. 70.

(50) Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, p. 274.

(51) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143.º, n.º 3988, Setembro-Outubro de 2014, Coimbra, Coimbra Editora, p. 16.

(52) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 16.

(53) Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, p. 275.

(54) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 16.

(55) Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, p. 276.

(56) Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III, cit.*, p. 277.

(57) Cf. HÉLDER MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro, cit.*, p. 70.

prestação patrimonial a favor de quem tenha conseguido prever corretamente o desfecho sobre o qual recaiu a aposta⁽⁵⁸⁾, sendo esta que atribui o interesse jurídico ao jogo⁽⁵⁹⁾. O foco aqui não está na atividade exercida, mas sim, no desenrolar da verificação do facto incerto e futuro. Como bem refere o Supremo Tribunal de Justiça, cumprindo a sua função de esculpir a diferenciação entre uns e outros, “enquanto no jogo existe um acordo segundo o qual uma das partes se obriga a pagar à outra certa quantia, sendo que o vencedor participou, teve intervenção na lide; na aposta há um desacordo inicial relativamente à verificação de um evento (passado ou futuro) e o apostador investe determinada quantia, ou valor, no sentido de que se o evento em que apostou se verificar (ou tiver ocorrido) auferir uma vantagem económica”⁽⁶⁰⁾. Ou seja, a aposta implica a obrigação de prestar algo que recairá sobre a parte que falhar a previsão⁽⁶¹⁾. Sumarizando, para existir jogo ou aposta, não pode deixar de se referir a necessidade de existência de um *animus* de jogo e aposta⁽⁶²⁾, mormente, a verificação de uma vertente recreativa ou de entretenimento⁽⁶³⁾, sem a qual não se pode defender a existência de jogo ou aposta.

III. Justifica-se uma, não mais que breve, passagem pelos argumentos que, contra ou a favor, têm sido esgrimidos na Jurisprudência e na Doutrina a propósito da recondução a jogo ou aposta do contrato de *swap* de taxa de juro.

Um recente aresto do Supremo Tribunal de Justiça⁽⁶⁴⁾, defendeu que “a aposta em causa não visa uma ocorrência que dependa exclu-

⁽⁵⁸⁾ *Idem, idem.*

⁽⁵⁹⁾ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, *cit.*, p. 927.

⁽⁶⁰⁾ Cf. Ac. STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁽⁶¹⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, *cit.*, p. 523.

⁽⁶²⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 18.

⁽⁶³⁾ Cf. PEDRO BOULLOSA GONZALEZ, *Interest Rate Swaps: Perspectiva Jurídica*, *cit.*, p. 20.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Ac. STJ de 29-01-2015, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1 (BETTENCOURT DE FARIA).

sivamente da sorte ou do azar (...), assentando, ao invés, num prognóstico sobre a evolução da taxa de juro a 3 meses que se antevê que seja, ainda que minimamente, fundado”. O Tribunal, estabeleceu que, “por intermédio dos *swaps* contratados, as partes (...) se limitaram a especular, i.e. a procurar um ganho financeiro ingressando, sem qualquer pejo, no domínio da pura abstração”. Mas se esta tentativa de obter um ganho financeiro, em face da volatilidade das taxas de juro é de rejeitar, já considera o Tribunal irrelevante se ambas as partes, ou apenas uma tinha uma intenção especulativa, dizendo a esse propósito que “estando-se em presença de sociedades comerciais, aquelas teriam presumivelmente como único fito o lucro (obviamente, financeiro) que obteriam com a execução dos contratos”. Diz-nos, ainda, o aresto que “não se pode confundir a especulação tida como proveitosa ao correto funcionamento da economia com busca da álea em si mesma e a que se reconduz, no fundo, a correspondente geração de proveitos a partir da simples aplicação de uma determinada taxa vigente num certo momento a um valor nocional”. Para prosseguir qualificando de “artificiosa a criação de riqueza por essa via”, não se vislumbrando “qualquer razão que legitime uma equivalência entre a finalidade de imunização de um risco pré-existente ao *swap* ou seu contemporâneo e a tomada (...) de um risco gerado por este”. Assim, “o risco é tão real como o é a «importância nominal» em que se fundavam as prestações”.

Sob o mesmo diapasão, o Tribunal da Relação de Lisboa⁽⁶⁵⁾, já entendeu que não basta ao contrato não cobrir sempre um risco, mas sim que “o contrato não permitisse a cobertura de um risco em nenhum dos cenários de mercado possíveis, ou seja, que pelo contrato o risco exógeno se mantivesse inalterado”. Entende ainda o Tribunal que na conceção do contrato se deve atender que a relação de derivação deve ser subjacente “ao longo da vida do contrato”. Se assim não for, diz o Tribunal, “significa que se considere que a relação de derivação integra o *swap* que nela se funda e que a manutenção do contrato após a cessação do endividamento o descaracterize enquanto *swap* degradando-o em mera aposta (art. 1245.º, do CC),

⁽⁶⁵⁾ Cf. Ac. TRL de 21-03-2013, Processo n.º 2587/10.0TVLSB.L1.6 (ANA AZEVEDO COELHO).

ou seja, suscitando a exceção de jogo”. Deste modo, refere o Tribunal que, “ou consideramos o *swap* uma modalidade (lícita ou ilícita) da aposta, ou entendemos que exige desde o início, para escapar à exceção de jogo, a clara manifestação da derivação que o justifica”. Parece, redundar do aresto que para estarmos diante de um contrato de *swap* de taxa de juro é necessária a cobertura de “um risco (no caso de flutuação de taxa de juros) e que o cobre relativamente a uma (ou várias) operação financeira devidamente caracterizada”, podendo este consistir em “qualquer outro financiamento, possibilidade ou não de amortização dos mesmos, ou, até, eventualmente, possa envolver para uma das partes (o cliente da instituição financeira) a obrigação de manter o nível de financiamento que justificou o *swap*”. Quando assim não for, não há um contrato de *swap* de taxa de juro, mas sim, um “contrato de aposta, por nada ressaltar quanto à concreta ligação a uma realidade subjacente”. Acrescentando que, “nada no ordenamento jurídico permite concluir pela licitude da aposta de taxas de juros com pagamento diferencial”.

Na Doutrina que entende que o contrato de *swap* de taxa de juro se deve reconduzir em contrato de jogo ou aposta, o argumento principal tem sido o da recondução a jogo e aposta de todos os contratos de *swap* de taxa de juro que sejam tidos como meramente especulativos⁽⁶⁶⁾. Referindo-se, para esta corrente, que não havendo a cobertura de um risco de variação da taxa de juro de uma determinada operação financeira⁽⁶⁷⁾, e se encontre alicerçado em operações financeiras inexistentes, ou virtuais, há um contrato tido como especulativo, sendo, como tal, de aplicar a exceção de jogo ou aposta⁽⁶⁸⁾. Ainda se preconiza um outro argumento que tem que ver com a previsão constante do art. 2.º, n.º 1, al. e) do CVM, dizendo-se a este respeito que, não há

(66) Cf. LEBRE DE FREITAS, *Contrato de Swap Meramente Especulativo, Regimes de Validade e de Alteração de Circunstâncias*, in ROA, Ano 72, Vol. IV, Outubro/Dezembro, 2012, Lisboa, p. 949.

(67) Cf. HÉLDER M. MOURATO, *Swap de Taxa de Juro: A Primeira Jurisprudência*, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 44, Abril de 2013, Lisboa, p. 41. Ou seja, a inexistência de “(...) efeito jurídico direto, que não o risco”, não tendo, como tal, “(...) qualquer outro efeito que não a captura do produto do risco”. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 944.

(68) Cf. LEBRE DE FREITAS, cit., p. 949.

uma definição legal do contrato, nem uma expressa autorização do mesmo em todas as suas modalidades, devendo como tal recorrer-se a outras normas jurídicas, nomeadamente, o art. 1245.º do CC, em virtude da consideração dos mesmos como jogo e aposta⁽⁶⁹⁾. Deste modo, conclui-se como jogo e aposta, fundamentalmente pelo desvio da função que lhe devia ter dado origem — a saber, a cobertura de risco — para se transmudar num contrato de risco puro, não tolerado pela ordem jurídica. Assim, para esta corrente, não pode deixar de se considerar o negócio nulo por este se afigurar contrário à lei (cf. art. 281.º do CC) e pela ilicitude da sua causa⁽⁷⁰⁾. A ideia base que se discorre desta narrativa centra-se no originário repúdio do nosso ordenamento jurídico pela especulação⁽⁷¹⁾, quanto mais não seja por recurso a argumentos éticos ou morais⁽⁷²⁾.

(69) Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 952.

(70) Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 953.

(71) A este respeito, o Ac. STJ de 29-01-2015, Processo n.º 531/11.7 TVLSB. L1.S1 (BETTENCOURT DE FARIA), diz-nos que “em decorrência do que se prevê na alínea c) do art. 99.º da Constituição da República Portuguesa — em que se programaticamente se postula que um dos objectivos da política comercial é o combate às actividades especulativas —, o art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro, sob a epígrafe “*Especulação*”, pune certos comportamentos especulativos”. Para prosseguir dizendo que, “(...) não se pode confundir a especulação tida como proveitosa ao correcto funcionamento da economia com busca da álea em si mesma (...) e independente de qualquer outro motivo que o sustente ou explique (...) e a que se reconduz, no fundo, a correspondente geração de proveitos a partir da simples aplicação de uma determinada taxa vigente num certo momento a um valor nocional”. Adianta ainda que, não “se vislumbra qualquer razão que legitime uma equivalência (...) entre a finalidade de imunização de um risco pré-existente ao *swap* ou seu contemporâneo e a tomada (...) de um risco gerado por este”. Concluindo o raciocínio, referindo que “legitimar uma tal prática por via do contrato de *swap* corresponderia a assumir como aceitáveis e toleráveis, pela sociedade, os enormes riscos a ela associados”. Este argumentário foi parte da motivação do voto vencido do Conselheiro JOÃO BERNARDO, referindo que “o art. 99.º, alínea c) da Constituição da República Portuguesa, ao dispor que são objetivos da política comercial, entre outros, «o combate às actividades especulativas...» é um preceito comprometido com a redação vigente até 1989 (então do art. 109.º, n.º 1) que impunha ao Estado a intervenção na «racionalização dos circuitos de distribuição e na formação e controlo dos preços a fim de combater actividades especulativas...»”. Deve ser, assim, “a sua interpretação, assente neste elemento histórico e inserida no contexto resultante também doutros preceitos constitucionais, mormente os relativos à iniciativa privada, levam a que se devam colocar os *swaps*, mesmo os reportados a capital nocional (também designado por fictício ou hipotético) fora do âmbito do combate que o legislador constitucional determina”.

(72) Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 953, nota 23.

Ainda se defende, com base na possibilidade de, estruturalmente, o contrato de *swap* de taxa de juro poder ser tido como um contrato diferencial — sendo hoje em dia, diferenciais, a esmagadora maioria de contratos de *swap* de taxa de juro celebrados — e, este último ser considerado, no entendimento de alguns autores, um subtipo de aposta⁽⁷³⁾, que devem os mesmos, sempre que do clausulado contratual se concluir que este não se encontra orientado para a cobertura de um risco de mercado real e exógeno⁽⁷⁴⁾, ser considerados como exceção de jogo e aposta e, subsequentemente, nulos (cf. art. 1245.º do CC). De notar ainda que, não existindo — no entendimento desta corrente Doutrinária — uma amortização do montante nocional do contrato de *swap* de taxa de juro em montante correspondente à amortização de capital do instrumento financeiro — ou dos vários instrumentos financeiros que tenham servido como a base de cálculo do montante nocional — o risco que, até pode ser real no momento da celebração do contrato, vai-se modificando, de um risco real, para um risco fictício pelo desligamento entre o montante do nocional e o montante real do ativo subjacente, não restando uma outra saída que não seja a consideração do contrato como um contrato puramente especulativo⁽⁷⁵⁾.

IV. De outra banda — a que rejeita a qualificação do contrato de *swap* de taxa de juro como contrato de jogo ou aposta — o Supremo Tribunal de Justiça⁽⁷⁶⁾ defendeu que, “se o agente económico lançou mão do “swap” para diminuir a sua exposição à incerteza da variação de uma taxa de juro, operação apodada de “hedging”, é porque já estava exposto à variação incerta de taxas de juro

(73) Cf. HÉLDER M. MOURATO, *Swap de Taxa de Juro: A Primeira Jurisprudência*, cit., p. 39. Aposta, uma vez que, nos contratos diferenciais, se verifica uma unilateralidade do risco em que, aquele que acerta na previsão do indicador de mercado e, como tal, obtém um benefício, lucra a exata medida do prejuízo, daquele que falha na previsão da movimentação do indicador de mercado. Cf. HÉLDER M. MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, cit., p. 69.

(74) Cf. HÉLDER M. MOURATO, *Swap de Taxa de Juro: A Primeira Jurisprudência*, cit., p. 42.

(75) *Idem, idem.*

(76) Cf. Ac. STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

mutáveis”, defendendo deste modo que, o contrato de *swap* de taxa de juro “não gera um risco antes buscando a atenuação de risco já existente”. Nem se considera que pelo simples facto de o contrato de *swap* de taxa de juro ser construído por recurso a um montante nocional se perde a bilateralidade e o sinalagma do contrato de *swap*. Na prática isto significa que “um instrumento derivado pode ser utilizado sem ligação a um contrato nominado subjacente, uma vez que o próprio contrato de «*swap*» se basta a si próprio não sendo de considerar meramente especulativo apenas pelo facto de não ter por detrás outra figura contratual já que pode tratar-se de um contrato de natureza financeira com a função de cobertura de riscos”.

Pela mesma linha argumentativa, o Tribunal da Relação de Lisboa acordou que as partes ao celebrarem um contrato de *swap* de taxa de juro, “representaram-no e quiseram-no como instrumento financeiro transacionados no mercado interbancário e regulados por cláusulas propostas e livremente aceites, o que afasta indubitavelmente do conceito de jogo ou aposta”(77). Num outro aresto(78) do mesmo Tribunal, refere-se que “a especulação embutida em vários *swaps* não é indesejável e desprovida de qualquer relevância económica, mas antes especulação (...) típica de *transações de mercado*”. Deste modo, prossegue o Tribunal afirmando que “o comportamento especulativo tem (...) um significado e motivo económicos, contrariamente ao jogo e à aposta, incapazes de motivação racional económico-financeira”. Assim, “também a especulação tem o seu espaço relevante como fito legítimo dos derivados”. Sendo legítima a especulação, “perde relevância o requisito de ligação precisa com uma relação jurídica subjacente”. De pronto, se permite “que o valor monetário de referência do *swap* de taxa de juro (...) seja nocional”. Um argumento utilizado, num outro acórdão(79), refere-se ao acolhimento expresso dos con-

(77) Cf. Ac. TRL de 15-01-2015, Processo n.º 876/12.9TVLSB.L1.6 (MANUELA GOMES).

(78) Cf. Ac. TRL de 08-05-2014, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.8 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS).

(79) Cf. Ac. TRL de 13-05-2013, Processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.7 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO).

tratos de *swap* no elenco dos instrumentos financeiros no art. 2.º, n.º 1, alínea e) do CVM, afastando, só por si, a recondução a jogo e aposta previsto no art. 1245.º do CC. Para além do mais, refere-se ainda que, “a exposição à incerteza é apenas o efeito secundário do esforço de perseguir um objetivo comercial ou financeiro legítimo, a vontade de contratar é exclusivamente dominada pelo desejo de submissão à contingência da verificação de um acontecimento incerto”. O acórdão estabelece que para que exista uma aposta é necessário que “ambas as partes, e não apenas uma delas, tenha uma intenção especulativa”. Sendo a especulação dita séria, típica dos mercados financeiros “não merece a censura do direito”. Contrariamente, a especulação do jogo é “independente de qualquer justificação”.

Para a corrente Doutrinária que rejeita a recondução do contrato de *swap* de taxa de juro à exceção de jogo e aposta, defende-se que ambas as figuras não se podem, dogmaticamente, confundir uma vez que, tanto o contexto, como a estrutura e a finalidade dos contratos em apreço são absolutamente distintas do jogo e da aposta⁽⁸⁰⁾. Num primeiro momento porque, ao jogo e à aposta, parece sempre estar associada a vertente recreativa e de entretenimento⁽⁸¹⁾. Aliás, o pano de fundo do jogo e da aposta difere, fundamentalmente, por a vontade de contratação na aposta ser dominada por um exclusivo desejo de submissão à verificação de um acontecimento incerto⁽⁸²⁾. Para além deste fator não se deve escamotear o facto de na aposta ambas as partes terem a intenção de especular, dito de outro modo, a intenção de jogo e aposta⁽⁸³⁾, o que se afigura de uma particular dificuldade, uma vez que, pelo menos uma das partes atua a título profissional, no exercício da atividade de intermediação financeira⁽⁸⁴⁾.

(80) Cf. PEDRO BOULLOSA GONZALES, *cit.*, p. 21.

(81) Cf. PEDRO BOULLOSA GONZALES, *cit.*, p. 10.

(82) Cf. CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap no Contexto da Actual Crise Financeira Global*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 42, Agosto, 2013, Braga, Coimbra Editora, p. 8.

(83) *Idem, idem.*

(84) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 25.

Pode ainda dizer-se que, pelo simples facto de uma das partes sofrer uma perda — em face da errada previsão da evolução do indexante —, enquanto a outra recebe um ganho — em face da correcta previsão da evolução do indexante —, não se deve concluir nada mais do que a verificação da bilateralidade de prestações cor-respectivas⁽⁸⁵⁾ determinadas pela vontade das partes no clausulado contratual. Deste modo se encerra a função de cobertura ou gestão do risco de variação da taxa de juro, de relevantíssimo papel na gestão de financiamento da atividade empresarial e interesse dos contraentes⁽⁸⁶⁾, não se tratando, assim, de “procurar um passatempo ou fim lúdico ou uma quantia pecuniária como efeito (cego) da sorte”⁽⁸⁷⁾. Imperiosa será, deste modo, a conclusão de que mesmo que seja especulativo o *animus* de uma das partes, se deva obnubilar que a mesma contribui para o desenvolvimento adequado do mercado e conseqüente aumento da liquidez existente⁽⁸⁸⁾. A Doutrina faz ainda uso da ideia de que a inaplicabilidade da exceção de jogo ao contrato de *swap* de taxa de juro se alicerça no relevante papel que este desempenha na gestão do endividamento da atividade empresarial na economia mundial⁽⁸⁹⁾, o que poderia até levar ao “definhamento” do mercado mundial de *swaps*⁽⁹⁰⁾. Um argumento final, tem que ver com a previsão expressa do contrato de *swap* no art. 2.º, n.º 1, al. e) do CVM e, o afastamento do regime de nulidade do art. 1245.º do CC, sobretudo, em face da previsão do disposto no art. 1247.º do CC que

(85) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Exceção de Jogo e Aposta*, cit., p. 265.

(86) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), cit., p. 25.

(87) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Exceção de Jogo e Aposta*, cit., p. 265.

(88) *Idem, idem*.

(89) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), cit., p. 25.

(90) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Exceção de Jogo e Aposta*, cit., p. 266.

prevê o afastamento da nulidade cominada no artigo sempre que, sobre o mesmo impenda legislação especial⁽⁹¹⁾.

V. Vistos que se encontram os argumentos contra e a favor da consideração do contrato de *swap* de taxa de juro enquanto jogo ou aposta, cumprir tomar posição.

Uma duvidosa linha de argumentação, refere-nos que não importa a valoração de elementos subjetivos, para que o contrato seja tido como um contrato de jogo ou aposta. Não nos parece compreensível que, para determinar a existência de uma intenção de jogo ou aposta, ou melhor dito, um contrato que pela sua função, e estatuição seja tido como jogo ou aposta a desconsideração do elemento subjetivo⁽⁹²⁾ possa ser encarada, como uma linha de raciocínio válida. Na verdade, sempre que um contrato de *swap* de taxa de juro, seja apto à realização de uma atividade comercial — nomeadamente, a gestão do risco de volatilidade do ativo subjacente — que seja legítima, não pode o negócio ser de *per si*, qualificado como um contrato de jogo ou aposta, dado que, o resultado que as partes — nem que seja, apenas uma delas — visavam atingir, não dependia única e exclusivamente da sorte⁽⁹³⁾, dependendo, isso sim, da volatilidade dos juros do indexante num mercado regulamentado e organizado. Como tal, este argumento é de rejeitar.

Uma outra linha argumentativa com apoio na Doutrina⁽⁹⁴⁾ e na Jurisprudência⁽⁹⁵⁾, prende-se com a função ou intenção de

⁽⁹¹⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, pp. 24 e 25.

⁽⁹²⁾ Como explicitamente se refere no Ac. STJ de 29-01-2015, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1 (BETTENCOURT DE FARIA).

⁽⁹³⁾ Cf. ALASTAIR HUDSON, *The Law of Finance: a Comprehensive Treatise for Practitioners*, 2010, London: Sweet & Maxwell, p. 411.

⁽⁹⁴⁾ Cf., a título exemplificativo, LEBRE DE FREITAS, *cit.*, pp. 949 e ss.; HÉLDER M. MOURATO, *Swap de Taxa de Juro: A Primeira Jurisprudência*, *cit.*, pp. 39 e ss.; HÉLDER M. MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, *cit.*, pp. 68 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *cit.*, p. 944.

⁽⁹⁵⁾ Cf., a título exemplificativo, Ac. STJ de 29-01-2015, Processo n.º 531/11.7 TVLSB.L1.S1 (BETTENCOURT DE FARIA) e Ac. TRL de 21-03-2013, Processo n.º 2587/10.0TVLSB.L1.6 (ANA AZEREDO COELHO).

especular. Importará, assim, ainda que de forma necessariamente breve, dedicar algumas linhas ao estudo da gestão de risco e à especulação.

Pela banda da **gestão de risco**, deve salientar-se que as partes procuram salvaguardar-se, ao celebrarem um contrato de *swap* de taxa de juro, das variações negativas ou positivas das taxas de juro⁽⁹⁶⁾. Contrariamente, pela parte da **especulação**, importa referir que o seu resultado, dependerá da direção em que o mercado se movimenta, mas também, da incerteza criada durante o período do contrato até à maturidade do instrumento⁽⁹⁷⁾. Se todos os movimentos do mercado correrem conforme com o esperado o empresário obtém um ganho de gestão que lhe pode facilitar, nos casos de dificuldades na concessão de crédito, o financiamento da empresa. Ou seja, asseguram a liquidez nos mercados, mormente, o do crédito. Deste modo, é de rejeitar o argumento contrário à função virtuosa que pode encarnar a especulação⁽⁹⁸⁾.

Parece ainda ser de relevante necessidade referir que, como bem explícita, o Supremo Tribunal de Justiça, ser perfeitamente plausível que, na prática “um instrumento derivado pode ser utilizado sem ligação a um contrato nominado subjacente, uma vez que o próprio contrato de “swap” se basta a si próprio não sendo de considerar meramente especulativo apenas pelo facto de não ter por detrás outra figura contratual, já que pode tratar-se de um contrato de natureza financeira com a função de cobertura de riscos”⁽⁹⁹⁾. Não é de estranhar, assim sendo, que um contrato que ao mesmo tempo tem por função a cobertura de risco, através da realização de um ganho financeiro decorrente da flutuação do indeixante, se afigure, para a contraparte um negócio amplamente especulativo cujo único propósito seja a obtenção de um ganho ou vantagem patrimonial, devendo o mesmo ser merecedor de tutela

⁽⁹⁶⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, pp. 78-79.

⁽⁹⁷⁾ Cf. PAUL GORIS, *cit.*, p. 81.

⁽⁹⁸⁾ Cf. Ac. STJ de 29-01-2015, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1 (BETTENCOURT DE FÁRIA).

⁽⁹⁹⁾ Cf. Ac. do STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8 TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

pelo ordenamento jurídico, uma vez que não existe uma bilateralidade⁽¹⁰⁰⁾ da função especulativa do negócio⁽¹⁰¹⁾. Se houver algum outro intuito que não a especulação — por exemplo, um contrato que num período visa a especulação e num outro a cobertura de risco de variação da taxa de juro — não estamos diante de um contrato meramente especulativo⁽¹⁰²⁾. O que pode, igualmente, ser avaliado quando se analisa um contrato deste tipo é se o contrato prossegue, em si mesmo, uma vantagem financeira em virtude do acaso⁽¹⁰³⁾, para rapidamente se concluir que não⁽¹⁰⁴⁾. Uma última nota deve ser, ainda dada, para referir que, mesmo sendo a especulação a função principal do contrato, este apenas será aposta — e, naturalmente, ilegal — se o mesmo não for celebrado de forma profissional, uma vez que, o investidor comum⁽¹⁰⁵⁾ e de boa-fé entende que um intermediário financeiro que celebre contratos de *swap* de taxa de juro o faz de forma profissional⁽¹⁰⁶⁾, porque representantes de “entidades financeiras que estão autorizadas a exercer

(100) Não basta que apenas uma das partes especule. Cf. CHRISTOPHER C. CHEN, *Dividing Hedging and Gambling: Legal Implications of Derivative Instruments*, in *Options* 1826, Vol. 1, n.º 1, 2006, p. 6.

(101) Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, pp. 90-91.

(102) Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, p. 92.

(103) Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, p. 85.

(104) Como bem refere o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. do STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8 TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS), “as taxas de juro, reportadas à Euribor são fortemente condicionadas pelas políticas financeiras — taxa de referência fixada pelo Banco Central Europeu — e, no País, pelas políticas do Governo e do Banco de Portugal só com base nesses elementos é que será possível fazer uma previsão racional e científica da evolução daquelas taxas ao que é alheia a vocação especulativa dos jogadores e apostadores”. Para prosseguir referindo que, “os gestores de activos e de carteiras, são profissionais preparados e vocacionados, para aplicarem os fundos dos clientes, em produtos financeiros, tendo certa capacidade de previsão, sendo supervisionados mas não especulando levemente em termos de arriscada álea, traçando até um perfil daqueles e dando-lhes conhecimento dos riscos envolvidos”, não dependendo assim, o ganho ou perda de uma aplicação cega dos recursos disponíveis.

(105) Não se afigura excessiva a referência ao facto de este negociar e celebrar — se assim o entender — no âmbito do direito privado, e como tal, sujeito ao **princípio da autonomia privada**, donde, “as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, (...) ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver” (cf. art. 405.º, n.º 1, Código Civil).

(106) Cf. STEVEN EDWARDS, *cit.*, p. 3.

essa atividade nos termos (...) das regras do Código dos Valores Mobiliários e do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras”⁽¹⁰⁷⁾. Também este argumento é, em face do exposto, de rejeitar.

Um outro argumento, prende-se com o facto de o contrato de *swap* ser um contrato diferencial e, como tal, um subtipo do contrato de aposta⁽¹⁰⁸⁾. Também este argumento é de rejeitar, uma vez que, conforme temos vindo a referir, basta que uma das partes tenha a intenção de cobertura de risco, para que possa ser afastada a exceção de jogo e aposta⁽¹⁰⁹⁾, não sendo de relevante para a análise de incorporação na exceção de jogo do contrato, o facto de estruturalmente o contrato diferencial representar para a parte que acerta na previsão, o ganho do prejuízo verificado para a parte que falhou a previsão⁽¹¹⁰⁾.

Um argumento utilizado para defender a validade do contrato de *swap* de taxa de juro, tem sido o do acolhimento do contrato no art. 2.º, n.º 1, al. e) do CVM se enquadra na previsão de legislação especial constante do art. 1247.º do CC que, por seu turno, afasta a aplicação do art. 1245.º do CC⁽¹¹¹⁾. Não nos parece este encaidamento de ideias correto. E não nos parece porque, considerar que o enquadramento do contrato no escopo do art. 1247.º do CC pela previsão no art. 2.º do CVM, poderia ser entendido como um reconhecimento⁽¹¹²⁾, quanto mais não seja tácito, do contrato de

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. Ac. do STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8 TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. HÉLDER M. MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, cit., pp. 68 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, 2008, London, Sweet & Maxwell, p. 446.

⁽¹¹⁰⁾ Aliás, o grau simétrico da perda e da vantagem entre as partes, funciona, isso sim, como um argumento favorável à rejeição do contrato como jogo ou aposta. Cf. MARIA CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap no Contexto da Actual Crise Financeira Global*, cit., p. 8.

⁽¹¹¹⁾ Cf. a título exemplificativo na Jurisprudência o Ac. TRL de 13-05-2013, Processo n.º 309/11.8 TVLSB.L1.7 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO); e, na Doutrina, PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (Continuado do n.º 3987, p. 413), cit., pp. 24 e 25.

⁽¹¹²⁾ Mesmo que para tal conclusão, seja necessária extrema criatividade e uma ginástica mental olímpica.

swap de taxa de juro como um contrato de jogo ou aposta. Na verdade, o contrato de *swap* de taxa de juro é um contrato comercial, sendo o Código Civil apenas aplicável pela remissão do art. 3.º do Código Comercial⁽¹¹³⁾. Os contratos de *swap* são contratos nominados por se encontrarem previstos no texto do Código dos Valores Mobiliários, desde a atualização operada pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007 de 31 de Outubro, os prever expressamente no art. 2.º, n.º 1, alínea e) do CVM. Ou seja, o que o Código faz, é prever e regular algumas categorias⁽¹¹⁴⁾ (v.g. os *swaps*), não impondo uma lista taxativa de instrumentos financeiros derivados, ou mesmo de espécies de contratos de *swap*. Este tipo de técnica legislativa permite que, desde que verificadas as características principais de um instrumento financeiro, se possam admitir novas espécies de instrumentos financeiros⁽¹¹⁵⁾. A solução é, a nosso ver e do ponto de vista teórico, uma solução inteligente, permitindo, fundamentalmente, uma maior adaptabilidade do Código e seu escopo protetivo às constantes movimentações de inovação financeira, deixando assim que não fiquem excluídos do âmbito de aplicação do código, todos aqueles instrumentos que mediante pequenas modificações que não atacam a substância, mas apenas a categorização, deixem de se encontrar previstos no âmbito do Código.

Houve quem rejeitasse pelo simples motivo da estanquicidade do montante nocional, a existência de um montante de passivo real, passando o contrato em virtude deste desligamento, ainda que teórico, de um instrumento financeiro digno de proteção, a um instrumento que cria risco e, como tal, tornando-o contrato especulativo⁽¹¹⁶⁾. Importa, em primeiro lugar, referir que, a existência, ou

⁽¹¹³⁾ Como bem nota o Ac. do STJ de 11-02-2015, Processo n.º 309/11.8 TVLSB.L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁽¹¹⁴⁾ Cf. A. PEREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 40.

⁽¹¹⁵⁾ Cremos, no mesmo sentido, ainda que ao abrigo da versão anterior do Código, depõe RENATO GONÇALVES, *Nótulas Comparativas Sobre os Conceitos de Valor Mobiliário, Instrumento do Mercado Monetário e Instrumento Financeiro na DMIF e no Código dos Valores Mobiliários*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 19, Dezembro de 2004, Lisboa, p. 102.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. HÉLDER M. MOURATO, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, *cit.*, p. 69.

falta dela, de uma correspondência entre o montante nocional e o montante global do passivo, apenas nos pode indicar que o contrato não foi vocacionado a gerir, ou proteger um risco específico, diretamente resultante do ativo ou passivo que lhe subjaz⁽¹¹⁷⁾. Não pode ainda ser ostracizada a ideia de que o endividamento compreende uma natureza dinâmica e evolutiva no balanço empresarial, nem sempre havendo uma correspondência entre o instrumento de cobertura de risco, com os ativos aos quais se pretende a mitigação do risco⁽¹¹⁸⁾. A isto se chama alavancagem financeira⁽¹¹⁹⁾. Ainda assim, sempre se dirá ser de considerar que, com ou sem contrato de *swap* de taxa de juro, sempre se verificaria a obrigação de pagamento a efetuar por uma das partes, uma vez que, existiria sempre o passivo subjacente (mútuos, leasings, aberturas de crédito, etc.) que forneceriam os dados necessários ao cálculo do montante nocional que serve de base ao contrato de *swap* de taxa de juro, não sendo assim crível a afirmação que o risco do contrato se deve ter por hipotético ou virtual e como tal desligado da realidade⁽¹²⁰⁾. Como remate final, não se pode deixar de referir que a partir do momento em que o contrato de *swap* de taxa de juro se celebra passa a deter o seu próprio valor, podendo este, ser independente do montante dos instrumentos financeiros cujo risco, se propõe a gerir.

Pelos argumentos expostos, não podemos deixar de nos posicionarmos do lado daqueles que se manifestam contra a consideração do contrato de *swap* de taxa de juro inválido por corresponder à exceção de jogo nos termos do art. 1245.º do CC.

(117) Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Apostas e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 23.

(118) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Sua Legalidade e Autonomia e Inaplicabilidade da Exceção de Jogo e Apostas*, *cit.*, p. 261.

(119) *Idem, idem.*

(120) Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, p. 85.

2. A aplicação do regime do art. 437.º CC a contratos de *swap* de taxa de juro

I. Importará, num primeiro momento avaliar o disposto no art. 437.º do CC. No seu número 1, o art. 437.º, refere que, “*se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”.

As circunstâncias em que as partes fundaram são, fundamentalmente, as mesmas que para o regime do erro sobre a base do negócio estabelecido no disposto no art. 252.º, n.º 2 do CC. Ou seja, aquelas segundo as quais as partes alicerçaram a decisão de contratar, de modo a que sendo outras não o teriam feito, ou, pelo menos, tê-lo-iam feito de maneira e termos diferentes, tomando-as como realidades concretas que conscientemente tomaram como garantidas, convencendo-se que não sofreriam alteração significativa no curso do contrato⁽¹²¹⁾.

II. Para que nos encontremos diante de uma alteração anormal das circunstâncias, desencadeando-se, assim, o direito a uma modificação do conteúdo contratual, devem verificar-se quatro requisitos. Um **primeiro** exige a verificação de uma alteração anormal de circunstâncias, previsível ou imprevisível⁽¹²²⁾, que altere de forma permanente os alicerces em que as partes fundaram a decisão de contratar⁽¹²³⁾; um **segundo**, a exigir que o desequilíbrio que seja resultante dessa alteração não se encontre coberto pelos riscos próprios do contrato⁽¹²⁴⁾; por seu turno, um **terceiro**

⁽¹²¹⁾ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral, Refundido e Atualizado*, 4.ª ed., 2002, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 343-344.

⁽¹²²⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, pp. 958-959.

⁽¹²³⁾ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito vs. Contratos de Gestão de Carteiras*, in ROA, Ano 69, Vol. III/IV, 2009, Lisboa, p. 681.

⁽¹²⁴⁾ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 681. A este respeito, LEBRE DE FREITAS refere

exige que o equilíbrio contratual resultante da modificação das circunstâncias seja, de tal modo contrária à boa-fé⁽¹²⁵⁾, que redunde na inexigibilidade ao lesado das obrigações por ele assumidas; por último, um **quarto** requisito, resultante da não existência de mora no momento em que se verifica a alteração das circunstâncias⁽¹²⁶⁾.

Na jurisprudência que versou sobre a alteração das circunstâncias e sua aplicação ao contrato de *swap* de taxa de juro, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que o art. 437.º, n.º 1 do CC “pressupõe que se tenha produzido uma alteração anormal das circunstâncias que foram basilares para a decisão dos contraentes de tal modo que a base do negócio tenha desaparecido ou tenha sido substancialmente modificada; que a exigência das obrigações assumidas pela parte lesada afete gravemente os princípios de boa-fé; que tal exigência não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato e que a parte lesada não esteja em mora no momento em que

que “(...) há que saber **se e em que medida** se está perante a álea normal dos contratos não aleatórios ou perante um contrato aleatório” — cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, pp. 958-959. Admitindo, cremos nós, que entende dever ser de aplicar a alteração das circunstâncias a contratos aleatórios.

⁽¹²⁵⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, pp. 958-959. OLIVEIRA ASCENSÃO, a propósito da boa-fé nas situações de alterações anormais das circunstâncias, refere que a mesma se tem por “completamente vazia”, servindo “como critério para a valoração da exigência”, defendendo o Autor que, “o que interessa é saber se o contrato deve subsistir imodificado”, após a alteração anormal das circunstâncias. Isso resulta de uma valoração da incidência da alteração anormal das circunstâncias que fizeram com que o contrato tivesse sido celebrado daquele modo. Esta apreciação é estritamente objetiva: só confunde vir falar a este propósito em boa fé. Se a boa fé é tudo, passou a ser nada” — cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria geral, Vol. III, Relações e Situações Jurídicas*, 2002, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 202-203. Salvo o devido respeito, que é muito, não podemos concordar com o Autor. Em primeiro lugar, porque, como bem refere HÖRSTER — cf. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª reimpressão da edição de 1992, 2003, Coimbra, Almedina, p. 580 — a boa-fé resolve o apelo ao princípio da justiça material do contrato, nomeadamente, quanto àquela parcela de risco que se encontra dentro ou fora dos riscos próprios do acordo contratual. Em segundo lugar, porque o desequilíbrio da equação económica, ou seja, da perturbação da sua justiça interna do contrato, só pode ser resolvido com apelo aos princípios gerais da contratação e da boa-fé, convocando para o espectro da decisão os padrões de honestidade e seriedade conformes ao cumprimento do negócios e das circunstâncias segundo as quais pode ser exigido. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., 2012, Coimbra, Almedina, p. 664, nota 603.

⁽¹²⁶⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, pp. 958-959.

a alteração das circunstâncias se verificou”⁽¹²⁷⁾. Em sentido complementar, o Supremo Tribunal de Justiça, já entendeu que “a resolução ou modificação do contrato é admitida em termos propositamente genéricos, para que, em cada caso, o tribunal, atendendo à boa-fé e à base do negócio, possa conceder ou não a resolução ou modificação”⁽¹²⁸⁾.

III. Afigura-se de importante análise, a natureza da remissão existente entre o disposto no art. 252.º, n.º 2 e o art. 437.º, n.º 1, ambos do CC.

Em primeiro lugar, importa salientar que, tanto “as circunstâncias que constituem a base do negócio” do art. 252.º, n.º 2 do CC, como, “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar” do art. 437.º, n.º 1 do CC, equivalem, fundamentalmente, à mesma coisa, constituindo o fundamento do negócio em si mesmo considerado⁽¹²⁹⁾. Assim, parece natural a conclusão segundo a qual, tanto o disposto no art. 252.º, n.º 2 do CC, como o disposto no art. 437.º, n.º 1 também do CC, regulam as perturbações que possam existir na base negocial⁽¹³⁰⁾, ou seja, verifica-se a emergência da necessidade de um remédio comum para problemas similares.

Necessita, deste modo, o sistema de redistribuir equitativamente o risco da contratação, protegendo aquele que, excessivamente e de modo contrário à boa-fé, suporte as desvantagens corrigindo desigualdades e reequilibrando o conteúdo contratual. Somos da opinião, porque em nenhum momento a lei aponta em sentido contrário⁽¹³¹⁾ que pode, perfeitamente, aplicar-se o regime do erro

⁽¹²⁷⁾ Cf. Ac. TRL de 08-05-2014, Processo n.º 531/11.7TVLSB.L1-8 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS).

⁽¹²⁸⁾ Cf. Ac. STJ de 10-10-2013, Processo n.º 1387/11.5TBCL.G1.S1 (GRANJA DA FONSECA).

⁽¹²⁹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. III, *cit.*, p. 186.

⁽¹³⁰⁾ *Idem, idem.*

⁽¹³¹⁾ E, é assim, em virtude da comparação “entre a perspectiva, a expectativa, a convicção, o pressuposto ou a previsão ao tempo da celebração do negócio e a situação que efetivamente se vem a verificar depois de tal celebração, afetando as circunstâncias do seu cumprimento” — cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Erro Sobre a Base do Negócio*, in *Cadernos do Direito Privado*, n.º 43, Julho-Setembro, 2013, Braga, Coimbra Editora, p. 7.

sobre a base do negócio, mormente o *error in futurum*, a circunstâncias passadas, presentes ou futuras⁽¹³²⁾. Para que possamos invocar o escopo de proteção, não pode deixar de exigir que se verifiquem os requisitos do art. 437.º, n.º 1 do CC⁽¹³³⁾, sobretudo porque apenas relativamente aos requisitos se pode entender, a existência de uma equivalência de regimes. Na verdade, mesmo que se entendesse de modo diferente, no sentido de que o art. 437.º do CC se aplica ao futuro, e o 252.º do CC ao passado e ao presente⁽¹³⁴⁾, não pode deixar de se subsumir o «*error in futurum*» no regime do erro sobre a base do negócio. Esta equivalência é relevante, uma vez que, tanto

(132) Contra OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II, *Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., 2003, Coimbra, Coimbra Editora, p. 130. Na mesma linha, contrária à aplicação direta dos regimes, PEDRO GONZALEZ e JOÃO VENTURA, nomeadamente, quando referem que “os artigos em análise não são complementares, nem tão pouco têm âmbitos de aplicação coincidentes. A distinção dos conceitos (...) — base negocial objetiva e subjetiva — assenta num limite incontornável: a existir uma situação de representação errónea das circunstâncias nas quais as partes fundam a decisão de contratar esta será sempre prévia e antecedente à posterior verificação da alteração das mesmas circunstâncias. Há um necessário diferimento temporal que distingue incontornavelmente o âmbito de aplicação das duas figuras, pelo que uma defesa alternativa estará sempre, do ponto de vista jurídico, erradamente estruturada”, cf. PEDRO GONZALES/JOÃO VENTURA, *Contrato de Swap e Alteração de Circunstâncias — Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1387/11.5TBCL.C1.S1*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 48, Agosto de 2014, Lisboa, p. 85.

(133) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Vol. II, Parte Geral Negócio Jurídico, Formação, Conteúdo e Interpretação, Vícios da Vontade, Ineficácia e Invalidades*, 4.ª ed. (reformulada e actualizada), 2014, Lisboa, Almedina, p. 871. Não podemos, assim, concordar com OLIVEIRA ASCENSÃO, nomeadamente, quando o Autor defende que a matéria em apreço pode ser abrangida pelo regime do erro quando as matérias são contemporâneas da celebração do negócio, devendo excluir das mesmas as circunstâncias futuras. Convoca a esse plano a circunstância de, segundo o Autor, não se poder errar sobre o futuro, podendo apenas haver uma previsão que não tem confirmação, não havendo, assim, uma falsa representação da realidade. Assim, deve, em suma, segundo o autor este conjunto de casos ser tratado a propósito da alteração das circunstâncias futuras do contrato. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 129. No mesmo sentido, ainda que com uma argumentação em nosso entendimento duvidosa, HÖRSTER, *cit.*, p. 580, dizendo, por um lado que o regime do art. 437.º se encontra voltado para o futuro, enquanto que, o regime do erro sobre a base do negócio se refere a um desfazamento entre as circunstâncias existentes e a realidade imaginada e a forma como a realidade existente afetou o negócio. Apela ainda às circunstâncias que faltam já no momento da conclusão do negócio. Reconhece o ponto de partida comum, remetendo o erro sobre futuro para a alteração de circunstâncias, deixando a base negocial passada e presente para o erro.

(134) Cf. HÖRSTER, *cit.*, p. 580.

o erro sobre a base do negócio, como a alteração anormal das circunstâncias operam em sede de base negocial — seja ela objetiva, ou subjetiva —, dito de outro modo, nas circunstâncias que levaram as partes a concluir o negócio daquela forma e não de outra.

Não pode deixar de se considerar que não há *qua tale* uma equivalência de regimes, ou melhor dito, uma equivalência direta de situações. Mesmo que se entenda uma proximidade, e a possibilidade da existência de um «*error in futurum*», sempre se dirá que, haverá sempre erro, quanto mais não seja de previsão. No caso da existência de uma alteração anormal de circunstâncias o processo genético de formação do contrato é normal, sendo o negócio validamente celebrado⁽¹³⁵⁾, não havendo uma viciação no processo formativo da vontade em virtude do erro, sucedendo isso sim, uma movimentação externa ao negócio⁽¹³⁶⁾. Contudo, para que possamos convocar o instituto da alteração das circunstâncias, a alteração da base negocial, só pode ser de tal forma anormal⁽¹³⁷⁾ que a manutenção do contrato violaria inequivocamente a boa-fé.

IV. Base do Negócio. Não resulta descabido que na análise que fazemos da aplicabilidade do instituto da alteração anormal das circunstâncias ao contrato de *swap* de taxa de juro, estudemos, ainda que *passim*, a base do negócio. Devemos tomar a base do negócio, como todas aquelas características que influenciam os elementos que sejam determinantes⁽¹³⁸⁾ para ambas as partes, no estabelecimento do conteúdo contratual⁽¹³⁹⁾. A base do negócio constitui-se, assim, por todas as circunstâncias que enformam e

⁽¹³⁵⁾ No mesmo sentido, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. III, *cit.*, p. 199, ao referir que “no caso do art. 437.º, pelo contrário, o contrato era inicialmente perfeito, embora haja que fazê-lo cessar por força da alteração anormal das circunstâncias”.

⁽¹³⁶⁾ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *cit.*, p. 343.

⁽¹³⁷⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. III, *cit.*, p. 199.

⁽¹³⁸⁾ Ou que serviram de fundamento à decisão de contratar. Cf. CASTRO MENDES, *cit.*, p. 145.

⁽¹³⁹⁾ Cf. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 3.ª ed., 2001, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 163.

justificam o negócio, ditando as suas especificidades⁽¹⁴⁰⁾. Importa, ainda, lembrarmo-nos que o contrato de *swap* de taxa de juro se trata de um contrato oneroso. Ora, em face disto, a essencialidade das circunstâncias sobre as quais as partes versam, têm de ser determinantes para ambas, uma vez que, neste tipo de contratos, uma das partes terá, putativamente, uma vantagem na medida da desvantagem da outra parte, ou seja, uma vantagem simétrica⁽¹⁴¹⁾. Em suma, dir-se-á que sempre que as partes, na celebração de um negócio, se baseiam tomando por garantidas circunstâncias⁽¹⁴²⁾ que não existem ou são diferentes daquelas em que assentaram, deparando-se com uma alteração da base negocial em que as partes assentaram.

Não há, na letra da lei, qualquer distinção entre a base negocial subjetiva e objetiva, devendo, no entendimento de alguma doutrina, com a qual manifestamos a nossa concordância, entender-se que ambas se encontram abrangidas⁽¹⁴³⁾. De todo o modo, entendemos que existe relevo prático e teórico na distinção⁽¹⁴⁴⁾.

Quando pensamos na **base negocial subjetiva** pensamos na representação real das partes conscientemente tomada⁽¹⁴⁵⁾. Ou seja, tem como componentes essenciais, as representações psicológicas da realidade que se encontravam na base da celebração do

⁽¹⁴⁰⁾ Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coordenação), *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, 2014, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 603.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Erro Sobre a Base do Negócio*, *cit.*, p. 5.

⁽¹⁴²⁾ Circunstâncias que, como bem ensina LEBRE DE FREITAS as partes “consideram necessárias, tendo sido pois objecto da sua representação comum, quer aquelas cuja insubsistência frustraria o fim negocial ou perturbaria inaceitavelmente o equilíbrio negocial, ainda que delas as partes não tenham tido consciência”. Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 958.

⁽¹⁴³⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Erro Sobre a Base do Negócio*, p. 4.

⁽¹⁴⁴⁾ O relevo da distinção, encerra assim qualificação da base negocial como subjetiva no domínio do erro, catapultando assim a base negocial objetiva para o domínio da alteração das circunstâncias. Se no primeiro o errante representa erradamente as circunstâncias segundo as quais decide celebrar um determinado contrato, pela segunda, as partes não representam erradamente as circunstâncias que ditaram a celebração do contrato, contudo, a evolução das circunstâncias verificada é que não é aquela em que as partes assentaram ao tempo da celebração.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. HÖRSTER, *cit.*, p. 578.

negócio nos específicos termos da celebração⁽¹⁴⁶⁾. Estas, nada têm que ver com o contrato objetivamente considerado, mas sim, com a parte. A divergência não abrange o contrato não lhe frustrando o fim, prejudicando, ainda assim, a parte⁽¹⁴⁷⁾. Resulta, deste modo que, estas representações psicológicas não oferecem especificidade ao contrato, podendo, confundir-se com a sua motivação em geral⁽¹⁴⁸⁾. Em suma, tratam-se das representações circunstanciais em que se baseia a vontade⁽¹⁴⁹⁾.

Por seu turno, quando refletimos acerca da **base negocial objetiva**, visamos as circunstâncias nas quais as partes não pensaram⁽¹⁵⁰⁾, não tendo consciência das mesmas, uma vez que, não as representaram nos seus espíritos, dando-as como seguras⁽¹⁵¹⁾. A base negocial objetiva esfuma-se, quando em consequência de alterações posteriores à conclusão do contrato a prestação devida perdeu todo o seu sentido, ou, se tornou de difícil cumprimento, em face da alteração essencial do valor da prestação quando relacionado com a contraprestação⁽¹⁵²⁾. Em suma, tratam-se das circunstâncias tidas como necessárias para que se consigam alcançar os fins negociais⁽¹⁵³⁾.

Uma precisão, deve ainda ser observada, acerca da base negocial objetiva, sobretudo, quanto ao que se deve entender pelas grandes alterações da base negocial. Deste modo, podemos reiterar que existe uma grande alteração da base negocial nos casos em que existe uma diferença inigualável entre a realidade prevista e a realidade verificada⁽¹⁵⁴⁾. Por exemplo a depreciação impensável ou, o desmoronamento do valor cambial de certa moeda, ou a queda abrupta e repentina do valor da Euribor. Quando aplicável ao erro

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., p. 102.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, cit., pp. 663-664.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., p. 102.

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Erro Sobre a Base do Negócio*, cit., p. 4.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. HÖRSTER, cit., p. 578.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., p. 102.

O Autor, refere ainda que não há nesta, verdadeiramente, uma divergência estrutural com a doutrina da pressuposição.

⁽¹⁵²⁾ Cf. HÖRSTER, cit., p. 578.

⁽¹⁵³⁾ Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Erro Sobre a Base do Negócio*, cit., p. 4.

⁽¹⁵⁴⁾ Cf. HÖRSTER, cit., p. 678.

esta “significará que a divergência entre a realidade existente e a pressuposta, não pode ser uma qualquer; a dita divergência terá de ser particularmente importante, substancial, ultrapassando os limites previsíveis da anormalidade”⁽¹⁵⁵⁾, sintetizando, uma alteração que, de tão grave, fosse impossível de prever. Esta imprevisibilidade não pode deixar de ser a de grau máximo. Por definição, a alteração da base negocial deve provocar “um manifesto desequilíbrio no negócio, afetando gravemente a sua justiça interna, de tal modo que a exigência do cumprimento pelo errante, da prestação a que se obrigou, violará de forma grave os princípios da boa-fé”⁽¹⁵⁶⁾. Não podem, assim deixar de ser de alcance geral e, subseqüentemente, alheias à esfera de influência das partes⁽¹⁵⁷⁾. Importa, com relevo para o nosso contrato, fazer uma reflexão acerca da hipótese de o risco destas grandes alterações da base negocial, dever ser suportado por ambas as partes. Somos da opinião que as grandes alterações da base negocial devem ser suportadas, com apelo exatamente ao postulado da boa-fé, por ambas as partes. Consegue, deste modo evitar-se que uma das partes fique sujeita à totalidade do prejuízo, ficando a contraparte com os seus benefícios intactos. Esta correção dos desequilíbrios do contrato faz todo o sentido, uma vez que a alteração da base negocial foi absolutamente alheia a qualquer uma das partes em confronto. Na realidade, ambas as partes se encontram sujeitas a esta possibilidade de ocorrência de danos gravíssimos, não podendo, nenhuma delas, se eximir à custa da outra. São os mais elevados padrões de honestidade e seriedade no tráfego jurídico, que a boa-fé convoca, que nos levam a pensar na impossibilidade de permitir os benefícios integrais para uma das partes, suportando a outra, a totalidade dos prejuízos⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ Ac. STJ, 18-06-2013, Processo n.º 493/03.4TVLSB-A.L1.S1 (MOREIRA ALVES).

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. Ac. STJ, 18-06-2013, Processo n.º 493/03.4TVLSB-A.L1.S1 (MOREIRA ALVES).

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 683.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf., no mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 683.

V. Importa agora perceber quais os principais argumentos Jurisprudenciais e Doutrinários para a aplicação, ou não, do regime da alteração anormal das circunstâncias.

O Supremo Tribunal de Justiça⁽¹⁵⁹⁾, refere-nos que a “repentina e acentuada descida da taxa de juro foi uma consequência da crise económica e financeira (...) que não era de modo algum previsível, refletindo-se direta e intrinsecamente no contrato de *swap* de taxa de juro, que tinha precisamente na sua essência e base a taxa de juro”, sofrendo o contrato “um grande e repentino desequilíbrio”, passando “no curto espaço de três meses (...) a ter um encargo e um prejuízo consideravelmente grave decorrente desse contrato”. Aponta ainda o aresto, no sentido de que “atendendo à boa-fé que terá norteadado o banco nos preliminares do contrato, não será razoável, perante as atuais circunstâncias, que se queira fazer valer de cláusulas que não foram equacionadas para um quadro de crise como o atual, em que as consequências do cumprimento do contrato, no que à autora respeita, ultrapassam o grau de risco nele previsto e com que as partes poderiam razoavelmente contar”. Entende, assim, o tribunal que “o desequilíbrio foi extremamente agravado pela crise financeira, situação essa que não decorreu de um normal desenrolar da situação económica tratando-se, pelo contrário, de uma situação excepcional, completamente anormal no sistema financeiro”, verificando-se que “a manutenção do contrato feriria os princípios da boa-fé que devem nortear a celebração dos contratos e na qual as partes alicerçaram a decisão de contratar”.

Já o Tribunal da Relação de Lisboa, acordou⁽¹⁶⁰⁾ que, em face da deficiente informação pré-contratual, não haveria hipótese de as partes preverem “uma situação de descida prolongada e acentuada dessa taxa em consequência de uma *crise internacional persistente*, como aconteceu em 2008/2009. Esta foi uma alteração anormal das circunstâncias afetando gravemente as obrigações assumi-

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. Ac. STJ, 10-10-2013, Processo n.º 1387/11.5 TBBCL.G1.S1, (GRANJA DA FONSECA).

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. Ac. TRL, 28-04-2015, Processo n.º 540/11.6 TVLSB.L2-1, (JOÃO RAMOS DE SOUSA).

das pela R. segundo os princípios da boa-fé. Tanto mais que a falta de informação já referida torna mais patente a anormalidade daquela alteração das circunstâncias. Assim, há fundamento legal para a resolução do contrato nos termos do art. 437.º, n.º 1 do CC”. Num outro aresto⁽¹⁶¹⁾, assumindo-se uma alteração anormal das circunstâncias, refere-se que “essa alteração não deve onerar exclusivamente uma das partes no contrato por ela afetado. Pretendê-lo seria contrário à boa-fé”. Refere-se, ainda, que “o risco previsto é o risco tolerável, isto é, o risco razoável e de algum modo previsível na conjuntura económica e financeira vigente à data da celebração do contrato, altura em que a autora e também o réu podiam valorar, com conhecimento de causa, se a proposta do banco satisfazia ou não os seus interesses”. Entende, ainda o tribunal que não houve a previsão de existir um benefício “de forma tão desproporcionada quando em comparação com as vantagens que poderiam advir para a autora, em resultado de uma crise que também não estava nas suas previsões”, sendo contrário à boa-fé que “se queira fazer valer de cláusulas que não foram equacionadas para um quadro de crise como o atual, em que as consequências do cumprimento do contrato, no que à autora respeita, ultrapassam o grau de risco nele previsto e com que as partes poderiam razoavelmente contar”. Ainda o Tribunal da Relação de Lisboa, num outro aresto⁽¹⁶²⁾ que julga improcedente a pretensão, refere que “a verificação de riscos inerentes ao contrato não basta para justificar a resolução ou modificação por onerosidade excessiva. É necessário que a alteração desequilibre com intensidade a relação. Só a onerosidade excessiva, suscetível de afetar gravemente os princípios da boa-fé, pode justificar a resolução/modificação excecional do acordado, mesmo em negócios de cuja índole derive um risco próprio”.

Vistos os argumentos Jurisprudências, importa analisar os escritos Doutrinários, relativos à problemática em apreço.

⁽¹⁶¹⁾ Cf. Ac. TRL, 08-05-2014, Processo n.º 531/11.7 TVLSB.L1-8, (LÍDIO SACARRÃO MARTINS).

⁽¹⁶²⁾ Cf. Ac. TRL, 15-01-2015, Processo n.º 876/12.9 TVLSB.L1-6, (MANUELA GOMES).

No intenso debate que a Doutrina tem travado sobre a aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato de *swap* de taxa de juro, entre os que o defendem, e todos os que o rejeitam, há argumentos de todo o género e espécie. Por um lado, diz-se que a natureza aleatória do contrato não se afigura argumento bastante para desconsiderar o regime geral do art. 437.º do CC⁽¹⁶³⁾, uma vez que, se deve entender de capital importância perceber quais as variações de risco e incerteza que as partes tenham previsto e assumido no conteúdo contratual⁽¹⁶⁴⁾. Havendo um extrapolar desses riscos previstos e assumidos pelas partes decorrentes do conteúdo do contrato em si mesmo considerado, poder-se-á aplicar a resolução por alteração das circunstâncias⁽¹⁶⁵⁾. Significa isto dizer que, qualquer alteração que se desloque fora do âmbito assumido pelas partes que implique uma tremenda violação da boa-fé⁽¹⁶⁶⁾ na manutenção do estabelecido contratualmente, pode ver ser-lhe aplicado o instituto, desde que, essa seja a última ratio de correção de um desequilíbrio inesperado e anormalmente verificado⁽¹⁶⁷⁾. Não deixa, contudo, de ser curioso que, em sentido contrário, se argumente que a aleatoriedade do contrato, sem mais, afasta a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato de *swap* de taxa de juro⁽¹⁶⁸⁾. Há, ainda, quem afaste a natureza aleatória do contrato, precisamente para que se permita a aplicação do regime da alteração das circunstâncias aos contratos de *swap* de taxa de

⁽¹⁶³⁾ Cf. CLARA CALHEIROS, *O Contrato de Swap no Contexto da Actual Crise Financeira Global*, p. 13.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 963.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. LEBRE DE FREITAS, *cit.*, p. 965.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *cit.*, p. 944.

⁽¹⁶⁷⁾ Cf. MONTEIRO PIRES, *cit.*, pp. 12-13. De referir ainda que a autora, ainda que admita ser possível abstratamente a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato de *swap* de taxa de juro, refere que mesmo em casos puros de boa-fé, tanto a natureza do contrato, como o espírito do instituto “(...) levantam dificuldades na aplicação (...) nas situações em que a circunstância se alterou diga respeito a variações da taxa de juro semelhantes às verificadas no caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça. É que o desequilíbrio superveniente verificado parece dizer respeito ao próprio desequilíbrio entre as partes que aceitaram e contratualizaram, através do *swap*” — cf. MONTEIRO PIRES, *cit.*, p. 14.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf. HÉLDER M. MOURATO, *Swap de Taxa de Juro: A Primeira Jurisprudência*, *cit.*, p. 44.

juro⁽¹⁶⁹⁾. De sentido contrário, há quem entenda que a variação das taxas de juro, ainda que esta seja consideravelmente elevada, se encontra coberta pelos riscos próprios do contrato, afastando a possibilidade de aplicação do regime de alteração das circunstâncias⁽¹⁷⁰⁾, constituindo essa variação a espinha dorsal de um contrato de *swap* de taxa de juro, racionalizando e mitigando as incertezas dos custos de financiamento contínuo das empresas⁽¹⁷¹⁾. Ainda sobre a variação das taxas de juro, há um argumento que salienta a desnecessidade de investimento neste tipo de instrumentos nos casos em que as partes previssem a evolução do indexante, devendo a incerteza ser tida como fundamento essencial da celebração de um contrato de *swap* de taxa de juro, sendo arbitrária a conclusão de qual o montante da variação do indexante que deva ser tolerado⁽¹⁷²⁾. Pode, ainda, encontrar-se na Doutrina um argumento referente ao preço acordado num contrato de *swap* de taxa de juro como o referencial da distribuição de risco, concretamente, estabelecida e querida pelas partes em função da sua autonomia no estabelecimento do conteúdo contratual⁽¹⁷³⁾. Igualmente se entende que, a onerosidade considerada excessiva no decurso do contrato entra na álea do contrato, em face da sua aleatoriedade, por um lado, como da sua causa e fundamento ser essa mesma volatilidade do indexante, por outro⁽¹⁷⁴⁾. Um argumento decisivo é aquele que nos refere que nos casos em que as partes inserem um *collar*, simplisticamente, um limite inferior e superior de manutenção da taxa de juro num determinado intervalo, veja afastado, em caso de ultrapassagem desses limites contratuais, a possibilidade de recurso ao instituto da alteração das circunstâncias, uma vez que, as partes previram expressa-

(169) Cf. A. PEREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 66.

(170) Cf. PEDRO GONZALES/JOÃO VENTURA, *cit.*, p. 79.

(171) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143.º, n.º 3986, Maio-Junho de 2014, Coimbra, Coimbra Editora, p. 364.

(172) Cf. PEDRO GONZALES/JOÃO VENTURA, *cit.*, pp. 82-83.

(173) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p. 365.

(174) Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p. 366.

mente a esfera de risco ou, os riscos próprios do contrato, tendo como tal afastado essa possibilidade de recurso ao instituto⁽¹⁷⁵⁾. Um último argumento, traz à colação a problemática de analogia da solução pelo reconhecimento judicial da alteração anormal das circunstâncias para outros contratos de crédito — mormente, o mútuo para fins habitacionais — e prejuízos excepcionais, não previstos à data da celebração, por parte do intermediário financeiro⁽¹⁷⁶⁾.

VI. Vistos que estão ainda que, a não mais que traço grosso, os principais argumentos Jurisprudenciais e Doutrinários, cumpre tomar posição no debate.

Diga-se, em primeiro lugar que os argumentos esgrimidos pelo Supremo Tribunal de Justiça⁽¹⁷⁷⁾, nos parecem, amplamente discutíveis. Em primeiro lugar, porque se nos parece que a crise possa assumir uma circunstância exógena ao contrato que as partes não poderiam prever — cumprindo-se assim o requisito da imprevisibilidade —, já não nos parece que, de *per si*, essa imprevisibilidade seja suficiente, como parece tacitamente o Tribunal reconhecer, para se desencadear o instituto da alteração das circunstâncias⁽¹⁷⁸⁾. Do mesmo modo, nos parece que o Tribunal não demonstra um conhecimento aturado da figura, essencial para uma correta análise e avaliação do contrato, ao referir que, de um momento para o outro, uma das partes passa de um lucro a um prejuízo com o mesmo contrato. Ora, salvo melhor opinião, quando se lida com a incerteza, ou melhor dito, quando se negocia com base em incerteza, é perfeitamente normal que se acerte na previsão, ou se falhe na previsão. Dito de outra forma, é normal que se possa ganhar, ou se possa perder, tendo em conta a volatilidade do indexante. Mais uma vez, não nos parece ser este o argumento chave para defender a aplicação do ins-

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 54.

⁽¹⁷⁶⁾ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p. 371.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Ac. STJ, 10-10-2013, Processo n.º 1387/11.5 TBBCL.G1.S1, (GRANJA DA FONSECA).

⁽¹⁷⁸⁾ Cremos na mesma linha, PEDRO GONZALES/JOÃO VENTURA, *cit.*, p. 79.

tituto da alteração das circunstâncias em sede de contrato de *swap* de taxa de juro. Numa tentativa, algo enviesada de preencher os requisitos da alteração anormal das circunstâncias, tenta o Tribunal, afiançar uma violação do princípio da boa-fé, em face daquilo que já vinha a ser a sua linha argumentativa. Ora, se todos os argumentos apresentados pelo Tribunal colidem com uma profícua recondução ao instituto analisado, não pode deixar de se considerar estéril a referência à boa-fé, podendo assim dizer-se que esta, em face da argumentação do Tribunal, passou a ser pouco mais que nada⁽¹⁷⁹⁾.

Não nos parece, igualmente, ser merecedor de razão o Tribunal da Relação de Lisboa⁽¹⁸⁰⁾ quando arrisca relacionar com a alteração das circunstâncias, a violação de um dever de informar prévio subjacente ao contrato. Em primeiro lugar, poderia parecer que, os Venerandos Desembargadores fizeram, tacitamente uma remissão direta entre o regime do erro sobre a base do negócio e a alteração das circunstâncias. Não é demais afirmar que não concordamos com essa remissão direta como já explicitámos, contudo, e mesmo que assim não fosse, o instituto da alteração anormal das circunstâncias é um instituto de escopo, marcadamente, excecional no nosso ordenamento jurídico⁽¹⁸¹⁾. Os apertados requisitos demonstram que o legislador recomendou aos operadores jurídicos uma certa cautela no recurso ao instituto. Sucede ainda que, o erro que havia sido peticionado foi o erro sobre o objeto do negócio e quanto a esse não opera a remissão legal existente entre o art. 252.º, n.º 2 do CC e o art. 437.º do CC. Separando as águas, uma coisa é comprovar-se que existiu uma violação do dever de informação pré-contratual, assim e nos termos do disposto no art. 227.º do CC, poderá haver lugar a responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informação, presumindo-se a culpa do intermediário financeiro nos termos do disposto no art. 304.º-A, n.º 2 do CVM. Ainda, comprovando-se essa violação do

⁽¹⁷⁹⁾ Apenas nestes casos na mesma linha de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria geral*, Vol. III, *cit.*, pp. 202-203.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. Ac. TRL, 28-04-2015, Processo n.º 540/11.6 TVLSB.L2-1, (JOÃO RAMOS DE SOUSA).

⁽¹⁸¹⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 34.

dever, pode-se defender que, o declarante celebra em erro, desde que se verifiquem os requisitos legais deste último. O que já não nos parece admissível é que o Tribunal assente a sua argumentação na ideia segundo a qual, “na formação do presente contrato houve pois falta de informação do Banco à R., falta de informação legalmente exigida. Este erro refere-se ao objeto do negócio tornando-o anulável porque o banco não podia ignorar a essencialidade do erro para a conclusão do contrato — arts. 247.º e 251.º do CC”. Para prosseguir dizendo que, “chegados a este ponto, a conclusão lógica seria anular o negócio. Mas surge aqui uma dificuldade processual: a autora não recorreu da decisão que declarou resolvido o contrato, antes pediu a sua confirmação; e a ré recorreu pedindo que se revogue tal decisão, julgando improcedente a ação ou, assim não se entendendo, fazendo retroagir os efeitos daquela resolução apenas até à data da citação”, para dizer, e bem, que se entendia que “anular o negócio seria ir além do pedido da recorrente”. Concluindo, surpreendentemente, “que em face da (falta de) informação prestada pelo Banco à R. (...) em momento nenhum previa uma situação de descida prolongada e acentuada dessa taxa em consequência de uma crise internacional persistente, como aconteceu em 2008/2009. Esta foi uma alteração *anormal das circunstâncias* afectando gravemente as obrigações assumidas pela R segundo os princípios da boa fé. Tanto mais que a falta de informação (...) torna mais patente a anormalidade daquela alteração das circunstâncias”. Isto porque, se é verdade que a violação do dever de informar tem consequências, em nenhum momento a lei refere que alguma dessas consequências possa ser a alteração anormal das circunstâncias. Também este argumento, só pode ser de rejeitar.

Numa decisão posterior, o mesmo Tribunal da Relação de Lisboa⁽¹⁸²⁾, começa por ensaiar se seria compatível com a boa-fé que apenas uma das partes arcasse com todo o risco da contratação, concluindo, e bem, que não pode ser assim. Na verdade, sempre que nos situamos diante de uma grande alteração da base em que as partes celebraram e com apelo, exatamente, ao postulado da boa-fé, devem

(182) Cf. Ac. TRL, 08-05-2014, Processo n.º 531/11.7 TVLSB.L1-8, (LÍDIO SACARRÃO MARTINS).

ser ambas as partes a suportarem o risco contratual, sobretudo, por se conseguir evitar que uma das partes fique sujeita à totalidade do prejuízo, ficando a contraparte com os seus benefícios intactos. Não podemos olvidar que esta alteração da base negocial foi alheia a ambas as partes, na verdade ambas se encontram na posição de não esperar esta evolução do indexante, podendo esta originar danos gravíssimos, não sendo assim, compaginável com a boa-fé que uma se eximisse de responsabilidades à custa da outra. Apela-se, deste modo, aos mais elevados padrões de honestidade e seriedade no tráfico jurídico, que a boa-fé convoca, que nos levam a pensar na impossibilidade de se permitir os benefícios na sua integralidade para uma das partes, suportando a outra, a totalidade dos prejuízos⁽¹⁸³⁾.

Relativamente a uma outra decisão do Tribunal da Relação de Lisboa⁽¹⁸⁴⁾, e ao argumento da necessidade de verificação de uma grande alteração das circunstâncias, entende-se que o aresto se refere àquelas alterações particularmente importantes que ultrapassem os limites previsíveis da anormalidade, ou seja, que de tão graves fossem impossíveis de prever, a chamada imprevisibilidade de grau máximo⁽¹⁸⁵⁾. Ainda que se entenda o que pretende o Tribunal referir, e se concorde em parte, temos algumas discordâncias que cumpre referir. Em primeiro lugar, porque a avaliação sobre os pressupostos de relevância da alteração anormal da base negocial, não dependem exclusivamente, da sua intensidade, mas sim da verificação dos requisitos do instituto e sua prova no caso concreto⁽¹⁸⁶⁾. Assim, para que possa ser relevante a alegação das grandes alterações da base negocial, é necessário que a parte demonstre que a sua decisão teve como pressuposto a não verificação de uma crise de tamanha magnitude⁽¹⁸⁷⁾. Contudo, não se deve escamotear que a prova em

⁽¹⁸³⁾ Cf. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, p. 683.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. Ac. TRL, 15-01-2015, Processo n.º 876/12.9 TVLSB.L1-6, (MANUELA GOMES).

⁽¹⁸⁵⁾ No mesmo sentido, ainda que a propósito do erro sobre a base do negócio, cf. Ac. STJ, 18-06-2013, Processo n.º 493/03.4TVLSB-A.L1.S1 (MOREIRA ALVES).

⁽¹⁸⁶⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, p. 51.

⁽¹⁸⁷⁾ *Idem, idem*. Contra CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, pp. 683-684.

casos deste tipo — de grandes alterações da base negocial —, se afigura tendencialmente mais acessível⁽¹⁸⁸⁾. Em segundo lugar, porque entendemos que o instituto, na sua construção dogmática, se encontra idealizado apenas para grupos de casos excepcionais, sendo todos eles, de imprevisibilidade máxima.

Vistos que se encontram os argumentos esgrimidos na jurisprudência, importa agora analisar os argumentos que, a este respeito, a doutrina tem vindo a esgrimir no intenso debate verificado.

Uma primeira palavra relativamente à natureza aleatória do contrato⁽¹⁸⁹⁾. Se há quem entenda que a aleatoriedade do contrato é suficiente para desaplicar o instituto da alteração das circunstâncias, também há quem considere que apesar desta, podemos recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias. Situamo-nos nestes últimos. É verdade que a descoberta dos riscos próprios do contrato fica, razoavelmente comprometida pela natureza aleatória do contrato que impede a determinação *ex ante* dessa esfera de risco, havendo, assim, que ponderar quais os riscos que encontramos associados ao negócio, em si mesmo considerado, e a partir destes construir o raciocínio da verificação, ou não, de uma alteração anormal das circunstâncias, fundada na alteração anormal da base negocial em que as partes assentaram. Os riscos que podem, esses sim ser ponderados, são os de subida ou descida da taxa de juro a que o contrato esteja indexado. Ou seja, os únicos riscos determináveis são os riscos associados ao contrato e, nesse sentido, já podemos aqui enquadrar o risco de subida ou descida da referida taxa a que o contrato se encontre indexada.

Em face do entendimento que preconizamos de recurso aos riscos associados ao contrato, não se afigura descabida a conclusão que a volatilidade do instrumento se encontra acautelada dentro desses riscos, tornando assim possível a verificação de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, sendo justificada com a queda abrupta do indexante para níveis anémicos nunca

⁽¹⁸⁸⁾ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), *cit.*, pp. 51-52.

⁽¹⁸⁹⁾ Acerca da natureza aleatória do contrato, cf. *supra* II, V.

antes registados. O desafio que se imporá ao Julgador será decidir se, uma queda de um indexante de três ou quatro pontos percentuais, deve ser tida como uma imprevisível alteração anormal das circunstâncias. É que, se a falência do *Lehman Brothers* que originou a crise financeira de finais de 2008 era de todo imprevisível, o mesmo já não se pode dizer relativamente à normal flutuação do valor da Euribor, bem como, à cíclica existência de crises financeiras, com maiores ou menores efeitos na economia global.

Ainda que consideremos que a situação de incerteza e volatilidade do indexante⁽¹⁹⁰⁾ se afiguram essenciais para que se celebre um contrato de *swap* de taxa de juro, não nos podemos esquecer que, no essencial, as suas motivações são apenas três, a saber: cobertura de risco, especulação ou arbitragem. Ou seja, o celebrante pode procurar um pouco mais de previsibilidade de custos e certeza nas suas finanças empresariais, conseguindo-a em face da estabilização da taxa de juro. É certo que ninguém arrisca quando conhece o resultado da volatilidade do indexante, mas não será menos certa a ideia que ninguém celebrará se não necessitar da cobertura de um determinado risco de mercado. É que, mesmo que não existisse este contrato, poderiam sempre existir aqueles contratos de crédito que lhe dão causa, havendo, como tal, sempre um valor referente a juros a liquidar independentemente do contrato de *swap* de taxa de juro⁽¹⁹¹⁾, o que demonstra a necessidade de cobertura de um risco associado ao contrato.

Não estamos, na plenitude, de acordo com a ideia do preço acordado para o contrato de *swap* de taxa de juro funcionar como um indicador claro da esfera de risco assumida⁽¹⁹²⁾. Na verdade, entendemos que esse é apenas um dos critérios para o determinar. As partes, quando acordam, a determinação do preço para o contrato de *swap* de taxa de juro, assentam esse acordo em vários pressupostos, devendo ser incluídos, a título de exemplo, a exposição ao risco da parte que pretende celebrar o contrato e o grau de ala-

⁽¹⁹⁰⁾ Cf. MONTEIRO PIRES, *cit.*, p. 13.

⁽¹⁹¹⁾ Cf. ANDREA PERRONE, *cit.*, p. 85.

⁽¹⁹²⁾ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p. 365.

vancagem financeira da parte. Em suma, o preço é apenas um indicador do risco assumido pela parte. Concordamos, igualmente, que pode haver uma importação deste recurso à alteração das circunstâncias para outros contratos de crédito, daí defendermos uma aplicação cuidadosa e excecional do instituto da alteração das circunstâncias, sob pena de se verificar um efeito dominó para os mais variados contratos de crédito, com consequências nefastas para pessoas e empresas⁽¹⁹³⁾.

Uma última palavra deve ser deixada quanto à inserção de um *collar* no contrato de *swap* de taxa de juro e suas implicações quanto ao risco assumido pelas partes. Para uma melhor explicação do nosso pensamento, entendemos ser profícuo o recurso a um exemplo prático. Ficcionese que a **Empresa AA** que opera na indústria têxtil, celebra com o **Banco BB** um contrato de *swap* de taxa de juro com um montante nocional de € 1.000.000,00, com vista à fixação da taxa de juro a pagar pela **Empresa AA** em 4%, acrescido de um *spread* de 1%, limitando a possibilidade de escalada da taxa de juro indexante do contrato até um valor de 7% (*cap*), prevenendo a queda abrupta da taxa de juro até aos 2% (*floor*). O *collar* do contrato são estes dois limites, o mínimo e o máximo. O fundamento existente no *collar* é prever duas situações a partir das quais deixe, quer para a **Empresa AA**, quer para o **Banco BB**, de ter interesse a manutenção da taxa fixada por meio do contrato de *swap* de taxa de juro. A operação subjacente ao *collar* prende-se com a inserção de limites mínimos e máximos, movendo-se a taxa

(193) Na mesma linha do que defende CALVÃO DA SILVA, quando nos diz que “(...) os tribunais, ao apreciarem um *swap*, não podem deixar de ver a floresta (...) pelo que se (...) ao cliente for reconhecido judicialmente a resolução do contrato por alteração das circunstâncias, o mesmo direito há-de ser reconhecido desta feita aos bancos nos *swaps* em que estão obrigados a pagar taxa fixa por troca com taxa variável”, para prosseguir dizendo que, “(...) basta pensar no seguinte: se os clientes conseguirem resolver os contratos de *swap* a pretexto da alteração anormal das circunstâncias em que se consubstanciaria a descida da Euribor, a mesma descida da Euribor haveria de valer desta vez em benefício dos bancos nos créditos à habitação a taxa variável concedidos a 30/40 anos: depressa pululariam as ações a intentar pelos bancos contra os milhares ou milhões de cidadãos, a pretexto de a descida da Euribor constituir uma alteração anormal das circunstâncias”. Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, cit., p. 371.

de juro de referência dentro destes limites⁽¹⁹⁴⁾. A motivação que subjaz ao contrato está na convicção que as partes têm em que as taxas de juro não se movimentam para fora do espectro estabelecido no contrato⁽¹⁹⁵⁾. Em alguns casos, as partes estabelecem que o *collar* pode dar lugar a um *barrier swap*⁽¹⁹⁶⁾, estatuindo que não se encontram dispostas a assumir riscos de variação diferentes daqueles que o contrato estabelece e, como tal, pretendem libertar-se, mediante o pagamento de um preço, do contrato aproveitando as oportunidades que as taxas de juro lhes conferem. Não será excessiva a referência, como alguma Doutrina defende, à ideia de que a não inserção de um *floor* no contrato, vigorará o *floor* natural de 0%⁽¹⁹⁷⁾, podendo a Euribor baixar até esse valor. Se é verdade que as partes, quando celebram um contrato de *swap* de taxa de juro, celebram, em larga medida, pela volatilidade do indexante, e portanto a subida e/ou descida do indexante é um dos riscos associados ao contrato⁽¹⁹⁸⁾, bem como uma das causas da sua celebração, não é menos verdade que a sujeição a toda e qualquer variação não é, de modo algum, aceitável nem compatível com a boa-fé. Entendemos, deste modo, que quando as partes celebram um contrato de *swap* de taxa de juro com um *collar* as partes preveem o risco que estão dispostas a assumir, por outras palavras, as partes convencionam o risco tolerável, o risco associado àquele contrato, sendo este o risco previsível. Quando se extrapola esta margem convencionada de risco, situamo-nos no risco imprevisível e possível de desencadear a alteração anormal das circunstâncias. Nem se entenda que da inserção de um limite mínimo que garantiria a taxa fixa convencionada as partes aceitam o cenário de descida abrupta

⁽¹⁹⁴⁾ Cf. JOHN-PETER CASTAGNINO, *cit.*, p. 76.

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. ALASTAIR HUDSON, *The Law on Financial Derivatives*, 2006, 4.^a ed., London: Sweet & Maxwell, p. 72.

⁽¹⁹⁶⁾ Parece poder afirmar-se que era este o tipo de contrato, ainda que apenas para uma das partes, constante do caso decidido no Ac. STJ, 10-10-2013, Proc. n.º 1387/11.5TBBC.L.G1.S1, (GRANJA DA FONSECA).

⁽¹⁹⁷⁾ Cf. CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p. 366.

⁽¹⁹⁸⁾ Em sentido similar, CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, pp. 366-367, dizendo que “(...) a volatilidade dos juros é o risco próprio do contrato”.

das taxas de juro⁽¹⁹⁹⁾, ou que, as partes abdicam do recurso ao instituto da alteração anormal das circunstâncias em face da inserção de um limite mínimo e máximo de manutenção da taxa de juro⁽²⁰⁰⁾. O que as partes fazem é, especificamente, dizer qual o risco assumido e quais as consequências em caso de ultrapassagem desse risco. As partes preveem assim o risco tolerável, o risco associado ao contrato.

Não se entenda, das nossas palavras, que somos favoráveis a um recurso constante à alteração das circunstâncias em todo e qualquer caso de variação da taxa de juro, porque esse entendimento não corresponde à verdade, aliás a própria legalidade de tal recurso é bastante duvidosa. Entendemos, isso sim, que o recurso deve ser feito, apenas em casos excecionais⁽²⁰¹⁾, mediante a verificação de todos os requisitos legais e de um último teste, concernente a uma modificação da base negocial em que as partes assentaram. Mais se diga que, pode existir uma alteração da base negocial objetiva e, naturalmente, uma alteração da base negocial do contrato. Pode acontecer que se verifique a existência dos chamados *error in futurum*, ou erros de previsão, desencadeando entre as partes a possibilidade de negociar a modificação do contrato

⁽¹⁹⁹⁾ Como parece ser o entendimento de CALVÃO DA SILVA, *Swap de Taxa de Juro: Inaplicabilidade do Regime da Alteração das Circunstâncias*, cit., p. 369.

⁽²⁰⁰⁾ Como refere PAULO MOTA PINTO, quando refere que “(...) o risco de variação das taxas de juro, em consequência de uma crise financeira global ou de outros eventos, está claramente coberto pelos “riscos próprios do contrato” de *swap* de taxa de juro”, para ainda referir que “(...) se o contrato de *swap* de taxas de juro em questão previu determinados intervalos ou barreiras como limites para a alteração das (taxas de juro e das) prestações devidas, e se a alegada alteração das circunstâncias, em resultado da crise financeira de 2008, se traduziu na ultrapassagem desses limites, convencionados pelas partes (...), não pode dizer que se tenha produzido qualquer “alteração anormal” de circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Isto, desde logo, porque tal alteração foi especificamente prevista pelas próprias partes ao estipularem quais as taxas que para efeitos do *swap*, seriam devidas quando fosse ultrapassada determinada barreira”. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), cit., p. 54.

⁽²⁰¹⁾ Dada a excecionalidade do instituto como bem ensina PAULO MOTA PINTO. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar* (continuado do n.º 3987, p. 413), cit., pp. 34 e 50.

segundo juízos de equidade, ou mesmo a anulação com base em erro sobre a base do negócio. Para se desencadear a faculdade de modificação do contratos, as alterações da base negocial, devem encontrar-se fora do escopo do contrato, como também, representarem uma anormal alteração das circunstâncias.

V Conclusões

O contrato de *swap* de taxa de juro, tanto pode ser tido como um contrato de troca ou permuta financeira, como pode ser tido, sendo até mais usual, como um contrato diferencial na modalidade de contrato de risco, tendo como funções, a cobertura ou gestão do risco da atividade reduzindo a incerteza da atividade empresarial; a especulação onde as partes lucram com a variação da taxa; e, finalmente, a arbitragem reduzindo os custos de financiamento, mediante a exploração das imperfeições do mercado, valendo aos mesmos os princípios da autonomia privada e liberdade contratual.

O contrato de *swap* de taxa de juro não deve ser considerado como integrante da exceção de jogo e aposta, uma vez que, para a existência de uma situação de jogo ou aposta, é necessário que ambas as partes tenham o *animus* de jogo ou aposta. Ademais, atuando uma das partes enquanto profissional — o intermediário financeiro — de forma organizada e regulada, essa recondução ao jogo ou aposta perde grande parte do seu fulgor. Não podemos deixar de referir que, enquanto o jogador cria risco para sua própria satisfação pessoal, assim destruindo valor, o investidor redireciona o risco em seu favor, com vista à obtenção de ganhos financeiros, em face da volatilidade do mercado.

Para que seja válido o recurso ao instituto da alteração anormal das circunstâncias é necessário que exista uma alteração anormal do quadro factual existente à data da celebração, que se situe fora dos riscos próprios do contrato, de forma contrária à boa-fé. Em face da remissão existente entre os arts. 252.º, n.º 2 e 437.º,

n.º 1 do CC, as circunstâncias que fundaram a decisão de contratar são equivalentes às circunstâncias que constituem a base do negócio. Para que possamos avaliar a possibilidade de aplicação do regime excecional da alteração das circunstâncias é necessário que se verifique uma alteração da base negocial do contrato de *swap* de taxa de juro, que se encontre fora da esfera de risco que as partes associaram àquele contrato, não é qualquer risco que fundamenta o recurso ao instituto, mas apenas aqueles que alterem de forma grave e permanente a base negocial em que as partes assentaram, de modo imprevisível.

Em suma, defende-se que, não só o contrato em apreço se afigura como, regra geral, válido, sendo inaplicável o regime do jogo e aposta, como também, se defende, de igual modo, com bastantes reservas a aplicação do regime da alteração das circunstâncias em face da possível insegurança jurídica que pode trazer a todos os contratos de crédito afetados pela descida abrupta da EURIBOR no período posterior à crise.

ESPECTÁCULOS DESPORTIVOS, FORMATOS TELEVISIVOS E DIREITO DE AUTOR

Pelo Dr. Manuel Oehen Mendes(*)

SUMÁRIO:

I. Delimitação do objecto do Direito de Autor. **II.** O direito conexo dos organismos de radiodifusão. **III.** Forma *versus* conteúdo no Direito de Autor. **IV.** Os formatos televisivos. **V.** Breve referência ao direito comparado. **VI.** A jurisprudência dos tribunais portugueses. **Referências bibliográficas.**

SUMMARY:

I. Scope of copyright. **II.** The neighboring rights of broadcasting organizations. **III.** Form *versus* content in copyright law. **IV.** Television formats. **V.** Brief reference to comparative law. **VI.** The case law of Portuguese courts. **Selected bibliography.**

Resumo

Os espectáculos desportivos e os formatos televisivos são dois exemplos paradigmáticos de *realidades imateriais* que, não constituindo, em princípio, *bens* tutelados pelo Direito de Autor ou pelos Direitos Conexos, são frequentemente “*licenciados*” aos seus utilizadores, que estão dispostos a pagar por isso. Fazendo crer, num juízo de senso comum, que estamos em presença de *bens imateriais* protegidos

(*) Advogado especialista em Direito da Propriedade Intelectual (OA). Docente convidado da UCP/Porto <ybom@netcabo.pt>.

por direitos de exclusivo. As razões para tal são bem conhecidas e comuns a outras situações análogas: interesses comerciais *recíprocos* das empresas envolvidas, relações de *dependência* do “licenciário” ou o simples desejo de *evitar* dispendiosos *litígios* judiciais por parte do utilizador. O presente trabalho, centrando-se sobremaneira no caso particular dos *formatos* televisivos, tem por finalidade contribuir para o esclarecimento do *significado jurídico*, sobretudo do ponto de vista do Direito de Autor, do referido *objecto* daquelas práticas empresariais *consensuais* de “licenciamento”.

Abstract

Sports events and television formats are two paradigmatic examples of *immaterial realities* that do not, in principle, constitute *subject matter* protected by copyright or related rights, but that are normally “licensed” to users, who are willing to pay. Common sense tells us, however, that we are in the presence of intangible *assets* protected by exclusive rights. The reasons for this are well known and common to other similar situations: *reciprocal* commercial interests of the companies involved, *dependency* of the “licensee” or the simple desire to avoid costly litigation by the user. Focusing primarily on the particular case of television formats, this paper aims to contribute to the clarification of the *legal meaning* of the object of such *consensual* business practices of “licensing”, from the perspective of copyright.

Palavras-chave

ACESSO CONDICIONAL; CONCORRÊNCIA DESLEAL; CRIAÇÃO ARTÍSTICA; DIREITO AO ESPECTÁCULO; DIREITO DE ACESSO; DIREITOS TELEVISIVOS; EMISSÕES DE RADIODIFUSÃO; ESPECTÁCULO DESPORTIVO; FORMA DE EXPRESSÃO; FORMA EXTERNA; FORMA INTERNA; FORMATOS TELEVISIVOS; LICENÇAS; MEDIDAS DE PROTECÇÃO TECNOLÓGICAS; MEMÓRIA DESCRITIVA; *NUMERUS CLAUSUS*; OBRA ORIGINAL; PROTECÇÃO DAS IDEIAS; REGRAS DOS JOGOS; SÉRIES TELEVISIVAS; TIPICIDADE.

Keywords

CONDITIONAL ACCESS; UNFAIR COMPETITION; ARTISTIC CREATION; PERFORMANCE RIGHTS; ACCESS RIGHTS; TELEVISION RIGHTS; BROADCASTS; SPORTS EVENTS; FORM

OF EXPRESSION; EXTERNAL FORM; INTERNAL FORM; TELEVISION FORMATS; LICENSES; TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURES; SCRIPTS; *NUMERUS CLAUSUS*; ORIGINAL WORK; PROTECTION OF IDEAS; GAME RULES; TELEVISION SERIES; LEGAL TYPE.

I. Delimitação do objecto do Direito de Autor

1. Num acórdão relativamente recente do Tribunal de Justiça da União Europeia⁽¹⁾, em que se discutiam os direitos relativos às transmissões televisivas de eventos desportivos organizados pela “*Football Association Premier League — FAPL*” inglesa, foi fixada importante jurisprudência relacionada com o problema da protecção concedida (ou não) àqueles eventos por parte do Direito de Autor na União Europeia.

Permitimo-nos transcrever as seguintes passagens desta decisão do Tribunal de Justiça:

- 96 *A este respeito, há que salientar que a FAPL não pode invocar um direito de autor sobre os próprios jogos da «Premier League», uma vez que eles não podem ser qualificados como «obra».*
- 97 *Com efeito, para terem essa qualificação, era necessário que o objecto em causa fosse original, no sentido de constituir uma criação intelectual própria do seu autor (vide, neste sentido, acórdão de 16 de Julho de 2009, Infopaq International, C-5/08, Colect., p. I-6569, n.º 37).*
- 98 *Ora, os eventos desportivos não podem ser considerados como criações intelectuais qualificáveis como obras, no sentido da*

(1) Ac. TJUE (Grande Secção) “*Football Association Premier League — FAPL*”, de 4 de Outubro de 2011, C-403/08 e C-429/08.

directiva direitos de autor: O mesmo vale, em especial, para os jogos de futebol, enquadrados por regras que não deixam margem para uma liberdade criativa, no sentido do direito de autor:

- 99 *Nestas condições, estes jogos não podem ser protegidos a título de direito de autor. É aliás sabido que o direito da União não os protege a nenhum título no domínio do direito da propriedade intelectual.*
- 100 *Assim sendo, os eventos desportivos, enquanto tais, têm um carácter único e, nesta medida, original, que pode transformá-los em objectos dignos de protecção comparável à protecção de obras, podendo essa protecção ser eventualmente concedida pelas diferentes ordens jurídicas internas.*

Com efeito, sobre as *actividades desportivas* ou acrobáticas não incide qualquer *direito de autor*, porque estas actividades não se traduzem num resultado criativo da actividade intelectual, com um cunho pessoal, dos intervenientes nessas actividades. Configurando antes uma expressão *da destreza* ou das *capacidades físicas* dos atletas, que tentam obter a maior perfeição ou as melhores *performances*, de acordo com as regras fixadas para cada jogo ou modalidade desportiva, sem espaço para a expressão/exteriorização de formas relevantes de criatividade artística ou intelectual⁽²⁾.

Sem prejuízo, como é natural, do *direito à imagem* dos atletas envolvidos, nomeadamente enquanto forma de exploração da vertente comercial desse direito de personalidade, mais conhecido no

(2) Cf. REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, 17.^a ed., C. H. Beck, Munique, 2015, p. 71, anot. 213; AXEL NORDEMANN, in FROMM/ NORDEMANN, *Urheberrecht*, 11.^a ed., Kohlhammer, Estugarda, 2014, anot. 134 ao § 2.º UrhG; LOEWENHEIM, in SCHRICKER/ LOEWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C. H. Beck, Munique, 2010, anot. 131 ao § 2 UrhG. PIERRE-YVES GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9.^a ed., PUF, Paris, 2015, p. 91, excepciona as provas desportivas de natureza artística (p. ex., a patinagem, a ginástica rítmica, a natação sincronizada, etc.), mesmo que uma parte dos “movimentos desportivos” executados seja *imposta* pelas “regras do jogo”. No mesmo sentido, destacando que nos eventos desportivos predominam a força, a habilidade e a valentia, em vez da criação espiritual, RODRIGO BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 171.

direito norte-americano, onde teve origem, como “*right of publicity*”(3).

2. Por outro lado, o nosso direito positivo, sujeito a um *princípio de tipicidade* dos bens ou prestações imateriais protegidos, também não consagra um *direito conexo* dos direitos de autor sobre o *espectáculo em geral*, isto é, independentemente da natureza do seu objecto, cujo titular seria, naturalmente, o *empresário* ou produtor do espectáculo — e não qualquer dos seus participantes — e cuja justificação assentaria numa prestação de natureza *económico-organizativa*.

A única excepção parece ser a que se traduz no direito atribuído ao empresário que organiza espectáculos que envolvam a *representação cénica* de obras dramáticas, dramático-musicais, coreográficas ou outras de natureza análoga (cf. art. 107.º, do CDADC)(4), de autorizar ou proibir a sua radiodifusão, reprodução em fonograma ou videograma, filmagem ou exibição, conforme se encontra *tipificado* no art. 117.º, CDADC; e com uma duração que, na falta de específica disposição legal, só poderá ser a que resulta do art. 183.º, n.º 1, al. a), CDADC: 50 anos contados da representação ou execução pelo artista intérprete ou executante, aliás o prazo mais curto actualmente previsto na legislação nacional para a duração dos direitos conexos(5).

(3) Sem confundir este direito à imagem com o *direito às imagens* do evento em que os atletas participam, as quais fariam parte do objecto de um pretensão “direito ao espectáculo”, cujo titular seria o respectivo empresário promotor. Sobre o controverso “*right of publicity*”, vide, p. ex., a síntese de MARSHALL LEAFFER, *Copyright Law*, 6.ª ed., LexisNexis, New Providence (NJ), 2014, pp. 44, ss. Para o caso particular do direito à imagem dos desportistas portugueses, para além do trabalho adiante citado de CLAUDIA TRABUCO (nota 9), vide o curioso artigo de CHRISTIAN FRANK, *Der Prince und seine Bilder*, *GRUR Int.* (2015), pp. 1108, segs.

(4) Uma excepção circunscrita, portanto, ao domínio dos eventos *culturais*.

(5) A Lei do Direito de Autor alemã (“*Urheberrechtsgesetz*”) de 1965 consagrou um direito conexo semelhante no seu § 81, mas com uma duração mais adequada de apenas 25 anos (cf. § 82 UrhG). A existência deste direito conexo tem sido muito criticada pela doutrina germânica, designadamente por o considerarem *desnecessário* (“*In der Praxis scheint ein Bedürfnis nach einem gesonderten Leistungsschutz des Veranstalters auch nicht zu bestehen*”) e *limitativo dos direitos dos artistas*, que só poderão exercê-los em toda a sua plenitude se organizarem eles próprios os seus espectáculos. O direito de acesso (“*Hausrecht*”), assegurado pelo Código Civil (§§ 858 e 1004 BGB), e o direito da concor-

O que não prejudica, como é óbvio, o direito do produtor do espectáculo controlar quer as condições do *acesso* ao mesmo, quer os *comportamentos* admitidos aos espectadores (fotografar, filmar, radiodifundir, etc.)(⁶). Ou de fazer valer, consoante as circunstâncias, as normas relativas à concorrência desleal, ao direito das marcas ou outras porventura aplicáveis nas circunstâncias de cada caso concreto.

Um direito conexo do empresário sobre o espectáculo em geral, nomeadamente sobre o espectáculo desportivo, com origem *consuetudinária* e âmbito universal (?), sem determinação positiva do respectivo *conteúdo*, nem *prazo* de duração estabelecido por lei, como defende, entre nós, p. ex., o Prof. OLIVEIRA ASCENSÃO(⁷), não nos parece compatível com o carácter *excepcional* da atribuição destes direitos, com a correlativa *taxatividade ou numerus clausus dos bens imateriais protegidos* e com a *tipicidade dos poderes atribuídos* por cada um deles, a benefício da indispensável certeza e segurança jurídicas que este ramo do Direito privilegia de forma muito especial(⁸).

rência desleal, entre outras disposições legais, proporcionariam uma protecção satisfatória dos interesses do empresário. Razão pela qual a mais reputada doutrina alemã propõe, *de lege ferenda*, a *revogação* do § 81 UrhG, harmonizando o direito alemão com a generalidade das legislações europeias e não só, as quais não reconhecem qualquer direito conexo sobre o espectáculo. Cf. VOGEL, *in* SCHRICKER/LOEWENHEIM, *ob. cit.*, anot. 10 a 14 ao § 81 UrhG.

(⁶) Este *direito de acesso* abrange, hoje em dia, não apenas os espaços físicos tradicionais, como também os *espaços virtuais*, os serviços da sociedade da informação, de televisão ou de radiodifusão de *acesso condicional*, nos termos da lei das comunicações electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, com sucessivas alterações posteriores).

(⁷) *Der Schutz von Veranstaltungen kraft Gewohnheitsrecht*, GRUR Int. (1991), pp. 20 ss.; *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 590, segs; *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 300, segs.

(⁸) A jurisprudência portuguesa já reconheceu, a este propósito, que “[h]oje em dia (...) o direito consuetudinário deixou de ter qualquer relevância no mundo do direito privado em geral e, portanto, também na área da televisão. Em face do exposto, temos de manifestar a nossa total discordância com a sentença recorrida ao considerar que o direito ao espectáculo teria fonte consuetudinária e não legal (... ‘estar-se-ia, assim, perante um novo direito intelectual, introduzido pela via do costume’), e como procedente a tese substanciada nesta conclusão da apelante.” — Ac. TRLxa., de 2 de Novembro de 2000, *Col. Jur.*, Ano XXV, 2000, T. V, pp. 71, segs. (p. 73). Não obstante, o posterior Ac. STJ, de 21 Maio de 2009 (Proc. 4986/06.3TVLSB.S1, relator Cons. CUSTÓDIO MONTES), <www.dgsi.pt>, abraçou por inteiro a tese da existência na nossa ordem jurídica de um *direito intelectual* sobre o espectáculo desportivo, que pertencerá ao dono desse mesmo espectáculo, mas cuja fonte legal (ou consuetudinária?) é prudentemente omitida

A previsão de soluções legais específicas noutras ordens jurídicas, como acontece, p. ex., com a solução adoptada pela lei do desporto brasileira (cf. art. 42.º da Lei n.º 9.615, de 24 de Março de 1998, ou “Lei Pelé”, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 12.395, de 2011)⁽⁹⁾, em nada influencia as conclusões a que chegámos, por virtude do *princípio da territorialidade* que vigora em matéria de direitos de autor e de direitos conexos. Por outra parte, também nada impede, *de lege ferenda*, se isso for considerado oportuno e conveniente pelo legislador nacional, a criação de um *novo direito conexo*, análogo ao do art. 117.º, CDADC, que vise impedir a comunicação ao público ou a transmissão não autorizadas dos espectáculos desportivos⁽¹⁰⁾.

3. O Supremo Tribunal alemão, por sua vez, foi um pouco mais longe e considerou, num determinado caso concreto, que o *espectáculo desportivo* não será sequer uma prestação empresarial (“*Leistungsergebnis*”) que mereça ser tutelada pela lei da concorrência desleal (UWG):

A divulgação, num portal da Internet, de imagens de partes de jogos de futebol organizados, numa dada região, por uma associação de futebol amador em conjunto com os clubes seus associados (aqui: jogos da liga associativa), não viola de forma desleal qualquer direito de exploração exclusiva daquela associação, que se possa fazer derivar directamente do § 3 UWG⁽¹¹⁾.

no texto da decisão. A protecção ou não pelo Direito de Autor ou pelos Direitos Conexos dos espectáculos desportivos, ou de outros espectáculos análogos, pode ter, além do mais, imediata importância prática, designadamente do ponto de vista fiscal, uma vez que não é raro suceder que os proveitos resultantes da exploração de direitos de autor gozem de um regime tributário mais favorável em certas ordens jurídicas.

⁽⁹⁾ Cf. CLÁUDIA TRABUCO, *O direito ao espetáculo e o direito à imagem dos desportistas — cotejo dos Direitos Português e Brasileiro, Desporto & Direito*, n.º 29 (Janeiro/Abril 2013), pp. 129, segs. (em especial, pp. 140, segs.).

⁽¹⁰⁾ Cf. DREIER, in DREIER/SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz — Kommentar*, 5.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2015, anot. 16 da Introdução aos §§ 70 ss. UrhG. No mesmo sentido e numa perspectiva de conformidade com o direito da UE, cf. Ac. TJUE, “*C More Entertainment AB v. Linus Sandberg*”, de 26 de Março de 2015, C-279/13.

⁽¹¹⁾ Decisão do BGH, de 28/10/2010, I ZR 60/09 (n.º 2 do respectivo sumário) e *GRUR* (2011), pp. 436, segs., com anotação de ANSGAR OHLY. Criticando a decisão do OLG

Esta jurisprudência — mesmo que não exclua a aplicação das normas da concorrência desleal em todas e quaisquer circunstâncias⁽¹²⁾ — poderá parecer algo surpreendente, mas temos de levar em linha de conta que foi sempre pacífico na melhor doutrina que os espectáculos desportivos não podem ser qualificados como uma obra protegida pelo Direito de Autor⁽¹³⁾ ou sequer como uma *prestação* objecto de direitos conexos⁽¹⁴⁾.

4. O conjunto das decisões a que fizemos referência constituem importantes exemplos destinados a evidenciar que o Direito de Autor, protegendo apenas criações do espírito humano, não alcança *todos* os resultados da actividade intelectual humana, mas apenas aqueles resultados dessa actividade intelectual que possam ser considerados como *obras* do domínio artístico, científico ou literário. As demais criações do espírito humano, com excepção daquelas que são protegidas pelo Direito Industrial, são *bens imateriais livres* e disponíveis ou *res communis omnium* que, de acordo com o princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica e cultural, podem ser utilizados por todos, a benefício da concorrência e da comunidade em geral.

Dito de outra forma, o Direito de Autor e o Direito Industrial, ramos do Direito que protegem e incentivam a produção de bens imateriais de diversa natureza, estão sujeitos a um princípio de

Stuttgart, de 19.03.2009, revogada por este acórdão do BGH, tendo como pressuposto que não existe qualquer direito de autor ou direito conexo sobre os espectáculos desportivos, TIMO EHMANN, *Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?*, *GRUR Int.* (2009), pp. 659, segs.

(12) Cf. n.º 23, segs.

(13) Cf. Autores e obras citados supra nota 2.

(14) Cf. SCHÄFER, in FROMM/NORDEMANN, *ob. cit.*, anot. 10 a 12 ao § 81 UrhG e jurisprudência aí mencionada; VOGEL, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, *ob. cit.*, anot. 19 ao § 81 UrhG. Com muita clareza, DREIER, in DREIER/SCHULZE, *ob. cit.*, anot. 16 ss. à Introdução aos §§ 70, ss. UrhG: os interesses dos promotores dos eventos desportivos estão suficientemente acautelados pelo direito a controlar o acesso ao recinto desportivo, pela responsabilidade aquiliana e pelo direito da concorrência desleal; “*como não estamos em presença de um direito de exclusivo, a autorização do organizador do espectáculo desportivo não configura uma cedência de direitos em sentido jurídico, mas sim um consentimento relativamente a intromissões que o promotor do espectáculo poderia proibir em resultado das posições jurídicas que lhe assistem*” (anot. 17).

numerus clausus, de contornos talvez mais rigorosos no Direito Industrial do que no Direito de Autor, mas sempre tendo por resultado a *taxatividade* de um “catálogo” transparente dos bens imateriais protegidos e, por exclusão de partes, dos bens imateriais não protegidos.

A regra, porém, é a da liberdade de usufruição pela sociedade em geral das criações do espírito humano. A excepção é a sua protecção, nomeadamente através da atribuição de direitos subjectivos de natureza exclusiva aos respectivos criadores ou aos seus sucessores legais. O público, esse terá sempre de saber com clareza aquilo com que conta.

5. A justificação desta regra de liberdade tem a ver com a natureza imaterial destes bens e com a forma como eles são produzidos. Apesar do contributo individual que os caracteriza, provêm sempre do caldo cultural e dos conhecimentos adquiridos ao longo dos séculos pela humanidade, de quem são, necessária e directamente, tributários.

Só quando existem motivos especialmente ponderosos é que o legislador intervém, pesando todos os interesses em confronto, e atribui protecção a alguns deles. Como acontece com as obras literárias e artísticas, de forma a *incentivar a sua produção* e a proporcionar uma *justa remuneração* aos respectivos autores e descendentes.

Como estamos em presença de excepções à regra, não se protegem bens imateriais que não figurem no “catálogo”, designadamente por recurso à analogia ou ao argumento de maioria de razão (interpretação enunciativa). Os bens imateriais que o legislador não quis proteger expressamente, como se disse, são *bens livres*, susceptíveis de serem aproveitados por todos, sem necessidade de autorizações ou qualquer custo social adicional.

O carácter ubíquo destes bens possibilita o seu aproveitamento infinito sem qualquer inconveniente para quem os queira desfrutar, incluindo o respectivo autor que, neste caso, não será remunerado especialmente pela sua actividade criativa.

Do ponto de vista do *interesse público*, só se justifica impedir ou limitar o acesso e a usufruição destes bens, em termos universais, reti-

rando-os ao acervo destinado a integrar o domínio público, quando e na justa medida em que isso seja *indispensável* para estimular a sua produção e para compensar especialmente os seus autores.

Se a realização de uma determinada categoria de criações intelectuais, por exemplo, os métodos inovadores para fazer negócios na Internet, estiver assegurada sem necessidade de incentivos especiais, para além das oportunidades de negócio que eles próprios são susceptíveis de originar, e se essas criações puderem ser suficientemente remuneradas pela sua utilização em regime de concorrência com outras alternativas no mercado, nesse caso não haverá justificação para fazer intervir o Direito de Autor, como forma de criar condições excepcionais para a sua protecção e remuneração.

6. Por outra banda, também não devem ser protegidas as criações intelectuais que, ao serem objecto de um direito de exclusivo por parte do seu autor, contribuam, não para estimular a criação de novas obras, mas sim para *impedir* ou *limitar* a sua criação e desenvolvimento.

Ora, é um dado assente que a protecção das ideias, conceitos, métodos, sistemas, princípios, etc., limitaria drasticamente a criação de novas formas de expressão artística independentes baseadas nessas mesmas ideias, conceitos, esquemas, etc., contrariando, assim, frontalmente, a *policy* e a justificação destas formas de protecção especialmente encontradas pelo ordenamento jurídico para produzir o efeito contrário.

Como assinala o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, “*sustenta-se categoricamente que não há propriedade ou exclusividade de ideias. As ideias, uma vez concebidas, são património da humanidade. É inimaginável um sistema em que as ideias de alguém fossem restritas na sua utilização*”⁽¹⁵⁾.

E acrescenta ainda este Autor:

Também não podem ser tutelados os processos, seja de que género forem. (...) A obra não é uma ideia de acção. Um plano de estratégia militar não é uma obra que nos interessa.

(15) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 58.

O problema tem sido muito discutido a propósito de esquemas publicitários, de guiões para concursos de televisão, etc. Aqui a ideia comandaria uma determinada execução, que se visaria proibir. Mas esta protecção, ou cabe em qualquer dos quadros da propriedade industrial, ou não se admite. A ideia em si, quer seja ou não reitora de actividade humana de excepção, não é objecto de protecção em termos de direito de autor⁽¹⁶⁾ (destaque nosso).

Enfim, também não são protegidos os temas. Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. (...) Um filme sobre um extraterrestre, por mais inventivo, não impede a erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema⁽¹⁷⁾.

7. O objecto do Direito de Autor são as obras artísticas, científicas e literárias, pelo que convirá precisar um pouco melhor o que deve entender-se por *obra*, no contexto deste ramo do Direito.

A lei portuguesa não nos dá uma noção de *obra*, embora os arts. 1.º, n.º 1, 2.º e 3.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) circunscrevam a protecção conferida pelo Direito de Autor às obras que possam ser havidas como *originais*.

Interpretando estes preceitos em articulação com a disposição que exclui expressamente as *ideias* do universo dos objectos passíveis de protecção pelo Direito de Autor (art. 1.º, n.º 2, do CDADC), por obra deve entender-se a criação intelectual que é capaz de dar uma determinada *forma* a uma realidade substantiva (pensamento) que lhe subjaz. Sendo que esta realidade ou substrato poderá dar lugar a *múltiplas formas de expressão* independentes, razão pela qual esse substrato terá de ser deixado *livre*, a benefício da criatividade individual que se pretende estimular. Ou seja, sob pena de se estancar uma boa parte da actividade indutora do aparecimento de novos bens culturais.

Como sustenta o Supremo Tribunal de Justiça, “*O direito de autor tutela necessariamente as criações do espírito humano por*

⁽¹⁶⁾ *Últ. ob. cit.*, pp. 59, s.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 60.

qualquer modo exteriorizadas, não sendo por ele tutelados nem as ideias, nem os processos, nem os temas, recaindo a protecção sobre a forma, que constitui, assim, a essência da obra” (destaque nosso)⁽¹⁸⁾.

Uma obra protegida é, em regra, uma *forma de expressão* individual de uma determinada substância ou conteúdo conceptual, mas pode igualmente consistir numa mera forma de expressão sem qualquer ideia subjacente. Em qualquer caso, só a forma de expressão será relevante para efeitos do Direito de Autor⁽¹⁹⁾.

Para além disso, estas formas de expressão só assumem significado para o Direito de Autor se forem formas *criativas* e pertencerem ao domínio *artístico e literário*. Por criativo entende-se o que é original, ainda que construído, o mais das vezes, a partir de substratos comuns a várias formas de expressão já conhecidas. Original é a forma de expressão *individual*, isto é, a que provém da actividade intelectual do seu autor e que não é *cópia* de uma forma de expressão alheia.

II.

O direito conexo dos organismos de radiodifusão

O art. 187.º, do CDADC, atribui aos organismos de radiodifusão sonora ou visual um direito de exclusivo de autorizar ou proibir um vasto leque de utilizações das suas *emissões* de radiodifusão, por fio ou sem fio. Com este privilégio, os organismos de radiodifusão podem negociar com os organizadores dos espectáculos desportivos (ou de eventos análogos) o *acesso* (“*Hausrecht*”) aos respectivos recintos e a permissão para filmar, foto-

⁽¹⁸⁾ Ac. STJ, de 23/03/2000, *Col. Jur.*, Ano VIII (2000), T. I, p. 143.

⁽¹⁹⁾ Pugnando, todavia, por uma proibição da *cópia servil* das ideias alheias para fins exclusivamente comerciais, quando estejam disponíveis possíveis alternativas, cf. JÜRGEN OECHSLER, *Die Idee als persönliche geistige Schöpfung — Vom Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen*, *GRUR* (2009), pp. 1101, segs. (em particular, pp. 1104, segs.).

grafar, gravar, comunicar, radiodifundir, colocar à disposição do público, etc. aqueles espectáculos, pelos meios tecnológicos julgados mais adequados: os impropriamente chamados acordos de “licenciamento” dos “direitos televisivos” dos clubes ou das associações desportivas.

O direito conexo dos organismos de radiodifusão não pressupõe, para existir e para poder ser exercido, que o objecto da transmissão seja constituído por obras ou prestações protegidas, respectivamente, pelo direito de autor ou pelos direitos conexos⁽²⁰⁾. A *emissão de radiodifusão*, por fios ou sem fios, de um jogo de futebol goza, p. ex., da mesma protecção da transmissão de um filme ou de uma representação cénica.

Para além do exercício dos poderes que resultam directamente deste direito conexo, os organismos de radiodifusão podem ainda fazer valer a defesa dos seus interesses e dos interesses daqueles com quem negociaram, através dos instrumentos que são postos à sua disposição pela lei das comunicações electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro), que lhes garante a inviolabilidade das emissões *codificadas*, sujeitas a um *acesso* que está *condicionado* pela obtenção da respectiva autorização, e pela tutela conferida pelos arts. 217.º, segs., do CDADC, às *medidas de protecção tecnológica* dos direitos de autor e dos direitos conexos⁽²¹⁾.

III.

Forma *versus* conteúdo no Direito de Autor

1. A monopolização de ideias, métodos, processos, conceitos, etc., só se justifica em situações muito excepcionais, como é o caso, por exemplo, das patentes de invenção, tuteladas, mediante a verificação de exigentes requisitos materiais, pelo Direito Industrial. Os custos sociais destes monopólios são extraordinariamente

⁽²⁰⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, cit., p. 577.

⁽²¹⁾ Para estas últimas medidas, cf., p. ex., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 364, segs.

elevados e não se justificam, seguramente, no domínio das criações artísticas e literárias.

Por outra parte, o exclusivo das ideias impede a desejada multiplicação das diversas formas possíveis de expressão dessas mesmas ideias, o que seria desastroso do ponto de vista do estímulo à criação cultural. Tal eventualidade significaria o estiolar das criações intelectuais no domínio das mais diversas artes, com enormes custos para a comunidade em geral, que se veria privada do fluxo constante de novos bens culturais para seu desfrute.

Esta é a razão pela qual o Direito de Autor nunca protegeu as ideias, os princípios, as regras, os esquemas, os métodos de acção, etc., mas apenas e tão só as *formas de expressão* dessas ideias e conceitos, que são potencialmente muito diversificadas e que se desejam o mais numerosas possíveis (razão de ser da protecção).

A monopolização de ideias seria algo de inconcebível, uma vez que a sua reprodução e divulgação são indispensáveis ao diálogo social; são imprescindíveis para o debate, para a crítica e para a comunicação entre as pessoas; enfim, para o próprio conhecimento e progresso das ciências e das artes. Para além de que essas mesmas ideias são a matéria-prima de toda a criação cultural que o Direito de Autor visa estimular e proteger e não impedir ou limitar.

Assim, o art. 1.º, n.º 1, do CDADC, dispõe que se consideram *obras* as criações do domínio literário, científico e artístico *por qualquer forma exteriorizadas*, o que é corroborado pelo teor da enumeração exemplificativa das obras protegidas elencada nos arts. 2.º e 3.º do mesmo Código.

2. Traçar a linha de demarcação entre o conteúdo (livre) e a forma de expressão (protegida) da obra artística, científica ou literária sempre foi uma tarefa difícil para a dogmática do Direito de Autor. O objecto do presente trabalho não justifica um aprofundamento até ao detalhe desta questão doutrinária, mas impõe seguramente que se diga, com a mais convincente doutrina europeia, que seja qual for a extensão dada ao objecto da protecção do direito subjectivo do autor, ela nunca poderá abranger o que constitui a *matéria-prima* da própria criatividade, para que esta possa prospe-

rar sem ficar asfiziada por um qualquer excesso de proteccionismo injustificável.

Como escreve GILLIAN DAVIES, “(...) *the protection given the copyright owner should not stifle independent creation by others. Thus, other people should be able to use the work in the sense that there is no monopoly in the ideas or facts contained therein but only in the form in which they are expressed*”⁽²²⁾.

IV. Os formatos televisivos

1. As obras audiovisuais são, sem dúvida, um género de obras protegidas pelo Direito de Autor, no que concerne à sua forma de expressão original. Nos programas de televisão, modalidade de obra audiovisual, o conceito de formato designa a *ideia* ou o *esquema* que serviu de base ao programa ou que nele se pode ver consubstanciado. O formato de um programa de televisão pode ser definido como o conjunto dos aspectos que caracterizam a sua *estrutura* e lhe fixam uma certa *dinâmica*, fazendo com que o público, apesar das diferentes formas de expressão dos vários temas abordados, consiga identificar, sem mais, cada emissão como parte de uma sequência de outras emissões. Dependendo de caso para caso, o formato poderá consistir em elementos característicos muito variados. Para além do nome e do genérico do programa, poderá existir ainda um *conceito-chave* que determina o seu desenrolar, a presença de determinados colaboradores, um certo tipo de apresentação, a utilização de repetidas expressões de linguagem ou de frases distintivas, uma determinada ordem de apresentação, a utilização de melodias ou cores distintivas, a decoração dos cenários ou a presença de outros elementos, a duração do programa e das respectivas contribuições, ou uma determinada técnica de filmagem, ilu-

⁽²²⁾ GILLIAN DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2002, p. 276.

minação e corte. O formato de um programa de televisão, no qual elementos distintivos deste tipo se conjugam e interagem entre si, constitui um *arquetipo* que servirá de base a todos os novos episódios do mesmo programa. Não se trata, normalmente, de dar *forma* ou de configurar uma determinada matéria, mas de algo mais parecido com um *planeamento* ou com um aglomerado de *instruções* para a produção de um resultado. Um *esquema* ou *fluxograma* destinado a servir de base à criação de novos programas similares. O programa televisivo inicial, que adota o formato, irá, depois, servir de *modelo* para as restantes emissões.

Os formatos são, numa palavra, os “*esqueletos conceptuais*” sobre os quais se constroem a maior parte dos programas de televisão actuais, cada um deles com a sua concreta forma de expressão individual e originalidade própria, apesar de todas as semelhanças que possam resultar da existência de um “esqueleto” comum. Tal como as pessoas, todas diferentes, apesar da presença de um esqueleto semelhante em cada uma delas.

2. Dos formatos costumam distinguir-se as *séries de televisão*. As séries televisivas caracterizam-se pelo seu *carácter ficcional*. Contam, em vários episódios, um *enredo*, que se vai desenvolvendo e que fica marcado, em larga escala, pelas personagens e pelo meio em que estas se inserem. Quando se coloca a questão de saber se estas séries, enquanto tais, estão ou não protegidas pelo Direito de Autor, tem-se, normalmente, de apurar se, relativamente aos elementos da série — designadamente em relação à *efabulação* ou à “*trama*” — se poderão ou não fazer valer os direitos destinados à protecção das *obras originais*. Pelo contrário, nos formatos dos programas de entretenimento televisivo não está em causa a criação de um mundo ficcional, do qual resultam os restantes episódios individuais. Não são os elementos do enredo que unem as emissões dos programas de entretenimento, mas sim o seu similar *esquema construtivo*⁽²³⁾.

(23) Cf. Ac. do Supremo Tribunal alemão (BGH), conhecido por “*Sendeformat*”, de 26.06.2003, a que adiante se fará mais detalhada referência, *GRUR* (2003), p. 878, n.º 3, *aa*); SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, *ob. cit.*, anot. 216 ao § 2 UrhG.

V.

Breve referência ao direito comparado

1. A protecção dos formatos televisivos tem sido objecto de alguma polémica, sobretudo na doutrina alemã.

Todos estão, porém, de acordo que as ideias, os processos, os sistemas, os métodos ou os princípios, *per se*, não são matéria susceptível de protecção pelo Direito de Autor.

No entanto, alguma doutrina defende que a indústria dos formatos televisivos carece de protecção e que esta se justifica pelo carácter criativo dos conceitos-chave que constituem o cerne desses formatos televisivos⁽²⁴⁾. De facto, a indústria dos formatos é uma indústria bastante poderosa e muito concentrada, que tem conseguido impor internacionalmente um regime de “licenças” aos seus múltiplos clientes, apesar de ser mais do que questionável que estas realidades imateriais possam alguma vez ser consideradas obras protegidas pelo Direito de Autor e, assim, obras transacionáveis à sombra do seu regime jurídico. Situação idêntica ocorre igualmente em relação aos espectáculos desportivos, como fizemos referência no início deste trabalho. Também aí são frequentes as “licenças” de exploração de “pseudodireitos” sobre bens imateriais⁽²⁵⁾. Na verdade, nem sempre as práticas económicas assentam em bases jurídicas que as justifiquem, mas sim em razões de outra natureza. Por exemplo, na existência de *interesses comerciais recíprocos* das empresas envolvidas, em situações de *dependência* ou na simples preocupação de evitar os custos avultados de eventuais *litígios* judiciais de desfecho mais do que incerto⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Neste sentido, criticando a jurisprudência dominante, cf., p. ex., HEINKELEIN/FEY, *Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht*, *GRUR Int.* (2004), pp. 378, segs. e 389, segs.

⁽²⁵⁾ Outros possíveis exemplos serão, porventura, o da prestação de um analista político ou de um membro de um painel de um programa de comentário desportivo, os ensinamentos de um professor, a direcção da orquestra por um maestro, etc. Sobre este tipo de *res incorporales*, por oposição aos *bens imateriais* protegidos pelo Direito da Propriedade Intelectual, cf. KAMEN TROLLER, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2.^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2006, pp. 16, segs.

⁽²⁶⁾ Como afirma STEFAN BECHTHOLD, *The Fashion of TV Show Formats*, *Michigan State Law Review* (2013), pp. 480, segs., “*Licensing buys legal certainty*”. Este mesmo

Esta posição de alguma doutrina alemã encontra as suas raízes na concepção de ULMER, segundo a qual a difícil dicotomia que se pretende estabelecer entre o conteúdo e a forma de expressão da obra deverá ser superada. ULMER, embora admitindo importantes excepções, como a que regista para o caso das obras científicas, defendeu sempre que o que é decisivo nesta matéria não é tanto a distinção entre a *forma* e o *conteúdo*, mas sim a questão de saber se a obra tem ou não *individualidade própria*, em relação a tudo o que já é conhecido, independentemente do facto de esta individualidade incidir sobre o conceito/substância da obra ou sobre a forma de expressão desse conceito⁽²⁷⁾.

2. Por outro lado, certa doutrina alemã mais recente tem vindo a distinguir entre a *forma interna* e a *forma externa* da obra protegida. Por forma interna entende-se, habitualmente, a organização dos vários elementos do conteúdo da obra, isto é, a *estrutura* e a *sequência* da sua “trama”. O modo como os diversos elementos do conceito ou ideia são desenvolvidos e estão encadeados entre si⁽²⁸⁾.

Ora, esta forma interna da obra poderia, para alguns autores, incluir elementos que habitualmente caracterizam os formatos televisivos e levar, assim, à sua protecção.

Apesar disso, a doutrina mais autorizada tem destacado que “[o] formato de um programa televisivo pode, na verdade, conter um sem número de elementos relativos à forma, que são produto da actividade intelectual individual; no entanto, a protecção pelo direito de autor dos formatos televisivos, em princípio, não se coloca, uma vez que o objecto do direito de autor só poderá consistir no resultado da forma de expressão criativa (*“schöpferische Formung”*) de uma determinada matéria e os formatos televisivos representam realidades que, tal como outras matérias

Autor dá-nos, a pp. 456, ss. deste seu abrangente estudo, uma panorâmica geral da importância e significado actuais da indústria dos formatos televisivos ao nível mundial. Cf. também a vasta bibliografia e jurisprudência aí citadas.

⁽²⁷⁾ Cf. ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer-Verlag, Berlim, 1980, pp. 119, segs.

⁽²⁸⁾ Cf. REHBINDER/PEUKERT, *ob. cit.*, pp. 28, segs.

análogas, necessitam ainda de ser objecto de uma expressão formal”(29).

LOEWENHEIM(30) chama a atenção, todavia, para o facto de termos de analisar sempre muito cuidadosamente as particularidades de cada *caso concreto*, para verificarmos se não existem, porventura, *outros aspectos* que possam ser protegidos pelo Direito de Autor (um título, um logótipo, uma melodia, uma composição de cores, um cenário, etc., que sejam susceptíveis de, no seu conjunto, permitir, p. ex., identificar um programa de televisão como um episódio integrado numa série). Esta tutela não pode, por isso, ser descartada pura e simplesmente e em bloco. Por outro lado, em certas circunstâncias, os formatos televisivos poderão gozar de protecção pelo direito que tutela os sinais distintivos do comércio ou pelas normas da concorrência desleal(31).

3. No direito francês, a situação não parece ser assim tão clara. ANDRÉ LUCAS, apoiando-se na jurisprudência do seu país, sustenta, p. ex., que o *guião* de uma emissão de televisão, não elaborado, que não consagre mais do que um simples esboço de uma ideia geral, não reúne os requisitos para ser protegido pelo Direito de Autor. Porém, se esta ideia se achar de algum modo concretizada num plano mais detalhado, já poderá falar-se num projecto de emissão televisiva vertido num “formato”, isto é, numa forma de expressão da ideia(32).

BERTRAND, por seu turno, parece-nos um pouco mais determinado e esclarecedor: os formatos poderão ser protegidos no sistema jurídico francês pelas regras da concorrência desleal, naqueles casos em que estejamos em presença de uma imitação servil, mas não pelo Direito de Autor(33).

(29) AXEL NORDEMANN, *in* FROMM/NORDEMANN, *ob. cit.*, anot. 232 ao § 2 UrhG.

(30) *In* SCHRICKER/LOEWENHEIM, *ob. cit.*, anot. 187 ao § 2 UrhG.

(31) Cf. SCHULZE, *in* DREIER/SCHULZE, *ob. cit.*, anot. 216 ao § 2 UrhG.

(32) ANDRÉ LUCAS, *et al.*, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4.^a ed., LexisNexis, Paris, 2012, pp. 78, segs.; PIERE-YVES GAUTIER, *ob. cit.*, pp. 65, ss. Sensivelmente no mesmo sentido, pelo menos quanto aos resultados a que chega, *vide*, para a doutrina italiana, VITTORIO DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, Vol. I, 2.^a ed., Giuffrè, Milão, 2004, pp. 328, segs.

(33) ANDRÉ BERTRAND, *Droit D'Auteur*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 2010, p. 266.

Porém, um recente aresto da Cour de cassation, de 26 de Novembro de 2013⁽³⁴⁾, veio reconhecer que a utilização de *éléments substantiels* do formato de um “*reality show*”, exibido por uma cadeia de televisão, para a realização de uma série de programas análogos para outra estação de televisão concorrente, não constitui, só por si, uma prática de concorrência desleal ou de parasitismo. A demandante, a conhecida empresa multinacional Endemol, nem sequer invocou a protecção do seu formato pelo Direito de Autor, tendo confinado a causa de pedir na acção apenas aos argumentos da concorrência desleal e parasitária. Mesmo assim, esta alta instância judicial francesa considerou que as semelhanças existentes entre os dois formatos em confronto estavam intrinsecamente relacionadas com o género de “*télé-réalité d’enfermement*” em causa nos autos, e que vários elementos diferentes conferiam uma *impression geral específica* ao programa da demandada, resultado dos custos comprovadamente envolvidos e justificada por uma actividade intelectual relevante. Tendo-se o tribunal recusado a conferir à demandante um monopólio sobre um *généro de programmes*, o que constituiria, em sua opinião, uma intolerável derrogação do princípio da *livre concurrence* que deve existir entre as diferentes emissões de televisão.

4. Para o direito belga, BERENBOOM sufraga a opinião, assente na jurisprudência, de que “[l]e ‘concept’ du jeu, comme celui d’une nouvelle émission ou d’un feuilleton (le ‘format’), n’est en principe pas protégéable par le droit d’auteur: des idées même originales ne sont protégées que si elles ont été mises en forme.” Sem prejuízo de reconhecer, de seguida, que é particularmente difícil traçar a linha de fronteira entre a ideia e a forma no seio de uma obra artística ou literária⁽³⁵⁾.

5. Muito diferente parece ser a resposta do direito espanhol. RODRÍGUEZ TAPIA, apoiando-se igualmente nas decisões dos tribu-

⁽³⁴⁾ <www.legifrance.gouv.fr>.

⁽³⁵⁾ ALAIN BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins*, 4.^a ed., Larcier, Bruxelas, 2008, p. 91.

nais, sustenta que as *ideias* também podem ser protegidas pelo Direito de Autor. Isto sucederá sempre que a ideia é *exteriorizada/expressa* (não se confinando à mente do seu autor), tem um certo grau de *complexidade* e, obviamente, reúne o requisito da *originalidade*. Assim, “*Los formatos (que plasman la idea estructural y argumental) de programas audiovisuales son protegibles y registrables, si tienen una mera descripción compleja pues, recordemos con el artículo 64 del Reglamento LPI, que el plan y el argumento de una obra musical o dramática constituyen propiedad*”⁽³⁶⁾.

Confirmando este entendimento, o Tribunal Supremo espanhol sublinhou, em sentença de 22 de Outubro de 2014 (n.º 588/2014)⁽³⁷⁾, que a afirmação de “*que sólo la forma de una obra y no su contenido es objeto de protección por la propiedad intelectual ha de ser matizada*”. Com efeito, existem criações do espírito humano em que “*la forma de la expresión es muy secundaria respecto del contenido expresado. El contenido se impone como factor necesario, siendo el margen para la recreación formal del mismo escaso y de importancia muy secundaria, pues en ellas la originalidad opera directamente sobre el contenido.*” Nestes casos, em que se incluem os formatos que não sejam meras “*concepciones generales*”, “*es el contenido lo que se protege por encima de la forma en que está expresado*”⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ RODRÍGUEZ TAPIA, *et al.*, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 94, segs.; no mesmo sentido — afastados que estejam os argumentos de que “qualquer um faria o mesmo” (“*scènes à faire*”) ou de que a forma é imposta pela simplicidade da ideia (“*merger doctrine*”) —, STEPHAN DEGMAIR, *Die Schützfähigkeit von Fernsehshow-Formaten nach dem spanischen Urheberrecht*, *GRUR Int.* (2003), pp. 204 segs. (em especial, pp. 206 a 208); não acompanhando a doutrina da protecção das “*ideias originais*”, RODRIGO BERCOVITZ, *et al.*, *Manual de Propiedad Intelectual*, 6.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 56, segs.

⁽³⁷⁾ <<http://supremo.vlex.es/vid/550869654>>. Com comentário crítico de FERNANDO CARBAJO CASCÓN, *Protección de los Formatos Televisivos por el Derecho de Autor y Transmisión de Derechos de Explotación a Terceros*, *ADI 35* (2014-2015), pp. 515, segs.

⁽³⁸⁾ O Tribunal Supremo espanhol acrescenta ainda à sua fundamentação o argumento de que este será o único modo de proteger eficazmente estas criações intelectuais, uma vez que a *exploração do conteúdo* (que se destina a ser concretizada por diversas *formas*) será a única que, de um ponto de vista económico, valerá a pena assegurar em exclusivo ao respectivo titular (cf. n.º 2 do Fundamento de Direito décimo terceiro). Porém, o *quod erat demonstrandum* não residia na questão de saber qual a melhor forma de proteger

6. Curiosamente, no *copyright* inglês, onde valem, à partida, critérios mais generosos no que toca à “*subject matter*” susceptível de protecção, os tribunais têm decidido (restritivamente) no sentido de que “*a format is not copyrightable per se, but may form a substantial part of a script or a broadcast*”⁽³⁹⁾. Com efeito, sobretudo depois da decisão do caso “*Green v. Broadcasting Corporation New Zealand*”⁽⁴⁰⁾, em que se reconheceu que os “*scripts*” não podem ser qualificados como uma obra dramática, uma vez que não podem ser representados ou executados, o que constitui a essência do drama, as diversas tentativas para proteger os formatos junto dos tribunais do Reino Unido saíram quase sempre frustradas⁽⁴¹⁾.

7. *A regra do jogo* que subjaz a um *concurso*, p. ex., é um simples algoritmo, cuja protecção é afastada directamente pelo n.º 2 do art. 1.º, do CDADC. Um algoritmo é um conjunto finito de passos que, uma vez dados numa determinada sequência, nos permitem solucionar um dado problema, ou chegar à conclusão de que o mesmo problema não tem solução. Trata-se, portanto, de uma ideia para a acção ou de um conjunto de instruções ao pensamento humano, um esquema para alcançar um determinado resultado prático e não de uma obra de expressão artística ou literária protegível pelo Direito de Autor.

Sobre a inaplicabilidade do Direito de Autor às regras dos jogos, aos métodos matemáticos, às teorias científicas, etc. existe unanimidade na doutrina e na jurisprudência, ainda que seja de assinalar a diferença que existe entre a regra do jogo e a projecção dessa regra em resultados concretos, tais como textos, gráficos, formas tridimensionais, ícones, etc. Uma coisa é o algoritmo do

estas realidades imateriais, mas antes em determinar se elas podem ou não considerar-se como *obras* do domínio artístico, literário ou científico merecedoras de tutela pelo Direito de Autor.

⁽³⁹⁾ Cf. KLEMENT, *Protecting Television Show Formats under Copyright Law: New Developments in Common Law and Civil Law Countries*, *EIPR* (2007), p. 57.

⁽⁴⁰⁾ [1989] *RPC* 700 (Privy Council).

⁽⁴¹⁾ Cf. BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 70, segs.

“Monopólio”, outra bem diferente é a forma gráfica e os dizeres concretos do tabuleiro do “Monopólio”. A este último, conquanto original, não deixará o Direito de Autor de oferecer a sua protecção⁽⁴²⁾.

8. Há não muito tempo, o tema dos formatos televisivos foi objecto de uma importante decisão do Supremo Tribunal alemão (BGH) que, com o elevado nível que lhe é reconhecido dentro e fora do seu país, veio, de certa forma, clarificar e pacificar o debate doutrinário existente na Alemanha⁽⁴³⁾. Vale a pena fazer-lhe aqui uma referência especial.

“Factos:

A série de programas ‘L’école des fans’ é emitida semanalmente na televisão francesa desde 1977 e, desde meados de 1998, no canal ‘F. 2’. O núcleo do programa, que decorre sempre segundo o mesmo esquema, são quatro crianças com idades compreendidas entre os quatro e os seis anos. O moderador JM apresenta as quatro crianças, bem como o convidado, um cantor ou cantora famosos. A seguir, uma das crianças é conduzida até um pequeno pedestal com um microfone, onde lhe são colocadas questões como ‘que faz o papá, o que faz a mamã, de onde vens, como é que chegaram cá, quem veio a guiar, quem é que vos acompanhou?’ A seguir, a criança canta uma canção escolhida pelo artista convidado. A canção é acompanhada ao piano e contrabaixo. Durante a actuação, a câmara mostra também os pais da criança, que se encontram no público. A actuação é avaliada mais tarde. Numa das partes do programa actua um artista convidado. No

(42) Cf. LOEWENHEIM in SCHRICKER/LOEWENHEIM, *ob. cit.*, e. g., anot. 6 ao § 2 UrhG.

(43) “Sendeformat”, BGH, de 26/06/2003, I ZR 176/01 e GRUR (2003), pp. 876, segs., já anteriormente citado. Com anotação, entre outros, de BERKING, *Kein Urheberrechtsschutz für Fernsehshowformate?*, GRUR (2004), pp. 109, segs. Para uma crítica da situação criada com esta decisão, tendo em linha de conta, nomeadamente, os elevados montantes envolvidos nesta indústria internacional dos formatos televisivos e a necessidade de estimular e proteger a criatividade, cf., p. ex., EICKMEIER/FISCHER-ZERMIN, *Ist der Formatschutz am Ende? Der gesetzliche Schutz des Fernsehshowformats nach der “Sendeformat”-Entscheidung des BGH*, GRUR (2008), pp. 755, segs.

final, o artista convidado distribui presentes pelas crianças. Em 1990, a KL, uma empresa de produções televisivas, propôs este formato à S-Funk ('S'), da qual a Ré é sucessora jurídica. A 'S', no entanto, recusou essa proposta.

A partir de Março de 1993, a 'S' passou a emitir o programa 'Kinderquatsch mit Michael', cuja co-produtora é a interveniente. Os programas 'Kinderquatsch mit Michael' decorrem da seguinte forma: Três crianças, entre os quatro e os seis anos, cantam uma canção cada. No público encontram-se os pais, os irmãos e os avós. Depois das actuações, o apresentador conduz a primeira criança a um pequeno pedestal no palco com um microfone e coloca-lhe questões sobre os pais, a morada, a viagem, o jardim de infância ou a escola, etc. A seguir, a criança canta uma canção previamente ensaiada, acompanhada ao piano. Durante a actuação, a câmara mostra igualmente os pais da criança. Durante o programa actuam um artista ou uma banda convidados. No final, são distribuídos presentes às crianças, na maior parte dos casos pelo artista convidado”⁽⁴⁴⁾.

Em face desta factualidade dada como provada, o BGH considerou, designadamente, que:

“bb) O formato de programa de televisão, cuja protecção a Autora peticiona, configura, na opinião do Tribunal de Recurso, uma determinada execução de uma ideia base simples para um programa com público ao vivo. Trata-se de um conceito homogéneo com características únicas. São apresentadas por um moderador várias crianças com idades compreendidas entre os quatro e os seis anos, que, de seguida, cantam canções simples. Para o efeito, têm que sair da parte posterior do palco, onde estão sentadas no início e durante o programa, para aparecerem perante o público, o que, para crianças daquela idade, se trata de uma exposição pública fora do comum, sublinhada pelo facto de subirem a um pedestal e utilizarem um microfone aí montado. A presença dos pais e de outros parentes próximos, que assistem sentida e activamente à actuação,

⁽⁴⁴⁾ BGH, *cit.*, GRUR (2003), pp. 876, segs. (tradução do autor).

facto que é destacado pelo trabalho de filmagem, transmite uma atmosfera de infância protegida, no âmbito da qual esta actuação foi ensaiada e para a qual a criança volta no final. A presença de um artista convidado adulto configura o contraste entre o esforço infantil e o profissionalismo do artista e entre a infância e o ser adulto.

cc) Este tipo de formato de programa não é passível de protecção pelo direito de autor, independente do processo de criação, no qual se baseia. O direito de autor não protege todos os resultados da actividade intelectual individual, mas apenas as obras, nos termos do § 2 da UrhG. Apesar de o formato de 'L'école des fans' já ter desenvolvido a ideia base, formando-se uma unidade resultante da soma dos seus elementos, que representa mais do que a simples soma desses elementos, só é considerado como obra para efeitos do § 2 UrhG e, como tal, passível de protecção, o resultado da formulação criativa de uma determinada matéria. Isto não existe numas meras instruções relativas à estrutura formal de outras matérias similares, mesmo sendo estas resultado de um trabalho individual, detalhado e único (...). As próprias obras só são protegidas pelo direito de autor contra a sua utilização não autorizada, de forma inalterada ou vinculada, e não contra o seu mero uso como modelo para formação de outras matérias (...). Um formato como o da emissão da 'L'école des fans' nem sequer contém nada do núcleo das emissões criadas a partir das suas directivas, sendo apenas, no seu conjunto, um quadro predefinido para a criação de programas do mesmo tipo como parte de uma série. Não é admissível, nestes termos, uma protecção pelo Direito de Autor contra a sua utilização como modelo para programas do mesmo género"⁽⁴⁵⁾.

9. O formato televisivo, em si, não é uma obra. É apenas um *projecto* ("framework") destinado a dar corpo a uma ou a mais obras. Um formato é um plano geral para a realização de várias obras similares, no caso, obras audiovisuais, com um fio condutor comum e reconhecível pelo público, o que lhes empresta uma determinada unidade substancial ou de conceito. Por este motivo, a

⁽⁴⁵⁾ BGH, *cit.*, GRUR (2003), p. 878.

“exclusividade” dos formatos televisivos iria dificultar imenso a criação das múltiplas formas de expressão que esses formatos poderão assumir, ao contrário do que, do ponto de vista do estímulo à criatividade, seria desejável.

Por estas ordens de razões, a protecção dos formatos televisivos iria contrariar a “*policy*” e a justificação do Direito de Autor.

A exclusão da protecção dos formatos pelo Direito de Autor não implica que estas realidades não possam ser objecto do enfoque de outras perspectivas do caleidoscópico jurídico, nomeadamente do direito das marcas que lhes estejam associadas ou das práticas em concorrência desleal⁽⁴⁶⁾.

VI.

A jurisprudência dos tribunais portugueses

1. Em 1993, o 12.º Juízo Cível de Lisboa dirimiu um caso paradigmático ao qual foi dado particular destaque. Subscreeveu essa decisão o juiz CURA MARIANO⁽⁴⁷⁾.

Alguém idealizou um concurso televisivo a que deu o título de “Parabéns”, tendo elaborado uma memória descritiva, muito pormenorizada, de como se deveria desenrolar o dito programa enquanto obra audiovisual.

Essa memória descritiva foi oferecida a uma determinada estação de televisão, mas acabaria por ser, entretanto, uma outra estação concorrente a realizar e a produzir um concurso em tudo idêntico ao conteúdo da referida memória descritiva, sem qualquer autorização do autor da mesma.

Punha-se, portanto, entre outras⁽⁴⁸⁾, a questão de saber se a utilização não autorizada de um formato para um programa de tele-

(46) Assim, p. ex., LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, *ob. cit.*, anot. 187 *in fine* ao § 2 UrhG. Pouco receptiva à invocação das normas da concorrência desleal parece estar, porém, a generalidade da jurisprudência supra citada.

(47) Cf. *Col. Jur.*, Ano XVIII (1993), T. III, pp. 313, segs.

(48) A decisão pronunciou-se também sobre as questões da legitimidade do uso do título “Parabéns” pela estação de televisão que acabaria por transmitir o programa, bem

visão implicava a violação dos direitos de autor de quem havia concebido o concurso que o integrava e escrito a respectiva memória descritiva.

Metodologicamente, o primeiro passo seria determinar se um formato televisivo poderá constituir uma obra protegida pelo Direito de Autor, pois, se assim não fosse, do ponto de vista deste ramo do Direito, todos os raciocínios subsequentes, nomeadamente o tema da infração, estariam prejudicados.

Apreciando, “[p]ode dizer-se que, a meio caminho entre a ideia e os suportes materiais fica a obra tutelada, sem que se recuse a possibilidade de existirem obras sem ideias ou obras sem corpus mechanicum. Neste percurso criativo, até se atingir uma obra elaborada, simples anotações de ideias, fixação de temas, esquemas de raciocínio, métodos de abordagem, roteiros metodológicos e argumentos sem valor literário próprio, assumindo-se como simples projectos de obras, não gozam de qualquer protecção, no domínio dos direitos de autor, como resulta do disposto no art. 1.º, n.º 2 do CDA.

Daí que também uma descrição de jogos ou de regulamentação, de concursos, tal como roteiros de campanhas publicitárias, desprovidos de qualquer valor literário próprio, sejam considerados, pela doutrina e pela jurisprudência, como simples ideias, sem exteriorização suficiente para serem objecto de direitos de autor.

[...]

No caso sub judice estamos perante uma simples memória descritiva de um programa próprio para a rádio e/ou para televisão, sem qualquer valor literário, pelo que ainda não nos encontramos perante uma obra intelectual, que justifique a tutela dos direitos de autor consagrados no CDA. Essa memória descritiva é uma simples ordenação de ideias, na forma escrita, para um programa de rádio ou televisão, da lavra do requerente. A obra respectiva só poderá surgir, e com ela a protecção do CDA, quando o programa projectado pelo requerente for realizado nos termos dos

como sobre a eventual prática de concorrência desleal. Em ambos os casos, o tribunal decidiu pela inexistência de qualquer ilícito.

arts. 2.º, n.º 1, al. f) e 21.º, n.º 1 do CDA, constituindo uma obra intelectual”⁽⁴⁹⁾.

LUIS FRANCISCO REBELO deu, então, o seu pleno acordo a esta decisão judicial, escrevendo no seu conhecido Manual, publicado um ano depois: “*Compreende-se: em todos estes casos a protecção reclamada visava, não uma obra concreta, mas a ideia, o plano, a concepção de uma obra futura — e só esta, uma vez materializada, o Direito de Autor tutela*”⁽⁵⁰⁾.

2. Mais recentemente, o STJ teve oportunidade de analisar um outro caso, que nos permitimos descrever muito resumidamente⁽⁵¹⁾.

Um determinado indivíduo, que designaremos por A, alegava que havia criado e registado na SPA o guião, o título, o conceito e os conteúdos de um “reality show”/concurso televisivo, cujo objectivo era encontrar o sonho de mulher de todos os portugueses. Este concurso chegou a ser produzido, em sessão experimental, ao longo de várias horas de gravação, por uma produtora de televisão, sem que, todavia, tivesse chegado a ser objecto de emissão ao público.

O “guião” era bastante pormenorizado quanto à substância, estrutura, características e sequências do programa a realizar com base nele.

Entretanto, uma outra estação de televisão, que designaremos por B, celebrou um contrato de licença com uma empresa estrangeira, especializada no desenvolvimento de formatos televisivos, no sentido de realizar e emitir um programa alegadamente idêntico ao concebido e produzido por A, o que veio a concretizar-se. Este programa consistia na tradicional eleição da Miss Portugal (2004), ainda que em moldes substancialmente diferentes das eleições dos

⁽⁴⁹⁾ *Loc. cit.*, p. 316.

⁽⁵⁰⁾ *Introdução ao Direito de Autor*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994, p. 87; *idem*, com citação de outra jurisprudência no mesmo sentido, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2002, anot. 2 ao art. 21.º, pp. 65, segs.

⁽⁵¹⁾ Ac. STJ, de 29/04/2010 (Processo n.º 3501/05.0TBOER.L1.S1), relator Cons. GARCIA CALEJO.

anos anteriores, uma vez que passava a incluir características de um verdadeiro “*reality show*”⁽⁵²⁾.

Uma vez que estávamos em presença de duas obras audiovisuais totalmente concretizadas, a gravação realizada por A ao longo de várias horas de filmagem em sessão experimental e o programa realizado e emitido por B, o STJ incidiu a sua análise, entre outros aspectos, sobre estas duas obras em concreto, para averiguar as suas semelhanças e diferenças, a eventual originalidade e individualidade recíprocas, e não sobre a questão de saber em que medida o formato de uma delas reproduz ou não o formato da outra.

A decisão não é totalmente explícita, mas, seja como for, parece manter-se na mesma linha de pensamento da jurisprudência e doutrina anteriores.

Por razões várias, o STJ entendeu que, apesar de todas as semelhanças detectáveis, quer na forma, quer no conteúdo, o programa emitido pela estação de televisão B não constituía uma violação dos direitos de autor de A, isto é, do programa gravado (mas não emitido) com base no guião que ele próprio terá elaborado para o efeito.

Na verdade, lê-se no referido Acórdão que “*haveria também o A. que demonstrar que as obras são em tudo idênticas, o que não fez. Pelo contrário, somos em crer, que os programas em questão, como já se disse acima, pese embora possuíssem alguns aspectos e características coincidentes (ambos eram ‘reality shows’ e, como é notório, este tipo de programas repetem conceitos e formatos), o certo é também que, como se sublinhou no douto acórdão recorrido (...), eram programas com particularidades diferentes e que tinham objectivos diversos*” (destaque nosso).

Dito de outro modo, a repetição de conceitos e formatos não parece obstar à originalidade das obras concretizadas a partir desses formatos e conceitos, nem a sua utilização por terceiro não autorizado implica qualquer violação dos direitos de autor de quem os haja concebido.

⁽⁵²⁾ A título de curiosidade, BERTRAND, *ob. cit.*, p. 266, dá-nos conta de uma decisão da jurisprudência francesa em que é negada protecção pelo direito de autor à organização do concurso de beleza “Miss France”.

Na verdade, como bem se destaca, em síntese, no sumário deste aresto do STJ, “[a] obra é o objecto da protecção no direito de autor o que pressupõe a sua existência, não podendo falar-se sequer de direito de autor sem a realidade de uma obra, entendida como exteriorização dum criação do espírito, uma criação intelectual por qualquer modo exteriorizada, não beneficiando da sua tutela as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas, por si só e enquanto tais”.

Por outro lado, este alto Tribunal não deixa de assinalar que a existência de semelhanças entre duas obras não implica necessariamente a violação de direitos de autor, desde que cada uma das obras em confronto possua *individualidade própria*, apesar de um esquema ou arquétipo comum.

“(…) [N]ão há contrafacção (...) se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objecto, [as obras] tiverem identidade própria. O critério da individualidade prevalece sobre a semelhança objectiva. Mas a individualidade tem aqui o exacto sentido de criatividade. Decisivo para determinar a contrafacção é nada se acrescentar à criação alheia a que se recorreu.

Significa isto que o critério determinante para que se diga que não há contrafacção, é afirmar-se que a obra possui um conjunto de características intrínsecas que permite dizer que, não obstante as semelhanças, se trata de uma obra diferente e não de uma reprodução ou cópia da outra, isto é, que é uma obra que tem uma individualidade própria, por comparação com a outra”.

3. As semelhanças resultantes do conteúdo, isto é, do formato televisivo adoptado, são despiciendas. Os formatos, enquanto conceitos ou planos para acção, são livres e destinam-se a dar origem a um sem número de obras audiovisuais protegíveis na sua forma de expressão final e individual. O que importa é saber se cada concreta forma de expressão do formato reproduz o carácter individual de outra concreta forma de expressão pré-existente desse mesmo formato ou se, pelo contrário, se destaca dela, proporcionando a percepção pelo público de uma obra diferente, que não é cópia da anterior, apesar de resultar que ambas têm em

comum a mesma ideia ou conceito-chave. Mais do que tudo, o que é decisivo é saber se, do ponto de vista da forma de expressão, um dado programa é uma cópia ou reprodução de um outro programa, sem individualidade própria para o diferenciar suficientemente do anterior.

A exclusão da protecção das ideias e dos planos para a acção visa, precisamente, estimular que os mesmos deem origem a um sem número de formas de expressão criativas individuais, construídas sobre uma mesma concepção ou ideia, que não pode ser apropriada por ninguém em particular⁽⁵³⁾.

No entanto, como escreve KLEMENT, no final do seu trabalho acima citado, *“It remains to be seen whether the courts (...) will be able to continue to resist the pressure of a profitable entertainment industry.”* Acreditamos que sim.

Porto, Dezembro de 2015.

⁽⁵³⁾ Assim, p. ex., as ideias apresentadas para uma série de programas de história destinados a serem radiodifundidos não gozam, enquanto tais, de protecção pelo Direito de Autor. Cf. Ac. RLxa., de 29 de Outubro de 2011, *Col. Jur.*, Ano XXXVI (2011), T. V, pp. 81, ss.

Referências bibliográficas

- BECHTHOLD, STEFAN, *The Fashion of TV Show Formats*, *Michigan State Law Review* (2013), pp. 480 segs.
- BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 4.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ, RODRIGO, *et al.*, *Manual de Propiedad Intelectual*, 6.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- BERENBOOM, ALAIN, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4.^a ed., Larcier, Bruxelles, 2008.
- BERKING, CHRISTINA, *Kein Urheberrechtsschutz für Fernsehshowformate?, Anmerkung zum Urteil des BGH "Sendeformat"*, *GRUR* (2004), pp. 109 segs.
- BERTRAND, ANDRÉ, *Droit D'Auteur*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 2010.
- CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, *Protección de los Formatos Televisivos por el Derecho de Autor y Transmisión de Derechos de Explotación a Terceros*, *ADI 35* (2014-2015), pp. 515 segs.
- DAVIES, GILLIAN, *Copyright and the Public Interest*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2002.
- DEGMAIR, STEPHAN, *Die Schützbarkeit von Fernsehshow-Formaten nach dem spanischen Urheberrecht*, *GRUR Int.* (2003), pp. 204 segs.
- DREIER/SCHULZE, *Urheberrechtsgesetz — Kommentar*, 5.^a ed., C.H. Beck, Munique, 2015.
- EHMANN, TIMO, *Monopole für Sportverbände durch ergänzenden Leistungsschutz?*, *GRUR Int.*, 2009, pp. 659 segs.
- EICKMEIER/FISCHER-ZERMIN, *Ist der Formatschutz am Ende? Der gesetzliche Schutz des Fernsehshowformats nach der "Sendeformat" — Entscheidung des BGH*, *GRUR* (2008), pp. 755 segs.
- FRANK, CHRISTIAN, *Der Prince und seine Bilder*, *GRUR Int.* (2015), pp. 1106 segs.
- FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, 11.^a ed., Kohlhammer, Estugarda, 2014.
- GAUTIER, PIERRE-YVES, *Propriété littéraire et artistique*, 9.^a ed., PUF, Paris, 2015.
- HEINKELEIN/FEY, *Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht*, *GRUR Int.* (2004), pp. 378 segs.

- KLEMENT, UTE, *Protecting Television Show Formats under Copyright Law: New Developments in Common Law and Civil Law Countries*, EIPR (2007), pp. 52 segs.
- LEAFFER, MARSHALL, *Copyright Law*, 6.^a ed., LexisNexis, New Providence (NJ), 2014.
- LUCAS, ANDRÉ, *et al.*, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 4.^a ed., LexisNexis, Paris, 2012.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011.
- OECHSLER, JÜRGEN, *Die Idee als persönliche geistige Schöpfung — Vom Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen*, GRUR (2009), pp. 1101 segs.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- , *Der Schutz von Veranstaltungen kraft Gewohnheitsrecht*, GRUR Int., 1991, pp. 20 segs.
- , *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 295 segs.
- REBELLO, LUÍS FRANCISCO, *Introdução ao Direito de Autor*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1994.
- , *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*, 3.^a ed., Âncora Editora, Lisboa, 2002.
- REHBINDER/PEUKERT, *Urheberrecht*, 17.^a ed., C. H. Beck, Munique, 2015.
- RODRÍGUEZ TAPIA, Jose, *et al.*, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2009.
- SANCTIS, VITTORIO DE, *La protezione delle opere dell'ingegno*, Vol. I, 2.^a ed., Giuffrè, Milão, 2004.
- SCHRICKER/LOEWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C. H. Beck, Munique, 2010.
- TRABUCO, CLÁUDIA, *O direito ao espetáculo e o direito à imagem dos desportistas — cotejo dos Direitos Português e Brasileiro*, *Desporto & Direito*, n.º 29, Janeiro/Abril 2013, pp. 129 segs.
- TROLLER, KAMEN, *Précis du droit suisse des biens immatériels*, 2.^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2006.
- ULMER, EUGEN, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer-Verlag, Berlim, 1980.

A (DES)INFORMAÇÃO NA DIANTEIRA DO PROFANO: O CRIME DE ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA — UMA REFLEXÃO INEVITÁVEL

*THE (DIS)INFORMATION IN FRONT OF THE PROFANE:
INSIDER TRADING — AN INEVITABLE REFLECTION*

*Pelos Mestres Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues⁽¹⁾
e João André de Almeida da Luz Soares⁽²⁾*

SUMÁRIO:

Introdução (A Crise que abalou o Mundo). **Capítulo I:** 1. A informação enquanto problema jurídico-criminal. 2. Crime de informação privilegiada; 2.1. Natureza supra-individual do bem jurídico tutelado; 2.2. Uma realidade complexa, multifacetada, poliédrica e heterógena.

⁽¹⁾ Doutorando em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito. Investigador na Associação Portuguesa de Direito de Consumo (apDC), no Instituto Jurídico Portucalense (IJP), no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade do Minho (DH-CII-EDUM), no Centro de Investigação, Desenvolvimento e Inovação da Academia Militar (CINAMIL) e no Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF). Relator *pro bono* do Observatório dos Direitos Humanos. Jurista *pro bono* da Amnistia Internacional — Portugal.

⁽²⁾ Mestre em Direito e Advogado — RSA — Raposo Subtil e Associados, RL. Pós-graduado em Direito do Trabalho (Instituto do Direito do Trabalho e das Empresas — FDUC) e em Direito da Banca, Bolsa e Seguros (Instituto da Banca, Bolsa e Seguros — FDUC). Estudante de Pós-graduação em Corporate Governance (Centro de Investigação Privado — FDL).

3. A Tutela Sancionatória do Mercado de Valores Mobiliários: uma exigência constitucional. **Capítulo II (O crime de Abuso de Informação).** 1. O art. 378.º do Código de Valores Mobiliários. 2. Estrutura Típica das Incriminações. 3. Conceito de “Informação Privilegiada”; 3.1. O carácter não público da informação; 3.2. O carácter preciso da informação; 3.3. Ligação a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários (a *market information* e o *front-running*); 3.4. *Price-Sensitive*: a idoneidade para influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários. 4. O relevo jurídico criminal das condutas de uso de informação privilegiada própria. **Capítulo III. Conclusões. Referências.**

Resumo

O *Insider Trading* é uma figura imensamente rica, quer em termos doutrinários, quer, e sobretudo, em análise de propostas e políticas de efetivação.

Situada no âmbito da tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários, a verdade é que esta temática estabeleceu pontes de interação lógica com outros profícuos mundos do direito.

Só nesse universo *pluri referenciado* é que se afigura possível compreender os diferentes matizes e planos cognoscíveis do crime de abuso de informação privilegiada.

Palavras-chave

Crime de Abuso de Informação Privilegiada; Mercado; Banca; Bolsa; Seguros; Mundialização; Globalização

Abstract

The Insider Trading is a full figure of meaning, in doctrinal terms, and, above all, in the analysis of proposals and policies of execution.

Located within the sanctionary protection of the securities market, the truth is that this theme has established logical interaction bridges with other worlds of law.

Only in this multi referenced universe is that it seems possible to understand the different nuances and cognizable plans of insider trading activity.

Keywords

Insider Trading; Market; Banking; Stock Market; Insurance; “Mondialisation”; Globalization

Introdução (*A Crise que abalou o Mundo*)

Vivemos um momento histórico de profunda análise da organização e estruturação de diversas áreas — banca, bolsa e seguros (entre outras (co) relacionadas) — ligadas aos sistemas económico e financeiro, em que um esforço de definição orgânica e de competências se revela imperioso. De facto, a crise financeira de 2007, e a catadupa de efeitos diretos e indiretos, impeliram a reflexão sobre o papel dos sujeitos concretos e instituições no quadro do grande teatro financeiro global.

A aproximação, espacial, temporal e cultural, dos indivíduos, a fluidificação das relações sociais, frutos da mundialização, bem como, a intensificação da especialização e integração económicas, por efeito da globalização (CARDOSO RODRIGUES, 2012, pp. 54-56), potenciaram, irresistivelmente, o reflorescimento, expansão e crescimento do sistema económico e financeiro. Hoje, alucinantemente, diferente, na sua essência e *modus operandi*.

O convite à reflexão e mudança de paradigma advém de uma sólida convicção de que esta é uma crise sem paralelo, uma crise conjuntural, quer pela sua génese, expansão e efeito de contaminação⁽³⁾, mas, sublinhe-se, pela forma única como os *standards* de controlo não a conseguiram, antever, conter ou subverter.

Parafraseando GEORGE SOROS:

Estamos no meio de uma crise financeira como não se via desde a Grande Depressão da década de 30. Não é, certamente, o prelúdio para outra Grande Depressão; a História não se repete (...). Ao mesmo tempo, a actual crise não se pode comparar às crises periódicas que atingiram segmentos particulares do sistema financeiro desde a década de 80 (...). Esta crise não se limita a uma empresa ou segmento particular do sistema financeiro. Colocou todo o sistema à beira de um colapso e está a ser contida com grande dificuldade. Isto terá consequências extensas.

SOROS, 2009, p. 141

⁽³⁾ Sobre a origem e desenvolvimento, causas e explicações *vide* (MENEZES, 2014, pp. 131-152).

Nas palavras do autor, a crise de 2007 “[n]ão é uma crise como as outras, mas o fim de uma era” (SOROS, 2009, p. 141). Esta ideia de fim de ciclo é, a nosso ver, fundamental. Convenhamos que a análise efetuada por SOROS⁽⁴⁾, baseada na teoria da reflexividade⁽⁵⁾ e reportada ao modelo económico de *expansão-contracção*, foi deduzida quando ainda era impossível discernir com precisão a real extensão e disseminação da supracita crise. Tem, todavia, a grande mais-valia de percebermos que nos encontrávamos num momento fractal de *paradigm shift*.

Assumimos que a referida crise se assemelhou, num determinado aspeto a uma autêntica e verdadeira tempestade perfeita. De facto, fenómenos como o surgimento e implementação desregulada de conglomerados financeiros⁽⁶⁾, o aparecimento e utilização des-

(4) Interessante será descobrir que o autor relaciona a ideia de fim de ciclo com as especificidades da crise de 2007. Ao fazê-lo mobiliza a existência, não de uma, mas de duas bolhas: a bolha imobiliária dos EUA, diversa de todas pela amplitude e importância para a economia global e para o sistema financeiro internacional, e a hipótese da superbolha. Esta expandiu-se de forma mais complexa e sobreposta à bolha imobiliária tradicional. Embora se caracterize pela mesma tendência predominante de criação de métodos cada vez mais sofisticados de criação de crédito, o autor acredita que o erro fundamental é diametralmente diferente. Consiste, portanto, numa “confiança excessiva no mecanismo de mercado. O Presidente Ronald Reagan chamou-lhe a magia do mercado. Eu chamo-lhe fundamentalismo de mercado” (SOROS, G., *ob. cit.*, p. 153). A ideia transversal baseia-se na conceção que os mercados, de facto, e ao contrário do que a teoria da concorrência perfeita estipulava, não tenderiam necessariamente para o equilíbrio. A super bolha combinaria, assim, três tendências fundamentais: uma tendência a longo prazo, para uma expansão de crédito cada vez maior; uma segunda linha que se reflete na globalização dos mercados financeiros; e, por último, uma terceira ideia de remoção progressiva da regulamentação financeira e o movimento acelerado das inovações financeiras. Neste sentido, e visando um crescente aprofundamento *vide* SOROS, G., *ob. cit.*, pp. 152 e ss.

(5) A realidade económica, financeira, social e cultural é auto e hetero condicionada. Neste sentido *vide* SOROS, G., *ob. cit.*, pp. 101 e ss.

(6) Os conglomerados financeiros surgem num movimento de evolução e de complexificação das relações entre os diversos sectores da Banca, Bolsa e Seguros. De facto, a superação dos tradicionais *core business* (com a *bancassurance* e a *assurbanque*), atesta o aparecimento da tão badalada *allfinanz*. No entanto, a implementação desregulamentada destes conglomerados financeiros, pluri-funcionais, e pluri-sectoriais, acarreta riscos de permeabilidade e potencial destabilização do sistema, assim como aumento do risco de contágio e efeito dominó. Além do que permite a utilização duvidosa do mesmo capital (pluri-capital), proporcionando operações fictícias entre empresas do mesmo grupo, consignando autênticas «terras de ninguém».

controlada dos *hedge funds*⁽⁷⁾, do *fair value*⁽⁸⁾ enquanto critério valorimétrico, e da titularização de créditos enquanto fator multiplicador e disseminador da crise, foram fundamentais para a explicação dos seus contornos. Com os bancos a não disporem de capitais próprios e permanentes suficientes, com os *ratios* de solvabilidade a não serem respeitados, o efeito dominó de contaminação foi assombroso.

(7) Os *hedge funds* constituem uma combinação diferenciada das diversas regras, técnicas e limites dos Fundos de Investimento Mobiliário. São também designados de “Fundos de Cobertura de Risco” ou de “Fundos de Retorno Absoluto”. São fundos de grande liberdade de estratégia e instrumentos financeiros complexos, logo, e por isso mesmo, mais especulativos e de álea elevada do investimento. Constituem-se como fundos altamente agressivos e especulativos com muita alavancagem financeira, especialmente dirigidos ou mesmo reservados a grandes e sofisticados investidores. Acabam por ser, assim, autênticos “fundos privados”, fundos não registados e *offshores*, com sponsors financeiros. A crise de 2007 fez surgir muitos ódios contra esta figura, porque isentos das regras e *disclosures* dos Fundos de Investimento Mobiliário, e geridos por “*Oráculos de Delfos*”, utilizavam uma grande variedade de estratégias sofisticadas e agressivas, nomeadamente através do *short-selling*, passando também por empréstimos monetários ou por posições sobre derivados, e por estratégias de “*equity edge*”. Com a crescente desconfiança nos mercados, os *hedge funds* são obrigados a liquidar posições, numa busca incessante pela liquidez, alimentando uma espiral viciosa de venda de valores e baixa de preços, acabando por se tornar uma das principais causas do tsunami financeiro, da volatilidade dos mercados de capitais, elevando, conseqüentemente, o risco macro-prudencial e sistémico, uma vez que, mais do que ninguém, os bancos estavam expostos a este tipos de fundo (muito por culpa dos empréstimos concedidos). Com esta abrupta liquidação de posições relevantes e alavancadas, os *hedge funds* tiveram um efeito pró-cíclico nos mercados financeiros, pondo em causa a sua liquidez. Fala-se, a este propósito, de um verdadeiro efeito cascata, não havendo possibilidade de cobertura dos fundos de capital de risco, perante a massa de pedidos de reembolso. Esta ambiência, assim como os mediatizados casos de escândalos financeiros, com o caso Madoff à cabeça, sublinharam a necessidade de uma correta regulação e supervisão, suficiente, pelo menos, para garantir a idoneidade e, claro, distinguir os bons dos maus gestores.

(8) O *Fair-Value* (ideia de verdadeira transparência de mercado) é um critério valorimétrico de consignação e cotação dos instrumentos e produtos financeiros. Nasce de uma necessidade de harmonização mínima entre as diferentes legislações nacionais e as legislações internacionais. Esta ideia contabilística do *market-to-market*, com a crise de 2007, passou a constituir um grave problema: porque contabilizou ativos ao justo valor de mercado, não existindo correlativo preço nacional para muitos desses produtos, implicando, com a sua aplicação, sucessivos *write-downs*. Obviamente que este processo levou ao aumento da desconfiança do mercado, acentuando a natureza pró-cíclica do *fair value*, evidenciando que o mesmo foi pensado para um mercado sacrossanto que tendesse sempre para o equilíbrio.

A referência a esta crise não é, a todos os títulos, inocente. É necessário sim ressaltar que os sujeitos, instituições e, no fundo, os atores no grande palco financeiro internacional passaram por um momento de tomada de consciência, em que o tão badalado equilíbrio de mercados, propugnado pelas teorias da concorrência perfeita, é posto em causa. De facto, esta confiança excessiva no mecanismo de mercado, à qual RONALD REAGAN chamou “*a magia do mercado*”, e que GEORGE SOROS apelidou de “*fundamentalismo de mercado*”, serviu, até certo ponto, como pano de fundo e combustível para o aparecimento da crise. Como tal urge agilizar, numa ótica de eficácia procedimental, os processos de governo e supervisão nos setores da Banca, Bolsa e Seguros⁽⁹⁾.

De salientar, entre nós, nesta conjuntura, o elevado grau de afetação de um dos mais importantes bens jurídico do sistema económico e financeiro, a *fides* (nas suas particularidades genéticas), a base e capital de confiança (conceito inter-relacional) indispensáveis para uma saudável relação entre as instituições financeiras e a sua clientela. Por outro lado, os efeitos diretos e indiretos na economia dos Estados e no *bolso* dos Representados.

Os inúmeros escândalos, mais ou menos mediatizados, assim como os inúmeros processos de contornos duvidosos que assolaram a nossa *aldeia global*, transformaram a forma como as pessoas encararam as instituições financeiras e os seus produtos⁽¹⁰⁾. Paralelamente, a forma quase despidorada como alguns agentes financeiros multiplicavam exponencialmente os seus lucros⁽¹¹⁾, por

⁽⁹⁾ Neste sentido deixamos, aqui, as certas palavras de ANTÓNIO PEDRO FERREIRA: “[a]s pessoas deram-se conta, de repente, que certos processos utilizados por algumas instituições financeiras, no exercício da sua atividade, não se pautavam pelos critérios exigíveis de legitimidade, profissionalismo, isenção, rigor técnico e respeito escrupuloso pelos direitos dos clientes. Como se tal não bastasse, foi ainda sentida, em pleno culminar da crise, a impossibilidade — se não mesmo a incapacidade — das autoridades de regulação e supervisão tomarem plena consciência dos problemas e encontrar-lhes as soluções necessárias com a celeridade que a sua gravidade demandava” (FERREIRA, 2009, p. 5).

⁽¹⁰⁾ Entre nós o caso BPN e os seus contornos (FERNANDES, 2011).

⁽¹¹⁾ “Os executivos e os directores de uma empresa conhecem o seu negócio melhor do que qualquer analista em Wall Street. Sabem quando é que um produto está a vender bem, quando é que os inventários estão a acumular, sabem se as margens de lucros estão a expandir-se ou se os custos de produção estão a subir... Sempre ouvimos falar em

caminhos sinuosos⁽¹²⁾, fez com que a idade da inocência fosse superada, exigindo-se um esforço proativo na reparação da confiança dos investidores.

A densificação da figura do crime de abuso de informação privilegiada, enquanto propugnador do princípio transversal de transparência e segurança do mercado, parece-nos verdadeiramente proveitosa. Até, mesmo, numa ótica de estruturação e restabelecimento das relações financeiras.

De facto, e não obstante ter sido “muito desafiada por algumas correntes ligadas à análise económica do direito, a interdição da utilização e comunicação de informação assimétrica concita hoje largo consenso”, considerando-se, deste modo, superadas as construções doutrinárias opositoras (CÂMARA, 2011, p. 814). Expomos, de seguida, e resumidamente, duas perspetivas ou vertentes principais que podem servir de base ou fundamento à proibição (CÂMARA, 2011, p. 814).

Seguindo uma visão micro jurídica podemos afirmar que a ilicitude destes comportamentos servirá como mecanismo de tutela da confiança dos acionistas, relativamente aos dirigentes societários, representando, com relação a estes, uma verdadeira extensão do dever “fiduciário” de lealdade (cf. art. 64.º, n.º 1, al. b). Ademais, “protege os acionistas de celebrarem inadvertidamente negócios sobre valores mobiliários a preços desajustados”.

Já segundo uma perspetiva macro jurídica, “a proscricção do insider trading evita custos de transacção advenientes dos mercados mais opacos, em que os instrumentos financeiros são tendencialmente negociados a desconto”. Por efeito potencia a eficiência dos mercados, através da redução dos custos de capital. Finalmente, e acolhendo o entendimento de que a informação constitui, de facto, um bem público⁽¹³⁾ ou pelo menos coletivo (societá-

dinheiro fácil. Geralmente, isto é dinheiro fácil” (cf. “Individual Investor” (Fev. 1998, p. 54) *apud* (CARVALHO; DUQUE, 2007, p. 1).

⁽¹²⁾ “Some of America’s best and brightest were devoting their talents to getting around standards and regulations designed to ensure the efficiency of the economy and the safety of the banking system. Unfortunately, they were far too successful, and we are all — homeowners, workers, investors, taxpayers — paying the price” (STIGLITZ, 2008).

⁽¹³⁾ Sobre os Bens Públicos (AZEVEDO; LOPES; LOPES; CATARINO, 2009, pp. 12-13).

rio)⁽¹⁴⁾, a intervenção no sentido de prevenir o seu aproveitamento obstaculiza a sua apropriação para finalidades privadas, favorecendo, o respetivo acesso “em condições de paridade por parte dos accionistas”.

Capítulo I

1. A informação enquanto problema jurídico-criminal

A *informação* enquanto instrumento catalisador de vantagem ou prejuízo desde sempre foi observado, mas nem sempre, com os mesmos olhos. Dum patamar de completa desconsideração do comportamento a sancionar, passamos por diferenciados caminhos, que hoje são característicos e específicos de cada ordem jurídica, mas que tendem, sublinhemos, a convergir na “*avaliação de que o abuso de informação privilegiada é ilícito e merecedor de reacções ou sanções*” (FARIA COSTA, 2006, p. 25). Mas com esta panóplia de diferentes soluções para o problema do abuso da informação⁽¹⁵⁾, surge também um intrincado problema.

⁽¹⁴⁾ Da importância lapidar da informação no âmbito do mercado de valores mobiliários (BORBA, 2010, p. 88), (PINTO, 1998, p. 98), (BRAZIER, 1996, p. 80). A propósito da eficiência institucional dos mercados, a importância de uma informação adequada como garantia dos interesses dos investidores (OSÓRIO DE CASTRO, 1997, p. 336). Finalmente, no concernente aos deveres gerais e específicos de informação, bem como, ao *modus* conformativo de preços no mercado (CÂMARA, 1998).

⁽¹⁵⁾ De entre as diversas soluções, próprias de ordenamentos jurídicos diferenciados (*ibidem*), destacamos, dada a sua riqueza, a experiência e os fundamentos da proibição do *Insider Trading* no Direito Norte-Americano. Historicamente a prática do *Insider Trading* começou por ser proibida por violar as regras de composição e de formação do negócio. A parte detentora da vantagem informativa deveria informar a outra, respeitando, assim, a doutrina dos *special facts*. Entre nós, tal doutrina “pode fornecer um enquadramento para o problema da análise jurídica do negócio e do seu processo de formação, mas não um bom fundamento para legitimar a incriminação dessas práticas” (PINTO, 2000, p. 48). Tal entendimento foi superado pela doutrina da *abstain or disclose theory*, iniciada com a perspectiva contratualista do abuso de informação e acolhida expressamente pela intervenção regulamentar da SEC, em 1942. Estipulava que quem detivesse essa informação privilegiada a

Por efeito da mundialização e globalização a figura do *Insider Trading* assume, também, dimensões internacionais⁽¹⁶⁾. Revelando-se imperiosa uma análise ao esforço de harmonização e até de uniformização das legislações.

Em termos regionais, no espaço comunitário mencionamos a Diretiva n.º 89/592/CE⁽¹⁷⁾, relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados. A Diretiva assume-se como mecanismo de aproximação entre as díspares legislações comunitárias existentes. São dados, também, os primeiros passos em direção ao reconhecimento alargado da informação enquanto problema jurídico-criminal. A Diretiva parte do pressuposto de que “(...) o mercado secundário de valores mobiliários desempenha um papel fundamental no financiamento dos agentes económicos”, e que “para que esse mercado possa desempenhar o seu papel de forma eficaz, devem ser tomadas todas as medidas com vista a

divulgasse ao mercado ou, em caso contrário, se abstivesse de a utilizar. No entanto, depressa se reconheceu que esta teoria apresentava algumas lacunas. “A regra *disclose or abstain* continha na verdade uma falsa alternativa, pois na generalidade dos casos a informação relevante dizia respeito a entidades emittentes e, por isso, o possuidor dessa informação não a podia legitimamente divulgar (...) Por outro lado a ideia não era facilmente aplicável às operações a prazo (...) Acrescia, ainda, o facto da jurisprudência norte-americana ter sido confrontada com inúmeros casos em que o possuidor da informação não estava ligado à entidade emittente” (cf. PINTO, 2000, p. 47). Tais reconhecidos limites levaram a que a doutrina Norte-Americana rumasse em direção a dois caminhos diferentes: um deles consistiu em manter a base da teoria dos deveres, alargando-a sucessivamente a relações de quase-confiança; outro em direção à chamada teoria da apropriação ilegítima, *misappropriation theory*, de acordo com a qual aquele que usa uma informação privilegiada cometeria um ato de ilegítima apropriação. “Esta concepção, que foi acolhida há pouco tempo pelo *Supreme Court*, deslocou a perspectiva sobre o lesado do crime de abuso de informação da contra-parte do negócio para o proprietário da informação relevante” (cf. PINTO, 2000, p. 47). No entanto, e na doutrina propugnada por COSTA PINTO, estas teorias são insuficientes como base de fundamentação material do crime de abuso de informação. Para mais desenvolvimentos, nomeadamente no aprofundamento das críticas às teorias supra referida (PINTO, 2000, pp. 48 e ss).

⁽¹⁶⁾ Fatores propulsores de convergência nas soluções jurídicas regimentadoras da figura do *insider trading*. Neste sentido (LANGEVOORT, 1991, p. 14; 01; ss.); (FERRARINI, 2004, p. 36).

⁽¹⁷⁾ Segundo esta, a incriminação do crime de abuso de informação visa tutelar aspetos diversos: confiança dos investidores no mercado de valores mobiliários, igualdade dos investidores, o seu património, os pressupostos essenciais de um mercado eficiente ou a função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios (PINTO, 2000, p. 64).

assegurar o seu bom funcionamento”. Mais interessante é a consideração de que “o bom funcionamento do mercado em questão depende em grande medida da confiança que inspire aos investidores” e que “essa confiança assenta, nomeadamente, na garantia dada aos investidores de que estão colocados num plano de igualdade e que serão protegidos contra a utilização ilícita da informação privilegiada”^(18/19). Para esse desiderato considera basililar a adoção duma “regulamentação coordenada a nível comunitário”⁽²⁰⁾.

Este esforço comunitário encontrou transposição para a ordem jurídica nacional através do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril.

No ordenamento jurídico nacional, até então, vigoravam outros normativos que, por sua vez, visavam a regulamentação da figura do crime de abuso de informação privilegiada⁽²¹⁾. Assim, o Código das Sociedades Comerciais (CSC) já estipulava, nos seus arts. 449.º e 450.º, a natureza ilícita da informação⁽²²⁾. Destes artigos resultavam autênticas sanções não penais, que passavam pela obrigação de indemnizar os lesados, pela destituição judicial dos agentes responsáveis e pelo inquérito judicial⁽²³⁾.

(18) Preâmbulo.

(19) Nas palavras de FARIA COSTA, a Diretiva “*evidencia a ligação intrínseca entre o bom funcionamento dos mercados e a confiança dos investidores — assenta esta última na garantia de que os investidores estão colocados num plano de igualdade e que serão protegidos contra a utilização ilícita da informação privilegiada*” (FARIA COSTA, 2006, p. 27).

(20) A respeito do grau de convergência legislativo, e não obstante os progressos nos últimos anos, até meados de 2008 a manipulação de mercado não teria quaisquer cominações de natureza criminal, isto em quatro Estados-Membros. Cf. CESR, *Report on administrative measures and sanctions as well as the criminal sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive* (2008). O mesmo se passa no tocante às práticas de supervisão do abuso de mercado. EUROPEAN SECURITIES MARKETS EXPERTS (ESME), *Market Abuse EU legal framework and its implementation by Member States: a first evaluation*, 6 de junho de 2007.

(21) Como alerta FARIA COSTA, “(...) desde os anos oitenta que a ordem jurídica nacional proibia o abuso de informações privilegiadas” (FARIA COSTA, 2006, p. 27).

(22) Para mais desenvolvimentos (BROCHADO, 2010).

(23) “As soluções actualmente contidas nos arts. 449.º do CSC e 378.º do CVM são separadas por duas décadas quanto à data da sua aprovação, e por plúrimas diferenças, quanto ao seu conteúdo, cujo conhecimento é importante para uma interpretação correcta de ambos os regimes. O âmbito subjetivo do regime penal do insider trading é mais amplo

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21 de Abril acrescenta ao CSC o seu Título VII, relativo às “disposições penais e de mera ordenação social”. O correspondente art. 524.º do CSC veio tipificar o crime de *abuso de informações*, constituindo uma evolução considerável à luz da tipificação pretendida. De acordo com o mencionado no preâmbulo do referido Decreto-Lei a novidade desta disposição teve como escopo efetivar “uma ligação global à estrutura das incriminações clássicas, de modo a que o labor da jurisprudência encontre ainda orientação e suporte bastantes no sistema dos conceitos e princípios do direito penal comum”. A conduta proibida por este tipo de crime consistia em revelar ilicitamente a outrem, factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido previamente concedida publicidade, e que fossem suscetíveis de influir no valor dos títulos das sociedades anónimas ou das sociedades participantes da fusão.

O CódMVM⁽²⁴⁾ também inseria o crime de *abuso de informação* no âmbito dos mercados de valores mobiliários, através do seu art. 666.º, mudança de inserção sistemática que, na opinião de FARIA COSTA, “*não deixa de ser relevante e significativa porquanto, sob o ponto de vista do sistema, expressa a ligação entre o crime de abuso de informação e o mercado dos valores mobiliários*” (FARIA COSTA, 2006, p. 28).

do que o regime civil, na medida em que aquele abrange a informação respeitante a qualquer sociedade anónima (ainda que de estrutura acionista fechada) e, além disso, a respeitante a qualquer tipo de emitente de instrumento financeiro. Todos os valores mobiliários, instrumentos de mercado monetário e derivados são por isso tidos em consideração no regime penal, ao passo que o código das sociedades se refere apenas a sociedades anónimas e às acções e obrigações por elas emitidas. Além disso, a lei societária apenas qualifica como insiders primários os membros de órgãos de administração e de fiscalização, ao passo que o CVM inclui, além destes, os que detenham informação privilegiada devido à titularidade de uma participação no capital ou os que obtenham por qualquer facto ilícito ou que suponha a prática de factos ilícitos. A acrescentar, o conceito de informação privilegiada apresenta-se mais densificado no Código dos Valores Mobiliários do que o conceito homólogo na lei societária. O regime criminal, por último é rodeado de mecanismos preventivos mais robustos (cf. arts. 12.º-C, n.º 4, 248.º e 309.º D do CVM) do que os encontrados na lei societária (art. 449.º, n.º 5). A cláusula de exclusão de ilicitude comunitária. As operações de aquisição de acções próprias e de estabilização estão excluídas da proibição do abuso de informação privilegiada desde que cumpram os requisitos enunciados no Regulamento (CE) n.º 273/2003, de 22 de Dezembro” (CORDEIRO, 2014, pp. 1162-1163).

⁽²⁴⁾ Decreto-Lei n.º 142-A/91 de 10 de Abril.

Não poderíamos deixar, claro, de referir que o Código de Valores Mobiliários (CVM), consignou o referido crime de *abuso de informação privilegiada* sob o art. 378.^o(²⁵). Deixamos aqui o tipo de ilícito principal:

Artigo 378.^o

Abuso de informação

1 — *Quem disponha de informação privilegiada:*

a) *Devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respetivo capital; ou*

b) *Em razão do trabalho ou do serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a um emitente ou a outra entidade; ou*

c) *Em virtude de profissão ou função pública que exerça; ou*

d) *Que, por qualquer forma, tenha sido obtida através de um facto ilícito ou que suponha a prática de um facto ilícito;*

E a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

No entanto, como iremos ver, de seguida, mesmo o art. 378.^o foi alvo de consideráveis transformações mercê de alguns movimentos legislativos comunitários. Desde logo a Lei n.º 55/2005 que veio autorizar o Governo a regular sobre os crimes de abuso de informação (e de manipulação de mercado) no âmbito do mercado de valores mobiliários. Nesta Lei “*surpreende-se uma linha de expansão das margens de punibilidade*” (FARIA COSTA, 2006, p. 30). De facto, o conceito de informação privilegiada é alargado de modo a nele incluir informação que diga indiretamente respeito a um emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros. É também introduzido o conceito de informação privilegiada em relação a instrumentos derivados sobre mercadorias(²⁶).

(²⁵) Em articulação com os arts. 174.^o e 311.^o.

(²⁶) Cf. art. 378.^o, n.º 4 do CVM.

Na esteira de FARIA COSTA “*a referida expansão também se manifesta quando se autoriza que no tipo do 378.º, n.º 1, do CVM passem a ser previstas situações em que a “informação privilegiada tenha sido obtida, por qualquer forma, através de um facto ilícito ou que suponha prática de um facto ilícito”* (FARIA COSTA, 2006, p. 30).

De acrescentar que a Lei transformou e reformulou o art. 378.º, n.º 3, do CVM, que passa, ora, a estipular, como exigência mínima, “o conhecimento de uma informação privilegiada”, com uma efetiva desconsideração do canal informativo. Todas estas transformações estão em sintonia com uma ideia geral de repressão do crime de *abuso de informação*, propugnando, também, por uma ideia ativa de transparência e segurança no mercado. De seguida, já no quadro comunitário, enquanto fonte de primeira ordem ou nível, a Diretiva n.º 2003/6/CE, sobre o abuso de mercado, aprovada no âmbito do sistema LAMFALUSSY⁽²⁷⁾.

Nas palavras de HELENA BOLINA o escopo assumido pela Diretiva é o de “*fornecer definições de manipulação de mercado e de abuso de informação privilegiada que sejam suficientemente precisas para orientarem o comportamento dos agentes do mercado mas que contenham um nível de flexibilidade que permita que novas práticas abusivas possam ser abrangidas. Atingir este equilíbrio não deixa de representar uma tarefa difícil, uma vez que estamos perante normas de natureza infraccional, pelo que se revela essencial a existência de certeza jurídica, a que acresce o facto de o excesso de flexibilidade poder conduzir a diferenças relevantes na transposição pelos vários estados membros, pondo em risco a harmonização que é o principal objectivo do diploma”* (BOLINA, 2000, p. 2.). Aliás, em comparação com a Directiva 89/592/

(27) O processo LAMFALUSSY prevê uma distinção, por níveis, dos diplomas normativos. Nos de primeiro nível — Diretiva n.º 2003/6/CE — são estabelecidos os princípios gerais de um determinado regime legal. Nos de segundo nível — Directiva n.º 2003/124/CE, de 22 de dezembro, Directiva n.º 2003/125/CE, de 2 de dezembro, Directiva n.º 2004/72/CE, de 29 de abril e Regulamento CE n.º 273/2003, de 22 de dezembro de 2003 — são estabelecidas as regras de concretização desses princípios adotadas de acordo com os procedimentos comitológicos da Comissão Europeia. Finalmente, e de não subvalorizar, com natureza de *softlaw*, as recomendações e outros instrumentos interpretativos e/ou informativos emanados pela ESMA, que, por sua vez, ocupam o terceiro nível.

/CE⁽²⁸⁾, “[a] definição de abuso de informação privilegiada constante da directiva 2003/6/CE vem alargar o âmbito da anterior previsão (...). A proibição abrange mais categorias de pessoas e incide sobre um conjunto mais alargado de instrumentos financeiros. Este alargamento visa propiciar a inclusão de situações que ficavam de fora do âmbito de aplicação das proibições e que se revelava necessário enquadrar, por forma a assegurar a manutenção da confiança dos investidores na integridade do mercado”. A Diretiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 52/2006⁽²⁹⁾, que operou um alargamento notório dos sujeitos típicos, conferindo nova redação ao art. 378.º, n.º 1 através da sua al. d). No número 2 do referido artigo, o tipo prescinde da fonte por intermédio da qual o agente tomou conhecimento, estipulando um autêntico conceito de “neutralidade da fonte” (FARIA COSTA, 2006, p. 31), sendo, também, consignados os casos de informação privilegiada relativos a instrumentos derivados sobre mercadorias, no número 4.

A Diretiva n.º 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014 relativa a sanções penais aplicáveis, genericamente, ao abuso de mercado, a ser transposta até Julho de 2016, e o Regulamento UE n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014 relativo ao abuso de mercado, que revoga as anteriores diretivas reguladoras do mesmo conteúdo, cuja eficácia das disposições (na sua generalidade) nas ordens jurídicas do Estados Membros coincide com a data limite de transposição da diretiva.

Novos produtos financeiros, múltiplas plataformas de negociação e multifacetadas técnicas de negociação exigem novas regras

(28) Sobre as diferenças entre a Directiva n.º 2003/6/CE e as anteriores, nas palavras de HELENA BOLINA “[a] principal diferença entre esta directiva e a anterior sobre abuso de informação é que, na atual diretiva, o conceito de informação privilegiada é o ponto de partida não apenas das proibições de abuso de informação mas também dos deveres de divulgação de factos relevantes a cargo dos emitentes, anteriormente regulados nos arts. 68.º e 81.º da directiva n.º 2001/34/CE. O facto de a definição de informação privilegiada ser o conceito que está na base de ambos os institutos coloca alguns problemas interpretativos relativamente à questão do que seja informação tornada pública” (BOLINA, 2000, p. 2). *Vide* também (BOLINA, 2004).

(29) Com a declaração de retificação n.º 21/2006, de 30 de março.

orientadas para intensificação da prevenção das condutas abusivas, bem como o aumento da proteção dos investidores (garante da confiança).

Em cumprimento desse desiderato relevantes modificações ao regime do abuso do mercado foram introduzidas⁽³⁰⁾, entre as quais se destacam, pelas potencialidades de impacto, em abono da transparência e fluidez leal das operações:

Um âmbito de aplicação mais abrangente, passando a aplicar-se (cf. art. 2.º):

- a) a instrumentos financeiros admitidos à negociação, ou para os quais tenha sido efetuado um pedido de admissão, não apenas em mercado regulamentado, mas também nos sistemas multilateral de negociação (MTF)⁽³¹⁾ e nos sistemas de negociação organizada (OTF)⁽³²⁾;
- b) a outros instrumentos financeiros, como a derivados, cujo preço ou valor dependa ou faça repercutir efeitos em instrumentos negociados na respetiva plataforma de negociação;
- c) a condutas ou transações que possam produzir efeitos nesses instrumentos financeiros, *incluindo licitações relativas à venda em leilão* de licenças de emissão.

A respeito das sondagens de mercado, que incluem a comunicação de informação, antes do anúncio de uma dada operação, a potenciais investidores no sentido de avaliar o seu concreto interesse, balizado pelas respetivas condições, como a dimensão e o preço, passam a ser objeto de regulação, exigindo-se, a montante da

⁽³⁰⁾ Não obstante a sua concretização prática encontrar-se, ainda, em modulação. Nomeadamente, a questão da prevenção, deteção e comunicação de ordens, operações ou transações de natureza considerada duvidosa, os pressupostos e requisitos dos programas de recompra de ações e as operações de estabilização, bem como, os pressupostos e requisitos das operações de sondagens de mercado, sem descuar, claro está, o tipo de transações que deverão estar abrangidas pelo dever de divulgação de operações por dirigentes, o deferimento da divulgação de informação privilegiada e as listas de iniciados.

⁽³¹⁾ Cf. n.º 7, art. 3.º.

⁽³²⁾ Cf. n.º 8, art. 3.º.

transmissão da informação, a observância de alguns procedimentos, v. g. a necessidade da elaboração de um registo (em suporte escrito) sobre a natureza privilegiada da informação a transmitir e dos motivos que conduziram a essa qualificação (cf. art. 11.º).

No concernente à divulgação ao público de informação privilegiada e dos desvios ao respetivo deferimento, o legislador orienta no seguinte sentido: o emitente que decida diferir a sua divulgação deverá informar os Reguladores e apresentar por escrito — sempre, ou, alternativamente, a pedido — uma justificação do diferimento (do cumprimento dos pressupostos e requisitos). Tratando-se de uma instituição financeira (de crédito ou outra), a instabilidade financeira da instituição ou do sistema financeiro, como um todo, constitui motivo adicional (especial) para a protelação da divulgação imediata de informação (cf. art. 17.º).

A propósito das operações levadas a cabo por dirigentes, e tendo em linha de conta o revigorado universo jurídico-fático de aplicação do regime do abuso de mercado aos emitentes de instrumentos financeiros negociados, em mercado regulamentado e em sistemas de negociação multilateral e organizada, de salientar o conseqüente aumento, em qualidade, das comunicações relativas às operações. Ademais, o prazo de comunicação é encurtado para três dias úteis, passando a abarcar diversas outras situações e factos jurídicos v. g. o penhor ou o empréstimo de instrumentos financeiros, as operações realizadas por qualquer pessoa que, a título profissional, prepare ou execute as operações por outrem atuando por conta de um dado dirigente ou pessoa relacionada, inclusive no âmbito da gestão discricionária, bem como as operações efetuadas ao abrigo de uma apólice de seguro de vida (cf. art. 19.º).

Particularizando no domínio da transparência temos a destacar a Diretiva n.º 2013/50/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Outubro de 2013, que vem alterar a Diretiva n.º 2004/109/CE relativa à harmonização dos requisitos de transparência da informação a divulgar pelos emitentes de valores mobiliários negociados em mercado regulamentado, apresentando como data limite para transposição, novembro de 2015.

A nova disciplina envolve múltiplas alterações ao regime jurídico vigente até então, nomeadamente:

- a) A propósito da publicação de informação financeira: aos Estados-Membros é obliterada a possibilidade de exigirem a publicação de informação financeira periódica com maior frequência do que os relatórios financeiros anuais e semestrais, salvo tratando-se de instituições financeiras, visando o alívio sobretudo, das pequenas e médias empresas com encargos financeiros que não constituam elementos essenciais à proteção da posição jurídica dos investidores e para a formação da decisão de investir (inciso n.º 5). Para proporcionar maior flexibilidade e reduzir os encargos com burocracia, é prorrogado o prazo de publicação da informação financeira (relatórios) semestral, de 2 meses para até 3 meses após o termo do período abrangido. Antevê-se que, a partir de 1 de Janeiro de 2020, os relatórios financeiros anuais sejam elaborados num formato eletrónico harmonizado de comunicação de informações (inciso n.ºs 6 e 26).
- b) No concernente à notificação de participações qualificadas: Os Estados Membros encontram-se impedidos de adotarem regras mais rigorosas do que as previstas na Diretiva em matéria de cálculo dos limiares das participações, de agregação da detenção de direitos de voto associados a ações com a detenção de direitos de voto associados a instrumentos financeiros, e de isenção de requisitos de notificação. Todavia, é garantida certa flexibilidade aos Estados Membros para imporem requisitos mais rigorosos, relativamente aos limiares, ao conteúdo (como a divulgação das intenções dos acionistas), e ao processo e prazos das notificações assim como a possibilidade de exigirem informações adicionais sobre participações qualificadas (inciso n.º 12). Ademais, atente-se a amplitude nocional de instrumento financeiro para efeitos de comunicação de participação que, ora, abrange todos os instrumentos com efeito económico similar à detenção de ações e a direitos de aquisição de ações (inciso 9.º).

2. Crime de informação privilegiada

2.1. Natureza supra-individual do bem jurídico tutelado

Antes de tudo realçamos que “*o tipo legal de crime não deve confundir-se com o seu substratum*” (FARIA COSTA, 2006, p. 33). Devemos remeter, na consideração do bem jurídico, não a uma determinada situação específica do tipo legal de crime, mas sim à relação da pessoa com o próprio objeto de valoração.

Não devemos olvidar, no entanto, que “*a relatividade pressuposta está, não nos valores em si, mas na forma de os descobrir, sentir ou por eles sermos iluminados*” (FARIA COSTA, 2006, p. 33). E esta relação não se encontra, naturalmente, isolada do devir histórico, ou, nas palavras de FARIA COSTA “[*é*] *justamente, aqui que podemos detectar o fluir da historicidade com que os bens jurídicos-penais são apreendidos e se reflectem matricialmente nos ordenamentos jurídicos-penais. A vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o património, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se na relação do “eu” com o objecto da valoração que, como se acaba de demonstrar, não é o próprio valor mas o valor do bem ou da coisa*” (FARIA COSTA, 2006, p. 33). Esta nota de mutabilidade é deveras fundamental. De facto, a percepção que os sujeitos têm da realidade envolvente não é amorfa e descontextualizada, antes é influenciada por todo um conjunto diferenciado de fatores que, em último caso, conformam, também, o seu processo de valoração. Daí que “*os bens jurídicos historicamente protegidos pelo direito penal são o resultado da decisão e valoração do legislador*” (FARIA COSTA, 2006, p. 34).

Partindo destas considerações de base entendemos, porque fundamental, descortinar qual o bem jurídico protegido pela incriminação do abuso de informação privilegiada. Impondo-se, preliminarmente, cindir a caracterização geral efetuada pelo direito criminal clássico da operada no direito penal económico, direito penal secundário, ou direito penal da globalização. O primeiro desenvolve a sua atividade em estreita relação com o indivíduo, com o seu âmbito de ordenação dominial, e com o gozo resultante dessa rela-

ção. O direito penal secundário⁽³³⁾ tem como escopo proteger bens jurídicos com uma dimensão, ou, a um nível supra-individual^(34/35).

Ora sabemos que o mundo financeiro tem, realmente, um fator de realização íntimo com uma vertente patrimonial. No entanto, será extremamente redutor analisar a riqueza dessas relações apenas por esse prisma⁽³⁶⁾. Sabemos que a proteção jurídico-criminal não pode ficar apenas reduzida aos clássicos crimes de furto, abuso de confiança, burla, etc. A complexidade dos instrumentos de realização económica faz com que surjam diferentes comportamentos que acabam por prejudicar e ofender, de forma indiscriminada todos os membros da comunidade económica⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ “(...) No âmbito de Direito penal do mercado, seria, pois, uma espécie de “anestesia geral” que procura manter níveis — que pretendem ser — rigorosos, de equilíbrio, os quais são exigíveis à sobrevivência e manutenção da própria economia de mercado capitalista “tardia” que se caracteriza pela convivência natural entre ciclos de (in)eficiência. Problema que poderá estar ligado ao endividamento artificial das pessoas e aos “conselhos financeiros cegos” (BANDEIRA, 2015, p. 140).

⁽³⁴⁾ “(...) ou seja, uma categoria do pensamento jurídico-penal que tem como finalidade proposicional acolher no seu seio de uma rede de valorações complexas cujo suporte não pode ser o imediato e concreto sujeito individual” (cf. FARIA COSTA, 2006, p. 35).

⁽³⁵⁾ “(...) Tanto o crime de abuso de informação e/ou *insider trading* como o crime de manipulação de mercado contêm descrições de possíveis condutas que podem colocar em perigo ou danificar os alicerces de actividades do MVM e, por conseguinte, afectar o próprio sistema financeiro em si mesmo. Ora, o sistema financeiro é a “energia” do sistema económico capitalista, nomeadamente, aquele que tem um cariz financeiro. Parece existir, aliás, um conflito de interesses, face aos ciclos bolsistas de (in)eficiência, entre sociedades emittentes e/ou cotadas e os investidores em geral. Os efeitos negativos em uma perspectiva social poderiam, porventura e contudo, ser atenuados das seguintes formas, entre outras, a título enunciativo: a) informação completada com avisos específicos sobre a situação cíclica; b) informação íntegra sem maquilhagens de modo a conter não só as possibilidades de sucesso como as hipóteses de frustração de expectativas; c) utilização de analistas independentes e favorecimento da simetria informativa (...)” (BANDEIRA, 2015, pp. 140-141).

⁽³⁶⁾ “(...) para lá da tutela penal patrimonial, a economia, vista como jogo e função de ordenação dominial que visa o aumento dos bens e pressupõe, qualquer que ela seja, uma regra de distribuição daqueles precisos bens, não pode ser olhada exclusivamente a partir do étimo da proteção patrimonial dos bens” (FARIA COSTA, 2006, p. 35).

⁽³⁷⁾ Nas palavras de COSTA PINTO: “[a]través do abuso de informação coloca-se em perigo ou lesa-se um pressuposto do funcionamento de um mercado eficiente: a *função pública da informação*, enquanto critério de justa distribuição do risco negocial (...). Por outro lado, quem manipula o mercado controla ilicitamente o *regular funcionamento do mercado* (assente na *transparência e eficiência*) e o próprio mecanismo de livre formação

O grau de afetação dos bens jurídicos implicados transcende, por forma particular, os seus mediadores relacionais, os sujeitos concretos (pessoas físicas ou coletivas) através dos quais se vislumbrou a ação geradora da violação.

Neste segundo grupo de comportamentos surge o crime de abuso de informação privilegiada, que a par dos outros com natureza idêntica constituem o objeto do direito penal secundário. Não obstante, tal característica não lhe retira uma vertente marcadamente individual, que se revela através do prejuízo da contraparte do *insider* ou da sociedade emitente das ações transacionadas. Os próprios investidores poderão sair prejudicados uma vez que não tiveram acesso às informações privilegiadas do *insider*, durante o seu processo de tomada de decisão. Por outro lado, a sociedade emitente pode ver o seu prestígio posto em causa, num autêntico *reputational harm*, repercussões essas que se poderão estender, até, ao seu património. No entanto, este patamar de reflexão e conexão individual do crime de abuso de informação não abarca a especificidade da figura. De facto, o palco dos instrumentos económicos e financeiros do *Insider Trading* é o dos mercados onde predominam as transações sem face (*faceless transactions*) e onde, como tal, é muito difícil a identificação tempestiva da contraparte do *insider*. Mesmo a medida e a efetiva caracterização do *reputational harm*⁽³⁸⁾ se torna difícil de provar, quantificar e qualificar. É certo que essa natureza individual existe. Constitui um ponto de partida inegável e inalienável. Mas o crime de abuso de informação não visa (ou não visa apenas) proteger essas posições individualizantes. O que acaba por estar aqui em causa é a viabilidade e transparência do

das cotações, neutralizando desse modo o risco do seu investimento (ou daqueles em benefício de quem actue) e pondo em risco o investimento dos demais investidores.” (PINTO, 2000, p. 97). Em particular sobre o crime de manipulação do mercado *vide* (VEIGA, 2001).

⁽³⁸⁾ Neste sentido FARIA COSTA refere que a falta de confiança dos investidores pode conduzir à depreciação do valor de mercado das sociedades emitentes. Mais se refira que não é de afastar completamente que a entidade emitente possa sofrer prejuízos porque os seus administradores ficam motivados para capturar os ganhos próprios do *Insider Trading*, em vez de se empenharem de forma briosa e diligente na gestão da sociedade (FARIA COSTA, 2006, p. 36).

próprio mercado. E esse é o fim último da incriminação do *Insider Trading*. No fundo “[o] *que está em causa é, justamente, a existência do próprio mercado de valores mobiliários enquanto “connected system” e não o mercado enquanto justaposição de posições individuais*” (FARIA COSTA, 2006, p. 37)⁽³⁹⁾.

2.2. Uma realidade complexa, multifacetada, poliédrica e heterógena⁽⁴⁰⁾

Como resulta do já exposto, o tipo incriminador a que fazemos referência existe não para proteger diretamente, ou especificamente, qualquer tipo de direito individual. Tem, antes, como objetivo proteger “*todo o universo de investidores, efectivo e potencial, que procura o mercado de valores mobiliários*” (FARIA COSTA, 2006, p. 36), pretendendo, como vimos, “*proteger o bem jurídico supra-individual expresso no valor que a livre concorrência de mercado representa*” (FARIA COSTA, 2006, p. 36). Daqui resulta que ao carácter supra-individual é necessário acrescentar uma nota visível que realce o bem jurídico em questão como uma realidade poli-facetada ou poliédrica, que permita “*a ductibilidade ou flexibilidade capaz de nos permitir legítimas inflexões compreensivas (...) como também uma límpida adequação à realidade*” (FARIA COSTA, 2006, p. 31).

A proteção e implementação destas notas passa por um processo de tutela da confiança dos investidores no correto e regulamentado funcionamento do mercado, e numa proteção da decisão de economia individual, tomada como igualdade de informação

⁽³⁹⁾ Como refere COSTA PINTO: “Na exacta medida em que os crimes descritos lesam aspectos essenciais do funcionamento dum sector do sistema financeiro, estamos perante agressões a uma vertente da economia nacional e, por essa razão, os crimes de abuso de informação e de manipulação do mercado são crimes económicos e não crimes patrimoniais” (PINTO, F., 2000, p. 97).

⁽⁴⁰⁾ Neste sentido (FARIA COSTA) sob o ponto 2.2 “[o] crime de abuso de informação protege um bem jurídico complexo e poliédrico que não se esgota na igualdade dos investidores” (FARIA COSTA, 2006, p. 36).

para todos os investidores⁽⁴¹⁾. Daqui resulta que além de poliédrico o bem jurídico se assume como fundamentalmente heterogéneo, no sentido em que engloba uma autêntica diversidade de proteção de realidades diversas: proteção da confiança e da igualdade dos investidores.

Interessante é, neste prisma, considerar a posição de COSTA PINTO. O autor elabora uma construção proposta nos conceitos da função da informação e do risco do negócio para definir o bem jurídico. De facto, pugna que “*quem usa negocialmente informação privilegiada não agride apenas a igualdade entre os investidores, antes subverte as condições de regular funcionamento do mercado e coloca em perigo os seus níveis de eficiência*” (PINTO, 2000, p. 67). Em consonância, portanto, com o exposto anteriormente. O desenho de COSTA PINTO detém, ainda, outra originalidade. O autor estende o bem jurídico a proteger, referindo que as normas do crime previsto tendem a punir situações de distorção da livre concorrência. Partindo da paridade informativa básica (*full disclosure*), o autor considera que subvertido o acesso à informação, a intervenção negocial é desequilibrada a favor do *insider*, não correndo este os mesmos riscos inerentes ao funcionamento do mercado que os restantes. Existe assim uma subversão das condições de distribuição do risco negocial pondo em risco, *máxime*, a eficiência económica dos mercados. E é claro que estes movimen-

(41) Aqui importa realçar que a heterogeneidade do bem jurídico protegido passa pela apreensão que aquele não se esgota na igualdade dos investidores. De facto, o crime de abuso de informação não se cinge, apenas, no *equal footing*. A disparidade de informação entre os diferentes agentes num mercado de valores mobiliários concorrenciais é uma característica definidora, intrínseca e, como tal, ineliminável. Uma posição sancionatória que hiperbolize a igualdade entre os investidores irá, certamente, eliminar a eficácia da adequação da incriminação do abuso de informação, e, por outro lado, vai inibir ou desencorajar processos de procura legítimos da mesma. Como tal, necessita-se de salutar equilíbrio e cuidado premente na abordagem desta questão. A informação será abusiva se existir uma ligação com a entidade emitente. Como defende FARIA COSTA: “(...) o que é reprovável não é o *plus* de informação detida, mas antes o facto de tal superioridade ser conseguida à custa de uma ligação directa com a entidade emitente (...) Perspectivar o crime de abuso de informação a partir da igualdade de informação entre investidores, em vez de promover um mercado eficiente e atractivo, levaria a que se inibisse indiscriminadamente o uso de qualquer assimetria informativa” (FARIA COSTA, 2006, p. 39).

tos de dispersão e desnorteamento do mercado num sistema liberal só são aceites enquanto expressão de um mérito próprio, “*mas são intoleráveis quando resultam da conversão abusiva de informação privilegiada que se destina a ser conhecida de todo o mercado e não apenas de alguns agentes próximos da fonte de informação*” (PINTO, 2000, p. 68).

No fundo, e em conclusão o núcleo duro do bem jurídico a tutelar “*prende-se, de modo inescapável, com a ideia de que a proibição do insider Trading visa garantir que o mercado de valores mobiliários se pautе pelas regras de mercado*” (FARIA COSTA, 2006, p. 38), funcionando como um instrumento de transparência e segurança no e do mundo financeiro⁽⁴²⁾.

3. A Tutela Sancionatória do Mercado de Valores Mobiliários: uma exigência constitucional

O CVM, no seu título VIII, dedicado aos crimes e ilícitos de mera ordenação social, não pode ser analisado de forma isolada e compartimentada. De facto, a compreensão deste regime passa pela apreensão das conexões materiais que estabelece e pela orientação político-criminal seguida. Antes de mais, o regime remete, quer em termos de descrição dos preceitos penais e contra-ordenacionais, quer em termos de interpretação de conceitos, para outros sectores do ordenamento jurídico e para outras partes do Código, propugnando uma proveitosa e próxima conexão material. Fá-lo “*para garantir, através da ameaça sancionatória e da perseguição das infracções, os valores e bens regulamentados pelo diploma*”

(42) “Em suma, a situação de paridade informativa, o princípio da eficiência dos mercados e a função pública da informação são, enquanto condições da justa distribuição do risco negocial, aspectos essenciais do funcionamento dos mercados de valores mobiliários. A incriminação do abuso de informação visa proteger um bem económico de natureza supra individual que corresponde a essas condições essenciais: a função pública da informação enquanto *justo critério de distribuição do risco do negócio* no mercado de valores mobiliários” (PINTO, 2000, p. 68).

(PINTO, 2000, p. 17). Esta conexão existe ainda com outros vários ramos do Direito, que acabam por desempenhar um papel importante no processo de orientação, estruturação, apoio e delimitação do regime jurídico acolhido e defendido no CVM. Nas palavras de COSTA PINTO, “[a] intervenção de diversas entidades com poderes de Direito Público nesta área e nesta matéria não é, pois, um bem em si, mas antes uma forma de tutelar bens e valores que merecem essa protecção” (PINTO, 2000, p. 17). Falamos, obviamente, dos seguintes âmbitos regulatórios: direito criminal; direito processual criminal; regime geral do direito de mera ordenação social; e, claro, do direito constitucional.

De acordo com o preceituado no art. 2.º da nossa Lei Fundamental:

[a] República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Em articulação com o disposto no art. 3.º, n.º 2 e n.º 3:

O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Parametrizado, nestes termos, pela Constituição da República Portuguesa, o Estado encontra-se adstrito a todo um conjunto de imposições legiferantes, por um lado, a concretização de todo um articulado de normas que permitam uma protecção efetiva dos direitos e liberdades dos indivíduos e, por outro lado, a elaboração de uma malha de defesa e de garantia desses mesmos direitos⁽⁴³⁾.

Na esteira de VIEIRA DE ANDRADE:

(43) Neste sentido (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 208).

[h]á um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens. E esses direitos (pelo menos esses), devem ser considerados 'património espiritual comum da humanidade' e não admitem, hoje, nem mais uma leitura, nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial (ANDRADE, 2007, p. 34)⁽⁴⁴⁾.

Antes de mais, é necessário ter presente que a nossa Constituição consignou um sistema completo de direitos, liberdade e garantias fundamentais. Este catálogo ocupa um lugar de destaque, a Parte I da CRP. A forma como estes se encontram enunciados não tem paralelo nas constituições dos outros países. A maioria dos autores concorda que, em termos de direito comparado, a nossa Constituição tem alguns vetores de inovação. A forma de organização encontrada foi a de elaborar uma lista extensa de Princípios Gerais (arts. 12.º a 23.º), de Direitos, Liberdades e Garantias (arts. 24.º a 57.º), estipulando também, em paralelo, um conjunto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC). A parte II da CRP estipula preceitos em relação à organização económica que nos interessa analisar.

Nestes preceitos constitucionais relativos à organização económica teremos que forçosamente destacar algumas ideias. Assim, desde logo, o art. 101.º da CRP consigna que “[o] sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”. Obviamente que a prossecução e realização deste princípio densificador só será possível através dum mercado de valores mobiliários que, em condições de transparência, consiga assegurar a confiança dos investidores e a própria regularidade do mercado, proporcionando uma plataforma de encontro entre a procura de fontes de financiamento e a poupança dos investidores, permitindo

⁽⁴⁴⁾ A dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte e princípio limite. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, pp. 198-200).

“estratégias de recomposição das estruturas accionistas das sociedades cotadas e funções relevantes na gestão económica do risco de certas actividades” (PINTO, 2000, 18). E essa realização passará também por um aparelho de tutela sancionatória que vise, mais uma vez, o bom funcionamento dos mercados, do setor financeiro, como um patamar inalienável de eficiência da economia nacional.

Em articulação, sentimos como obrigatório, mobilizar o conteúdo do art. 81.º, al. e) da CRP, que dispõe do seguinte modo “[i]ncumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social (...) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”. Sublinhamos que este funcionamento sustentável dos mercados é, então, uma incumbência prioritária do Estado. Nasce aqui uma autêntica preocupação constitucional que visa proteger os interesses económicos dos particulares, assim como prosseguir fins específicos afetos à política económica de desenvolvimento Estadual. Mais uma vez, tal meta só será possível através de uma via de legitimação de uma tutela sancionatória que (acolhido e defendido por COSTA PINTO) zeze pela proteção de bens supra-individuais.

Uma última nota para esclarecer o seguinte.

A enunciação dos arts. 81.º, al. e), e 101.º da CRP, e a assunção dos objetivos aí propostos, através de uma tutela sancionatória, devem ser temperados com duas ideias fundamentais: o conteúdo do título VII do CVM deve cumprir “*seriamente o princípio da intervenção mínima*” (PINTO, 2000, 20) (isto é, em consonância com outros mecanismos de cariz e espírito preventivo)⁽⁴⁵⁾; a intervenção do aparelho de tutela sancionatória deve, obviamente, respeitar o princípio da necessidade, presente no art. 18.º, n.º 2 da

(45) Neste sentido COSTA PINTO refere que: a “[i]ntervenção mínima, mas com uma procura redobrada de eficiência que se manifesta quer na redacção dos tipos de ilícito, quer em algumas soluções processuais, de forma a conseguir respostas adequadas à prática de infracções cometidas (...)” (PINTO, 2000, p. 21).

CRP, “*que se projecta nas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias*” (PINTO, 2000, p. 20).

Capítulo II

O crime de Abuso de Informação

1. O artigo 378.º do Código de Valores Mobiliários

Como vimos o crime de abuso de informação foi introduzido pelo CSC, nos seus arts. 499.º, 450.º e 524.º (este último já revogado), estando também presente no CódMVM, muito por influência da Diretiva n.º 89/592/CEE, no art. 666.º. No CVM de 1999, o legislador inseriu-o no art. 378.º, estipulando uma série de comportamentos padronizados que são, após acertada valoração, proibidos nos mercados de valores mobiliários. Após leitura do preceito, delineamos que o crime em apreço consiste num ato de disposição de uma informação privilegiada por certas pessoas por referência aos comportamentos que figuram no tipo de ilícito criminal: **transmitir negociar** a informação; **aconselhar** alguém a negociar; e **ordenar** a subscrição, venda ou troca de ativos com base numa informação privilegiada⁽⁴⁶⁾.

A inserção deste preceito não foi, no entanto, isenta de críticas. De facto, e nas palavras de COSTA PINTO, que sublinhamos, a técnica utilizada pelo legislador “*não foi particularmente feliz*”⁽⁴⁷⁾. Realmente o preceito acabou por ser uma simples transposição, limitando-se a transformar as normas jurídicas da Diretiva, criando um conjunto de tipos penais que, tradicionalmente, eram estranhos

⁽⁴⁶⁾ O que implica que a *simplex posse* não tem relevância para o preenchimento do tipo deste preceito (pode apenas ter relevância, como refere COSTA PINTO, por referência aos crimes previstos nos arts. 194.º a 197.º do Código Penal). Do mesmo modo, não serão puníveis os casos de *non trading*, isto é, os casos em que alguém recebe uma informação privilegiada e decide não a usar efetivamente.

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido (PINTO, 2000, p. 42).

aos instrumentos e à técnica jurídica nacional⁽⁴⁸⁾. O estipulado acaba por ser complexo e denso, o que não deixa de causar alguma estranheza uma vez que, em alguns aspetos, dá azo a algumas lacunas de difícil integração. Existe um outro aspeto relevante referido pelo autor que, pela sua importância na perceção da articulação prática de eficiência da inserção, é merecedor de reflexão. De facto, o legislador recorre, “*de forma exagerada*” (PINTO, 2000, p. 42), a elementos subjetivos especiais no desenho dos tipos incriminadores, utilizando técnicas de transposição de crimes patrimoniais em crimes que são, essencialmente, de demarcada natureza económica⁽⁴⁹⁾.

Tendo em linha de conta o exposto podemos, ora, partir para o núcleo essencial do tipo de ilícito criminal em estudo. Em termos abstratos, este abarca as “*situações em que alguém usa no mercado de valores mobiliários uma informação economicamente relevante a que teve acesso de uma forma especial, antes de a generalidade dos investidores a poder conhecer*” (PINTO, 2000, p. 42). Tal prende-se, sem dúvida, com o facto de quem utiliza informação privilegiada se encontrar numa situação de vantagem ilegítima, em relação aos restantes investidores, que, em caso último, lhes permite fazer juízos de prognose mais rigorosos e objetivos ou, nas palavras de COSTA PINTO, “*podendo com mais segurança evitar prejuízos ou obter lucros. Numa das perspectivas possíveis, o que o detentor de informação privilegiada faz, na realidade, é antecipar-se ilegitimamente à generalidade do mercado que só mais tarde terá acesso à informação que aquele possui e usa*” (PINTO, 2000, pp. 42-43).

Deixando de lado as críticas à inserção no CVM existe uma panóplia de características que constituem, também, as suas espe-

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido (PINTO, 2000, p. 42).

⁽⁴⁹⁾ De facto, o autor refere que a assimilação supra referida é incorreta: «Esta assimilação é, em minha opinião, incorreta, pois nos crimes de apropriação patrimonial são aceitáveis os elementos subjetivos especiais dirigidos à obtenção de proveitos económicos porque isso está em harmonia com o bem jurídico protegido por esses tipos incriminadores (a propriedade ou o património). Diversamente, nos crimes económicos os bens jurídicos tutelados não possuem esta natureza, surgindo antes como bens supra individuais que só reflexa e indiretamente protegem bens pessoais» (PINTO, 2000, p. 42).

cificidades⁽⁵⁰⁾: o seu desvalor intrínseco não é imediatamente apreensível, porque pressupõe valorações específicas e regras de funcionamento do mercado que, normalmente, são estranhas às regras comuns da experiência ou senso; a sua danosidade real não é imediatamente visível (ao contrário dos outros crimes económicos); além do que, todo o esquema de *insider trading* tem lugar no mercado de valores mobiliários, um teatro lícito (ao contrário, mais uma vez, dos outros crimes económicos que tem lugar num contexto primordialmente ilícito).

2. Estrutura Típica das Incriminações

O crime de abuso de informação tem, no Código de Valores Mobiliários, uma estrutura que, de forma sintética, é *mister* analisar. O art. 378.º combina e enuncia as qualidades típicas dos agentes (art. 378.º, n.ºs 1 e 2), relacionando-as com a prática de um dos factos descritos, consignando um nexo de causalidade entre a posse da informação e a conduta proibida, exigindo como elemento subjetivo geral, o dolo, nos termos dos arts. 13.º e 14.º do Código Penal.

Como bem refere COSTA PINTO (PINTO, 2000, p. 69) existem algumas visíveis diferenças em relação às legislações anteriores. O requisito de «procurar tirar proveito» que se encontrava no art. 666.º do CódMVM foi retirado. Foi do mesmo modo suprimido o regime de atenuação de pena previsto no art. 666.º, n.º 2 do CódMVM⁽⁵¹⁾.

O crime de abuso de informação estrutura-se tipicamente à volta de certas relações especiais que um grupo de agentes tem com a fonte de informação privilegiada (casos do art. 378.º, n.ºs 1 e 2 do CVM) ou que qualquer pessoa tem com aqueles agentes que

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido (PINTO, 2000, p. 41).

⁽⁵¹⁾ No primeiro caso, a cláusula constituía um elemento denso e complexo, de difícil harmonização prática. No segundo caso a norma constituía-se como autenticamente “assistemática e desnecessária” (PINTO, 2000, p. 70).

possuem essa relação especial (art. 378.º, n.º 3). Podemos então antever, nesta descrição, vários tipos de *insiders*: os *corporate insiders*, previstos no art. 378.º, n.º 1, que são titulares de órgãos de administração ou fiscalização de uma entidade emitente ou possuidores de participações no respetivo capital; os *insiders não institucionalizados ou temporários*, previstos no art. 378.º, n.º 2, constituídos por pessoas que tem um vínculo profissional a um emitente, a título temporário ou permanente; e os *outsiders ou tippies*, que não sendo reconduzidos a nenhum dos grupos, recebem de um agente com essas qualidades definidoras típicas uma qualquer informação privilegiada que depois irão ilicitamente utilizar. Rapidamente é perceptível que existe uma opção clara por um regime amplo⁽⁵²⁾ quanto à delimitação dos possíveis agentes. O legislador português ao adotar estas soluções revela ter acolhido “o sistema sugerido pela Directiva Comunitária de 1989, criando um regime aparentemente amplo quanto à delimitação dos agentes possíveis (...)” (PINTO, 2000, p. 71). Da estrutura emanam, assim, diversos níveis ou espécimes de figurinos: os *insiders primários, qualificados ou intranei*, que detêm, como vimos, um conjunto referencial de qualidades ou uma relação especial com a fonte de informação privilegiada, constituídos pelas situações dos n.ºs 1 e 2 do art. 378.º do CVM; e os *insiders secundários ou extranei*, que acabam por receber a informação dos primeiros, constituídos pela situação prevista no n.º 3 do art. 378.º do CVM. Existe aqui uma noção de maior gravidade aposta às situações dos *insiders primários* (CÂMARA, 2011, p. 816), completamente compreensível numa questão de análise de política criminal, e claro, “*pelo maior perigo de lesão do bem jurídico decorrente de uma relação especial com o mesmo*” (PINTO, 2000, p. 71). A diferença entre estes dois pata-

(52) A verdade é que a amplitude deste regime, quanto ao círculo de agentes idóneos, tem sido sobejamente discutida e controvertida. É, nas palavras de COSTA PINTO, uma amplitude «mais aparente do que real». E esta discussão visa saber, sobretudo, se existe aplicabilidade do regime da Diretiva e da legislação portuguesa aos titulares de participações sociais. Este teatro de sombras e fumos e esta aparente amplitude do regime tem vindo a ser limitada por problemas de produção de prova. Reportamo-nos, obviamente, a uma necessidade exigência de conexão entre a qualidade do agente e o fluxo de informação. Para mais desenvolvimentos (PINTO, 2000, p. 72).

mares remete até a um nexó de causalidade entre a conduta proibida e a informação privilegiada⁽⁵³⁾. Os crimes previstos nos n.ºs 1 e 2 são crimes específicos próprios, “*delimitados em função de círculos de agentes que têm uma especial relação com as fontes de informação privilegiada*” (PINTO, 2000, p. 73), e o crime consignado no n.º 3 trata-se dum crime comum. Os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 378.º do CVM distinguem-se, ainda, quanto à estrutura dogmática dos tipos incriminadores (PINTO, 2000, p. 81): revelando-se como crimes de perigo abstrato os tipos de ilícito que preveem a transmissão ilegítima da informação privilegiada como uma verdadeira conduta típica; constituem crimes de perigo abstrato-concreto os atos que configurem formas de aconselhamento, bem como, a emissão de ordens de compra, venda ou troca: trata-se dum crime material o tipo de crime quando tenha ocorrido um dado ato de negociação que dê origem a uma compra efetiva, venda ou troca (a formação do negócio constitui, assim, o resultado lesivo do bem jurídico protegido). O ato pelo qual estes agentes se propõem a dispor da informação merece também a nossa atenção. Como vimos no Capítulo II, ponto 1, art. 378.º do Código de Valores Mobiliários, esse ato consiste na transmissão a outrem fora do âmbito normal de funções do agente de uma informação privilegiada, podendo, também, consistir num verdadeiro e autêntico ato comercial como “*negociar, aconselhar alguém a negociar ou ordenar a subscrição, venda ou troca de activos com base na informação privilegiada*” (PINTO, 2000, p. 72). Cada um destes comportamentos é relevante por si só, ou seja, cada um dos factos leva à realização do tipo de ilícito independentemente da realização dos outros. Isto leva a que possa ter lugar a realização de vários tipos de comportamentos relevantes, levando, conseqüentemente, a con-

(53) “Da atual redação do preceito resulta de modo especialmente claro algo que já vínhamos sustentando anteriormente e que é o facto de a lei portuguesa, à semelhança de outras legislações, não ter optado por uma aceção ampla dos insiders primários, que se bastasse com a circunstância de estes possuírem informações reservadas, mas ter exigido que tais informações se devessem a uma particular relação com a entidade emissora dos títulos mobiliários (...) Na lógica do preceito do Código de Valores Mobiliários, exige-se como que uma relação de causalidade adequada entre a qualidade do agente e o acesso à informação, relação que se funda num pressuposto de confiança” (FERREIRA, 2001, p. 154).

curso efetivo ou aparente de crimes ou de comportamentos intratípicos.

Entendemos pertinente operar, ora, a subtração de um *plus* fundamental, que o mesmo é dizer, através de uma delimitação negativa, identificar alguns dos casos não subsumíveis nos tipos incriminadores. Assim⁽⁵⁴⁾:

- a) a *simples posse* de informação privilegiada não é suficiente para preencher o tipo de incriminação do crime de abuso de informação. Este estipula que o agente tenha que transmitir, negociar, aconselhar ou emitir ordens para que haja uma conduta efetiva de disposição dessa informação.
- b) os casos de *non trading*, ou seja, os casos em que alguém tem essa informação mas não efetiva um desses atos de conduta que preenchem o tipo, não integram o crime de abuso de informação. Percebe-se que a prova seria diabólica, de difícil execução, além do que não existe materialidade suficiente para desencadear o aparelho de tutela sancionatória. Por outro lado, a punição do *non trading* seria a punição de uma conduta de omissão de negociar, como relembra COSTA PINTO. Isto significaria que existiria, nesta suposição, um correlativo dever de negociar. “*No caso em apreço, isto equivaleria a dizer que seria exigível ao destinatário da norma que praticasse um acto economicamente não racional que implicaria um auto-prejuízo consciente*” (PINTO, 2000, p. 74). Obviamente que isto se acabaria por traduzir numa possível ineficácia, *ab initio*, da figura.
- c) tem que existir dolo em relação a todos os elementos do facto típico para que o comportamento seja punível. Se tal não acontecer o comportamento não poderá adquirir relevância criminal;
- d) tem que existir um nexo de causalidade entre a informação privilegiada e a realização da conduta proibida. Se tal não se verificar existe uma clara atipicidade do comporta-

(54) Para mais desenvolvimentos (PINTO, 2000, p. 73).

mento e, mais uma vez, não haverá possibilidade de punição através do crime de abuso de informação⁽⁵⁵⁾.

- e) estarão excluídas do domínio de informação privilegiada as figuras de estudos, previsões e estatísticas que, *“ainda que elaboradas com dados conhecidos do público, são susceptíveis, pelo facto de aumentarem a informação do mercado, de determinarem correcções pontuais nos preços das acções”* (FERREIRA, 2001, p. 155). Como refere EDUARDO FERREIRA *“tem sido entendimento unânime sobretudo na doutrina italiana, o de que tais estudos estão afastados do conceito de informação privilegiada, tal como sucede no caso de estudos financeiros elaborados com base em elementos não publicados e destinados a entidades específicas que podem ser mantidos em reserva por um período de noventa dias”* (FERREIRA, 2001, p. 155). Por outro lado a própria Diretiva n.º 2003/6/CE esclarece no seu ponto 31 que *“[o]s estudos e as estimativas elaboradas com base em dados do domínio público não deverão ser considerados informações privilegiadas e, por conseguinte, as operações efetuadas com base nesse tipo de estudos ou estimativas não deverão ser consideradas por si só, na aceção da presente diretiva, um abuso de informação privilegiada”*.
- f) um terreno movediço será constituído pelos casos dúbios em que a informação privilegiada chega ao conhecimento de alguém sem que tenha existido um esforço sério e pessoal nesse sentido. Estes casos fortuitos não constituirão, em princípio, comportamentos densificadores de um crime de abuso de informação (falamos de casos de revelações esporádicas em lugares públicos ou por meio de comunicação, de forma indireta, por exemplo). Mas atenção. COSTA PINTO faz uma ressalva que pretendemos desenvolver. De facto, uma análise de uma determinada

⁽⁵⁵⁾ Como refere o autor, este item revela especial importância nos casos de investimento baseado em investigação pessoal de informação. Pelo exposto, não são criminalmente relevantes.

situação, para efeitos de preenchimento do crime consignado no art. 378.º do CVM, tem que ter em conta não só a validade do objeto, nem só, tão pouco a forma de recepção dessa informação, mas, preferencialmente, os atos de disposição posterior, a utilização, no fundo, que foi feita dessa mesma informação. Uma informação recebida de modo fortuito, por mero acaso, não preencherá o tipo previsto nos n.ºs 1 e 2 do art. 378.º do CVM. No entanto, e como vimos, o tipo previsto no n.º 3 do referido artigo alarga consideravelmente a figura. Se o agente recebe essa informação, mesmo por mero acaso, e faz uso ulterior dessa informação realizando um ato típico previsto nesse mesmo n.º 3, não poderá constituir um ato de *insider trading*? Como refere o autor “[n]ão é, por isso mesmo, exacto afirmar face à lei portuguesa que a obtenção casual de uma informação privilegiada faz com que a sua posterior utilização seja sempre atípica” (PINTO, 2000, p. 75). A questão do conhecimento de informações através de meios fortuitos tem sido objeto de muita discussão e debate pleno de controvérsias. Trata-se de uma questão muito apelativa que, tendo em conta a sua especificidade e complexidade, mereceria tratamento autónomo.

3. Conceito de “Informação Privilegiada”

A ambiência de uma sociedade globalizada assente em mecanismos de transmissão e publicitação da informação veio potenciar enormemente a importância do tema. Verdadeiramente, “[n]uma sociedade em que a comunicação é cada vez mais rápida e em que, progressivamente, a informação e a transparência se tornam valores reclamados pelo direito nos mais variados aspectos, não se pode deixar de salientar o papel de vanguarda do direito de valores mobiliários, que é seguramente uma das áreas onde encontramos uma maior exigência nesse domínio” (FERREIRA, 2001, p. 137). De facto, o mercado de valores mobiliários, muito por culpa dos prin-

cípios densificadores que diametralmente o conformam, sempre propugnou uma política de efetivação e implementação da informação e transparência do mercado. A tal movimento não foram estranhas, certamente, as inúmeras Diretivas comunitárias já caracterizadas: Certo é que *“esta influência resulta, em larga medida, da transposição de directivas comunitárias e é, assim, uma influência indirecta, mas nem por isso menos evidente”* (FERREIRA, 2001, p. 138). No entanto, a concretização do valor da transparência aliado a um conceito articulado de informação só sobrevive em função de um bem maior. E é igualmente verdade que a organização e consequente subsistência das próprias sociedades e grupos terá que passar pela forma de captação e tratamento dessa informação. Num quadro densificador do mercado de valores mobiliários, essa preocupação aumenta exponencialmente uma vez que vai constituir uma base inteligível de possível e futura tomada de decisões. A verdade é que esta consideração parte de um pressuposto perspetivado. A informação acaba por ser uma categoria facilmente materializável, consequentemente, objeto idóneo de atos de disposição.

Segundo o entendimento de FARIA COSTA: *“[D]amo-nos, assim, conta de que a informação, de uma certa forma, é uma categoria substantível. Por outras palavras: pode-se apreender e, neste sentido, também armazenar informação”* (FARIA COSTA, 2006, p. 40). E estes atos de disposição terão que ser devidamente classificados e regulamentados. A especificidade do mercado de valores mobiliários aumenta o âmbito de debate desta questão⁽⁵⁶⁾. Porque a verdadeira transparência passa, não só pelo armazenamento da informação, mas também pelo tratamento da informação que não é mantida em segredo. Todavia, não é, certamente, *“a informação mantida em segredo (...) que satisfaz o mercado de valores mobiliários. Bem pelo contrário”* (FARIA COSTA, 2006, p. 40). Como tal, e mercê do exposto, o conceito de informação, além da necessária nota de transparência, relaciona-se intimamente com o modo como

⁽⁵⁶⁾ O mercado de valores mobiliários, constitui, de facto, uma zona particularmente sensível e importante para a economia de mercado, atente-se os processos atuais de integração económica e financeira (globalização), potenciando o valor da informação transparente a um nível efetivamente elevado.

o acesso a essa informação é realizado. Os investidores desempenham a sua função num ambiente perpassado por múltiplos riscos⁽⁵⁷⁾. Numa óptica de proteção dos seus interesses é necessário, também, um critério *de informação adequada* (FARIA COSTA, 2006, p. 41), como plataforma igualitária de motivação de decisões e, claro, de gestão controlada dos riscos inerentes ao investimento no mercado de valores mobiliários. Como bem refere FARIA COSTA, tal percepção passará sobretudo pela implementação de um conceito articulado de publicidade que tem como escopo final a proteção do mercado *per se* (o bem maior referenciado).

De facto, a preocupação do direito societário, bem como, a do direito dos valores mobiliários com a informação refletem, no fundo, *“uma atitude que começou por ter expressão no direito público, com a consagração da ideia de que as sociedades são tanto mais democráticas quanto dispuserem de um sistema eficiente de divulgação das notícias e de circulação da informação, que vai garantir um controlo de poder”* (FERREIRA, 2001, pp. 138-139). A democratização deste sistema de informação revela capacidades imensas de transmutação da própria conceção evolutiva dos mercados de valores mobiliários. Na verdade, *“o mercado não pode ser definido apenas como um ponto de encontro destinado a permitir a troca de bens e produtos, mas tem de ser visto, sobretudo, como uma instituição dotada de regras próprias em que as pessoas que nele actuam reclamam um conjunto de garantias de igualdade”* (FERREIRA, 2001, p. 140). Só por um esforço conjunto de perspetivação da informação enquanto transparência, enquanto critério adequado, enquanto perpassado por um critério de publicidade, é que se torna exequível a proteção dos investidores, num cenário muti riscos, e a proteção e dinamização do próprio mercado.

O art. 378.º, n.º 3 do CVM vem estipular um critério legal de informação privilegiada “[e]ntende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e

(57) “Os investidores, em busca de maiores rendibilidades, fazem investimentos no mercado de valores mobiliários (e dos instrumentos financeiros) que, por natureza, acarretam risco, assumindo a responsabilidade pelas decisões que tomam” (SANTOS, 2011, p. 23).

dizendo respeito, direta ou indiretamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”. O n.º 4 do referido artigo estende o conceito de informação privilegiada relativamente aos instrumentos derivados sobre mercadorias: “[e]ntende-se por informação privilegiada toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e respeite, direta ou indiretamente, a um ou mais desses instrumentos derivados e que os utilizados dos mercados em que aqueles são negociados esperariam receber ou teriam direito a receber em conformidade, prospectivamente, com as práticas de mercado aceites ou com o regime de divulgação de informação nesses mercados”. A definição legal deste conceito é facilmente perceptível. Num ramo em que existe, ainda, algum movimento de indefinição concetual é um esforço digno em direção a uma futura estabilização e segurança. No entanto, não poderá dispensar um ulterior esforço dogmático de análise dos requisitos existentes, lidando com a porosidade e consequente abertura deixadas pelo legislador. Assim, o art. 378.º do CVM estipula um conjunto de requisitos para que uma determinada informação possa integrar o tipo de ilícito em causa: carácter não público; carácter preciso; respeitar a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários; ser *price-sensitive*, ou seja, ter uma influência sensível sobre o preço. Iremos analisar brevemente cada um deles.

— *O carácter não público da informação*⁽⁵⁸⁾

Para que a informação seja considerada adequada a preencher o tipo de ilícito consignado no crime de abuso de informação tem que possuir um carácter não público, qualificada por alguns autores como informação secreta. Isto significa que não é acessível ao cômputo total e à generalidade dos intervenientes no mercado (VERDELHO, 2009, pp. 345-346). Ou, nas palavras de COSTA PINTO,

⁽⁵⁸⁾ Neste sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n.º 7799/06.9 TFLSBL1.

“é informação reservada a um círculo restrito, naquele momento. O insider trading diz assim, em parte, respeito a informação que se destina a ser divulgada e a infracção traduz-se no seu uso antecipado em relação à data da divulgação” (PINTO, 2000, p. 76). Por sua vez, FARIA COSTA define que *“numa primeira aproximação, podemos começar por dizer que é pública uma informação que, interessando a todos, fica disponível para todos — é susceptível de ser conhecida por todos”* (FARIA COSTA, 2006, p. 43).

Da análise do art. 378.º, n.º 3 do CVM, resulta que não assu-
mirá a categoria de informação privilegiada a resultante de dados
que foram tornados públicos e que, como tal, estão à disposição do
conhecimento das pessoas, totalmente acessíveis⁽⁵⁹⁾.

— *O carácter preciso da informação*⁽⁶⁰⁾

A doutrina tradicionalmente faz uma delimitação negativa
deste conceito. A lei não refere em que é que consiste este carácter
preciso da informação. No entanto, num esforço de análise, alinha-
mos com COSTA PINTO que defende que *“[e]xiste, pois, uma pri-
meira delimitação negativa a fazer em relação ao conceito de
“informação precisa”: deve excluir-se do conceito as referências
vagas, rumores, notícias difusas e, por outro lado, não se deve che-
gar a exigir que a informação corresponda a uma certeza. Não tem
de ser informação completa e exaustiva, nem pode ser uma mera*

⁽⁵⁹⁾ Caso sensível tem sido a da *selective disclosure*. Nesta o emitente revela a
informação privilegiada a um grupo de pessoas seletas (normalmente peritos, consultores,
analistas). Embora tenha havido uma partilha de informações, não parece haver um movi-
mento de publicitação ou de divulgação que faça com que um dado mercado tome decisões
nesse sentido. Caso diferente será se um determinado consultor ou analista receber a infor-
mação de uma das categorias estipuladas no art. 378.º, n.º 1 do CVM, e, com base nelas,
começar a aconselhar, recomendar específica negociação de títulos. Bem anda FARIA
COSTA ao defender que «Em situações deste tipo, a “selective disclosure” não é de molde a
fazer cessar o carácter não público da informação que o analista recebeu. Incorre na puni-
ção pela prática do crime de abuso de informação o analista que, em contacto com os
membros do órgão de gestão de um emitente, obtém informação reservada e sensível e
opta por a incorporar em recomendações que fornece aos seus clientes» (FARIA COSTA,
2006, p. 47).

⁽⁶⁰⁾ Neste sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso
n.º 7799/06.9 TFLSBL1.

suspeita sobre um certo facto”(PINTO, 2000, p. 77). FARIA COSTA corrobora esta posição consignando que “[n]uma delimitação negativa, dir-se-á que é não precisa — e deste modo o seu uso não releva para os efeitos do crime em análise — a informação que resulta de referências vagas, rumores, notícias difusas” (FARIA COSTA, 2006, p. 43) que este conceito se reporta à descrição de “*uma realidade minimamente identificada*” (PINTO, 2000, p. 76). Isto faz com que em termos de significado este carácter preciso da informação andará entre um «rumor» e um «juízo de certeza». Em conclusão o autor refere que “[a] exigência legal da informação ser precisa significa, na minha opinião, que a informação deve ter em relação à realidade que descreve um mínimo de materialidade ou objectividade ou, noutros termos, a consistência mínima para permitir a sua utilização por um investidor médio” (PINTO, 2000, p. 77).

Este requisito de precisão de informação acarreta, como vemos, alguns problemas de implementação e aplicabilidade prática. Numa atividade comercial repleta de riscos, considerações, autênticas suspeitas sobre eventos futuros, é necessário descortinar o momento preciso em que, no decurso de todo um processo comercial, a informação atinge um ponto ótimo de precisão e, conseqüentemente, preenche plenamente o requisito explanado. Tal escopo torna-se difícil e complexo se considerarmos que os processos comerciais são diametralmente diferentes tendo em conta os agentes e objetos envolvidos, dependendo, como tal, de uma panóplia caracterizadora de fatores de imputação e modelação. Não é possível “*ignorar que a prática comercial tanto conhece negócios em que são ausentes quaisquer contactos preliminares, como se multiplicam processos comerciais mergulhados em uma extrema complexidade que exigem um longo, demorado e intenso período dedicado a contactos preliminares*” (FARIA COSTA, 2006, p. 48). Tendo em conta esta ambiência necessitamos de um critério de sinalização do momento essencial em que a informação atinge o supra referido ponto ótimo de referência. *Prima facie*, esse grau de consolidação e de “*cristalização*” (FARIA COSTA, 2006, p. 49) deverá acontecer aquando da realização de acordo entre as partes. Podemos, sem qualquer temor, afirmar que aí, e perante o conhecimento de determinado acordo, estaremos perante informação pre-

cisa. FARIA COSTA supera esta consideração, analisando num plano de intencionalidade, referindo que “*no decurso de um processo negocial, a informação atinge o grau de consolidação ou cristalização tipicamente relevante para efeitos do crime de abuso de informação quando a probabilidade de o acordo não se fechar for ínfima ou irrisória (...) Este critério encontra-se bem fundado jurídico-penalmente, porquanto, por um lado, permite o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, como, por outro lado, pune as condutas dos agentes que estão numa situação de efectiva vantagem porque podem efectuar ‘operações sem risco’*” (FARIA COSTA, 2006, p. 50). A referência deste carácter preciso, e desta forma de consolidação, cristalização e, também, de sinalização visa, mais uma vez, regular e tutelar o correto funcionamento do mercado.

— *Ligação a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários (a market information e o front-running)*^(61/62)

O terceiro requisito do art. 378.º, n.º 3 do CVM diz respeito à referência a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários. Num certo sentido pode-se falar aqui num critério de especificidade: a lei exige que exista uma ligação entre a informação privilegiada e um determinado emitente ou valor mobiliários. Neste segmento a análise da especificidade passará pela consideração das situações de *market information* e de *front-running*.

Quando falamos em *market information* referimos um conjunto de notícias ligadas às condições do mercado ou versando sobre os mercados *stricto sensu*, que estabelecem apenas uma ligação dita indireta com o emitente. A questão aqui passará por saber se estas informações podem ou não configurar informação privilegiada. À luz da legislação nacional, e tendo em conta o referido

(61) Neste sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n.º 7799/06.9 TFLSBL1.

(62) Para mais desenvolvimentos (FARIA COSTA, 2006, p. 51).

alargamento funcional do n.º 3 do art. 378.º do CVM, estipulando que as informações podem dizer respeito “directa ou indirectamente a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros” parece-nos que, em certas situações, cumpridos pontualmente os demais requisitos, também os casos de *market information* podem constituir crime de abuso de informação privilegiada.

Quanto ao *front-running* reporta-se a situações em que um agente, o *front-runner*, aproveitando uma informação elaborada e executada por terceiros, irá, também ele, realizar negócios, prévios ou paralelos, “*designadamente àquelas que sejam susceptíveis de ter impacto no mercado*” (FARIA COSTA, 2006, p. 51). Parece-nos que todos os requisitos expostos *above* estão cumpridos. A questão aqui será desvendar se as margens de punibilidade serão flexíveis o suficiente para abarcar esta situação na figura do crime de abuso de informação. Não nos parece que, mesmo existindo uma ligação indireta, o necessário nexo de causalidade e a importante ligação ao emitente esteja, por qualquer forma, comprometida. Como tal, estão preenchidos os demais requisitos, também esta conduta será, nas situações corretas, punida.

— *Price-Sensitive: a idoneidade para influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários*⁽⁶³⁾

O último requisito exigido é o da “*idoneidade para influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários*”⁽⁶⁴⁾. A aplicação destes requisitos é, talvez, o que levanta maiores dificuldades. E os problemas de interpretação põem-se, desde logo, em dois momentos. Senão vejamos. Tal advém, em primeiro lugar, das características dos próprios mercados. Estes são extremamente dinâmicos e evolutivos. E é esta “volatilidade” que implica diversas consequências, repercussões e ramificações na evolução da cotação dos próprios valores mobiliários. Numa ambiência histó-

⁽⁶³⁾ Neste sentido. Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n.º 7799/06.9 TFLSBL1.

⁽⁶⁴⁾ Cf. art. 378.º, n.º 3 do Código dos Valores Mobiliários.

rica, por exemplo, como a atual, em que os mercados estão a passar por períodos de levantamento de dúvidas e questões, por hiatos de indefinição, como é possível aferir esse critério de idoneidade? *In casu*, como é que um determinado comportamento poderá afetar de maneira sensível o preço de um determinado valor mobiliário? FARIA COSTA defende que “[t]em sido salientado que a valoração da idoneidade deverá ser feita por intermédio de um juízo *ex ante*, ou seja, deve tal juízo reportar-se a momento anterior ao da publicação da informação privilegiada” (FARIA COSTA, 2006, p. 53). COSTA PINTO corrobora esta posição⁽⁶⁵⁾ referindo que “[s]e tal informação quando publicitada fosse, num juízo de previsibilidade reportado ao momento *ex ante* da operação, susceptível de gerar apetência pela compra ou venda de activos, tal informação revela idoneidade para influenciar a evolução da cotação” (PINTO, 2000, p. 78).

Em segundo lugar, existem vincadas dificuldades em analisar o requisito de “influência sensível sobre o preço do mercado”. Qual o critério a utilizar nesta situação? Discute-se se a adoção de um critério quantitativo, através, por exemplo de fixação de percentagem que, em caso de ser ultrapassada, pudesse dar como preenchido aquele critério. Este tipo de critérios quantitativos apresenta variadas fragilidades. Desde logo relacionadas com as características do próprio mercado. Mas sobretudo, e como bem realça COSTA PINTO, “[D]eve frisar-se, ainda, que qualquer quantificação sobre o impacte do conhecimento da informação na evolução das cotações é, nesta matéria, incompatível com a letra e o sentido teleológico da infracção se, através dessa quantificação, se pretender condicionar a aplicação do tipo de crime” (PINTO, 2000, p. 79). A lei sugere uma alteração qualitativa e não quantitativa. Além de que o escopo da norma é sancionar assimetrias qualitativas, em violação de um princípio de igualdade entre os investido-

(65) De salientar, como o próprio autor faz, de resto, que existe uma parte da doutrina que na determinação da idoneidade negocial da informação privilegiada, adota o conceito de *facto relevante* descrito no art. 248.º do CVM. Apesar de possível, tal entendimento não pode ser valorado devido ao princípio da fragmentariedade em Direito Penal “que veda o recurso a ilações sistemáticas que desrespeitem a singularidade de cada tipo de ilícito” (PINTO, 2000, p. 79).

res. Daí que se procurem critérios com maior ductilidade que elabore um juízo de prognose onde no fundo se executa “*um juízo de comparação entre o uso da informação reservada e os efeitos previsíveis da reacção do mercado à publicidade conferida a tal informação*” (FARIA COSTA, 2006, p. 54), de carácter qualitativo⁽⁶⁶⁾.

Para finalizar, e na concretização deste requisito da idoneidade da informação, e após a adoção de um critério qualitativo, acreditamos que existe um papel fundamental a desempenhar em termos de supervisão. A efetivação prática passará por aqui. Como refere COSTA PINTO “[N]a concretização deste conceito de idoneidade da informação assume particular relevo a actividade da autoridade de supervisão que, pelos seus conhecimentos técnicos sobre o funcionamento dos mercados e sobre as circunstâncias, pode fornecer elementos decisivos para a subsunção típica dos comportamentos e posterior avaliação das autoridades judiciais competentes” (PINTO, 2000, p. 80). Coadjuvante neste processo será, também, a possível adoção de um sistema de indícios: “*a doutrina aceita que certos factos concomitantes ou posteriores à conduta proibida podem funcionar como prova indirecta ou indícios ex post relativamente à idoneidade da informação para alterar de forma sensível a evolução das cotações*” (PINTO, 2000, p. 80).

4. O relevo jurídico criminal das condutas de uso de informação privilegiada própria

Serve a introdução desta conduta proibida para agilizar a análise da figura, saindo, do sintomático âmbito e da tradicional zona de conforto.

Sabemos, ora, que um determinado agente, a título de exemplo, um órgão de administração ou de fiscalização que, devido à

⁽⁶⁶⁾ No sistema jurídico Norte-Americano, por exemplo, uma das modalidades utilizadas para comprovar esta idoneidade da informação é através da análise do efeito real que a divulgação dessa informação teve no mercado (*actual market impact*), na negociação efetiva do *insider* e no nível de secretismo com que o agente utilizou essa informação em causa.

sua qualidade profissional, obtém uma determinada *informação privilegiada* sobre o emitente ou sobre valores mobiliários, encontra-se inibido, sob cominação jurídico-criminal, de levar a cabo qualquer ato de disposição, de uso, no fundo, dessa informação. Como refere FARIA COSTA: “[É] manifestamente típica a conduta do membro do conselho de administração que, sabendo que a sociedade que administra vai lançar uma oferta pública de aquisição das ações da sociedade Y, se apressa a adquirir tais títulos que, mais tarde, venderá na operação pública de aquisição” (FARIA COSTA, 2006, p. 111).

Situação diferente é aquela em que uma determinada sociedade, como *preemptive movement*, realiza um acervo de estudos de investimento e decide seguir os objetivos e conclusões, por aqueles, alcançados. Se o administrador seguir essa via, e ordenar a aquisição de tais títulos para a sociedade, o seu comportamento poderá ser subsumível à categoria de abuso de informação privilegiada? Pensamos que não. Embora a informação que resulte desses estudos possa ter algumas das características, já mencionadas, não parece, contudo, enquadrar-se no ratio de proteção do crime de abuso de informação.

Por outro lado, e primordialmente, cumpre também questionar se a utilização de informação precisa, não pública, *price-sensitive*, de factos relativos à própria sociedade constitui *insider trading*. E, também, se a utilização dessa informação se repercutirá em lucro⁽⁶⁷⁾. É a *ratio essendi* deste ponto. Como exemplo desta situação refere FARIA COSTA: “[p]ense-se (...) no ingresso de um administrador de prestígio ou num importante projecto de joint venture em que a sociedade emitente participa” (FARIA COSTA, 2006, p. 112). De facto, esta utilização de informação própria vai revelar-se numa posição competitiva privilegiada. Obviamente que

(67) Como referem PEDRO CARVALHO e JOÃO DUQUE «A literatura sobre “insider trading” procura responder à seguinte questão: será que os “insiders” utilizam informação não pública para obterem um lucro acima daqueles que poderiam obter se negociassem somente com base em informação pública? Se os “insiders” negociam com base em informação não pública ou informação privilegiada, então é expectável que estes compreem acções da própria empresa antes de uma subida no valor das acções e vendam nos dias que antecedem uma desvalorização dos títulos” (CARVALHO; DUQUE, 2007, p. 1).

se nos remetermos a uma lógica de paridade de condições de todos os investidores não será difícil considerar como um autêntico *insider* “a pessoa que beneficia do conhecimento de eventos próprios ou de propósitos próprios” (FARIA COSTA, 2006, p. 112). Assim a conceção e resolução deste problema também se relacionará com a conceção que temos do tipo legal de crime de abuso de informação. O art. 378.º, n.º 2, estipulou uma espécie de consideração ou critério de neutralidade da fonte. Isto é, para que haja o preenchimento do tipo não existe uma consideração ou uma exigência que o conhecimento tenha vindo e sido obtido de uma determinada fonte. Existe aqui um movimento translativo que concede força ao momento de conhecimento de informação privilegiada em detrimento da fonte da qual emana. Como consigna o n.º 2 do art. 378.º do CVM:

Qualquer pessoa não abrangida pelo número anterior que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada, a transmite a outrem ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, direta ou indiretamente, para si ou para outrem é punida com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Como tal este critério de neutralidade da fonte, parece, na nossa opinião, e através de uma interpretação extensiva, conferir, também, a possibilidade de punição do uso de informação própria, desde que cumpridos os restantes requisitos.

Capítulo III Conclusões

Aqui chegados faremos por cumprir o esforço de sintetizar os aspetos nevrálgicos do estudo levado a cabo. Fá-lo-emos do seguinte modo:

- a) *A análise da figura do Insider Trading requer um esforço de compreensão que tenha em conta a ambiência e momento histórico atual que se repercute pelo entendimento organizacional, funcional e estrutural das áreas da Banca, Bolsa e Seguros.*
- b) *Tal esforço passará por sublinhar as necessárias transformações ao nível de competências impulsionadas e estruturadas numa ótica de transformação geopolítica inerente.*
- c) *A crise financeira de 2007, assim como a panóplia de comportamentos que estiveram na sua base, acarretaram a necessidade de reflexão e equacionamento ao nível da coordenação diferentes comportamentos dos sujeitos e instituições do grande teatro financeiro internacional.*
- d) *Os sujeitos, instituições e atores do grande palco financeiro internacional passam por um momento de tomada autêntica de consciência, em que a ideia de uma golden age ininterrupta, de expansão e crescimento desmedido e utópico do sistema financeiro foi superada pelo conceito de “fim de ciclo”, “fim de era”.*
- e) *A principal vítima de toda esta ambiência foi o conceito relacional da fides, base e capital de confiança indispensável em que assentava a relação entre as instituições financeiras e a sua clientela, havendo um claro paradigm shift em relação à forma como o palco financeiro, e os seus intervenientes, são comumente percecionados.*
- f) *A densificação da figura do crime de abuso de informação privilegiada, enquanto propugnador do princípio transversal de transparência e segurança do mercado, e até*

numa ótica de estruturação e restabelecimento das relações financeiras, é, no quadro relatado, fundamental.

- g) O Insider Trading percorreu um longo caminho desde a consideração da natureza censurável e ilícita do abuso de informação até à sua ascensão à dignidade de conduta jurídico-criminalmente relevante.*
- h) A intervenção penal nesta figura é considerada necessária e imprescindível, sublinhando que a via da criminalização do abuso de informação se assume como a via mais eficaz e correta de tratamento do problema.*
- i) O crime de abuso de informação privilegiada tem que se relacionar com a sensibilidade e reatividade à informação, própria dos mercados financeiros. E é esta nota de «sensibilidade e reatividade» que nos leva facilmente a concluir que a utilização dessa informação é um problema jurídico-penal, sendo basilar uma rede de preceitos de proteção e tutela dos bens jurídicos protegidos pelo abuso de informação privilegiada.*
- j) O crime de abuso de informação não visa proteger posições individualizantes. Protege um bem demarcadamente supra-individual: a viabilidade e transparência do próprio mercado.*
- k) Na base da incriminação do crime de abuso de informação está um escopo de garante de qualidade, segurança e transparência do próprio mercado.*
- l) Propósito que está muito para além das fronteiras clássicas do direito penal e que será sancionado pelo direito penal secundário.*
- m) Desaguar lógico :ao carácter supra-individual do bem jurídico protegido é necessário acrescentar uma nota visível que realce o bem jurídico em questão como uma realidade polifacetada ou poliédrica.*
- n) A proteção e implementação dessa nota passa por um processo de tutela da confiança dos investidores no cor-*

reto e regulamentado funcionamento do mercado e por uma proteção da decisão da economia individual, tomada como igualdade de informação para todos os investidores.

- o) Além de poliédrico o bem jurídico assume-se como fundamentalmente heterogéneo, uma vez que engloba uma autêntica diversidade de proteção de realidades diferentes: proteção da confiança e da igualdade dos investidores.*
- p) A tutela sancionatória do insider trading passa por uma exigência constitucional: a Constituição da República Portuguesa estipulou um articulado de artigos que tem como escopo garantir uma salutar organização financeira. Os arts. 101.º e 81.º, al. e) são, a este passo, fundamentais. Nasce aqui uma autêntica preocupação constitucional que visa proteger os interesses económicos dos particulares, assim como prosseguir itens consagradores de uma política económica de desenvolvimento estadual.*
- q) A figura do crime de abuso de informação foi introduzida pelo Código das Sociedades Comerciais, nos seus arts. 499.º, 450.º e 524.º (este último já revogado), estando também presente no CódMVM no art. 666.º. No CVM de 1999, o legislador inseriu-o no art. 378.º, estipulando uma série de comportamentos padronizados que são proibidos nos mercados de valores mobiliários.*
- r) O art. 378.º do Código de Valores Mobiliários consignou o crime de abuso de informação privilegiada através de atos de disposição de uma informação privilegiada por certas pessoas por referência aos comportamentos proibidos pela incriminação: **transmitir**, **negociar** a informação, **aconselhar** alguém a negociar, e **ordenar** a subscrição, venda ou troca de ativos com base numa informação privilegiada.*
- s) O crime de abuso de informação estrutura-se tipicamente à volta de certas relações especiais que um grupo de*

agentes tem com a fonte de informação privilegiada (casos do art. 378.º, n.ºs 1 e 2 do CVM) ou que qualquer pessoa tem com aqueles agentes que possuem essa relação especial (art. 378.º, n.º 3).

- t) *Existem, como tal, vários tipos de insiders: os corporate insiders — são titulares de órgãos de administração ou fiscalização de uma entidade emitente ou possuidores de participações no respetivo capital; os insiders não institucionalizados ou temporários — pessoas que tem um vínculo profissional a um emitente, a título temporário ou permanente; e os outsiders ou tippies — recebem de um agente com essas qualidades definidoras típicas uma qualquer informação privilegiada que depois irão ilicitamente utilizar.*
- u) *Existem, conseqüentemente, diversos patamares de organização de delimitação dos agentes possíveis: os insiders primários, qualificados ou intranei, que detêm, como vimos, um conjunto referencial de qualidades ou uma relação especial com a fonte de informação privilegiada; e os insiders secundários ou extranei, que acabam por receber a informação dos primeiros.*
- v) *Delimitação negativa de comportamentos que não preenchem os tipos incriminadores: a simples posse de informação, os casos de non trading, casos em que não existe dolo em relação a todos os elementos do facto típico, casos em que não existe nexo de causalidade em relação a todos os elementos do facto típico, e as figuras de estudos, previsões e estatísticas.*
- w) *A implementação de uma sociedade globalizada assente em mecanismos de transmissão e publicitação da informação veio potenciar enormemente a importância do conceito de “informação privilegiada”.*
- x) *O mercado de valores mobiliários, mercê dos princípios densificadores que diametralmente o conformam, sempre propugnou uma política de efetivação e implementação da informação e transparência do mercado.*

- y) *O art. 378.º do CVM estipula um conjunto de requisitos para que uma determinada informação possa integrar o tipo de ilícito em causa: carácter não público; carácter preciso; respeitar a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários; ser price-sensitive, ou seja, ter uma influência sensível sobre o preço.*
- z) *A abordagem ao relevo penal da utilização de informação própria foi feita com o escopo de agilizar a análise da figura, saindo assim da tradicional zona de conforto.*

Fechamos o presente capítulo com uma última reflexão conclusiva:

A crise financeira que atravessamos foi e é um acontecimento sem paralelo. As consequências nefastas repercutem-se pelos diversos setores de estruturação e organização económica e todas as chinese walls e procedimentos standards de contenção tendem a não alcançar os efeitos desejados.

Nas palavras de ANTÓNIO FERREIRA “A situação que se vive actualmente coloca, entre muitas outras, a questão de saber se terá sido a crise do sistema financeiro a potenciar a crise económica geral a que também se assiste, ou se, ao invés, terá sido o progressivo colapso da economia feral que potenciou as consequências desastrosas agora sentidas no sistema financeiro» (FERREIRA, 2009, p. 188). Todavia vivenciamos um momento histórico impar. Sendo-nos dada a possibilidade de, tendo por base os dados da realidade, bem como os empíricos advenientes, operar, de raiz, uma verdadeira análise e reflexão pro-mudança da configuração da estrutura, modus operandi e papéis dos agentes, instituições e consequentes do palco financeiro. Essa oportunidade deve ser estritamente aproveitada.

Como referimos, se existem, de facto, vítimas e reféns desta crise a principal será a maneira como os cidadãos comuns, moto-

res atômicos das alianças geopolíticas e económicas, percecionam o cenário financeiro, em geral.

Realmente “[o] crédito da confiança que o sistema financeiro granjeou, ao longo dos tempos, junto de accionistas, credores, depositantes e clientes, em geral, tem sofrido nos últimos tempos choques apreciáveis que tendem a minar os respectivos fundamentos essenciais. Um dos maiores perigos derivados da subsistência da actual crise radica, precisamente, na possibilidade de a deterioração desse clima de confiança atingir níveis que ponham em causa a própria subsistência da actividade financeira” (FERREIRA, 2009, p. 188).

É fundamental pro-agir com coragem, encontrar instrumentos e vias de atuação que se repercutam na manutenção de níveis de confiança adequados e é precisamente aqui que se encontra a pedra de toque do presente estudo. O crime de abuso de informação pode e deve constituir uma resposta clara e eficiente, como mecanismo de resposta técnica e rigorosa, de consignação da transparência dos mercados. E ao fazê-lo, claro, assumir-se como elemento recuperador da fides dos intervenientes. Obviamente que este esforço de aplicabilidade do insider trading como elemento de estabilização futura tem que ser conciliado, como de resto é fundamental, com mecanismos próprios de supervisão financeira (FERREIRA, 2001, p. 189).

Consideramos, por fim, que uma abordagem multifacetada à figura, bem como à maioria das realidades emergentes da dinâmica do setor económico e financeiro, é fundamental para a sua compreensão (mormente, ambiência ou cenário global) e uma adequada modelação. Tratam-se, no fundo, de fenómenos plurais únicos in progress, cuja análise, avaliação, reflexão e intervenção deverão sempre ser o mais abrangentes ou amplos possíveis, não perdendo de vista todos os pontos de conexão, bem como os respectivos focos, a fim de, descodificando o seu cerne, inverter ou reverter, na fonte, os impulsos nocivos.

It was all done in the name of innovation, and any regulatory initiative was fought away with claims that it would suppress that innovation. They were innovating, all right, but not in ways that made the economy

stronger. Some of America's best and brightest were devoting their talents to getting around standards and regulations designed to ensure the efficiency of the economy and the safety of the banking system. Unfortunately, they were far too successful, and we are all — homeowners, workers, investors, taxpayers — paying the price.

JOSEPH STIGLITZ⁽⁶⁸⁾

⁽⁶⁸⁾ STIGLITZ, JOSEPH, *The Fruit of Hipocrisy*, The Guardian, Economics, Opinion, 16 de setembro de 2008.

Referências

- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- AZEVEDO, BERNARDO; LOPES, DULCE; LOPES, LICÍNIO; CATARINO, LUÍS GUILHERME, *Tratado de Direito Administrativo Especial*. Coimbra: Edições Almedina, 2009, Vol. III.
- BANDEIRA, GONÇALO S. DE MELO, *Abuso de Informação, Manipulação do Mercado & Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas*, Juruá Editorial, 2015.
- BOLINA, HELENA, “A Manipulação de Mercado e o Abuso de Informação Privilegiada na Nova Directiva sobre o Abuso de Mercado”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 18, Agosto de 2004.
- , “As Contra-Ordenações no Novo Código dos Valores Mobiliários: Aspectos Processuais”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, Abril 2000.
- BORBA, SANDRA, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção Criminal, Processo n.º 6053/08-3”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 35, Abril 2010.
- BRAZIER, GIL, *Insider Dealing: Law & Regulation*, Londres: Cavendish Publishing L.td, 1996.
- BROCHADO, ANA, “A Indemnização por Abuso de Informação Privilegiada no Código das Sociedades Comerciais”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 36, Agosto 2010.
- CÂMARA, PAULO, “Os Deveres de Informação e a Formação de Preços no Mercado de Valores Mobiliários”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 2, Primeiro Semestre 1998.
- , *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, VITAL. *Constituição da República Portuguesa Anotada (arts. 1.º - 107.º)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CARDOSO RODRIGUES, RICARDO ALEXANDRE, *A Regulação Apositiva da Contratação Internacional — New Law Merchant*, Repositório da FDULP, 2012.
- CARVALHO, PEDRO; DUQUE, JOÃO, «“Insider Trading” na Euronext Lisbon», in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 28, Dezembro 2007.

- CESR, *Report on administrative measures and sanctions as well as the criminal sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive* (2008).
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário*. Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- , *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina, 2014.
- EUROPEAN SECURITIES MARKETS EXPERTS (ESME), *Market Abuse EU legal framework and its implementation by Member States: a first evaluation*, 6 de junho de 2007.
- FARIA COSTA, JOSÉ, *O Crime de Abuso de Informação Privilegiada (Insider Trading) — A Informação enquanto Problema Jurídico-Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- FERNANDES, MANUEL MEIRA; NEVES, JOÃO CARVALHO DAS, *BPN — Estado a mais, Supervisão a menos*. Lisboa: Actual Editora, 2011.
- FERRARINI, GUIDO, «La Nuova Disciplina Europea Dell’abuso Di Mercato», *Riv. Società*, 2004.
- FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO, *O Governo das Sociedades e a Supervisão Bancária*. Lisboa: Quid Juris — Sociedade Editora, 2009.
- FERREIRA, EDUARDO PAZ, “A Informação no Mercado de Valores Mobiliários”, in *Direito dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, V. III.
- LANGEVOORT, DONALD, “Insider Trading: Regulation, Enforcement and Prevention”, Vol. 18 de *Securities Law Series*, West Group, 1991.
- OSÓRIO DE CASTRO, CARLOS, “A Informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliários”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Lex, 1997.
- PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, *O Novo Regime dos Crimes e Contra-Ordenações no Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- PINTO, LACERDA DA COSTA, “O Direito de Informar e os Crimes de Mercado”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 2, 1998.
- SANTOS, FILIPE MATIAS, *Divulgação de Informação Privilegiada*. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*. Coimbra: Edições Almedina. Tomo I, 2013.
- , *Direito Bancário*. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

- SOROS, GEORGE, *O Novo Paradigma dos Mercados Financeiro. A Crise Financeira de 2008 e o seu significado*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- STIGLITZ, JOSEPH E., “The Fruit of Hypocrisy”, in *Guardian*, 16 de Setembro de 2008.
- VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- VERDELHO, PEDRO, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

INSOLVÊNCIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA: BREVÍSSIMAS NOTAS

Pelo Dr. Gonçalo Carrilho

SUMÁRIO:

I. Resumo/Abstract. II. Da insolvência originária: o impedimento do artigo 55.º, alínea *a*) do Código dos Contratos Públicos. III. Resolução sancionatória e insolvência. 1. O artigo 55.º, alínea *a*), do Código dos Contratos Públicos. 2. A solução da Directiva relativa aos contratos públicos (Directiva 2014/24/UE). IV. A cessão da posição contratual do co-contratante por motivo de insolvência ao abrigo da nova Directiva Comunitária. V. Bibliografia.

I Resumo/Abstract

Não pretendemos, com este escrito, proceder a um estudo exaustivo dos impedimentos na contratação pública, nem tão-pouco da figura da resolução sancionatória. Cingir-nos-emos à análise de duas normas concretas do Código dos Contratos Públicos: o art. 55.º, al. *a*), e o art. 333.º, n.º 1, al. *g*), ou seja, o impedimento e a resolução sancionatória, por motivo de insolvência, numa perspectiva interpretativa que se adequa à unidade do sistema jurídico e se revele conforme ao Direito da União Europeia.

We do not intend to conduct a thorough study of the legal framework of the Public Procurement Code on the impediments, nor on the contract termination for reasons of insolvency. We will stick to the analysis of two specific provisions of the Public Procurement Code: the article 55, point a) and article 333, paragraph 1, point g), i.e. the impediment and termination because of insolvency, under the principles of the legal system unit and in harmony with European Union law.

II

Da insolvência originária: o impedimento do artigo 55.º, alínea a), do Código dos Contratos Públicos

1. O artigo 55.º, alínea a), do Código dos Contratos Públicos

O enquadramento jus-comunitário que originou o Código dos Contratos Públicos (CCP), nomeadamente o art. 55.º, teve origem na Directiva n.º 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, recentemente revogada pela Directiva relativa aos contratos público (Directiva n.º 2014/24/UE).

Na legislação comunitária, concretamente, na Directiva n.º 2004/18/CE, da qual surgiu, por transposição para a ordem interna, o Código dos Contratos Públicos, a situação de insolvência não constituía um obstáculo liminar à participação em procedimentos de contratação. Tratava-se, em bom rigor, de uma causa de exclusão facultativa⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Terminologia de PEDRO GONÇALVES, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 14.

Com efeito, da redacção do n.º 2 do art. 45.º da Directiva n.º 2004/18/CE parecia resultar que o legislador comunitário conferia à entidade adjudicante o **poder discricionário de estabelecer que os concorrentes que se encontrassem em situação de insolvência ou tivessem pendente processo de declaração de insolvência fossem excluídos do procedimento.**

Na verdade, o legislador comunitário permitia à entidade adjudicante que decidisse se queria ou não contratar com entidades insolventes (al. *a*) do n.º 2 do art. 45.º *supra*) ou susceptíveis de ficar nessa situação (al. *b*) do n.º 2 do art. 45.º acima mencionado), adoptando uma solução de consentânea com um espírito de *favor participationis*.

Muito diferentemente, assim, do que é definido no Código dos Contratos Públicos português, que veda *ab initio* a possibilidade de entidades com processo de insolvência ainda pendente, muitas vezes em fase inicial e com possibilidade de se concluírem sem declaração de insolvência, sequer participarem em procedimentos de contratação⁽²⁾.

De facto, a al. *a*) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos estabelece de forma lapidar que **não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento as entidades que estejam insolventes**, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de actividade ou que estejam sujeitas a meio de liquidação de patrimónios. Igualmente, **não podem ser candidatos se estiver pendente qualquer processo deste tipo**. Ressalvada fica apenas a hipótese de o candidato ou concorrente estar abrangido por plano de insolvência⁽³⁾, situação em que se permite a participação em procedimento de contratação pública.

(2) MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, p. 503, parecem defender a razoabilidade da solução legal, por vedar o acesso a concurso a “*candidatos ou concorrentes sem crédito ou fiabilidade*”.

(3) Supõe-se que se trata de plano com a finalidade de recuperação da actividade da empresa e não de liquidação. No Código dos Contratos Públicos, o legislador não especificou, o que torna a solução do art. 55.º porventura contraditória, na medida em que começa por vedar a participação de entidades insolventes, mas permite o acesso a entidades com plano de insolvência, independentemente do seu teor. Sobre o conteúdo possível

Em suma, o direito comunitário parecia deixar em aberto a possibilidade de a entidade adjudicante, casuisticamente, afastar (ou não!) determinado concorrente que se encontre em alguma das situações acima descritas.

Já o legislador português, em construção própria e distanciada dos normativos comunitários, decidiu **impedir** quaisquer entidades de se apresentarem a concurso, no caso de “*se encontrarem em estado de insolvência, declarada por sentença judicial, em fase de liquidação, dissolução ou cessação de actividade, sujeitas a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimónios ou em qualquer situação análoga, ou tenham o respectivo processo pendente, salvo quando se encontrarem abrangidas por um plano de insolvência, ao abrigo da legislação em vigor*” (cf. art. 55.º, al. a), do CCP). Trata-se, na verdade, de uma redacção infeliz, em que o legislador português opta por *fechar a porta* da contratação pública a entidades em processo de insolvência, mesmo pendente, salvo se abrangidas por plano de insolvência⁽⁴⁾.

Assim, ainda que alguma doutrina⁽⁵⁾ defenda que a apresentação à insolvência de um concorrente apenas poderá resultar na exclusão da respectiva proposta caso não tenha sido, nem seja já possível, a aprovação de um plano de recuperação, a verdade é que a letra da lei parece obstar a tal entendimento, porquanto não abre a hipótese de participação no procedimento a entidades que, possivelmente, venham a ser abrangidas por um plano de insolvência. Ao invés, cinge a participação daquelas cuja actividade está — à data da candidatura/apresentação de proposta — enquadrada por plano⁽⁶⁾.

dos planos de insolvência, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, Almedina, 5.ª ed., 2013, pp. 257 e ss.

(4) A este propósito, em sentido crítico, VERA EIRÓ, *Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação*, p. 3, e-book disponível em <<http://icjp.pt>>. A autora coloca a hipótese caricata, mas possível, de um concorrente procurar o afastamento de outro iniciando um processo de insolvência contra este e tece críticas ao distanciamento do legislador nacional em face do legislador comunitário na transposição das directivas e, em especial, do impedimento da al. a) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos.

(5) DIOGO DUARTE DE CAMPOS/CARLA MACHADO, “Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Vol. IV, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2013, p. 328.

(6) Caso não se encontrem abrangidas por plano, poderão, na verdade, ser afasta-

Curiosamente, no caso francês, a regra geral adoptada parece ter sido próxima da nacional e distante da comunitária. O art. 43.º do *Code des Marchés Publics*, sob a epígrafe “*Interdictions de soumissionner*”, remete para a *Ordonnance n.º 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics*, a qual, no seu art. 8.º *ex vi* art. 38.º impede a participação de entidades “sujeitas a processo de liquidação judicial” (tradução livre de *soumises à la procédure de liquidation judiciaire*).

Na vizinha Espanha, o legislador tem revelado também uma visão restritiva a este propósito, pois que tanto na lei que procedeu à transposição da Directiva n.º 18/2004/CE⁽⁷⁾ (*Ley 30/2007*), como na mais recente *Ley de Contratos del Sector Público*, que revogou a primeira e consolidou em diploma único as leis da contratação pública, ficou expressamente consagrado como regra geral o impedimento de as entidades insolventes contratarem com o sector público (*cf.* art. 49.º, n.º 1, al. *b*), da *Ley 30/2007* e art. 60.º, n.º 1, al. *b*), do *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*)⁽⁸⁾.

De tudo o exposto, resulta, a nosso ver, que a transposição que originou a al. *a*) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos revela **que o texto final alcançado se apresenta distante da letra da Directiva n.º 2004/18/CE e até, a nosso ver, mais que isso, dos fins/resultados à primeira vista proclamados pela mesma: permitir, na perspectiva de abertura à concorrência, a participação de entidades nas situações de insolvência e análogas em procedimentos de contratação pública, conferindo à entidade adjudicante o poder discricionário de, perante os casos concre-**

das do procedimento nas fases de apresentação de proposta, candidatura, adjudicação ou celebração do contrato (*vide* MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros...*, *ob. cit.*, pp. 496 e 510).

(7) Na verdade, o legislador espanhol não se limitou a transpor, tendo aproveitado a oportunidade para reformar a legislação dos contratos do sector público, *cf.* LUIS COSCULLUELA MONTANER, “La Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. IX, n.º 27, Setembro de 2007, Tribunal de Cuentas, p. 17.

(8) Os artigos em causa têm por epígrafe “*Prohibiciones de contratar*”.

tos e na ponderação do interesse público que faça, determinar a exclusão dos concorrentes/ candidatos que não reúnam condições para executar o contrato⁽⁹⁾.

Com efeito, no caso português, o resultado alcançado (no teor da al. *a*) do art. 55.º), pelo Código dos Contratos Públicos (“meio para alcançar o resultado”), é o de impedir liminarmente que entidades em situação de insolvência ou análoga participem em procedimentos de contratação pública (salvo se aprovado o respectivo plano de insolvência), constituindo um **acto vinculado da entidade adjudicante a exclusão das entidades que se encontrem nas situações descritas.** Muito diferente, pois, do que proclamou o legislador comunitário.

A diferença entre os fins aparentemente proclamados na Directiva e o sentido alcançado na letra da lei portuguesa podia resultar na conclusão de que, ao abrigo do regime da Directiva n.º 2004/18/CE, agora revogado, estaríamos perante uma violação do princípio geral do primado do direito comunitário e dos deveres dos Estados-membros na transposição das directivas para os respectivos ordenamentos jurídicos nacionais.

Aliás, em diversos arestos, o TJUE já se pronunciou no sentido de defender que o direito da União se opõe às regulamentações nacionais que prevejam uma exclusão automática da participação num processo de adjudicação ou a rejeição automática de propostas defendendo uma análise casuística da situação dos concorrentes⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ VERA EIRÓ, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 3, destaca que a transposição nacional pode consubstanciar violação das directivas na perspectiva da concorrência, “diminuindo o universo de concorrentes que poderão apresentar proposta no procedimento”.

⁽¹⁰⁾ *Cf.*, a título de exemplo, Acórdão SECAP SpA (C-147/06) e Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) *c.* Comune di Torino, de 15 de Maio de 2008 ou ainda Acórdão Fabricom SA *c.* Estado Belga (processos apensos C-21/03 e C-34/03), de 5 de Março de 2005). Mais recentemente, o Acórdão do TJUE, datado de 13 de Dezembro de 2012, no processo Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o., *c.* Poczta Polska S.A. (C-465/11), o Tribunal de Justiça entendeu, quanto a uma outra alínea do n.º 2 do art. 45.º da Directiva n.º 18/2004/CE, que os princípios e as normas do direito da União em matéria de contratos públicos não justificam que, em razão da salvaguarda do interesse público ou dos interesses legítimos das entidades adjudicantes e da manutenção de uma concorrência leal entre operadores económicos, uma regulamentação nacional imponha a uma entidade

Tal não se afigura de importância menor, porquanto a jurisprudência comunitária⁽¹¹⁾ admite que as administrações públicas dos Estados-membros estão vinculadas ao dever de não aplicar as normas internas contrárias às disposições de uma directiva cujo prazo de transposição já tenha expirado e, bem assim, de **não aplicar normas internas que consubstanciem transposição deficiente das directivas**⁽¹²⁾ (“*desaplicação da transposição desconforme*”). Mais, têm um dever positivo, uma obrigação, de aplicar as disposições de uma directiva que goze de efeito directo, em detrimento das disposições nacionais desconformes, em termos iguais ao juiz nacional⁽¹³⁾.

Porém, refere também a doutrina que a Administração não pode aplicar contra um particular, numa perspectiva sancionatória ou prejudicial para este, e em seu próprio benefício, normas de uma directiva que não transpôs ou transpôs incorrectamente⁽¹⁴⁾. Esse tem sido o lógico entendimento da jurisprudência comunitária, uma vez que não seria de conceber que o Estado que não transpõe a directiva viesse, quando oportuno, aproveitar o texto da mesma contra particulares. No nosso entendimento, não estaríamos perante esta última hipótese se aplicado o art. 45.º da Directiva n.º 18/2004/CE em detrimento do art. 55.º, al. a). De facto, da aplicação do preceito comunitário não se extrai qualquer vertente sancionatória contra os particulares, mas apenas a maior abertura à participação em procedimentos, no espírito concorrencial que subjaz ao

adjudicante que exclua automaticamente de um processo de adjudicação de um contrato público certo operador económico.

(11) Vide Acórdão do TJCE de 22 de Junho de 1989, no proc. C-103/88, Fratelli Costanzo SpA c. Município de Milão.

(12) Assim, PAULO OTERO, *Legalidade e administração pública*, Almedina, 2007, pp. 678-679. O autor fala também da aproximação das administrações públicas aos juizes nacionais, transformando aquelas em “*órgãos administrativos comunitários de aplicação directa e imediata do Direito Comunitário, isto em detrimento do respectivo direito interno*”.

(13) Nesse sentido, PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA, ANTONIO NORIEGA, *Manual de derecho administrativo comunitario*, 2000, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 157.

(14) PAREJO ALFONSO/FERNÁNDEZ DEL CASTILLO/MORENO MOLINA, ANTONIO NORIEGA, *Manual de derecho...*, 2000, *ob. cit.*, pp. 158-159.

Direito da União e ao Código dos Contratos Públicos. Nem mesmo se, por exemplo, em concurso público, determinado concorrente visse a sua proposta preterida em favor de um concorrente em situação de insolvência se pode entender que a Directiva é, quanto ao primeiro, respectivamente, sancionatória, dada a ausência de cariz sancionatório no acto de adjudicação, mesmo para os “vencidos”.

Em tese, podia defender-se que, por força do enquadramento jus-comunitário apresentado e da interpretação que lhe é dada pelas jurisprudência e doutrina, as entidades contra as quais podem ser invocadas directivas⁽¹⁵⁾, sujeitas e aplicadoras do Código dos Contratos Públicos, deveriam, na vigência da Directiva n.º 2004/18/CE, desaplicar a al. a) do art. 55.º e considerar como referencial a norma comunitária constante do art. 45.º, n.º 2, da Directiva n.º 18/2004/CE.

2. A solução da Directiva relativa aos contratos públicos (Directiva 2014/24/UE)

Os textos jurídicos “*enquanto assentes no direito positivo, lembram, cada vez mais, a escrita em areia ao vento*”⁽¹⁶⁾. Assim, tudo quanto se disse a propósito da eventual deficiente transposi-

(15) Uma vez que as entidades aplicadoras das directivas não podem *in totum* subsumir-se no conceito tradicional de “administração pública”, para efeitos da desaplicação do direito interno e aplicação da Directiva *supra* exposta, entendemos como defensável que as entidades adjudicantes externas à administração pública possam fazê-lo, já que as directivas podem ser invocadas contra elas por particulares. De facto, não apenas perante o Estado, mas também perante as “*entidades que disponham de poderes mais amplos que os resultantes das normas aplicáveis às relações entre particulares*” podem os particulares invocar as directivas. Se assim é, e porque a resposta à questão “*onde acaba e começa «o Estado»?*” se afigura cada vez mais de difícil resposta (por força de regimes como o do sector empresarial do Estado ou o próprio Código dos Contratos Públicos), haverá verdadeiro impedimento a que as entidades privadas sujeitas ao Código possam desaplicar a lei interna e aplicar uma Directiva? Fica lançada a questão. Sobre a noção de Estado para efeitos de determinação dos destinatários das directivas, JOÃO MOTA DE CAMPOS/JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 325 e ss.

(16) MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed. revista e actualizada, Almedina, p. 12 (prefácio à 11.ª ed.).

ção da Directiva n.º 2004/18/CE, perde relevância por força da publicação da Directiva n.º 2014/24/UE.

De acordo com o disposto no art. 57.º da Directiva n.º 2014/24/UE, os critérios de exclusão dividem-se novamente em critérios de exclusão obrigatórios e facultativos.

Porém, diferentemente do que sucedia na Directiva n.º 18/2004/CE, e muito provavelmente com o intuito de clarificar a controvérsia em torno do regime anterior, o legislador comunitário veio agora concretizar que tais critérios facultativos podem ser adoptados como obrigatórios, se o Estado-Membro o entender.

Se não o fizer, constituirá, ainda assim, um poder discricionário da entidade adjudicante definir se os critérios de exclusão facultativos serão — *ou não* — naquele procedimento de contratação, obrigatórios.

In concreto, prescreve a nova Directiva como regra geral (destaque nosso, *vide* art. 57.º, n.º 4) que “[a]s autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação” [...] “[s]e o operador económico tiver sido declarado em estado de insolvência ou em processo de insolvência, se os seus bens estiverem sob administração judicial ou por um liquidatário, se tiver celebrado um acordo com os credores, se as suas atividades estiverem suspensas ou se encontrarem em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;” [al. b)].

Trata-se de uma redacção inovadora, face ao anterior art. 45.º da Directiva n.º 2004/18/CE, em especial na parte em que refere que as entidades adjudicantes podem excluir “ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir”, que significa tão-só que os Estados Membros podem consagrar os impedimentos facultativos como obrigatórios na sua legislação interna.

Antes de mais, numa visão imediatista, se, no nosso entendimento, da transposição da Directiva n.º 2004/18/CE resultava uma desconformidade no que diz respeito ao impedimento consagrado na al. a) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos, a verdade é que o mesmo poderá não suceder relativamente à articulação entre

a nova Directiva e o mesmo Código. Isto é, o legislador nacional poderá manter *ipsis verbis* a actual redacção da al. a) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos, sem que por isso se desvie dos normativos comunitários.

Com efeito, no Código dos Contratos Públicos estatui-se que a insolvência e situações análogas do candidato/concorrente constituem impedimentos liminares à participação em procedimentos de contratação. Por seu turno, uma das possibilidades que a nova Directiva prevê é a de que tais situações poderão ser enquadradas nas legislações nacionais como impedimentos à participação em procedimentos de contratação, se os Estados-Membros assim o definirem.

Assim, numa estrita análise de conformidade do Direito Comunitário e do direito interno positivado no Código dos Contratos Públicos, o teor da al. a) do art. 55.º poderá ser mantido e considerado de acordo com a norma relevante da Directiva que entrará em vigor, a qual permite aos legisladores nacionais adoptar os impedimentos facultativos como obrigatórios. Isto é, *in casu*, permite que o legislador português insista no impedimento liminar de acesso a procedimentos de contratação pública das entidades insolventes que não tenham o respectivo plano (de recuperação) aprovado.

Contudo, espera-se que o legislador português rume em sentido diferente. A publicação das directivas constitui uma oportunidade para, sem fugir à vontade daquelas, rever os pontos críticos do Código. Ao nível do impedimento hoje constante da al. a) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos, pode — e deve — o legislador nacional aproveitar as várias possibilidades consagradas na Directiva, para dispor que a situação de insolvência não constitui *de per se* um impedimento à participação em procedimentos de contratação pública, ficando antes ao critério da entidade adjudicante apreciar caso a caso se a exclusão deve operar, verificada a capacidade de o operador económico cumprir o contrato.

Estas possibilidades encontram-se, e bem, expressamente previstas no n.º 4 do art. 57.º da Directiva, no qual se refere que os Estados-Membros podem sempre prever a possibilidade de a entidade adjudicante não excluir um operador económico em situação

de insolvência, se estiver demonstrado que este conseguirá executar o contrato⁽¹⁷⁾ (*vide* último parágrafo do n.º 4 do art. 57.º da Directiva) e, mais que isso, que poderá constituir um poder da entidade adjudicante a exclusão dos operadores económicos em situação de insolvência (*cf.* primeiro parágrafo do n.º 4 do art. 57.º da Directiva).

A solução de não optar pela exclusão obrigatória, sendo a menos gravosa para os concorrentes de entre as hipóteses dadas pela Directiva, revelar-se-ia, por um lado, mais consentânea com o espírito do legislador no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (incentivador da recuperação de empresas) e com a unidade do sistema e, por outro, mais próxima dos princípios da contratação pública, em especial da concorrência. De criticar, aliás, o distanciamento da Directiva deste último princípio e do próprio sentido da jurisprudência do TJUE, ao não conceber sequer a possibilidade de os Estados-Membros definirem como obrigatórios os critérios de exclusão facultativos, com a consequente restrição à participação em procedimentos de contratação pública e deixando de lado qualquer análise concreta pelas entidades adjudicantes nos Estados-Membros.

Recairá, no entanto, sobre os Estados-Membros o papel exclusivo de optar de entre as várias hipóteses consagradas pelo legislador comunitário, para a transposição do n.º 4 do art. 57.º da Directiva 2014/24/EU.

Em bom rigor, pode um Estado-Membro:

- i.* Consagrar como regra na legislação interna que os operadores económicos que se encontrem numa das situações do n.º 4 do art. 57.º não podem participar nos procedimentos de contratação pública (*cf.* primeiro parágrafo do art. 57.º, n.º 4, da Directiva);
- ii.* Estabelecer como regra na legislação interna que incumbe à entidade adjudicante, no uso da sua discricionariedade,

(17) Elogiando a solução, HANS-JOACHIM PRIESS, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, issue 3, 2014, p. 118.

excluir os operadores económicos que se encontrem numa das situações do n.º 4 do art. 57.º (*cf.* primeiro parágrafo do art. 57.º, n.º 4, da Directiva);

- iii. Fixar como regra na legislação interna que o operador económico que se encontre numa das situações do n.º 4 do art. 57.º não pode participar nos procedimentos de contratação pública (*vide* primeiro parágrafo do art. 57.º, n.º 4, da Directiva), salvo se a entidade adjudicante determinar que o mesmo será capaz de executar o contrato, caso em que:
- a) A entidade adjudicante *tem* de admitir o operador económico (*vide* último parágrafo do n.º 4 do art. 57.º) [*hipótese 1, em que o legislador estabelece que é imperativo que a entidade adjudicante admita, salvo se verificado outro factor de exclusão, claro está*];

Ou, em alternativa, caso em que,

- b) A entidade adjudicante *pode* admitir o operador económico (*cf.* último parágrafo do n.º 4 do art. 57.º) [*hipótese 2, em que o legislador confere à entidade adjudicante o poder decisório. No entanto, nesta hipótese, uma vez que determinou que o operador económico podia cumprir o contrato, dificilmente se vê como possibilidade verosímil que a entidade adjudicante o exclua do procedimento*].

A nosso ver, no caso português, esta análise sobre a susceptibilidade de o operador económico ser capaz de executar o contrato teria sempre de ser feita tendo por base as informações do administrador de insolvência a este propósito.

- iv. Finalmente, a leitura literal da lei parece possibilitar que se consagre como regra na legislação interna que incumbe à entidade adjudicante, no uso da sua discricionariedade, excluir os operadores económicos que se encontrem numa das situações do n.º 4 do art. 57.º da Directiva (*cf.* primeiro parágrafo do art. 57.º, n.º 4, da Directiva), salvo se determinar que o mesmo pode cumprir o contrato, caso

em que tem de admiti-lo no procedimento de contratação pública (*cf.* último parágrafo do n.º 4 do art. 57.º). Na verdade, seria escusada esta hipótese meramente académica, uma vez que se a entidade adjudicante que detém o poder discricionário de admitir os operadores económicos declara que um determinado operador económico pode cumprir o contrato, não o excluindo à partida, então a tutela da confiança e a boa-fé exigem já que a entidade adjudicante admita esse operador económico no procedimento.

A estas (inúmeras) possibilidades, acresce uma outra: a do segundo parágrafo do n.º 5 do art. 57.º, pelo qual se estabelece que as entidades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico, em qualquer fase do procedimento, se o mesmo se encontrar nas situações do n.º 4 do art. 57.º (designadamente, insolvência e similares). Ou seja, a legislação nacional pode consagrar a exclusão automática, na pendência do procedimento, das entidades nas situações do n.º 4 do art. 57.º ou, alternativamente, deixar às entidades adjudicantes o poder de o fazer, discricionariamente.

Finalmente, o n.º 6 do art. 57.º consagra uma cláusula de *favor participationis*, conferindo como que um “direito de defesa” aos operadores económicos para evitar a exclusão. Com efeito, de acordo com o mencionado n.º 6, qualquer operador económico pode fornecer provas de que, apesar de se encontrar em situação de exclusão, designadamente por motivo de insolvência, apresenta condições de fiabilidade que lhe permitem permanecer no procedimento de contratação pública e não ser excluído. Se tais provas forem tidas por suficientes (pela entidade adjudicante, acrescente-se), o operador económico “não é excluído do procedimento”. Esta parece-nos ser uma norma de indispensável transposição, sobretudo se o legislador português mantiver o actual art. 55.º, uma vez que permite uma análise casuística da situação de cada operador económico, atenuando as consequências negativas da eventual estipulação legal do impedimento obrigatório de participação das entidades insolventes em procedimentos de contratação pública.

Em síntese, caberá ao legislador nacional ponderar a transformação dos impedimentos obrigatórios do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos em impedimentos facultativos⁽¹⁸⁾, o que se afiguraria razoável, porquanto a admissão no procedimento de contratação pública e a adjudicação, para um candidato/concorrente nas situações da al. a) do art. 55.º do Código dos Contratos Públicos pode, em certos casos, significar a revitalização da empresa.

III Resolução sancionatória e insolvência

Não apenas no âmbito do acesso aos procedimentos de contratação pública se suscitam questões de manifesto interesse relacionadas com a insolvência. Na verdade, pertinente se mostra também atentar e, sobretudo, interpretar a solução dada pelo legislador perante a insolvência do co-contratante na pendência do contrato.

Pois bem, de acordo com o Código dos Contratos Públicos, *o contraente público pode resolver o contrato a título sancionatório caso o co-contratante se apresente à insolvência ou esta seja declarada pelo tribunal (vide al. h) do art. 333.º, n.º 1).*

Uma primeira leitura do teor do artigo leva-nos imediatamente a questionar a opção de aplicar a figura da resolução sancionatória perante a insolvência de um co-contratante. Muito mais se lembrarmos novamente o espírito do legislador no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) que, logo no art. 1.º, fala de um plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa e no seu art. 119.º, n.º 2, estabelece a nulidade da *cláusula que atribua à situação de insolvência de uma das partes o*

⁽¹⁸⁾ PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos...*, *ob. cit.*, p. 14, apresenta, entre outras medidas úteis para facilitar o acesso de operadores económicos à contratação pública, a transformação de alguns dos impedimentos obrigatórios do art. 55.º em impedimentos facultativos. A nosso ver, tratar-se-ia da via clarificadora do imbróglcio criado pelo legislador português na transposição da Directiva n.º 18/2004/CE e da melhor solução perante o teor da nova Directiva.

valor de uma condição resolutiva do negócio. Tal só pode conduzir-nos a, sem fugir à letra do CCP e ao âmbito de aplicação do CIRE — que no art. 2.º, n.º 2, al. a), exclui pessoas colectivas públicas e entidades públicas empresariais —, procurar ter em conta a unidade do sistema jurídico (art. 9.º, n.º 1, do Código Civil)⁽¹⁹⁾.

Neste âmbito, convém sublinhar que a resolução — declaração unilateral pela qual uma das partes destrói a relação contratual — por motivo de insolvência do co-contratante está no Código dos Contratos Públicos enquadrada no âmbito do *poder de sanção*⁽²⁰⁾ do contraente público, mais concretamente, uma forma de reacção deste perante uma grave infracção das obrigações do co-contratante, perturbadora da salvaguarda do interesse público. Em concreto, opera quando o co-contratante não cumpre, ou não cumpre plenamente, de forma culposa, as suas obrigações, com prejuízo para o interesse público⁽²¹⁾.

Ora, se o legislador estabelece, no art. 333.º do Código dos Contratos Públicos, um poder de resolução-sanção ao contraente público, uma vez verificadas determinadas situações de violação de deveres do co-contratante, a primeira questão que se levanta é a de saber se o contraente público tem *poder de escolha* ou, ao invés, se se está perante um verdadeiro dever. Por outras palavras, estando previstas na lei — ainda que a título exemplificativo — situações de **grave violação** das obrigações do co-contratante que prevêem a resolução sancionatória pelo contraente público, deve ou pode o contraente público resolver o contrato?

A nosso ver, a interpretação a dar ao preceito, atenta a sua letra⁽²²⁾, é a de que a resolução sancionatória do contrato ao abrigo

(19) Sobre o afastamento do CIRE e do CCP em matéria de insolvência, VERA EIRÓ, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 10.

(20) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos — Direito administrativo geral*, tomo III, Dom Quixote, 2009, 2.ª ed., p. 157.

(21) DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*, 2.ª ed., Almedina, 2013, p. 655.

(22) Segundo PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, 1.ª ed., CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p. 611, “a lei não poderia ser mais clara, ao referir que o contraente público ‘pode’ resolver o contrato com os fundamentos indicados”.

do art. 333.º do Código dos Contratos Públicos se integra primordialmente no âmbito da actividade discricionária do contraente público⁽²³⁾. Aliás, uma interpretação adequada ao que escrevemos *supra*, só pode levar-nos a defender que cabe ao contraente público decidir se determinada entidade deve ou não participar no procedimento, e, aqui, decidir se pretende manter ou não a relação contratual, salvaguardando o interesse público.

Na verdade, poder-se-á até conceber a discricionariedade do art. 333.º como uma verdadeira delegação do poder do legislador no aplicador, por apenas este estar em condições de, perante os factos e circunstâncias concretos, tomar a decisão⁽²⁴⁾.

Com efeito, convém ainda sublinhar que o uso deste poder de sanção encontra-se vinculado a um requisito fundamental, que consiste na subsunção do caso concreto que fundamenta a resolução a uma situação de *grave violação das obrigações assumidas pelo co-contratante*. É o que resulta do n.º 1 do art. 333.º, que nos leva a concluir estarmos perante uma medida de cariz sancionatório a utilizar *in extremis*⁽²⁵⁾. Por isso, apenas as violações que tornem inexigível a subsistência do vínculo permitem a resolução sancionatória, desde logo porque se não for esse o caso, poderão ao invés ser, por exemplo, aplicadas multas contratuais⁽²⁶⁾.

Não se aceita, assim, uma aplicação automática da resolução perante a insolvência do co-contratante.

Aliás, dificilmente se compreenderia que no mesmo Código o legislador consagrasse um acto vinculado de resolução perante a insolvência do co-contratante (al. *h*) do art. 333.º), independentemente da existência de plano, e simultaneamente permitisse a entidades insolventes com plano aprovado a participação em procedimentos de contratação pública (art. 55.º)⁽²⁷⁾.

(23) No mesmo sentido, VERA EIRÓ, *Contratos Públicos...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

(24) Sobre ideia de delegação do poder decisório, pelo legislador, ao agente administrativo, KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad. de João Baptista Machado, p. 220.

(25) Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Cumprimento e incumprimento...*, *op. cit.*, p. 611.

(26) DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 655.

(27) Na mesma linha crítica, VERA EIRÓ, *Contratos Públicos...*, *op. cit.*, pp. 4-5.

Por outro lado, qualquer interpretação que se pretenda fazer do preceito, terá de ser enquadrada, antes de mais, pelos princípios (enquanto “*normas limitadoras da discricionariedade*”)(²⁸) e, depois, pelo CIRE.

No que diz respeito à interpretação de acordo com os princípios, sublinhamos, com VERA EIRÓ(²⁹), que a aplicação da resolução, conformada por aqueles, exige que o contraente público, por força da boa-fé e da proporcionalidade e ainda da imparcialidade (este último sobretudo na perspectiva da aquisição da informação relevante para decidir)(³⁰), apure sobre a real viabilidade da continuidade da relação contratual ou da necessidade de resolver o contrato. Entendemos, quanto a este ponto, mesmo para salvaguarda do contraente público, que se mostra recomendável a obtenção de declaração expressa do administrador de insolvência que declare a impossibilidade de cumprimento do contrato(³¹). Nesse momento, em que é declarada a impossibilidade de manutenção da relação contratual, poder-se-á entender que o contraente público perde a liberdade de escolha, ficando vinculado a proceder à resolução sancionatória.

Ainda que a contratação pública esteja fundamentalmente regulada pelo Código dos Contratos Públicos, a “*consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico*”(³²) exige ainda uma solução tão coerente quanto possível com o disposto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas(³³),

(²⁸) PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, 1.^a ed., 2011, p. 195 e ss., sintetiza que “[a] impossibilidade prática de redacção de uma taxonomia das normas reguladoras da discricionariedade deu azo a que a questão da limitação normativa da discricionariedade fosse sendo progressivamente centrada nos princípios reguladores do exercício da função administrativa”.

(²⁹) VERA EIRÓ, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 5.

(³⁰) MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros...*, *op. cit.*, p. 225.

(³¹) Em sentido próximo, VERA EIRÓ, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, defende que o contraente público deverá obter esclarecimentos do administrador de insolvência sobre se existem ou não condições para o cumprimento do contrato.

(³²) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 15.^a reimpr., p. 183, a propósito da interpretação sistemática.

(³³) JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, Almedina, 2.^a ed., 2009, p. 775, defende que os contratos públicos não podem ficar isolados dos regimes jurídicos que regulam a actividade das empresas privadas.

ou seja, também por aqui defendendo uma perspectiva restritiva do exercício do poder de resolução por motivo de insolvência, em face dos normativos do CIRE. Recordem-se, a título de exemplo, a defesa da recuperação das empresas⁽³⁴⁾ (art. 17.º-A e ss., do CIRE, relativos ao processo especial de revitalização), a nulidade das cláusulas que estabeleçam a resolução por motivo de insolvência (art. 119.º, n.º 2, do CIRE) e a atribuição da poderes ao administrador de insolvência para decidir pela resolução ou não dos contratos pendentes (art. 102.º, n.º 1, do CIRE), preceitos sistematicamente inconciliáveis com uma visão meramente sancionatória da insolvência e que imponha a resolução perante essa situação.

Com efeito, a segurança jurídica só fica assegurada se o intérprete e aplicador observar na abundante normatividade com que se depara diariamente soluções coerentes. Por essa razão, uma vez que o legislador vem defendendo e incentivando a recuperação de empresas, apresentando legislação que alegadamente surge com essa finalidade principal, impõe-se uma leitura do Código dos Contratos Públicos que, sem prejudicar a salvaguarda do interesse público⁽³⁵⁾, não contribua para o *afogamento* do tecido empresarial português. Estranho seria que o mesmo legislador que impede os privados de estabelecer cláusulas resolutivas por motivo de insolvência de uma parte em contrato e que confere ao administrador de insolvência o poder de analisar e decidir pela continuidade ou cessação das relações contratuais do insolvente, viesse consagrar uma resolução imperativa nos contratos públicos em que se observe a insolvência do co-contratante.

A opção legislativa de consagrar a insolvência como motivo de resolução sancionatória enquanto “grave violação das obrigações do co-contratante” só pode ter resultado dos eventuais resquícios históricos de uma relação jurídico-administrativa natural-

(34) Apesar de, no preâmbulo do CIRE, ser expressamente referido que se nega a ideia de prevalência da recuperação, o texto do Código parece encaminhar-se sempre nesse sentido.

(35) Para MARCELLO CAETANO, a diferença do contrato público residia no facto de este “*ser fonte de relações de direito público nas quais predomina portanto a disciplina imposta pelo interesse público*” (cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de direito administrativo*, Vol. II, 5.ª reimpr. da 10.ª ed., Almedina, 1991, p. 579).

mente desequilibrada, assente no acto e desconfortável com o contrato administrativo⁽³⁶⁾.

Perante o exposto, entendemos que a resolução sancionatória por motivo de insolvência do co-contratante, prevista no art. 333.º, n.º 1, al. *h*), do Código dos Contratos Públicos é *i*) poder discricionário do contraente público, *ii*) exercido como último recurso perante impossibilidade de subsistência da relação contratual, *iii*) atentos os princípios da proporcionalidade, boa-fé e imparcialidade e *iv*) a unidade do sistema jurídico.

IV

A cessão da posição contratual do co-contratante por motivo de insolvência ao abrigo da nova directiva comunitária

Convém ainda, em jeito de nota, tecer uma breve observação a propósito da uma outra hipótese com que se pode deparar o contraente público: a eventual modificação subjectiva dos contratos⁽³⁷⁾ por força da insolvência do co-contratante⁽³⁸⁾.

Dado que o regime da cessão da posição contratual do actual Código dos Contratos Públicos é há muito conhecido, importa aqui apenas adiantar soluções, ao abrigo das novas regras comunitárias, perante a possibilidade de a contraparte (representada pelo administrador de insolvência) manifestar interesse em ceder a sua posi-

⁽³⁶⁾ Sobre o tema, em Portugal, entre outros, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1.ª ed., Almedina, 1987, pp. 343 e ss.; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, 1.ª ed., Almedina, 1990, pp. 41 e ss.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, *op. cit.*, pp. 574 e ss.

⁽³⁷⁾ A propósito da modificação dos contratos, continua a ser referência o Acórdão *Pressex* do TJUE, de 19 de Junho de 2008, processo n.º C-454/06, anotado em Portugal por PEDRO GONÇALVES, “Acórdão *Pressex*: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009-01, pp. 3-22.

⁽³⁸⁾ Para uma síntese do tema da modificação subjectiva e insolvência, em Portugal, VERA EIRÓ, *Contratos públicos...*, *op. cit.*, pp. 9 e ss.

ção no contrato. O problema centra-se em saber se o contraente público deve ou não lançar novo procedimento de contratação.

Ora, apesar de o tema ter justificado alguma controvérsia na doutrina estrangeira⁽³⁹⁾, a questão parece agora mais fácil de responder.

Sendo certo que a nova Directiva considera que a substituição do co-contratante é, por regra, uma alteração substancial do contrato inadmissível, que exige novo procedimento de contratação pública (al. *d*) do n.º 4 do art. 72.º), a verdade é que a regra sofre uma excepção quando tal substituição decorra da insolvência do co-contratante inicial.

De facto, o ponto *ii*) da al. *d*) do n.º 1 do mesmo art. 72.º expressamente autoriza a modificação de contratos e acordos-quadro se o co-contratante for substituído por outro, em virtude da insolvência do contraente inicial.

Como limites a essa cessão a Directiva impõe três: *a*) que o cessionário satisfaça os critérios em matéria de selecção qualitativa inicialmente estabelecidos; *b*) que da cessão não resultem outras modificações substanciais ao contrato e *c*) que a operação não se destine a contornar a aplicação da Directiva.

Apesar da nova solução, mantém-se o velho problema em torno do conceito de “alteração substancial”. Com efeito, de acordo com a jurisprudência *Pressext*, estamos perante alteração substancial se as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público apresentarem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e forem, consequentemente, “*susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato*”. Esta definição encontra-se, aliás, espelhada na letra do n.º 4 do art. 72.º da Directiva, no qual se estatui que constituem alterações substanciais aquelas em que o contrato seja *materialmente diferente* do contrato inicial.

Assim, na sequência da insolvência de um co-contratante, a opção pela cessão exigirá um importante juízo de prognose das

⁽³⁹⁾ Mais recentemente, abordando o tema, KRISTIAN HARTLEV/MORTEN WAHL LILJENBOL, “Changes to existing contracts under the EU Public Procurement Rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, issue 2, 2013, pp. 51 e ss.

partes, pelo qual se delimitem as alterações a efectuar no contrato por força da cessão, concluindo-se ou não pela sua subsunção no conceito de “alteração substancial”. Na verdade, a situação de insolvência apresenta, no plano das consequências, particularidades que poderão implicar alterações ao contrato eventualmente enquadráveis como substanciais, mas que não poderão deixar de ser feitas, sob pena de inviabilização da cessão: no contexto da cessão da posição contratual de uma entidade insolvente para o cessionário, pode ser, por exemplo, necessário alterar um determinado prazo de entrega, o preço, ou cláusulas de responsabilidade, as quais constituem tradicionalmente alterações substanciais^(40/41).

Ora, se as alterações a efectuar ao contrato forem substanciais, e não querendo/podendo o cessionário prescindir das mesmas, é nosso entendimento que deverá afastar-se a hipótese de cessão, uma vez que implicará enormes riscos em eventual litígio judicial.

Se ainda assim se optar pela cessão, e chegando o tema aos Tribunais, estes terão nas suas mãos a difícil tarefa de ponderar entre a manutenção da relação contratual em face do específico contexto em que a cessão operou ou a declaração de ilegalidade, no estrito cumprimento da Directiva.

Em suma, é admissível, nos termos das novas regras comunitárias para a contratação pública, a cessão da posição contratual da entidade insolvente para um terceiro, sem necessidade de novo procedimento de contratação pública, desde que respeitados os limites traçados pela Directiva. De referir que, apesar de as regras do Código já preverem a regra geral da admissibilidade da cessão da posição do co-contratante, no caso de insolvência deste tal cessão deve ser vista à luz da nova Directiva, atento o dever de interpretação conforme à Directiva mesmo antes do termo do prazo para a sua transposição (Acórdão *Mangold* do TJUE, de 22 de Novembro de 2005, processo n.º C-144/04).

⁽⁴⁰⁾ STEEN TREUMER, “Transfer of contracts covered by the EU Public Procurement Rules after insolvency”, *Public Procurement Law Review*, issue 1, 2014, pp. 29-30.

⁽⁴¹⁾ KRISTIAN HARTLEV/ MORTEN WAHL LILJENBOL, *Changes to existing...*, *op. cit.*, pp. 61 e ss.

Bibliografia

- ALFONSO, PAREJO/CASTILLO, FERNANDÉZ DEL/MOLINA, MORENO/NORIEGA, ANTONIO, *Manual de derecho administrativo comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de direito administrativo*, Almedina, 2.^a ed., 2013.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Vol. II, 5.^a reimp. da 10.^a ed., Almedina, 1991.
- CAMPOS, DIOGO DUARTE DE/MACHADO, CARLA, “Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Vol. IV, 1.^a ed., Coimbra Editora, 2013.
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE/CAMPOS. JOÃO LUIZ MOTA DE, *Manual de direito comunitário*, 5.^a ed., Coimbra Editora, 2007.
- CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1.^a ed., Almedina, 1987.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, 11.^a ed., Almedina, 2008.
- EIRÓ, VERA, *Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação*, e-book disponível em <http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>.
- ENGLISH, KARL, *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.^a ed., trad. João Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo contrato administrativo*, 1.^a ed., Almedina, 1990.
- GONÇALVES, PEDRO, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, 1.^a ed., CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010.
- GONÇALVES, PEDRO, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, 1.^a ed., CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008.
- GONÇALVES, PEDRO, “Acórdão Prequestext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009-01.
- HARTLEV, KRISTIAN/LILJENBOL, MORTEN WAHL, “Changes to existing contracts under the EU Public Procurement Rules and the drafting of

- review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, issue 2, 2013.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito da insolvência*, 5.^a ed., Almedina, 2013.
- LOPES, PEDRO MONIZ, *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, 1.^a ed., Almedina, 2011.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 15.^a reimp., Almedina, 2006.
- MIRANDA, JORGE, *Curso de direito internacional público*, 3.^a ed., Principia, 2005.
- MONTANER, LUIS COSCULLUELA, “La Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. IX, n.º 27, Setembro de 2007, Tribunal de Cuentas.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE/OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011.
- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008.
- OTERO, PAULO, *Legalidade e administração pública*, Almedina, 2007.
- PRIESS, HANS-JOACHIM, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, issue 3, 2014.
- QUADROS, FAUSTO DE, *Direito da União Europeia*, 3.^a ed., Almedina, 2013.
- SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, 2.^a ed., Almedina, 2009.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos — Direito administrativo geral*, T. III, 2.^a ed., Dom Quixote, 2009.
- TREUMER, STEEN, “Transfer of contracts covered by the EU Public Procurement Rules after insolvency”, *Public Procurement Law Review*, issue 1, 2014.

CONTITULARIDADE DE DIREITOS: NOÇÃO E EFEITOS

Pela Prof. Doutora Elsa Vaz de Sequeira()*

SUMÁRIO:

1. Contitularidade de direitos. *1.1.* Comunhão Romana. *1.2.* Comunhão em mão comum. *1.3.* Pressupostos da contitularidade de direitos. **2.** Efeitos derivados da situação de contitularidade. *2.1.* Quotas. *2.2.* Ordem interna. *2.3.* Comunicabilidade de efeitos. *2.4.* Acrescer. *2.5.* Legitimidade processual.

1. Contitularidade de direitos

1.1. Comunhão romana

I. As fontes romanas cuidam sobretudo da comunhão de direitos reais — concretizada, em especial, nas figuras da propriedade, do co-usufruto, da co-servidão e do co-penhor — e da comunhão hereditária. Discute-se, não raro, a presença no Direito Romano de verdadeiras situações de comunhão de direitos de crédito. A razão é simples. De acordo com o regime então vigente, a concessão de um crédito divisível a uma pluralidade de indivíduos

(*) Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

acarretaria forçosamente a efetiva divisão da prestação, surgindo em seu lugar tantas novas prestações quanto o número dos atinentes credores. O que significa, por conseguinte, que dessa atribuição não nascia uma situação de comunhão, mas antes uma pluralidade de titularidades singulares sobre as prestações parcelares derivadas da prestação anteriormente unitária. A comunhão de direitos de crédito aparentemente só se perfilava como uma realidade viável em dois casos. Concretamente, na concessão de um crédito indivisível a uma multiplicidade de sujeitos e na constituição das chamadas obrigação correais. Apenas nestes, o direito e concernente objecto caberiam em simultâneo a vários pessoas. Importa, no entanto, referir que, ainda assim, a questão não é líquida, por amiúde se vislumbrar em tais hipóteses, não uma manifestação de comunhão romana, mas antes um caso de solidariedade⁽¹⁾.

II. O carácter casuístico e fragmentário do Direito Romano dificulta a construção dogmática de um modelo de comunhão. Não obstante, uma análise exaustiva das fontes permite concluir, com alguma segurança, que a *communio iuris* pressupunha:

- a) comunhão de objecto, ou seja, a presença de um único objecto, que cabia a todos os comuneiros, ainda que nenhum destes o tivesse por inteiro, mas tão-somente numa parte indivisa⁽²⁾;
- b) a existência de uma pluralidade de comuneiros. O mesmo é dizer, a afectação do objecto comum a uma multiplici-

⁽¹⁾ Vide STEINLECHNER, *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio*, I, Innsbruck, 1876, pp. 64 e ss., 119 e ss., WARKÖNIG, *Über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte*, in *Abhandlungen zivilistischen und kriminalistischen Inhaltes von Rosshirt*, 3. Bd., 1839, pp. 73, 74, 76, 84 e ss., REGELBERGER, *Pandekten*, 1. Bd., Leipzig, 1893, pp. 211-212, MÜLLER, *Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft und die Abgrenzung dieser beiden Rechtsverhältnisse von einander im römischen Recht und im Recht des BGB*, Diss., Halle, 1904, p. 15, RÜMELIN, *Zur Lehre von der Theilung der Rechte, Bedeutung der Begriffsbildung und legislatorische Behandlung*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 28. Bd., Jena, 1889, p. 441, *Die Theilung der Rechte*, Freiburg und Tübingen, 1883, pp. 28, 254-255.

⁽²⁾ Vide, designadamente, D 8, 2, 27, 1; D 10, 3, 6, 1; D 10, 3, 6, 6; D 10, 3, 28; D 13, 6, 5, 15; D 15, 1, 27, 8; D 19, 2, 35, 1; D 20, 6, 7, 4; D 30, 4, 1; D 30, 5, 1; D 30, 50 pr.; D 31, 66, 2; D 39, 2, 40, 3 e D 45, 3, 5.

dade de pessoas. Apesar de alguns fragmentos mandarem encará-las como se fossem uma única, concretamente a nível processual e sucessório⁽³⁾, a verdade é que as fontes consideravam em termos maioritários as pessoas em causa na sua singularidade^(4/5);

- c) a titularidade por qualquer comuneiro de uma *pars* livremente disponível⁽⁶⁾. O que já não se apresenta de modo

⁽³⁾ D 7, 2, pr.-3; D 9, 4, 10 pr.; D 10, 1, 4, 7 e D 30, 34 pr.

⁽⁴⁾ *Vide*, D 15, 1, 27, 8; D 30, 4, 1; D 30, 50 pr.; D 31, 2, 66; D 33, 2, 26, 1; D 35, 2, 81; D 39, 2, 40, 3 e D 45, 3, 5.

⁽⁵⁾ Neste sentido, *vide* RICCOBONO, *Della communio del diritto quiritarario alla comunio moderna*, in *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, pp. 30 e ss., STEINLECHNER, *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio...*, I, pp. 109 e ss., SCIALOJA, *Teoria della proprietá nel diritto romano*, I, Roma, 1928, pp. 432 e ss., SEGRÉ, *La comunio e la comunione degli altri diritti reali*, in *Corso de diritto romano*, Torino, 1931, pp. 5 e ss., ECK, *Die sogenannten doppelseitigen Klagen des Römischen und gemein Deutschen Rechts*, Berlin, 1870, pp. 92 e 99, *Besprechung von Steinlechner: Das Wesen der iuris comunio und iuris quasi communio*, in *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 19. Bd., München, 1877, pp. 236 e ss., BIONDI, *Comunione — diritto romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1974, pp. 855-856, BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Reali Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Rediconti, XLVI, Milano, 1913, pp. 665 e ss., EISELE, *Zur Lehre vom Miteigentum*, in *Archiv für die civiltische Praxis*, LXIII, n.º 2, Leipzig und Tübingen, 1880, p. 35, SCHEURL, *Besprechung von Rümelin: die Theilung der Rechte*, in *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 25. Bd., München und Leipzig, 1883, pp. 527 e ss., *Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Heft 1: Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten*, 1884, pp. 19 e ss., HESSE, *Beiträge zur Lehre von dem Miteigentum und der comunio*, in *Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprocesses und Criminalrechts mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtsausprüche und Gesetzgebung*, neue Folge 4. Bd., Darmstadt un Leipzig, 1867, pp. 113 e ss., JOERGES, *Zur Lehre vom Miteigentum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 49. Bd., Stuttgart, 1900, pp. 141 e ss., em especial, p. 164, RÜMELIN, *Die Theilung der Rechte...*, pp. 39 e ss., ÜBBELOHDE, *Besprechung von Rümelin: Die Teilung der Rechte*, in *Göttinger gelehrte Anzeigen von 1883*, STÜCK 25 und 26, p. 798, WÄCHTER, *Pandekten*, pp. 25 e ss., 294 e ss., WARKÖNIG, *Über theilbare...*, pp. 69 e ss., BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig, 1907, p. 79, HIRSCH, *Theilbarkeit des Eigentums nach Römischen Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch*, Dissertation, Halle, 1900, pp. 12 e ss., PUCHTA, *Vorlesung über das heutige römische Recht*, 1. Bd., Leipzig, 1854, p. 317, BECKER, *Rechtsgemeinschaft*, in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, V, Berlin, 1936, pp. 744 e 745, BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkt unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts*, II, Bonn, 1855, pp. 34 e ss., WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, pp. 323 e ss.

⁽⁶⁾ *Vide*, D 5, 3, 10, 1; D 6, 1, 3, 2; D 15, 1, 27, 8; D 16, 3, 1, 36; D 16, 3, 14 pr.; D 17,

algun isento de dúvidas é a identificação da unidade a que essa parte se reportava, porquanto a locução em apreço tanto era referida à coisa, como à herança ou legado, como ao direito, como até ao valor da coisa ou do direito⁽⁷⁾. Para dificultar mais o problema, as fontes pareciam admitir que a palavra parte tanto poderia querer dizer que algo provinha do fraccionamento de uma realidade maior previamente existente, enfatizando-se deste modo os antecedentes históricos do novo todo assim gerado, como traduzir a ligação atual de uma parcela com o ser onde se integrava⁽⁸⁾. Neste quadro, é fácil compreender que a polissemia do termo parte tenha conduzido a toda a querela sobre a possível divisão real ou intelectual do direito, a eventual divisão real do valor ou a divisão intelectual da coisa⁽⁹⁾;

- d) unicidade do direito comum. Ou seja, a titularidade comum e simultânea por parte dos diferentes comuneiros de um direito singular. Apesar do carácter aparentemente contraditório de alguns fragmentos, que, a par de afirmarem que o direito era comum, insinuam que a cada consorte cabia um direito próprio⁽¹⁰⁾, o certo é que a chave para a definição morfológica deste tipo de comunhão tem sido descoberta naqueles fragmentos que declaravam de forma peremptória que a propriedade não podia por natureza ser de dois por inteiro⁽¹¹⁾. Neste enquadramento, é fácil entender que se tenha interrogado sobre o significado da tão proclamada impossibilidade de a propriedade — ou de a

2, 16, 1; D 19, 2, 35, 1; D 20, 6, 7, 4; D 28, 5, 9; D 30, 50 pr.; D 31, 20; D 35, 2, 81; D 39, 2, 40, 3-4; D 39, 3, 6, 1-2; D 39, 3, 11, 3; D 41, 2, 26; D 41, 2, 43 pr.; D 41, 3, 32, 2 e D 45, 3, 7.

⁽⁷⁾ Vide, D 13, 6, 5, 15; D 20, 6, 7, 4; D 30, 50 pr.; D 39, 2, 40, 3-4; D 40, 12, 7, 3; D 41, 2, 26 e D 45, 3, 7.

⁽⁸⁾ Vide, D 50, 16, 25, 1.

⁽⁹⁾ Sobre a teoria da divisão, vide ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Da Contitularidade de Direitos no Direito Civil — Contributo para a sua Análise Morfológica*, Lisboa, 2015, pp. 67 e ss.

⁽¹⁰⁾ Vide, em especial, D 8, 5, 11 e D 8, 2, 27, 1.

⁽¹¹⁾ Vide, D 13, 6, 5, 15; D 28, 5, 9; D 30, 4, 1; D 31, 66, 3; D 32, 80; D 41, 2, 3, 5; D 49, 17, 19, 3 e D 50, 17, 141, 1.

herança — pertencer por inteiro a vários indivíduos. Nomeadamente, se tal máxima indica:

- i) a impossibilidade da vigência simultânea de uma pluralidade de direitos de propriedade sobre o mesmo bem, o que equivaleria a dizer que uma coisa pode ser objecto de um único direito de propriedade. Numa palavra, o carácter exclusivo da propriedade⁽¹²⁾;
- ii) ou, diversamente, que um direito não podia ser encaçado a um tempo por uma multiplicidade de pessoas, verificando-se em tal cenário ou a unificação dessas pessoas num sujeito unitário ou, diversamente, a divisão, decomposição ou multiplicação do direito originariamente singular em tantos direitos quantos os comuneiros⁽¹³⁾.

(12) Vide, nomeadamente, STEINLECHNER, *Das Wesen der iuris communio...*, I, pp. 27-28, 44 e ss., 80, 92, 96 e 109, MÜLLER, *Das Wesen der Gesellschaft...*, pp. 15-16, DIEZ, *Zur Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht und nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Leipzig, 1888, p. 13, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862, pp. 349-350, 427-428, I. Bd., 1879, pp. 427, 531-533, I. Bd., 1887, p. 573, HÖLDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, in *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 53. Bd., 1908, pp. 68-60, *Institutionen des Römischen Rechtes*, Freiburg und Tübingen, 1883, pp. 151-152, SAENGER, *Gemeinschaft und Rechtsteilung*, Marburg, 1913, p. 8, EISELE, *Zur Lehre vom Miteigentum...*, pp. 29 e ss., 67, GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Bd. 41/42, Erlangen, 1887, p. 136, WARKÖNIG, *Über theilbare...*, p. 73, REGELSBERGER, *Pandekten...*, I. Bd., p. 211.

(13) Sustentando que na comunhão romana havia uma pluralidade de direitos plenos, vide, SCIALOJA, *Teoria della proprietà...*, I, pp. 425 e ss., WENDT, *Lehrbuch...*, pp. 323 e ss., KOHLER, *Das Autorrecht: Eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 18. Bd. (N. F. Bd. 6), Jena, 1880, pp. 377 e 390. Defendendo, pelo contrário, a presença aí de uma multiplicidade de direitos parciais, vide, SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Roma, 1889, pp. 329 e ss., 381-382, CORSO..., pp. 18-19, 25 e ss., 40 e ss., SCHEURL, *Weitere Beiträge...*, pp. 11, 14, 17, 21 e ss., *Besprechung von Rümelin...*, pp. 529-533. Também UNGER parece ser da opinião de que na comunhão existia uma pluralidade de direitos parciais, vide, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes*, I, Leipzig, 1892, pp. 607-608. Vide ainda BINDER, *Das Problem...*, pp. 79-80, JOERGES, *Zur Lehre vom Miteigentum...*, 49. Bd., pp. 159, 163-164, MERKEL, *Besprechung von Scheurl: Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 28. Bd., München und Leipzig, 1886, pp. 4 e 8, SEELER, *Die Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht*, Halle,

Julga-se, no entanto, que a interpretação mais correta é justamente a primeira. Neste sentido depõem, desde logo, os fragmentos que, ao versarem sobre o co-usufruto ou co-servidão, explicam de maneira clara que a distinção entre estas figuras e a figura da concorrência de usufrutos ou da concorrência de servidões passa pela distinção entre titularidade plural e titularidade singular. Concretamente, haveria um co-usufruto ou co-servidão sempre que o direito em questão fosse conferido a título conjunto a uma pluralidade de pessoas. Pelo contrário, haveria concorrência de usufrutos ou de servidões quando sobre o mesmo objecto fossem constituídos diversos direitos de igual natureza a favor de diferentes pessoas⁽¹⁴⁾.

É certo que no respeitante ao direito de propriedade as fontes não se mostram particularmente desenvolvidas neste aspecto, mas não deixa de dar que pensar se não seria paradoxal ver cada proprietário como titular do seu próprio direito de propriedade, embora relativamente à servidão constituída a favor do prédio comum já intervesse apenas no papel de participante no direito único. A perplexidade aumenta ainda se, paralelamente, se admitir a natureza exclusiva do direito de propriedade.

Na verdade, está-se em crer que a afirmação do carácter simultaneamente próprio e alheio do direito comum foi a forma encontrada pelos juristas da época para explicar a titularidade proporcional. Se se reparar, se um direito couber a um tempo a uma pluralidade de indivíduos, então cada um destes é titular do direito, mas não da sua totalidade. E, nessa medida, fará sentido

1896, pp. 65 e ss. No sentido de que apenas no Direito clássico haveria pluralidade de direitos, mas que posteriormente o direito dos contitulares passou a ser uno e comum, vide, RICCOBONO, *Della communio...*, pp. 52, 114 e 115, GUARINO, *Comunione in generale — Premesse generali e principi romanistici*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Varese, 1961, p. 239, ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, I, Berlin, 1914, pp. 221 e ss., BIONDI, *Comunione — Diritto romano*, pp. 855-856. BONFANTE, por seu turno, parece ser da opinião de que, em rigor, a concepção em apreço apenas se adequa à fase do Direito romano anterior à própria época clássica. Vide, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, parte II, Milano, 1968, p. 53.

⁽¹⁴⁾ Vide, em especial, D 7, 1, 34; D 7, 1, 49; D 7, 2, 1 pr.-3; D 7, 4, 28; D 8, 6, 16; D 10, 3, 19, 2; D 30, 34 pr.; D 30, 34, 10; D 30, 34, 15; D 30, 36, 2; D 31, 66, 2; D 31, 20; D 32, 80; D 35, 2, 81 pr. e D 43, 20, 4.

considerar que o direito comum é simultaneamente próprio e alheio. Próprio na parte em que se é titular, alheio na parte que pertence aos demais contitulares.

1.2. Comunhão em mão comum

I. O berço da comunhão em mão comum é normalmente descoberto em solo alemão, explicando assim que a situação em estima também dê pelo nome de comunhão germânica. Ela terá surgido na Idade Média, no âmbito das relações patrimoniais firmadas no seio da família, tendo-se posteriormente estendido a outros domínios.

Discute-se, no entanto, se o próprio Direito romano não compreendia já casos estruturalmente idênticos à típica comunhão em mão comum. Uma coisa, no entanto, afigura-se certa: a designação mão comum deve-se efetivamente às fontes germânicas. Essa expressão nasceu dos antigos usos jurídicos e pretendia frisar que, pelo menos de um dos lados, o ato havia sido praticado ou celebrado por várias pessoas ligadas entre si, como se de uma única se tratasse. Para tanto, essas pessoas entrelaçavam as mãos, de maneira a constituir um só corpo. É deste símbolo exterior que resulta o nome dado à comunhão⁽¹⁵⁾.

II. De acordo com as fontes medievais, as três principais zonas da presença da mão comum eram: *a comunhão de vida ou do*

⁽¹⁵⁾ Vide, HEUSLER, *Institutionem des Deutschen Privatrechts*, I, Leipzig, 1885, pp. 225-226, STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 2. Bd., Berlin, 1883, pp. 69-70, *Miteigentum und gesammte Hand*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, p. 219, DUNCKER, *Das Gesamteigentum*, Marburg, 1843, pp. 30-32, UNGER, *Passive Correalität und Solidarität im römischen und heutigen Rechte*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 21. Bd., Jena, 1883, p. 226, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1. Bd., München e Leipzig, 1936, p. 664, *Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 19. Bd., 1901, p. 117, HIRSCH, *Theilbarkeit...*, p. 51, SAENGER, *Gemeinschaft...*, p. 48, DERNBURG, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, 2. Bd., 2. Abteilung, Halle, 1915, p. 647.

governo da casa no meio familiar, o co-enfeudamento e a constituição de um direito de tipo enfiteútico a favor de uma pluralidade de indivíduos.

Atualmente ela é vislumbrada na *comunhão conjugal de bens*, na *comunhão continuada*, na *sociedade civil* e, ainda que envolva em algumas dúvidas, na *comunhão de herdeiros ou de legatários*⁽¹⁶⁾.

III. A análise das fontes permite identificar como ideia recorrente aquela de que a comunhão patrimonial lança tendencialmente as suas fundações sobre uma relação pessoal de base entre os diversos consortes⁽¹⁷⁾. Deste padrão apenas se parece distanciar a comunhão de co-herdeiros. Mas, ainda assim, acredita-se que o chamamento comum coloca os herdeiros entre si numa relação mais estreita do que aquela que adviria se de uma pura *Bruchteilsgemeinschaft* se tratasse.

A dependência da comunhão patrimonial relativamente à comunhão pessoal subjacente é descoberta sobretudo na regra da indisponibilidade da participação de cada mancomunado. A extensão desta regra sofreu, no entanto, alguns ajustamentos ao longo da história, de modo a permitir em certas situações a transmissão ou oneração dessa participação.

Por causa de semelhantes permissões, tem-se entendido hoje em dia que o figurino da comunhão em mão comum se foi alterando com o passar do tempo. Se, no passado, esta se caracterizava pela absoluta intransmissibilidade da posição de um consorte, atualmente basta a intransmissibilidade da participação de cada

(16) Vide, ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Da Contitularidade...*, pp. 141 e ss.

(17) Vide, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1. Bd., pp. 675, 677, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1963, pp. 343-344, 352-354, SAENGER, *Gemeinschaft...*, p. 48, MÜLLER, *Das Wesen der Gesellschaft...*, p. 30, BECKER, *Rechtsgemeinschaft*, pp. 745-746, HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig, 1967, pp. 198 e 206, BEHN, *Die Gemeinschaft nach Bruchteilen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reiches*, Waren, 1900, pp. 47-49, WIELAND, *Handelsrecht*, 1. Bd., München und Leipzig, 1921, p. 602, BUCHDA, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre*, Mardurg in Kessen, 1936, pp. 266-267, FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, Berlin, 1963, pp. 140, 150, 152, 153 e 161.

mancomunado num determinado bem, já não, contudo, a indisponibilidade sobre a participação na totalidade dos bens afectos à comunhão. Só assim não será naquelas hipóteses em que a identidade do participante é de importância vital para a própria subsistência da comunhão, como acontece de modo particularmente evidente na comunhão conjugal de bens.

IV. Apesar de normalmente este tipo de comunhão repousar sobre um património, a história demonstra ser possível verificar-se uma comunhão em mão comum pese embora a ausência de um acervo patrimonial. Disto dão testemunho o co-enfeudamento e a comunhão agrária medieval, já que em qualquer uma delas apenas um imóvel estava afecto aos respectivos comuneiros^(18/19).

V. À semelhança do que se passa em relação à *communio iuris*, também na *Gemeinschaft zur Gesamthand* parece ser de defender que a atribuição simultânea de um direito aos diversos mancomunados origina uma titularidade colectiva. Neste sentido apontam quer as fontes germânicas quer a doutrina construída em seu redor, ao reconhecerem a comunhão em mão comum naquela situação em que um direito é atribuído conjuntamente aos mancomunados. Nesta sede, portanto, há uma propensão inequívoca para a adopção da ideia da unicidade do direito⁽²⁰⁾. Isto não significa,

⁽¹⁸⁾ Vide, art. 8.º do *Sachsenspiegel Lehnrecht* e art. 61º do *Schwabenspiegel Lehnrecht*.

⁽¹⁹⁾ Vide, HEUSLER, *Institutionen...*, I, p. 240, II, pp. 154, 163, 186-187, SCHMALZ, *Lehrbuch des teutschen Privatrechts; Landrecht und Lehnrecht enthaltend*, Berlin, 1818, pp. 263 e 284, DUNCKER *Das Gesamteigenthum*, pp. 94 e ss., HOMEYER, *Des Sachsenspiegels*, 2. Theil, 2. Bd., Berlin, 1844, p. 467, STOBBE, *Miteigenthum...*, pp. 244, 247-248, BUCHDA, *Geschichte...*, pp. 35-36, PFEIFFER, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, 1. Bd., Hannover, 1825, pp. 178 e ss.

⁽²⁰⁾ Vide, LARENZ, *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, p. 154, *Derecho civil — parte general*, pp. 185-6, SCHULZE-OSTERLOH, *Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung*, München, 1972, p. 8, FUCHS, *Vermögen und Vermögensverwaltung, Ein Versuch einer Konstruktion der Vermögensbegriffs im heutigen Recht*, Berlin, 1911, pp. 1, 5, 6, 16, 29, 30, 132, 178 e 278, ENGLANDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, pp. 35-36, 49-50, 63, 95-96, BECKER, *Rechtsgemeinschaft*, p. 744, J. BLOMEYER, *Die Rechtsnatur der Gesamthand*, in *Juristische Rundschau*, Oktober 1971, pp. 402-404, VON TUHR, *Derecho civil*, I, traduzido por Tito Ravá, Madrid, 1998, pp. 85-86 e 91, WÜRDINGEN, *Theorie der*

claro está, unanimidade doutrinal, sendo possível encontrar quem sustente a presença de uma pluralidade de direitos — parciais ou integrais, consoante provenham de uma divisão ou de uma multiplicação pelo número de consortes⁽²¹⁾. O que acontece é que os fundamentos invocados em prol dessa concepção não passam tanto pela análise minuciosa das fontes — mercê porventura da sua escassez —, mas antes pelo aprofundamento quer do conceito de direito subjetivo quer da ideia de *Zuständigkeit* plural. O mesmo é dizer que mais do que um exame do regime previsto para as concretas comunhões, tem interessado a resposta à questão teórica

schlichten Interessengemeinschaften, Stuttgart, 1934, p. 33, KATTAUSCH, *Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen*, Gießener Diss., Mainz, 1911, pp. 61 e ss., WIELAND, *Handelsrecht...*, p. 605, HIRSCH, *Theilbarkeit...*, pp. 51-52, 55-56 e 63, GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie...*, p. 349, ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 2. Bd., Berlin, 1905, pp. 447-448, LEONHARD, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen: Erbrecht*, Berlin, 1912, p. 169, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, 1. Bd., München und Leipzig, 1929, pp. 744 e 748, REGELSBERGER, *Pandekten*, 1. Bd., p. 210, STOBBE, *Miteigentum...*, pp. 223, 228 e ss., BARON, *Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Marburg und Leipzig, 1864, pp. 84, 126 e 136, ENNECERUS e NIPPERDEY, *Derecho Civil (parte general)*, I, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer, Barcelona, 1981, p. 296. *Vide*, ainda SAENGER, *Gemeinschaft...*, pp. 49, 65, 99 e 102, HASSE, *Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht*, Kiel, 1808, pp. 53, 91, 93, 100 e 104, PFEIFFER, *Practische Ausführungen...*, pp. 84 e 92, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1. Bd., p. 664, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, pp. 329, 925, 930, 942 e 948, *Die Genossenschaftstheorie...*, pp. 344 e 349, *Handelsgesellschaftsrecht...*, pp. 117-118, STOBBE, *Miteigentum...*, pp. 214 e 228, SCHÖNFELD, *Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichgerichts*, in der Festgabe *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, II Bd., 1929, pp. 224, 226 e 227, HOMEYER, *Des Sachsenspiegels*, 2. Tl, 2. Bd, p. 463, BUCHDA, *Geschichte...*, pp. 294, 296, 299 e 312, FABRICIUS, *Relativität...*, pp. 118, 121, 139 e 236, FLUME, *Gesellschaft und Gesamthand*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 136, 1972, p. 201, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Bd., Teil 1: *Die Personengesellschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1977, pp. 56, 74 e 93, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, p. 134.

⁽²¹⁾ *Vide*, KUNZ, *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand*, 1963, pp. 58-60, KRÜCKMANN, *Zur Lehre vom Gesamteigentum*, in *Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit*, 16. Bd., p. 5, FLUME, *Gesellschaft...*, p. 243, *Allgemeiner Teil...*, 1. Bd., 1. Tl, p. 72, NACLER, *Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte*, in *Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß*, 10. Bd., Leipzig, 1900, pp. 723, 731-732, SOHM, *Der Gegenstand*, Leipzig, 1905, pp. 62 e 70, BINDER, *Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, III Teil, Leipzig, 1905, p. 45, *Das Problem...*, pp. 80-81, HECK, *Grundriß des Sachenrechts*, Darmstadt, 1994, p. 296.

sobre se um direito subjetivo pode por natureza pertencer em simultâneo a várias pessoas.

VI. A despeito do antigo dogma sobre a inexistência de quotas-partes no seio da comunhão em mão comum, acredita-se que também aqui se assiste à atribuição a cada consorte de uma quota. Isto mesmo parece resultar quer das fontes quer da própria essência de contitularidade.

De facto, já na Idade Média se acham sinais mais ou menos explícitos da presença de semelhante realidade. Disto dá conta, por exemplo, o direito feudal, ao permitir, em caso de morte de um co-investido, que a respectiva posição no feudo fosse herdada pelos seus filhos^(22/23). Em sentido análogo se entendia que na comunhão continuada os descendentes do cônjuge falecido continuassem a comunhão patrimonial até aí existente, ocupando para tanto o lugar deixado vago por aquele⁽²⁴⁾. Como é evidente, a possibilidade assim conferida à prole de herdar a quota-parte do pai na comunhão em mão comum constitui um indício da preexistência de tal quota relativamente ao fenómeno sucessório, pois se a quota só surgisse com o óbito do ascendente, então não podiam os filhos aparecer como herdeiros, tendo as suas posições jurídicas fatalmente de ser pensadas como completamente novas.

Em direção idêntica aponta o BGB, quando admite, ao arripio do regime geral, a disposição do quinhão sucessório. Seria dificilmente aceitável que o Direito sancionasse a transmissão do referido quinhão sem o perspectivar como um *quid* dotado de existência real⁽²⁵⁾.

(22) Vide, §§ 1 e 2 do art. 32.º do *Sachsenspiegel Lehnrecht* e art. 61.º do *Schwabenspiegel Lehnrecht*.

(23) Vide, HOMEYER, *Des Sachsenspiegels*, 2. TI, 2. Bd, p. 459, HEUSLER, *Institutionen...*, I, pp. 240 e 243, STOBBE, *Miteigenthum...*, pp. 244-245, DUNCKER, *Das Gesamteigenthum*, p. 82, BUCHDA, *Geschichte...*, p. 28.

(24) Vide, STOBBE, *Handbuch...*, 4. Bd., pp. 103, 235-237, SCHRÖDER, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, 2. Theil, 3. Abtheilung: *Das sächsische und friesische Recht*, Stettin, Danzig, Elbing, 1874, pp. 170 e ss., HEUSLER, *Institutionem des Deutschen Privatrechts*, II., Leipzig, 1886, pp. 467 e 471, GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie...*, pp. 407 e ss.

(25) Vide, § 2033, n.º 2.

Na verdade, tudo aponta no sentido de a figura da contitularidade postular a concessão de quotas aos respectivos contitulares. A circunstância de várias pessoas compartilharem entre si um direito acarreta, como é natural, que cada uma delas não o pode deter na totalidade, mas tão-somente em termos proporcionais. Ora, é justamente esta ideia de participação proporcional na titularidade de um bem que dá corpo à quota⁽²⁶⁾.

Aquilo que parece específico deste tipo de comunhão é a pouca relevância prática de tais quotas, achando-se, na maioria das vezes, afastadas do comércio jurídico, em virtude da regra da indisponibilidade⁽²⁷⁾.

1.3. Pressupostos da contitularidade de direitos

I. Para que se verifique uma situação de contitularidade de direitos é necessário o preenchimento cumulativo da quatro pressupostos:

- a) unidade de objecto;
- b) pluralidade de sujeitos;
- c) unicidade do direito subjetivo;

⁽²⁶⁾ Vide, GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie...*, pp. 345-346, 389-392, 421-422, *Deutsches Privatrecht*, p. 679, COSACK e MITTEIS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Jena, 1924, pp. 2 e 27, ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, pp. 105, 107, 216-217, BINDER, *Die Rechtsstellung...*, p. 29, LARENZ, *Derecho civil — parte general*, p. 183, BUCHDA, *Geschichte...*, pp. 288 e ss., SCHÖNFELD, *Rechtsperson...*, pp. 226-227, KATTAUSCH, *Die Anteile...*, p. 50, SAENGER, *Gemeinschaft...*, p. 53, HEUSLER, *Institutionen...*, I, pp. 239-240 e 252, HELLWIG, *Anspruch...*, p. 201, SCHULZE-OSTERLOH, *Das Prinzip...*, pp. 47 e ss., SOHM, *Der Gegenstand*, pp. 60, 68-69, BINDER, *Die Rechtsstellung...*, pp. 18, 29, 34-35, MÜLLER, *Das Wesen der Gesellschaft...*, p. 43, JOERGES, *Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Stuttgart, 51. Bd., 1902, p. 73, NAGLER, *Die gesamte Hand...*, pp. 723-724 e 732.

⁽²⁷⁾ Vide, BUCHDA, *Geschichte...*, pp. 288 e ss., ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, pp. 216-217, JOERGES, *Zur Lehre vom Miteigentum...*, 51. Bd., p. 73, HEUSLER, *Institutionen...*, I, p. 239, KATTAUSCH, *Die Anteile...*, p. 50, HELLWIG, *Anspruch...*, p. 201, BINDER, *Die Rechtsstellung...*, pp. 34-35, NAGLER, *Die gesamte Hand...*, pp. 724 e 732.

- d) atribuição colectiva ou, se se preferir, a existência de uma *Zuständigkeit* plural.

II. Como se pôde observar ao longo deste percurso, nas situações de contitularidade o objeto do direito é comum. Discute-se, porém, se nos casos em que existe um “património comum” esse objeto poderá ser o próprio património ou, pelo contrário, será apenas e tão só cada um dos elementos nele integrados. Julga-se que nem o património nem a herança constituem objetos diversos dos respectivos elementos. Para que assim fosse, era necessário que existisse pelo menos um direito sobre eles incidente. Até à data, não se descortinou nenhuma situação incidente sobre o acervo enquanto todo. Não se pode esquecer que aquilo que caracteriza o objeto jurídico é a sua qualidade intrínseca para servir de esteio a uma situação ativa ou passiva. Ele é objecto, exatamente porque sobre ele podem recair direitos e deveres.

Por outro lado, a autonomia do todo frente aos seus elementos exige, regra geral, que a utilidade resultante do conjunto seja diversa daquela proporcionada por cada elemento. O que, uma vez mais, não se afigura acontecer nem no património nem na herança.

Não se nega a presença por vezes de um tratamento unitário — o tratamento global colectivo. Contesta-se, porém, a assimilação levada a cabo entre unidade e objetividade. O facto de se entender que uma pluralidade de situações deve ser tratada de forma idêntica, devendo partilhar um mesmo destino, não equivale a aceitar que essa pluralidade se converte num objecto distinto das diferentes situações individuais⁽²⁸⁾.

III. No que, por seu turno, respeita ao âmbito subjetivo da comunhão, a conclusão certa parece ser a de que em tais situações há efetivamente uma pluralidade de sujeitos. Neste sentido aponta quer a lei, quer a jurisprudência quer ainda uma análise dogmática da questão. Na verdade, não só a letra da lei indicia claramente a

⁽²⁸⁾ Sobre este problema, *vide* ELSA VAZ DE SEQUEIRA, *Da Objectividade Jurídica do Património*, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, I, Lisboa, pp. 297 e ss., *Da Contitularidade de Direitos...*, pp. 417 e ss.

existência de uma multiplicidade de pessoas, como certos traços do regime da comunhão sugerem justamente a ausência de um sujeito *a se*, diferente dos consortes. Apenas quando se perspectiva estes como os efetivos titulares dos direitos comuns, se compreende os poderes que lhes são conferidos. Mormente, o poder de exigir a todo o tempo a divisão ou a partilha. Exatamente porque não existe ninguém de permeio entre o bem ou património comum e os contitulares é que se permite a estes promoverem imediatamente a divisão da coisa comum ou a partilha do acervo comum. Esta operação num ente colectivo ocorre somente após a extinção do referido ente. O que se percebe, já que “cada sócio, precisamente por virtude da subjectivação da sociedade, é titular de direitos perante a pessoa colectiva — e não sobre os bens que a esta pertencam”⁽²⁹⁾. A participação no património social por parte de qualquer membro reveste, por isso, uma índole puramente mediata. É por participar na pessoa titular desse património que indiretamente pode ter alguma pretensão ao mesmo.

Idêntica razão explica a anulabilidade de uma declaração negocial feita por um contitular incapaz. Se o grupo possuísse uma verdadeira autonomia face aos seus elementos, carecia de qualquer fundamento verificar a capacidade dos respectivos membros nas relações com terceiros. Aquilo que importaria, nesse caso, era apenas e tão-somente a capacidade do grupo e não dos indivíduos que o compõem.

A falta de identidade própria leva a resultado análogo, pois dificilmente seria de aceitar uma pessoa desprovida de semelhante atributo. Nas situações de contitularidade, aparecem os nomes dos diversos participantes, não existindo uma denominação própria e específica para o grupo.

Está-se em crer que muitas vezes toda a polémica em volta do presente problema se fica a dever a alguma confusão entre as noções de *personalidade*, *capacidade*, *pessoa*, *sujeito* e *parte*. Por nem sempre se proceder à sua distinção clara, é-se não raro tentado a vislumbrar nas situações de comunhão a presença de um terceiro

(29) Vide HENRIQUE MESQUITA, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, p. 220.

gênero de sujeito, a par das pessoas singulares e das pessoas coletivas ou a admitir a gradação da personalidade. Nas situações de contitularidade, os contitulares são pessoas jurídicas, dotadas de pelo menos capacidade de gozo, sujeitos do direito comum, embora, regra geral, nas relações com terceiros constituam uma única parte, que, por ser composta por uma pluralidade de sujeitos, assume a forma de parte plural.

IV. Ao contrário de alguma doutrina, pensa-se que nada no direito subjetivo obsta a esta solução. Aliás, um exame das várias teorias sobre os contornos do direito subjetivo — nomeadamente, *a teoria da vontade*⁽³⁰⁾, *a teoria normativista*⁽³¹⁾, *a teoria neo-empírica*⁽³²⁾ ou *as teorias ecléticas*⁽³³⁾ — demonstra que a maior parte destas aceita pacificamente a titularidade plural de um direito. Sendo *o sujeito uma realidade externa ao direito*, não se compreende a razão pela qual um direito não poderia pertencer a várias pessoas em simultâneo. Se estas preencherem conjuntamente a previsão da norma permissiva, então fatalmente a estatuição da norma ditará a concessão do direito nela previsto justamente a essas pessoas.

Nem se diga que em tal cenário se verifica a multiplicação do direito, pois, se assim fosse, o conjunto dos comuneiros teria necessariamente mais poder do que um titular singular que beneficiasse da aplicação da norma a título exclusivo. Não se conhece

⁽³⁰⁾ Vide, em especial, VON TUHR, *Derecho civil*, I, pp. 83, 85, 91 e 243, WINDSCHEID, *Lehrbuch...*, I, 1862, pp. 427 e 428, I, 1879, pp. 427, 531 e 537, I, 1887, p. 537, I, 1906, pp. 872-873.

⁽³¹⁾ Vide Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Coimbra, 1984, pp. 186, 195-198.

⁽³²⁾ Vide LARENZ, *Derecho civil — parte general*, pp. 184-186, 256-257, *Rechtsperson und subjektives Recht: zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, Berlin, 1935, pp. 14 e 18, WOLFF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, pp. 156 e ss., 216 e ss.

⁽³³⁾ Vide, nomeadamente, ENNECERUS e NIPPERDEY, *Derecho civil...*, pp. 284-285, 296-297, ENNECERUS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 2. Bd. (*Recht der Schuldverhältnisse*), Tübingen, 1958, pp. 761 e ss., ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, Barcelona, 2009, pp. 416 e 418, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, I, Vol. 3, Madrid, 2005, pp. 69, 74 e 80.

nenhum caso em que tal aconteça. Pelo contrário, a lei parece indicar que os contitulares em conjunto têm exatamente os mesmos poderes do titular singular. Aliás, basta pensar nos direitos que contêm em si uma vocação de plenitude e exclusividade, conferindo ao respectivo titular a totalidade do domínio sobre o objecto, para perceber a improcedência desta visão. Neste tipo de direitos não parece que possam coabitar vários domínios plenos e exclusivos sobre um bem. Na verdade, como é que vários podem ter isoladamente o todo?

De igual modo, são de rejeitar as orientações que entreveem na situação em análise um concurso de direitos parciais sobre um determinado objecto. Subjacente a essa corrente de pensamento está a ideia de divisão do direito. Só é divisível o que é mensurável, comportando em si a possibilidade de uma determinação de medida. Não será esse o caso dos direitos subjetivos, que em rigor não se compadecem com uma visão puramente aritmética do seu conteúdo. Os poderes facultados pelo direito não se apresentam como uma realidade quantificável. Basta a ordem jurídica disponibilizar os meios necessários à utilização de um objecto para fatalmente se ser investido num poder. Não é intelectualmente conjecturável a existência de metades ou quartos de poder. O máximo que se consegue conceber é ter o poder de usar metade da coisa ou a quarta parte desta. Só que isso significa admitir a divisão da coisa, não, porém, dos poderes sobre ela incidentes.

Acresce, por outro lado, que ficaria por explicar o nascimento desses direitos parciais nas situações de aquisição originária. Como a divisão, por natureza, pressupõe um todo a fraccionar, a justificação para o surgimento dos referidos direitos parciais, nos casos de aquisição originária, não podia naturalmente passar por semelhante operação, dada a inexistência prévia de um direito pleno a dividir.

Outro aspecto gerador de alguma perplexidade é a dicotomia estrutural das situações de contitularidade inerente a esta visão. Na verdade, somente na hipótese de um direito ser divisível faria sentido falar de concurso de direitos parciais sobre um determinado objecto. Pelo contrário, tal já não seria viável se o direito em causa se apresentasse como indivisível, vislumbrando-se então aí ou uma

pluralidade de direitos plenos sobre o objecto comum ou a titularidade plural do direito singular. O que obrigaria a explicar como é possível uma situação apresentar morfologias tão díspares.

Por tudo isto, julga-se que a melhor explicação para a análise da estrutura morfológica da contitularidade é aquela que detecta aí a presença de um direito encabeçado a um tempo pelos diversos sujeitos. Nesta direção aponta, para além da sua própria denominação, o regime da transmissão de direitos. Se um titular singular transmite o seu direito a uma multiplicidade de pessoas, aquilo que estas adquirem, enquanto parte plural, é exatamente o mesmo que aquele alienou. Isto é, o direito singular.

Na contitularidade de direitos há titularidade plural, por efeito da qual um direito compete simultaneamente a uma pluralidade de pessoas. À unidade de posição jurídica corresponde a pluralidade de sujeitos. É aqui que se acha a nota distintiva desta figura. Se cada contitular fosse detentor de um direito individual não haveria espaço para falar de contitularidade de direitos ou titularidade plural, mas tão-só de titularidade singular.

Este tipo de situação surge com frequência no seio dos direitos reais. O caso paradigmático e que, justamente por isso, serve de modelo a todas as outras hipóteses de contitularidade é, como é sabido, o da compropriedade. Mas outros há, como o do co-usufruto, da co-servidão, do co-penhor, da co-hipoteca ou da co-superfície.

Também nos direitos de crédito é possível deparar-se com este fenómeno. Assim acontece, desde logo, a nível sucessório, relativamente aos créditos incorporados na herança indivisa, ou no âmbito da comunhão conjugal de bens, quanto aos créditos atribuídos ao casal. De igual modo, por exemplo, na renda vitalícia ou na renda perpétua constituída a favor de um pluralidade de beneficiários.

De notar, no entanto, que atribuição de um direito de crédito a uma pluralidade de credores nem sempre dá origem a uma situação de contitularidade. Pelo contrário, as mais das vezes aquilo que sucede é a divisão do objecto e conseqüente multiplicação do direito originário em tantos direitos quantos os novos titulares. Isto mesmo resulta do regime de créditos parciários, tido como regime regra no nosso Direito Civil.

De igual modo, naqueles casos em que vigora antes a regra da solidariedade. Apesar de toda a polémica em torno da sua estrutura morfológica — discutindo-se, tal como no passado, se nesses casos existe apenas um direito de crédito pertencente em simultâneo aos vários credores solidários ou, diversamente, se cada um destes é portador de um direito creditício ao todo —, a verdade é que a opinião geral se inclina neste último sentido⁽³⁴⁾. Na solidariedade ativa ou mista divisa-se assim a presença de uma multiplicidade de créditos relativos à mesma prestação.

Os principais argumentos favoráveis a este entendimento respeitam, desde logo, à possibilidade reconhecida pela lei de os sujeitos se acharem vinculados em termos diversos, admitindo nomeadamente: que apenas um ou alguns se encontrem submetidos a um termo ou condição; ou que o conteúdo dos direitos varie em função do sujeito; que haja garantias específicas relativamente ao direito de um dos credores, embora não de todos; ou que os locais de cumprimento ou os prazos da prestação difiram^(35/36).

⁽³⁴⁾ Importa, no entanto, sublinhar que, pese embora a opinião geral em Portugal apontar no sentido de na solidariedade existir uma pluralidade de vínculos, a verdade é que por vezes essa situação é tida como um exemplo de contitularidade de direitos. Assim acontece, como é fácil de perceber, com aqueles autores que não procedem à distinção entre concurso homogêneo de direitos e contitularidade de direitos, identificando esta com aquele. *Vide*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. VI, Coimbra, 2012, p. 776. Este também parece ter sido o entendimento inicial de GOMES DA SILVA, embora, posteriormente, tenha afirmado de forma explícita a possibilidade de um direito caber a um tempo a uma pluralidade de sujeitos. *Vide*, respectivamente, *Da Solidariedade nas Obrigações*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano IV, Lisboa, 1947, pp. 257-348 e ano V, Lisboa, 1948, pp. 289-291, 301, 304, 314, 321-323, 329-333, 346-347, e *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, I, Lisboa, 1944, p. 51.

⁽³⁵⁾ *Vide*, n.º 2 do art. 512.º do Código Civil.

⁽³⁶⁾ O n.º 2 do art. 512.º, ao estabelecer que “a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de (...) ser diferente o conteúdo das prestações de cada um” dos devedores, ou de o conteúdo da prestação do devedor comum ser diverso “relativamente a cada um dos credores solidários”, levanta a questão de saber se a diversidade de conteúdo de que se fala aí pode ser qualitativa ou meramente quantitativa, total ou simplesmente parcial. E, por outro lado, se isso não porá em causa o pressuposto da *identidade de prestação*. Os caminhos trilhados pela doutrina diferem, sendo possível encontrar quem entenda o preceituado naquele artigo como permitindo apenas diferenças acessórias, mas nunca pondo em causa a presença de um mínimo denominador comum — em relação ao qual haveria, por conseguinte, identidade de prestação —, como também há quem interprete aquelas palavras como significando a aceitação de conteúdos completamente diversos. Neste caso, a solida-

Em direção idêntica aponta o regime da prescrição, ao aceitar expressamente o tratamento distinto dos vários credores. Concretamente, que a prescrição corre de forma independente em relação a cada um; que tanto a suspensão como a interrupção do prazo possuem uma eficácia estritamente pessoal; e que a renúncia à prescrição realizada pelo devedor em favor de um dos credores não produz efeitos quanto aos outros⁽³⁷⁾. O que, como é fácil de ver, indicia a titularidade singular de um direito próprio por cada um dos credores. Igual visão individualista parece comandar a matéria da remissão, porquanto a lei estabelece que, quando esta é levada a cabo por um credor, aproveita ao devedor comum, exonerando-o perante os restantes credores na parte que respeita ao remitente, e não a estes, como à partida aconteceria se, de facto, eles fossem titulares em conjunto de um único direito^(38/39/40).

riedade continuaria a pressupor a identidade da prestação, embora se deva proceder à espiritualização desse conceito. Sob este prisma, o que importa é o interesse do credor, concretamente, que a prestação satisfaça o mesmo interesse específico do credor. *Vide*, COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida — Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Coimbra, 2000, pp. 190 e ss. *Vide*, ainda VAZ SERRA, *Pluralidade de Devedores ou de Credores*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 69, pp. 97 e ss., ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2009, pp. 667-668.

⁽³⁷⁾ *Vide*, art. 530.º do Código Civil.

⁽³⁸⁾ *Vide*, art. 864.º do Código Civil.

⁽³⁹⁾ Neste sentido, *vide*, nomeadamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 2000, pp. 791 e ss., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, I, Coimbra, 1966, p. 115, VAZ SERRA, *Pluralidade de Devedores...*, pp. 96 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, VI, p. 780, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, pp. 667-668, 682 e 684, GOMES DA SILVA, *Da Solidariedade...*, pp. 265, 293, 304 e ss., 329-330 e 348, COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória...*, pp. 187-188, 201 e 242, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra, 2011, pp. 104, 106-107. Em sentido oposto, *vide* BARBOSA DE MAGALHÃES, *Das Obrigações Solidárias*, Coimbra, 1882, pp. 2-3 e 56. Na doutrina estrangeira *vide*, designadamente, LARENZ, *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, pp. 166 e ss., em especial, pp. 175-176, STEINLECHNER, *Das Wesen der iuris communio...*, I, pp. 119 e ss., VON TUHR, *Derecho civil*, I, p. 92, SAENGER, *Gemeinschaft...*, p. 10, GIERKE, *Handelsgesellschaftsrecht...*, p. 117, *Personengemeinschaften und Vermögensbegriff in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1889, pp. 55 e 77, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, p. 925, HELLWIG, *Anspruch...*, pp. 190 e ss., JOERGES, *Zur Lehre vom Miteigentum...*, 49. Bd., p. 179. Interessante é a posição de BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, pp. 42 e ss., 53-54, 59-61, ao negar a presença de uma estrutura unitária nas obrigações ou créditos solidários, distinguindo ao invés duas espécies possíveis: a solida-

V. Finalmente, o último pressuposto desta figura é a presença do fenómeno da *Zuständigkeit* plural, ou seja, a atribuição plural do direito subjetivo. Há apenas uma atribuição, ainda que conjunta.

O conceito alemão de *Zuständigkeit* — habitualmente utilizado no Direito público num sentido jurídico formal, para designar a competência de uma entidade ou de um determinado órgão — tem vindo amiúde a ser importado para o seio do Direito civil, enquanto substantivo do verbo *zustehen* — cujo significado em português pode ser o de pertencer ou competir —, por se julgar que semelhante vocábulo, quando visto de um ângulo puramente material, traduz na perfeição a especial ligação interna de um direito subjetivo ou dos vários direitos subjetivos reunidos num património ao correspondente sujeito ou sujeitos. Na verdade, a lei e a jurisprudência afirmam muitas vezes que certo direito *pertence* ou *compete* a alguém, querendo com isto dizer que as faculdades compreendidas no conteúdo da posição jurídica em causa são atribuídas àquela pessoa. É justamente esta ideia de concessão a um indivíduo dos poderes contidos no direito subjetivo que se visa expressar mediante o emprego de tal conceito. Diferentemente da titularidade que exprime a ligação do sujeito ao direito, a *Zuständigkeit* representa antes a ligação do direito ao sujeito⁽⁴¹⁾.

riedade de interesse unisubjectivo e a solidariedade de interesse comum. Aquela caracterizar-se-ia pela pluralidade de vínculos, enquanto esta representaria uma verdadeira situação de contitularidade do direito de crédito. Sobre a distinção entre concurso de créditos e comunhão de direitos de crédito, *vide*, MARCELLO DE CRISTOFARO, *Sulla contitularità del rapporto obbligatorio*, in *Rivista di Diritto Civile*, ano XV, 1969, 2.^a parte, pp. 296 e ss. No sentido de que em todas as obrigações subjectivamente complexas existe uma multiplicidade de vínculos, *vide*, STEFANO D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa: profili di disciplina*, Milano, 2002, pp. 100 e ss.

(40) Poderia ainda aduzir-se o disposto no art. 514.º do Código Civil, que, como é sabido, permite que o devedor oponha aos credores meios de defesa quer comuns quer pessoais. Acredita-se, no entanto, que apenas nuns casos isso pode ser tido como prova da presença de uma pluralidade de direitos, como, por exemplo, na hipótese de existir uma diversidade da obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários. Noutros, porém, não passa de uma consequência lógica da pluralidade subjetiva inerente a qualquer situação de solidariedade. Assim acontece, nomeadamente, quando ocorre algum vício da vontade ou alguma incapacidade.

(41) *Vide*, em especial, ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, pp. 301 e ss.

De acordo com a opinião corrente nesta matéria, a *Zuständigkeit* pode apresentar uma de duas formas: a *Zuständigkeit* singular e a *Zuständigkeit* plural. A primeira quando as faculdades que compõem o conteúdo do direito subjetivo são atribuídas somente a um sujeito, a segunda quando essa atribuição tem por destinatários vários sujeitos. Entende-se então que, em termos jurídicos, se verificam tantas atribuições quantos os sujeitos receptores ou, por outras palavras, que sobreveio uma pluralidade de *Zuständigkeiten* procedentes de um único direito⁽⁴²⁾.

Pois bem, para que nasça uma situação de contitularidade de direitos, e não uma simples situação de concorrência de direitos, é preciso que o direito subjetivo seja atribuído conjuntamente a várias pessoas.

2. Efeitos derivados da situação de contitularidade

2.1. Quotas

I. A atribuição de um direito a uma multiplicidade de pessoas apresenta, naturalmente, contornos diversos daqueles exibidos na atribuição de um direito a um sujeito individual. Enquanto aqui há uma atribuição singular ou a título exclusivo — a já conhecida *Zuständigkeit* singular —, por meio da qual, o correspondente beneficiário obtém para si todos os poderes contidos no direito, ali, diferentemente, a atribuição do direito único a várias pessoas em simultâneo assume forçosamente um cariz proporcional — apelidada na doutrina alemã, como é sabido, de *Zuständigkeit* plural. A complexidade subjetiva típica das situações ora em análise implica de modo necessário que cada um dos participantes não pode deter o direito comum na sua totalidade — sob pena de ao conjunto dos contitulares se conceder mais do que é facultado ao

⁽⁴²⁾ Vide, nomeadamente, ENGLÄNDER, *Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft*, pp. 33 e ss., FABRICIUS, *Relativität...*, pp. 118 e ss.

titular singular —, mas tão-somente numa parcela. De modo que inerente a qualquer situação de contitularidade se acha a ideia de participação proporcional no direito comum, ou, por outras palavras, a noção de quota.

II. A quota é um conceito relativo, que expressa a participação de uma realidade menor num todo logicamente maior. Há algo, tido em certas relações como existente, mas que, em rigor, se integra num ser obrigatoriamente mais vasto, de cuja subsistência depende. A quota pressupõe, pela sua própria índole, não só a presença de mais quotas, como, sobretudo, a existência de um todo que funcione como objecto de referência. Por isso se fala de autonomia relativa ou, se se preferir, do ponto de vista inverso, de dependência relativa.

No caso concreto, a quota exprime a participação de cada comuneiro no direito comum, enquanto participação imediata nos poderes que o respectivo conteúdo abarca. Se, por um lado, goza de existência no mundo do Direito, podendo inclusive ser objecto de negócios jurídicos, por outro lado, essa existência encontra-se na estrita dependência da vigência do direito subjetivo que lhe serve de esteio. Sem este, a quota pura e simplesmente carece de qualquer sentido⁽⁴³⁾.

III. Isto mesmo resulta da lei, quando alude às quotas dos consortes *na comunhão*, *no património* ou *na herança*. Importa, porém, não descurar que, em certas ocasiões, o legislador emprega as referidas expressões para se referir à participação de cada consorte no bem sobre que incide o direito comum, criando com isso a ilusão de que o objecto de referência das quotas é a coisa e não o direito em si próprio considerado. Sob esta óptica, a quota representaria apenas e tão-só a participação do contitular no bem comum. Não se acredita, porém, que tal corresponda à realidade,

⁽⁴³⁾ Vide, MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, Coimbra, 2012, p. 208. No sentido de que a quota exprime a participação do respectivo titular não no direito, mas antes no correspondente objecto, vide, MOTA PINTO, *Direitos Reais*, Coimbra, 1971, p. 256, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, 2012, pp. 166 e ss.

nem tão-pouco aos desígnios do legislador. A alusão aos bens não compromete em nada a identificação da quota com a participação do contitular no chamado direito comum. No fundo, são duas faces da mesma moeda: uma atende puramente ao lado jurídico da questão, mormente às posições jurídicas envolvidas; a outra coloca o acento tónico na componente material da situação, dando em consonância especial destaque ao objecto desse direito comum. Mas, em rigor, tudo se resume a uma diferença de perspectiva, porquanto a participação no direito envolve necessariamente a participação simultânea no correspondente objeto.

IV. Não sendo uma unidade de medida, senão a participação em si mesma, a quota funciona as mais das vezes como medida, pois espelha a relação da parte com o todo, revelando assim um critério de proporcionalidade. Contida na ideia de participação acha-se naturalmente a de dimensão relativa da fracção no todo. Se o todo é a unidade e se uma pessoa participa conjuntamente com outras nessa unidade, então fatalmente essa unidade é dela, mas não apenas dela. O que significa que a pessoa não a possui na totalidade, mas numa fracção, sendo por isso possível estabelecer, pelo menos em moldes puramente relativos, qual o montante do todo que cabe a cada um. Isto implica reconhecer que a quota se apresenta como uma realidade mensurável, passível de ser descrita em termos numéricos. O que, evidentemente, não quer dizer que o montante da participação seja imutável. Tal não corresponde de modo algum à natureza intrínseca das quotas, cuja dimensão tende a aumentar ou a diminuir na proporção inversa da variação do número de participantes na titularidade do direito comum.

Não é demais sublinhar que o que está em causa é a dimensão relativa da quota e não o respectivo valor. Enquanto ali se define a extensão da participação no todo — concluindo-se em consonância que, por exemplo, a quota de um contitular representa $1/3$ do direito comum, por contraposição às dos seus pares que são portadores de quotas representativas de $1/6$ desse mesmo direito —, aqui já interessa a utilidade que é assacada a tal direito de um ponto de vista puramente económico. Ambos os ângulos são possíveis, embora obedeçam a critérios distintos. O Código Civil, no entanto,

parece lançar mão da primeira perspectiva, como atesta o n.º 2 do art. 1403.º, ao esclarecer que as quotas dos comproprietários “são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes”. O valor da quota interessa sobretudo para efeitos de disposição ou para fins tributários.

O carácter mensurável da quota, pelo menos em termos puramente relativos, justifica a sua utilização como unidade de medida para proceder à repartição entre os consortes das despesas, dos encargos, dos frutos e dos lucros gerados pelo objecto comum. Assim acontece, por exemplo, no art. 1411.º, ao determinar que “os comproprietários devem contribuir, em proporção das respectivas quotas, para as despesas necessárias à conservação ou fruição da coisa comum”, ou na alínea e) do art. 1436.º, quando atribui ao administrador do condomínio a função “de exigir dos condóminos a sua quota-parte nas despesas aprovadas”.

V. A maior parte das hesitações em torno do conceito de contitularidade prende-se com a dificuldade de conciliar a pluralidade de sujeitos com a unidade de situação jurídica. Se se reparar, a razão pela qual tantas dúvidas surgiram em redor desta figura — dando azo a outras tantas explicações possíveis, através das quais se procedia ou à unificação dos sujeitos numa realidade singular, ou, pelo contrário, à divisão ou multiplicação do direito originalmente unitário numa multiplicidade de direitos —, acha-se na perplexidade causada pelo contraste entre unidade e pluralidade. Qualquer um destes caminhos visava, assim, obviar a uma conclusão tida por logicamente inadmissível.

Ora, está-se em crer que a conciliação prática entre a unidade do direito e a pluralidade dos respectivos sujeitos se faz por meio da quota e da ordem interna estabelecida para tal situação. São estas que, na realidade, permitem a individualização da posição jurídica de cada consorte na titularidade do direito comum e, com isso, a acomodação recíproca de todos. Daí ter-se por inteiramente legítima a afirmação de que a figura da contitularidade postula a concessão de quotas aos respectivos contitulares.

2.2. Ordem interna

I. A posição jurídica do consorte não se esgota, todavia, na quota. A par desta, são atribuídos direitos e deveres aos contitulares em razão da sua comparticipação na titularidade do direito. Só assim se explica, por exemplo, o direito de voto ou o direito de divisão da coisa comum. E tudo isto porque a complexidade subjetiva típica destas hipóteses implica forçosamente a existência de uma ordem interna. Ou seja, de um conjunto de regras delimitadoras do campo de atuação próprio de cada comuneiro e simultaneamente disciplinadoras das relações presentes entre os diversos comparticipantes. A principal diferença entre a situação jurídica do contitular individual e a situação de um titular singular reside justamente nos direitos e deveres conferidos para fazer face às especialidades derivadas da pluricefalia⁽⁴⁴⁾.

II. O carácter comum do direito determina como regra, na falta de disposição legal em contrário ou de acordo em sentido diverso, a comparticipação necessária dos comuneiros. É verdade que a lei estabelece amiúde exceções a esta regra, mormente em matéria de compropriedade. Mas, a verdade é que, não só nem todas as situações de contitularidade se encontram previstas na lei, como o regime da compropriedade, erigido em regime subsidiário das situações de comunhão, se mostra adequado a todas os possíveis hipóteses de contitularidade. Ele está pensado para direitos de gozo, relativamente aos quais faz todo o sentido tratar de questões como o uso ou a administração da coisa. Não assim relativamente a direitos de natureza diversa, como, por exemplo, os direitos potestativos. Pense-se naqueles casos em que, existindo uma parte plural num determinado negócio jurídico, verifica-se o incumprimento da contraparte. Em tal cenário, assiste aos diversos membros da parte plural um direito de resolução, o qual, devido à situação de contitularidade, terá forçosamente de ser exercido pela totalidade dos contitulares.

⁽⁴⁴⁾ Vide, HADDING, *Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte*, in *Festschrift für Ernst Steindorf*, Berlin, New York, 1990, pp. 34-37.

Isso torna-se particularmente evidente em relação aos atos de disposição, uma vez que na contitularidade, como em causa está apenas um direito, a sua transmissão exige naturalmente a intervenção de todos os consortes. Só com a participação de todos é possível dispor do direito comum.

III. Pese embora a regra da comparticipação necessária, o certo é que as contitulares podem acordar a possibilidade de um exercer o direito em nome de todos, assim como a lei estabelece não raro a permissão de um comuneiro exercer o direito de forma solidária. Isto é, cada um pode agir por todos os outros.

É o que acontece, nomeadamente, em relação ao poder de reivindicação contido no conteúdo do direito de propriedade (ou de outros direitos reais). De acordo com o disposto no art. 1405.º, n.º 2, do Código Civil, qualquer “consorte pode reivindicar de terceiro a coisa comum, sem que a este lhe seja lícito opor-lhe que ela não lhe pertence por inteiro”.

O mesmo em matéria sucessória, porquanto o art. 2078.º, n.º 1, igualmente do Código Civil, reconhece a todo o co-herdeiro “legitimidade para pedir separadamente a totalidade dos bens em poder do demandado, sem que este possa opor-lhe que tais bens lhe não pertencem por inteiro”.

Também o Direito da Família conhece casos destes, uma vez que se atribui a um dos cônjuges a possibilidade de administrar e, em determinadas situações, dispor de bens comuns⁽⁴⁵⁾.

IV. Menos frequente, embora possível, é o exercício puramente singular do direito comum. Ou seja, a possibilidade de exercer o direito comum por si só e em nome próprio. Exemplo paradigmático é o uso da coisa comum nas situações de comunhão de direitos reais de gozo. Segundo o preceituado no n.º 1 do art. 1406.º, “na falta de acordo sobre uso da coisa comum, a qualquer dos proprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito”.

(45) *Vide*, arts. 1678.º, n.ºs 2, als. a) a d), e 3, e 1682.º.

Importa, no entanto, esclarecer que a jurisprudência portuguesa tem vindo a admitir o exercício singular por um contitular sempre que tal não acarrete um prejuízo para os demais contitulares ou sempre que dos atos em apreço resulte um benefício para todos⁽⁴⁶⁾.

2.3. Comunicabilidade de efeitos

I. Na contitularidade, justamente por o direito caber em simultâneo aos vários consortes, o uso de um beneficia os restantes, impedindo a extinção do direito comum pelo não uso destes. É nessa esteira, aliás, que se compreende que o n.º 3 do art. 1570.º do Código Civil estabeleça, relativamente à eventual extinção do direito de servidão, que, “se o prédio dominante pertencer a vários proprietários, o uso que um deles fizer da servidão impede a extinção relativamente aos demais”.

Ou, em direção idêntica, que o art. 1291.º do Código Civil estatua que “a usucapião por um compossuidor relativamente ao objecto da posse comum aproveita igualmente aos demais compossuidores”.

II. O mesmo se diga em relação à prescrição, porquanto a causa de suspensão ou interrupção do prazo de prescrição de um contitular pode favorecer os seus pares, obstando à supressão do direito comum⁽⁴⁷⁾.

III. É, aliás, a unicidade do direito comum que justifica a sua manutenção na hipótese de um co-usufrutuário vir a adquirir a nua propriedade. Exatamente porque o usufruto é comum, a aquisi-

⁽⁴⁶⁾ Vide, Acórdão da Relação de Coimbra, de 14.10.1980, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano V, T. 4, p. 35; Acórdão da Relação de Coimbra, de 13.01.1987, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XII, T. 1, p. 29, Acórdão da Relação de Lisboa, de 09.06.1994, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIX, T. 3, p. 111.

⁽⁴⁷⁾ Vide, Acórdão da Relação de Lisboa, de 12.05.1988, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XIII, T. 3, pp. 139-140.

ção do direito de propriedade por um participante não acarreta, como à partida seria de esperar, a extinção daquele por confusão. Pelo contrário, o direito mantém-se em vigor pelo tempo por que foi constituído ou até à morte dos demais comuneiros. Semelhante consequência não seria possível numa situação de concorrência de direitos, pois a duplicidade de direitos que lhe é característica permite a extinção de um e a subsistência do outro.

2.4. Acrescer

I. Normalmente associado ao estudo da contitularidade acha-se o tema do acrescer, nas suas duas configurações. Ou seja, quer como um verdadeiro direito dos consortes a adquirirem a quota deixada vaga por outro comuneiro em razão da sua morte ou renúncia — o chamado direito de acrescer em sentido estrito —, quer como simples expansão da quota de um contitular, enquanto efeito da extinção da posição do participante que falece ou abdica da sua participação na comunhão, assumindo então as vestes de um puro não decrescer⁽⁴⁸⁾.

Não obstante, está-se em crer que a ligação que com frequência se descobre entre estas figuras não reveste os contornos de indissociabilidade que por vezes lhe são assacados. De acordo com o que se conseguiu apurar, o acrescer — em qualquer uma das suas modalidades — não é uma característica nem essencial nem exclusiva da contitularidade.

⁽⁴⁸⁾ Sobre estas noções *vide*, CARLOS LIMA, *O Fenómeno do «Acrescer» em Sucessão Testamentária*, Lisboa, 1956, pp. 3-8, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil — Sucessões*, Coimbra, 2000, pp. 205-206, 218, 222-223, GOMES DA SILVA, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, 1955, pp. 221-222, 228, CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, Coimbra, 2000, pp. 357-358, GALVÃO TELLES, *Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Acrescer*, Lisboa, 1943, pp. 219 e ss., CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, 2012, pp. 238-2391, COSTA MARTINS, *Do Direito de Acrescer na Sucessão Legal (Sentido e Limites)*, Lisboa, 1991, pp. 39-40. *Vide*, ainda PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa, 2012, pp. 251 e ss., GONÇALVES COIMBRA, *O Direito de Acrescer no Novo Código Civil*, Coimbra, 1974, pp. 35-36.

II. Não é essencial desde logo porque casos há de contitularidade sem acrescer, cujo expoente máximo reside justamente na comunhão conjugal de bens. Como é sabido, em tal hipótese, a morte de um dos cônjuges pode produzir apenas um de dois efeitos: ou a abertura do fenómeno sucessório — como acontece em Portugal — ou a continuação da comunhão pelo cônjuge sobrevivido acompanhado desta feita pelos descendentes comuns — a já referida *fortgesetzte Gütergemeinschaft*. Não, porém, o acrescer em favor do contitular sobrevivido. Por outro lado, como na comunhão em questão não se permite, dada a natureza da relação que lhe subjaz, a renúncia por um dos cônjuges à respectiva quota-parte, também por esta via se fecha a porta ao acrescer. No mesmo sentido pode ainda referir-se, por exemplo, o regime subsidiário previsto nesta matéria pelo Código Civil para a doação conjunta, ao arrear, no n.º 1 do art. 944.º, o acrescer entre os co-donatários. Apesar da contitularidade patente entre estes, a regra ali estabelecida determina precisamente a exclusão do acrescer. Tal-qualmente se passa em matéria de renda perpétua, na medida em que o art. 1234.º do Código Civil afasta de modo expreso a possibilidade de ser verificar o acrescer entre os diversos beneficiários da mesma renda.

III. Para além disso, e como se disse, o acrescer não se oferece como característica exclusiva da contitularidade, na medida em que fora desse âmbito se depara igualmente com a sua presença. Assim sucedia no Direito romano em relação às hipóteses de concorrência de usufruto ou de servidões. Admitia-se aí a verificação do acrescer, pese embora cada sujeito ser titular de um direito individual e não comum sobre o bem. A mera comunhão de objecto era bastante para justificar esse efeito, não se exigindo a concomitante comunhão de direito.

Especial destaque merece a comunhão sucessória. Não raro, é referida como nota distintiva desta figura a verificação de acrescer. Acontece, porém, que em muitas situações de acrescer previstas a propósito do fenómeno sucessório não existe ainda contitularidade. É o que se passava, nomeadamente, no Direito romano relativamente à sucessão testamentária e algumas formas de sucessão legítima, é o que se passa no direito português vigente. Neste, o acres-

cer está previsto apenas para as hipóteses que antecedem a comunhão de herdeiros e não para os casos em que esta já se tornou uma realidade. Com efeito, resulta dos arts. 2137.º, 2143.º, 2301.º do Código Civil que a morte ou renúncia de que aí se trata e que constitui pressuposto da verificação do acrescer não é a morte ou renúncia de um herdeiro, mas tão-só de um chamado. Este renuncia não à sua quota-parte na herança, mas ao seu direito de suceder, ou seja, ao seu direito de adquirir um quinhão hereditário. Nesta fase do processo ainda não há comunhão, aparecendo cada sucessível como portador de um direito próprio e singular — o direito de suceder, de se transformar em herdeiro e dessa forma participar na comunhão sucessória. E o mesmo se diga relativamente às hipóteses de acrescer previstas no art. 2302.º daquele diploma, para os casos em que um co-legatário não pode ou não quer aceitar a deixa testamentária. Na verdade, nesse momento ele ainda não adquiriu a sua participação no direito comum, não sendo, por isso, de se falar de contitularidade. Isto só não será assim naqueles ordenamentos — como por exemplo o alemão — em que a abertura da sucessão determina a aquisição *ipso iure* do domínio e posse da herança pelos chamados, os quais se convertem logo em herdeiros, ainda que sob a forma de herdeiro provisório. O que equivale a dizer que aqui os herdeiros se tornam imediata e automaticamente contitulares do património do *de cuius*. Renunciando um à sua quota, então, de acordo com o preceituado no BGB, essa acresce em proveito dos pares.

Quando se pensa o acrescer na modalidade de não decrescer, torna-se ainda mais claro que o fenómeno em apreço não surge como efeito exclusivo das situações de contitularidade, emergindo antes como consequência natural de uma desoneração. Sob este prisma, a extinção de um direito que onera outro conduz regra geral à expansão deste último. Exemplo acabado desta realidade seria a relação existente entre os direitos reais menores e os direitos reais maiores, *maxime*, a propriedade. Independentemente do tipo de relação em causa — comunhão, preferência ou hierarquia —, o certo é que a presença de um direito real menor implica necessariamente uma compressão do direito real por si onerado. Desaparecendo, por alguma razão, aquele direito, então este, mercê da sua

elasticidade, expande-se, recuperando assim os seus contornos habituais⁽⁴⁹⁾.

IV. Neste quadro, a questão que se coloca é se, no silêncio do legislador, se deve ter o acrescer como uma consequência normal da contitularidade ou, diversamente, se este só ocorre nas situações previstas na lei. O que, em Portugal, significaria no co-usufruto e na renda vitalícia estabelecida em benefício de uma pluralidade de sujeitos, por óbito de um contitular, na comunhão do direito de preferência, quando um dos titulares não pode ou não quer exercer o direito, e na compropriedade, verificando-se a renúncia de um comproprietário à respectiva quota, por forma a se eximir ao cumprimento dos encargos necessários à conservação ou fruição da coisa comum, sendo que esta última hipótese é aplicável a todas as situações de contitularidade, por força do disposto no art. 1404.º do Código Civil⁽⁵⁰⁾.

A determinação legal do acrescer apenas nas situações de contitularidade acabadas de enunciar poderia ser tida como sinal do seu carácter excepcional. O que equivale a dizer que se nas hipóteses em estima o legislador sentiu a necessidade de estabelecer aquele efeito, então isto deve querer significar que a contitularidade em si mesma não seria bastante para produzir semelhante desfecho, sendo antes precisa uma norma que expressamente o contemplasse. Não se acredita, no entanto, ser essa a melhor explicação. Efetivamente, da análise das situações em consideração parece resultar que o objectivo da lei não foi o de preceituar um efeito excepcional, mas antes o de arredar eventuais dúvidas que poderiam surgir a propósito dos casos ali previstos.

Assim, e no que tange, desde logo, ao regime prescrito para o co-usufruto, pensa-se que o legislador optou por consagrar de forma clara a existência de acrescer entre co-usufrutuários com o intuito de resolver *a priori* uma dúvida deveras pertinente. Concretamente, se a falta de um co-usufrutuário deveria determinar o

⁽⁴⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões...*, p. 218.

⁽⁵⁰⁾ *Vide*, arts. 1442.º, 1241.º, 419.º e 1411.º do Código Civil.

acrescer em favor dos outros co-usufrutuários ou, ao invés, um crescer relativamente ao nú-proprietário. Como é fácil de ver, qualquer das soluções se apresenta como juridicamente possível. A preferência concedida à contitularidade em face da desoneração pode até constituir um indício de que o crescer entre contitulares aparece como regra e não como exceção. O mesmo se diga em relação ao crescer previsto em proveito dos beneficiários da renda vitalícia. Aqui, uma vez mais, poderia surgir o dilema de saber se a morte de um dos credores deveria favorecer os demais consortes ou, pelo contrário, o devedor, libertando-o parcialmente da dívida. Achando-se de um lado a exoneração do devedor e do outro a contitularidade presente entre os titulares da renda vitalícia, o legislador escolheu dar novamente primazia à situação de contitularidade. A renúncia liberatória prevista no art. 1411.º do Código Civil merece idênticos reparos. Com efeito, estando aí em causa não uma simples renúncia abdicativa, mas sim liberatória, mediante a qual o renunciante visa libertar-se das obrigações *propter rem* inerentes à sua participação na titularidade do direito de propriedade, é de todo justificável a presença de uma norma que não só a autorize como, e sobretudo, que a discipline. E isto pela simples razão que a saída de um comproprietário nessas condições acarreta necessariamente o aumento dos encargos a suportar por cada um dos restantes comproprietários. Ou seja, o acréscimo das despesas devidas por cada um destes. Por isso, afigura-se coerente que não só se faça depender o agravamento da carga dos demais consortes do seu consentimento, como que simultaneamente se impute a estes as vantagens resultantes de tal demissão. Com aquela norma visa-se disciplinar as consequências positivas e negativas da renúncia liberatória na esfera jurídica dos contitulares e não erigir um regime excepcional.

Somente a previsão do crescer entre co-preferentes não parece encontrar uma justificação semelhante, uma vez que na sua base não se descobre nenhuma situação geradora de qualquer tipo de hesitações. Sendo, por isso, caso para perguntar se ela se limita a verbalizar aquilo que já resultaria da contitularidade aí presente ou, diversamente, a estabelecer um efeito diferente do regime regra. O art. 419.º do Código Civil isoladamente não permite responder a

esta questão. A exclusão do acrescer entre co-donatários ou entre co-beneficiários de uma renda perpétua presta aqui algum auxílio, porquanto afigura-se de difícil compreensão a exclusão de um efeito que à partida e dada a índole da situação em estima jamais se produziria. Ou seja, se a contitularidade não gerasse por si só, e na ausência de determinação legal ou negocial em contrário, o acrescer entre os diversos consortes, qual a razão para a lei consagrar um preceito justamente à sua exclusão?

Convém inclusivamente acentuar que a existência de acrescer intervém como um corolário da ideia que perpassa todo o regime da compropriedade — e, dessa forma, das situações de contitularidade — de concentração da titularidade do direito nas mãos de uma só pessoa ou do menor número de contitulares possível. Atribuir o direito de preferência aos consortes relativamente à alienação da quota de um comproprietário e não aceitar a produção do acrescer seria de alguma forma um contrassenso⁽⁵¹⁾.

V. Tudo somado, isto parece querer dizer que o acrescer, pese embora não constituir uma característica essencial ou exclusiva, sobrevém como um efeito normal das situações de contitularidade⁽⁵²⁾. Importa, no entanto, fazer alguns reparos.

Assim, e desde logo, para sublinhar que, no ordenamento jurídico português, o acrescer anda mais ligado às hipóteses de renúncia à quota por parte de um comuneiro do que aos casos em que a saída deste se deve ao seu falecimento. Em tais circunstâncias, o regime regra aponta antes para a abertura do fenómeno sucessório. Em vez de beneficiar aos consortes, aproveita aos herdeiros.

Por outro lado, importa também frisar que as partes podem afastar o acrescer. O que denuncia a sua natureza subsidiária.

Finalmente, interessa ainda salientar que, na ausência de disposição legal de sentido oposto, o acrescer assume nesta sede as vestes de um não decrescer. Neste sentido aponta a circunstância de não ser necessário qualquer ato de aceitação por parte do bene-

⁽⁵¹⁾ Vide, MÜLLER, *Das Wesen der Gesellschaft...*, p. 17.

⁽⁵²⁾ Vide, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, p. 368.

ficiário para que o mesmo se efetive, a par da impossibilidade de se proceder ao seu repúdio. Numa palavra, o seu carácter automático. O que, aliás, se afigura mais consentâneo com a natureza jurídica quer da renúncia — enquanto ato extintivo de um direito — quer da própria noção de contitularidade. Se a renúncia à quota ocasiona a sua extinção, e se cada titular participa num único direito, então é natural que a diminuição do número de sujeitos acarrete o incremento das respectivas participações⁽⁵³⁾.

Defender que em tal hipótese a renúncia produziria apenas a extinção subjetiva da quota, embora não a sua extinção objectiva, não se afigura de fácil compatibilização com os contornos da comunhão nem com a sua configuração legal. De facto, a saída de um comuneiro não tem por efeito a transformação do objecto do direito comum numa coisa *nullius*. Nem poderia ter, já que sobre ele incide um direito (o direito comum), direito esse que se acha na titularidade efetiva dos demais consortes.

2.5. Legitimidade processual

I. A unicidade do direito comum determina que, em matéria processual, na ausência de disposição legal de sentido diverso, vigorará em regra o regime do litisconsórcio necessário. O que equivale a afirmar que a ação deve ser proposta por ou contra todos os consortes.

II. Apenas quando “a lei ou o negócio jurídico permitir que o direito seja exercido por um só (...), basta que um deles interve-

⁽⁵³⁾ Vide, F. M. B. PEREIRA COELHO, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil*, in *Studia iuridica*, 8, Coimbra, 1995, p. 19, PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Estoril, 2007, p. 55, HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Coimbra, 1990, p. 384, CARLOS LIMA, *O Fenómeno do «A crescer»...*, p. 388, *Aspectos do Usufruto Simultâneo e Sucessivo — Contitularidade de Direitos*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, Vol. I, 1983, pp. 49 e 57, CARVALHO FERNANDES, *Da Renúncia dos Direitos Reais*, in *O Direito*, III, Coimbra, 2006, p. 481.

na para assegurar a legitimidade”⁽⁵⁴⁾. É o que sucede, como se teve oportunidade de ver, com a ação de reivindicação da coisa comum ou com a petição da herança por um simples co-herdeiro. Em qualquer um destes casos, a lei determina a sujeição da situação às regras do litisconsórcio voluntário.

⁽⁵⁴⁾ Vide, art. 32.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS (*TREATMENT*) NO ANTEPROJETO DE UM QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA (DO DIREITO PRIVADO EUROPEU)

Pela Mestre Helga Fabíola Vagueiro da Fonseca Farela(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Do Capítulo 8 — Serviços Médicos (*Treatment*).
3. Conclusão.

1. Introdução

As relações que se estabelecem entre o médico e o seu paciente têm merecido uma crescente atenção por parte dos juristas, uma vez que a determinação do seu regime jurídico se tem revelado difícil. Os problemas surgem a nível doutrinal mas sobretudo no âmbito da decisão jurisprudencial.

A opção pela temática *supra* enunciada prende-se com a questão de saber como devem ser garantidos os direitos dos pacientes e como regular estes direitos. Tipificar no Código Civil o contrato de

(*) Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho.

prestação de serviços médicos através de uma lei de direitos dos pacientes, à semelhança da Holanda e mais recentemente na Alemanha? Deixar o assunto para a profissão médica? A resposta a estas questões passa necessariamente por analisar o regime da relação contratual entre o prestador de serviços médicos e o paciente, regulado no Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu, livro IV, Parte C (Serviços), Capítulo 8 (Contrato de tratamento)⁽¹⁾.

O *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)^(2/3) foi elaborado tendo por base o estudo comparado dos sistemas jurídicos nacionais, fruindo como apoio os trabalhos existentes sobre harmonização e unificação do direito privado europeu, destarte, as diretivas sobre proteção dos consumidores⁽⁴⁾ e, os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL)⁽⁵⁾. Uma das suas funções é servir de orientação tanto ao legislador comunitário como ao legislador nacional e, assim, potenciar a harmonização dos diferentes direitos civis nacionais da UE⁽⁶⁾.

São normas ditas de *soft law*, mas ainda assim de grande interesse doutrinal, nomeadamente em matéria de contratos de serviços, tendo em conta que em muitas ordens jurídicas nacionais⁽⁷⁾, salvo algumas exceções, a prestação de serviços aparece ainda com algum vazio normativo. A parte C do livro IV do DCFR, tem

(1) C. VON BAR, *et al.*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Full Edition, Sellier European Law Publisher, München, 2009.

(2) General Provisions (Book I); Contracts (Book II); Obligations (Book III); Specific Contracts (Book IV); Benevolent Intervention in another affairs (Book V); (...).

(3) Resulta da colaboração do Study Group on a European Civil Code ("The Study Group") e o Research Group on EC Private Law ("The Acquis Group").

(4) Directiva 85/577/CEE; Directiva 93/13/CEE; Directiva 97/7/CE; Directiva 201/83/EU; Directiva 1999/44/CE entre outras.

(5) LANDO, OLE, BEALE, HUGH, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000. Para maiores desenvolvimentos consultar: <www.sgecc.net>.

(6) *Vd.*, Sobre o estudo comparado dos sistemas nacionais, JANSEN, N., ZIMMERMANN, *A European Civil Code in All But Name...*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, pp. 98-112; C. VON BAR, *Coverage and Structure of the Common Frame of Reference*, *ERCL*, 2007, *passim*.

(7) Espanha, por exemplo, regula a Empreitada, mas pouco mais.

como sistematização na parte geral, os capítulos 1 e 2, aplicáveis a todos os contratos de serviços e, uma parte especial, nos capítulos 3 a 8⁽⁸⁾, onde estão regulados os seis específicos contratos de serviços⁽⁹⁾.

O princípio da autonomia da vontade das partes é um princípio essencial e que caracteriza o contrato de serviços e, por isso, as regras de DCFR são aplicáveis sempre e somente por acordo das partes. No Código Civil português, não existe uma parte geral dos contratos de serviços, estes são regulados nos arts. 1154.º e ss, com apenas três modalidades específicas, sendo extensíveis a outros serviços, as normas do Mandato. E, por isso, o direito europeu dos contratos abre imensas possibilidades legiferantes no campo contratual nacional⁽¹⁰⁾.

Assim sendo, analisemos alguns dos artigos do capítulo 8⁽¹¹⁾, do Anteprojeto de um Quadro Comum de Referência (DCFR).

2. Do Capítulo 8 — Serviços Médicos (*Treatment*)⁽¹²⁾

IV.C.-8:101: “Âmbito de aplicação”

Nos comentários a este artigo, sobre o âmbito de aplicação do contrato de tratamento, é delimitado nos parágrafos (1) e (2), o tipo

⁽⁸⁾ *Vd.*, Chapter 8: *Treatment*, Book IV, Part C: *Services*, in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publisher, Munich, 2009, pp. 1932 e ss.

⁽⁹⁾ *Model Rules...*, Full Edition, *cit.*, 2009, Vol. 2, p. 1599, nota 1 ao art. IV.C.1:101, onde se explica a origem desta sistematização no *Common Law*.

⁽¹⁰⁾ Em Espanha não está regulado o contrato de prestação de serviços no código civil, de forma que o DCFR serve como preenchimento de lacunas na Jurisprudência.

⁽¹¹⁾ Aplica-se, em princípio, onde houver relação contratual prestador-doente. Contudo, se no direito nacional a relação não puder ser qualificada como contrato de direito privado, este capítulo não se aplica.

⁽¹²⁾ A expressão *Treatment (Contract for)* inclui os tratamentos médicos/terapêuticos mas também “qualquer outro serviço capaz de alterar a condição física ou mental de uma pessoa”. Opta-se aqui pela expressão “serviços médicos” porque tanto o DCFR como os comentários oficiais estão centrados neste contrato.

de prestação abrangido⁽¹³⁾ por este contrato, incluindo-se não só o tratamento médico mas também qualquer ato ou prestação que possa ser capaz de “alterar ou afetar a condição física ou mental de uma pessoa”⁽¹⁴⁾.

No parágrafo (3) estende-se os direitos e deveres deste capítulo a situações onde o paciente não foi parte do contrato de serviços médicos⁽¹⁵⁾, sendo o caso paradigmático aquele em que o paciente tem um seguro médico. A questão do âmbito de aplicação abrangida pelos parágrafos (1) e (2), suscita dúvidas no caso em que os cuidados de saúde são prestados por pessoas que não sejam médicas, por exemplo, um psicanalista, ou no âmbito da medicina alternativa, *bodypiercing* entre outros, sendo que quanto a farmacêuticos é claro que não se aplica. Existem casos em que não há a necessidade de cura, como na medicina estética, esterilização, medicina tropical, paliativa, para enumerar apenas estes, mas no entanto, “modifica a condição física ou mental”.

O argumento que está subjacente aos comentários oficiais a este artigo para a extensão do âmbito de aplicação a outros tratamentos não médicos — desde que capazes de influenciar a condição física ou mental — não é critério decisivo porque muitos outros serviços cumprem esta característica e, no direito comparado, existem regulamentações especiais sobre direitos dos pacientes, regras próprias de responsabilidade civil e deontológicas e, a profissão médica, para além de corporativa e exigente em termos de formação técnica, não permite, e encontraria muita resistência dos médicos, em se plasmar uma regra tão abrangente de aplica-

(13) IV.C.-8:101 (1) “Este capítulo aplica-se aos contratos em que uma das partes, o prestador do serviço, se compromete a prestar tratamento médico à outra parte, o paciente; (2) Aplica-se, com as necessárias adaptações, aos contratos em que o prestador se compromete a prestar qualquer outro serviço dirigido a modificar a condição física ou mental de uma pessoa; (3) Se o paciente não é parte contratante, considera-se como um terceiro a quem o contrato confere direitos que correspondam às obrigações do prestador do serviço impostas por este capítulo”.

(14) DCFR, Full Edition, *cit.*, Comentário B ao art. IV.C.-8:101, p. 1934.

(15) Para uma clareza terminológica, é “contrato de serviços médicos” e não “contrato médico”, porque engloba todo um processo assistencial, de atenção, informação, diagnóstico, consentimento, entre outras prestações.

ção, no direito nacional de muitos Estados-Membros, incluindo Portugal.

O parágrafo (2) poderá, no entanto, ser aplicado a estas situações, por analogia. A medicina não convencional tem vindo a ganhar cada vez mais importância e, serve este artigo o escopo de proteção do paciente assim como o interesse público da qualidade do sistema de saúde⁽¹⁶⁾. De notar que na Holanda, os profissionais de saúde excluídos do âmbito de aplicação do contrato médico no BW, são os farmacêuticos.

No novo contrato de serviços médicos do BGB⁽¹⁷⁾, excluem-se os veterinários, mas já não os farmacêuticos ou os massagistas e enfermeiros, psicoterapeutas e assistentes de obstetria.

O capítulo 8 do DCFR cobre todas as situações⁽¹⁸⁾ mas não tem em conta as prestações médicas quando o paciente celebra o contrato diretamente com o hospital⁽¹⁹⁾, de internamento ou assistência. Este capítulo é insuficiente na regulação destas prestações acessórias, do tratamento médico em sentido estrito, que seriam diretamente aplicáveis ao hospital, pois só contempla as situações relativas à segurança dos equipamentos e produtos utilizados (Art. IV.C.-8:103), sendo só cobertas se as entendermos como incluídas na obrigação geral de competência e diligência do Art. IV.C.-8:104. Assim, o médico responde contratualmente pelos seus próprios atos, mas também nos casos de incumprimento dos

⁽¹⁶⁾ Ver, por exemplo, no direito nacional a Lei 45/2003, de 22 de Agosto — Lei de enquadramento base das terapêuticas não convencionais, que impõe a obrigação de respeitar a confidencialidade dos dados pessoais e de guardar sigilo. Nestes casos, a acupuntura, homeopatia e similares.

⁽¹⁷⁾ Titel 8-“Dienstvertrag und ähnliche Verträge” — Untertitel 2 — “Behandlungsvertrag” §630a-§630h BGB. Sobre este contrato ver, entre outros, KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag — Neuer Vertragstypus im BGB in Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 817 ss.

⁽¹⁸⁾ Basicamente o que caracteriza a relação como contrato é o tipo de prestação realizada e não os sujeitos envolvidos. De referir que o parágrafo (3) estende os direitos e obrigações derivados do capítulo 8 a situações em que o paciente não foi parte no contrato de serviços médicos, a contratos concluídos com um terceiro, em benefício do paciente e, este paciente, tem direito de exigir esse tratamento ao prestador do serviço, por exemplo, no âmbito da medicina do trabalho.

⁽¹⁹⁾ *Model Rules*, cit., p. 1934.

seus auxiliares ou dependentes. Para se fundamentar a responsabilidade civil extracontratual do hospital a jurisprudência recorre ao art. 800.º do Código Civil⁽²⁰⁾. Em Portugal, o art. 64.º, CRP, garante o acesso universal à saúde, é parte na CDHBio que produz efeito direto na lei⁽²¹⁾ e, quando o tratamento é feito em hospital público, aplica-se o direito administrativo. Seria desejável considerar também a celebração de um contrato entre paciente e hospital, independente se é público ou privado⁽²²⁾. Na Holanda entende-se poder haver dois contratos: um com o médico e outro com a clínica⁽²³⁾.

Com André Dias Pereira, defendemos a tese do contrato como a regulamentação mais vantajosa em termos práticos, “como o direito de acesso aos registos clínicos e em caso de ações de responsabilidade será mais favorável ao doente que pretende uma indemnização por eventos danosos no âmbito hospitalar, dada a inversão do ónus da prova da culpa, nos termos do art. 799.º, n.º 1 do Código Civil. Outra vantagem está presente no prazo de prescrição que é de 20 anos (art. 309.º do Código Civil)”⁽²⁴⁾. Diz-nos o Autor que o fundamento para a tese da responsabilidade contratual do hospital público pode ser encontrado na aceitação de um *contrato de adesão*. Outro caminho será a figura das “*relações contratuais de facto*”, na sua vertente de “*relações de massas*” (*Massen-*

(20) VAZ SERRA, *A Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes ou dos substitutos*, in *BMJ* 72, pp. 274 e 277.

(21) As normas que enunciam direitos individuais, precisas e incondicionais, devem poder ser invocadas perante as jurisdições nacionais nas relações com pessoas privadas, por exemplo nas relações médico-paciente, ou entre pessoas públicas, por exemplo nas relações paciente-hospital — são as chamadas normas “self-executing”. Consultado a 30-03-2015, em <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>>.

(22) SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, p. 33, defende que “não há responsabilidade contratual do médico que assiste o doente, por dever de ofício, no hospital público, a não ser que exerça aí clínica privada”, havendo apenas responsabilidade contratual da própria organização hospitalar.

(23) HONDIUS, EWOUT, HOOFT, A., *The New Dutch Law On Medical Services*, in *Netherlands International Law Review*, XLIII, 1996, p. 2: “This implies that the patient sometimes has two contracts; one with the hospital authorities for nursing and care and one with the physician for examination and treatment”.

(24) PEREIRA, ANDRÉ, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 439.

verkehr), resultantes de um comportamento social típico (*Sozial typisches Verhalten*)⁽²⁵⁾. Ou seja, a figura do contrato tem elasticidade suficiente para abdicar de alguns dos seus elementos clássicos (liberdade de contratar ou não, de escolha dos contraentes e de livre modelação do conteúdo, não pagamento do preço mas de taxa moderadora) e moldar-se às necessidades da evolução do direito e da sociedade, não afastando, no entanto, a compensação por danos não patrimoniais⁽²⁶⁾.

IV.C.-8:102: “Diagnóstico”

Este artigo prevê uma regra especial de obrigação de diagnóstico, que obriga o médico⁽²⁷⁾ a interrogar o paciente (anamnese) sobre o seu estado de saúde, sintomas, alergias e outras doenças, tratamentos prévios, bem como a informação sobre as suas preferências e prioridades em relação ao tratamento; (b) executar os exames necessários para o diagnóstico e condições de saúde do paciente e, (c) consultar outros profissionais de saúde envolvidos ou a existência de outros tratamentos. Insere-se aqui uma das obrigações do paciente no sentido de cooperar com o médico e, também, uma das obrigações do médico de aplicar o seu grau de conhecimento, técnica e experiência. É este o primeiro passo das obrigações do médico no tratamento — proceder ao diagnóstico.

Questão que se coloca é se um errado diagnóstico pode ser causa de responsabilidade. Considera-se que um diagnóstico

⁽²⁵⁾ *Idem, ibidem*, p. 440. *Vd.*, também, *Model Rules*, Full Edition., Comments, art. I.V.C.-8:101 DCFR, p. 1934.

⁽²⁶⁾ Sistema do cúmulo de responsabilidades no direito português, *Vd.*, entre outros, RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.^a ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 547 e ss. Neste sentido, Ac. STJ de 19/06/2001/01^a1008 (Pinto Monteiro). Um outro sistema é o sistema misto, onde o lesado pode optar pela responsabilidade contratual ou pela extracontratual, conforme julgue mais favorável em concreto. Ac. STJ de 7/10/2010/ 1364/05.5TBBCL.G1 (Ferreira de Almeida).

⁽²⁷⁾ Na referência a médicos inclui-se, *brevitatis causa*, qualquer profissional de saúde.

errado não é uma quebra do *standard* de cuidado, pois pode ser um erro de julgamento por causa da existência de diversos factores. Apenas um erro grosseiro na apreciação de um dado médico simples e na sua interpretação pode ser causa de incumprimento do “dever de diligência”. Diferente, é saber até onde vai esta questão. Há diagnósticos que requerem tempo e recursos, podem ser longos, caros, desnecessários e arriscados. Há técnicas de diagnóstico invasivas que apresentam riscos. Por outro lado, diagnósticos incompletos podem levar a um tratamento defeituoso, se não houver dados suficientes disponíveis. O critério é o da razoabilidade⁽²⁸⁾ neste processo. E aqui este artigo remete-nos para o art. IV.C.-8:104 (“obligation of skill and care”). Há quem critique a limitação da responsabilidade do profissional nos casos de erro de diagnóstico, uma vez que o médico deve fazer a anamnese do paciente, executar os exames necessários e, se for o caso, consultar outro profissional.

IV.C.-8:103: “Obrigações sobre instrumentos, medicamentos, materiais e instalações”

Relaciona-se com as obrigações relativas a instrumentos, medicamentos, materiais, instalações e estabelecimentos. Assim, a prestação correta do tratamento médico, não está dependente somente da diligência e da perícia do profissional, mas igualmente, do bom estado e funcionalidade de todos os equipamentos que estão associados ao ato médico. Tendo em conta que uma das características da prática médica contemporânea é a evolução tecnológica, a ciência médica e a prática estão cada vez mais dependentes de tecnologia sofisticada, que apresenta riscos específicos. Mesmo que as melhorias e avanços sejam significativos, eventos adversos continuam a existir e, em certas áreas, até pode ter aumen-

(28) Chamado de “Reasonability test”, tendo em conta um balanço entre *Standards e Guidelines*, eficiência económica dos recursos de saúde e, a análise do risco-benefício.

tado. Os produtos médicos e dispositivos usados, instrumentos e medicamentos têm de estar conforme aos *standards* profissionais aprovados e devem ser inspecionados de forma adequada. Dando como exemplos, uma exposição a radiação superior ao aconselhado, causando danos ao paciente devido ao mau funcionamento do equipamento ou a infecção hospitalar.

O DCFR ocupa-se desta questão, advertindo dos principais danos associados, tanto em termos de gravidade como em número. Na sua alínea *a*) e *b*) é descrita a importância e as consequências de equipamentos defeituosos, tendo como base de referência a infecção hospitalar, a necessidade de higiene por parte do prestador de serviços, diligências que estão descritas igualmente, no artigo seguinte. A razão deste artigo, é intensificar o dever de cuidado e diligência nestes casos.

Por um lado, pode argumentar-se que o profissional só seja responsabilizado se houver violação do dever de cuidado quando utiliza estes equipamentos ou produtos, ou seja, não os utiliza de acordo com os regulamentos e instruções ou práticas aprovadas. Esta é uma abordagem da responsabilidade baseada na culpa. Por outro, sustenta-se que o profissional deve ser estritamente responsabilizado quando há uma obrigação de segurança do paciente. Ou seja, o médico tem uma obrigação de resultado quanto à segurança do paciente, deve proteger o paciente de lesão causada por instalações, equipamentos e outros. A posição intermédia, aponta no sentido de presumir-se a culpa da parte do prestador de serviço, o que permite ao prestador provar que atuou de acordo com o *standard* de cuidado exigível para evitar danos. Esta é uma norma imperativa, fixa uma responsabilidade objetiva pelo uso de equipamentos defeituosos — independente de quem os usa⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ *Legis artis ad hoc* — obrigação de segurança dos equipamentos utilizados no ato médico.

IV.C.-8:104: “Obrigação de competência e diligência”⁽³⁰⁾

O artigo precedente, como vimos, radica nas obrigações do prestador de garantir que o produto médico e as instalações não são defeituosos e, que o paciente está protegido de qualquer tipo de risco. Neste sentido, o DCFR impõe uma regra de responsabilidade objetiva que se baseia na relação de causalidade entre o uso correto do produto pelo profissional e, as instalações sanitárias por outro lado.

O art. 7:453 do Código Civil holandês diz explicitamente que, no exercício das suas atividades, um prestador de cuidados de saúde deve exercer o nível de cuidado esperado de um prestador de cuidados de saúde consciente e que deve agir de acordo com a responsabilidade esperada do profissional padrão para os prestadores de cuidados de saúde⁽³¹⁾.

Em Portugal, a obrigação de competência e diligência⁽³²⁾, está contido no direito nacional como uma obrigação do médico, um dever objetivo de cuidado integrado na obrigação principal⁽³³⁾.

Enquanto na Dinamarca, Finlândia e Suécia, este dever não tem um *standard* objetivo, é baseado no sistema *no-fault* e num regime de compensação de danos. Contudo o DCFR descarta expressamente que os sistemas de compensação sem culpa sejam

⁽³⁰⁾ IV.C.-8:104 DCFR “(1) A obrigação de competência e diligência do profissional médico requer especificamente que actue com a competência e diligência que um profissional razoável e competente demonstraria nas mesmas circunstâncias; (2) Se o profissional de saúde carece da experiência ou competência para tratar o doente com o grau necessário de competência e diligência, deverá referenciar o paciente a outro profissional que o possa fazer; (3): As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

⁽³¹⁾ PEREIRA, ANDRÉ, *Medical Liability: Comparing “Civil Law” and “Common Law”*, in R.G. BERAN (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, 35, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 593.

⁽³²⁾ Esta diligência exigível ao médico é determinada de acordo com as regras deontológicas e as *leges artis*, com o estado da ciência e tecnologia. Ver também o Estatuto da Ordem dos Médicos, com regras próprias importantes para aferir e valorar o cumprimento ou incumprimento da “diligência profissional”.

⁽³³⁾ Art. 9.º (atualização e preparação científica) e art. 35.º, n.º 1 (abster-se de actos que não estejam de acordo com as *leges artis*) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de 2009.

um regime válido de responsabilidade civil para os serviços médicos. É sugerido que a adoção destes sistemas vigentes na Finlândia, Dinamarca e Suécia, se devam articular fora do sistema de responsabilidade civil, através da figura do seguro ou de fundos de compensação, mas não como uma forma de responsabilidade civil dos profissionais de saúde ou dos hospitais⁽³⁴⁾.

Como o capítulo 8 do DCFR prevê regras especiais para as obrigações de diagnóstico (IV.C.-8:102 remete para o IV.C.-8:104), de segurança dos produtos médicos e instalações, de consentimento informado, assim como regras de registo clínico, o IV.C.-8:104, identifica o critério de imputação⁽³⁵⁾ aplicável à obrigação de prestação de tratamento médico em sentido estrito. Por exemplo, quanto à informação, o *standard* de diligência exigível ao prestador, não parte do *standard* razoável do profissional médio, mas das expectativas de informação razoáveis do paciente médio. Determina a diligência exigível mediante o *standard* objectivo do prestador razoavelmente competente, o grau de competência exigível é o do profissional médio, e admite a sua modelação em função de circunstâncias subjetivas do prestador, como a sua especialização e experiência, bem como em função de circunstâncias objetivas, como a gravidade dos riscos associados ao problema de saúde ou ao tratamento, por exemplo, no caso de obesidade ou diabetes. No caso dos médicos especialistas, em Portugal, Espanha, Alemanha, Holanda entre outros, o grau de diligência e cuidado aumenta e é aferido no grau do especialista médio. Enquanto em Itália e França, este grau não aumenta com a especialização, sendo duvidoso no caso da Grécia. Na Dinamarca e Suécia o padrão para

⁽³⁴⁾ *Model Rules...*, cit., p. 1953.

⁽³⁵⁾ O DCFR situa com esta regra o critério de imputação da responsabilidade do profissional médico ou da clínica pelo incumprimento das suas obrigações contratuais no regime tradicional da culpa, tanto para os tratamentos curativos como voluntários. Esta posição não deve ser interpretada no sentido de que a prestação de tratamento médico não possa consistir numa obrigação de resultado, à margem da atuação diligente do profissional, se as partes assim a configuram. Esta possibilidade está contemplada no art. IV.C.-2:106 DCFR (“Obligation to achieve result”), não sendo neste caso contrato de serviços médicos, mas contrato de trabalho (“Construction”), que é regulado no capítulo 3 do livro 4 do DCFR.

todos os médicos é o de especialista e, na Finlândia, o de um médico experiente.

Ou seja, a lei varia nos vários países da Europa e apresenta soluções também diversas neste domínio, bem como na medicina experimental. O art IV.C.-2:102 DCFR⁽³⁶⁾, integra o conteúdo da diligência exigível com as leis e regulamentações imperativas aplicáveis ao tipo de serviço (*Guidelines* e Protocolos). Nem o artigo nem os comentários resolvem a questão importante de saber se o cumprimento de tais regras liberta de responsabilidade o profissional médico ou se, em função das circunstâncias do caso, a diligência exigível pode requerer ao profissional atuações diversas às geralmente aceites no sector da prática clínica.

Quanto ao ónus da prova da falta de cuidado e diligência também há diferenças, sendo em Portugal, Espanha, França e outros, o paciente a provar esse incumprimento, o dano e o nexo causal. Podendo ser invertido nos casos excecionais.

Na Holanda, o médico tem o dever de ajudar o paciente em tribunal, sendo o *leading case* na determinação do critério da diligência e cuidado, o caso *Speeckaert/Gradener, Hoge Raad 9 November 1990, NedJur 1991, 26*, onde se disse que o “cuidado é o que se espera de um especialista razoável e hábil”⁽³⁷⁾. No mesmo sentido deve ser lido e interpretado o art. 7:453 BW⁽³⁸⁾.

Em Portugal, a responsabilidade que gera é baseada na culpa. Perante a ausência de uma regulação jurídica das diversas prestações do profissional durante o processo de assistência médica, semelhante ao DCFR, a jurisprudência integra o critério de determinação do *standard* exigível nas obrigações gerais de diligência profissional. O médico, ou o prestador do serviço médico, deve agir como um competente, perito e qualificado (critério objetivo e abstrato), perante as circunstâncias, sendo este um critério subje-

⁽³⁶⁾ “Pré-contractual duties to warn”.

⁽³⁷⁾ *Model Rules...*, Full Edition, 2009, Comment D, 16., p. 1958.

⁽³⁸⁾ “The provider of the service, in the execution of his business, has to comply with the care of a good provider of the service, and acts in accordance with the responsibility he bears, arising from his professional standard”.

tivo e concreto, ou seja, *lex artis had-hoc*^(39/40), o que é compatível com esta disposição do IV.C.-8:104 do DCFR.

A regulação do contrato de serviços médicos no DCFR aplica-se por igual a contratos de tratamento curativo ou voluntário, pois em ambos os casos o prestador obriga-se a prestar diligentemente uma actividade dirigida a curar o paciente, mas não garante a sua cura ou melhoria. Não há incumprimento pelo facto de não se obter o resultado pretendido. O que é inovador no DCFR, é que abandona a associação entre medicina voluntária e a obrigação de resultado. A opção do DCFR neste ponto merece uma valoração positiva, porque a configuração de uma obrigação do médico como de resultado não depende necessariamente do carácter voluntário do tratamento, mas da vontade das partes e de que, dado o tipo de doença, o resultado pretendido, conforme ao estado de conhecimento científico e técnico, tenha perdido o seu carácter aleatório e a sua obtenção esteja sob controlo do médico. De qualquer modo, pelo menos deve ser acentuado de que tipo de especialidade médica se trata para que se possa identificar ex ante a obrigação de resultado. A Jurisprudência não é estranha a estas ideias — há jurisprudência em Espanha que diz que a doutrina sobre medicina estética e sobre obrigações de meios — obrigações de resultado, não se resolve com respostas absolutas⁽⁴¹⁾.

Analisemos em conjunto os três artigos seguintes:

(39) Ver art. 487.º, n.º 2 do Código Civil; FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica na Europa Ocidental — Considerações de «lege ferenda»*, in *Scientia Iuridica*, Tomo XXXIII, Livraria Cruz, Braga, 1984, pp. 100 e ss.

(40) O critério do profissional razoavelmente competente que atua em conformidade com as *legis artis*, diretrizes e protocolos de atuação aceites em geral e tidos como válidos de acordo com o estado atual da ciência, tendo em conta as circunstâncias em que o tratamento é prestado. *Model Rules...*, *cit.*, p. 1951.

(41) STS 20/11/2009, citado nos Comments ao DCFR, *Model Rules...*, *cit.*, pp. 1967 e ss.

IV.C.-8:105 “Obrigação de informação”, IV.C.-8:106: “Obrigação de informação nos tratamentos voluntários ou experimentais” e, IV.C.-8:107: “Exceções à obrigação de informação”:

O art. IV.C.-8:105, no seu parágrafo (1)⁽⁴²⁾, identifica claramente o que o médico deve informar, mas não precisa o seu alcance, não obstante no parágrafo (2)⁽⁴³⁾ e, nos comentários, se definirem alguns critérios de determinação. Mais uma vez, os maiores problemas encontram-se na informação dos riscos e alternativas de tratamento. Não é possível exigir ao médico a informação sobre todos os riscos associados⁽⁴⁴⁾. No entanto, os comentá-

(42) IV.C.-8:105 (1) “Para que o paciente possa decidir livremente, o prestador do serviço deve informar: (a) do estado de saúde; (b) da natureza do tratamento; (c) das vantagens do tratamento proposto; (d) dos riscos do tratamento proposto; (e) alternativas de tratamento e suas vantagens e riscos; e (f) das consequências de não receber tratamento”.

(43) 8:105 (2) “Em qualquer caso, o profissional deve informar o paciente dos riscos e alternativas que possam influenciar razoavelmente na sua decisão de consentir ou não sobre o tratamento proposto; considera-se que um risco possa influenciar a decisão se, ao produzir-se, o paciente sofreria um grave prejuízo. Salvo convenção em contrário, a obrigação de informação está sujeita ao disposto no Capítulo 7 (Informação e aconselhamento); (3) A informação deve ser dada de forma a ser entendida pelo paciente”.

(44) A respeito do conteúdo do dever de esclarecer, existem as teses do médico razoável, do paciente razoável ou abstrato e, do concreto paciente. Na primeira, considera-se que a informação é suficiente quando um outro médico razoável teria dado essa mesma informação ou quando esse quantum de informação for aceitável dentro da classe médica (*body of medical opinion*). Era tradicional em Inglaterra, ter esse critério, o modelo do *Bolam test* (Bolam versus Friern Hospital Management Committee, de 1957) na sequência do caso Sidaway, da House of Lords. Na segunda tese, os elementos relevantes são aqueles que uma pessoa média, naquele quadro clínico, julgaria necessários para tomar uma decisão. Não é o médico a medir o quantum da informação, mas sim o paciente. Na Austrália vigora este critério. Na terceira tese, do paciente concreto, o médico deve informar sobre o que o paciente individualmente exige. Alguma jurisprudência americana tem seguido ultimamente este critério. O que se entende aqui é que cada paciente tem necessidades distintas de informação em virtude das suas concretas características. Entre nós, tem sido defendido este critério por GUILHERME DE OLIVEIRA, que refere: “em bom rigor, a necessidade de informação deveria chegar ao ponto de considerar aspectos irrelevantes para o comum dos doentes mas que são importantes para o paciente concreto... corolário básico de obter um consentimento esclarecido do doente concreto que está perante o médico”. Mais recentemente, no Reino Unido, o importante caso MONTGOMERY v. LANARKSHIRE HEALTH BOARD de 11 de Março de 2015, o Supremo Tribunal proferiu uma decisão diferente, num caso de negligência e consentimento e dever de informação sobre alternativas ao tratamento, que

rios identificam os seguintes critérios para delimitar os riscos relevantes: a frequência e gravidade do risco, a urgência do tratamento e o seu carácter necessário⁽⁴⁵⁾. Esta conclusão está de acordo com a regra especial do art. IV.C.-8:106 (1)^(46/47), que exige esse alcance na medicina estética ou nos ensaios clínicos. Aqui, o paciente carece de mais informação dada a ponderação do risco-benefício⁽⁴⁸⁾, para si próprio e para o avanço da medicina em geral.

Em relação a novas técnicas terapêuticas, o paciente terá interesse não só na informação normalmente divulgada sobre tratamentos inovadores, mas igualmente na informação sobre as alternativas⁽⁴⁹⁾ e sobre todos os riscos envolvidos. Para poder decidir

estavam bem definidas no caso *Bolam e Sidaway*. Casos em que se decidiu que o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos a propósito de um tratamento psiquiátrico, se outros médicos na mesma posição tivessem concordado com essa decisão. Agora, com o caso MONTGOMERY, reverteu-se esta prática, ou seja, o médico não agiu com negligência se tiver omitido a informação sobre os riscos, se um “*reasonable patient*” tivesse concordado com essa decisão. Um paciente razoável não é um médico, por isso requer-se aos médicos que forneçam em detalhe a informação dos riscos improváveis e requer mais diálogo entre profissional e paciente antes do consentimento. O Tribunal considerou três pontos: os riscos significativos não podem ser reduzidos a percentagens; mais diálogo e, a exceção terapêutica é limitada, não deve ser usada de forma abusiva [par 86-91]. Ou seja, estamos agora perante o critério do razoável paciente teste. Para análise do caso, consultar: <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0136_Judgment.pdf>.

⁽⁴⁵⁾ DCFR Full Edition, cit., comentário B ao art. IV.C.-8:105, pp. 1969-1970.

⁽⁴⁶⁾ I.V.C.- 8:106 (1) “Se o tratamento não é necessário para manter ou melhorar a saúde, o profissional deve informar sobre todos os riscos conhecidos; (2) Se o tratamento é experimental, o profissional deve proporcionar toda a informação relativa aos objetivos do estudo, a natureza do tratamento, suas vantagens e riscos, [...]; (3) As partes não podem excluir a aplicação deste Capítulo nem derogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

⁽⁴⁷⁾ “*Unnecessary or experimental treatment*”. Os comentários a este artigo definem Unnecessary treatment como aquele que não é dirigido a melhorar a saúde física do paciente mas por outros motivos, e.g., cirurgia estética, odontologia, doação de órgãos. *Experimental treatment* aquele tratamento ainda numa fase de investigação e que pode beneficiar o paciente, mas em que os riscos são ainda inesperados, p. ex., um ensaio clínico ou uma nova técnica. *Vd., Model Rules...*, Full Edition, Comments A. General Idea, pp. 1981 e 1982.

⁽⁴⁸⁾ *Model Rules...*, cit., pp. 1982 e ss.

⁽⁴⁹⁾ Quanto às alternativas ao tratamento proposto, os comentários colocam a questão de saber se o prestador deve informar sobre tratamentos médicos alternativos não convencionais e propõem uma solução aberta em função do que exige o *standard* de cuidado em cada caso.

entre um tratamento inovador ou um tratamento já aceite pela prática médica.

O dever de informação sobre todos os riscos também é maior no caso de tratamentos estéticos, uma vez que não há urgência ou é desnecessário de um ponto de vista médico.

Esta orientação é unânime em quase todos os países europeus. Em relação aos ensaios clínicos, em Portugal é obrigatória a completa divulgação da informação, o consentimento por escrito e, a obrigação de um seguro de responsabilidade civil⁽⁵⁰⁾, pelos danos causados no ensaio^(51/52). Nestes casos, e porque Portugal tem uma lei especial sobre ensaios clínicos, parece-nos de difícil compatibilidade com o direito nacional, a aplicação do regime do IV.C.-8:107 sobre as exceções ao dever de informação.

No IV.C.-8:107, a exceção ao dever de informação do parágrafo 1 (a) chama-se exceção terapêutica⁽⁵³⁾. Em certas circunstân-

⁽⁵⁰⁾ Lei n.º 21/2014, de 16 de Abril, que aprova a Lei da Investigação Clínica e, que relativamente aos Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano, revoga a Lei 46/2004, de 19 de Agosto (Lei de Ensaios Clínicos com Medicamentos de uso humano), que transpõe a Directiva 2001/20/CE, de 4 de Abril (relativa à aproximação de disposições legislativas dos Estados Membros, respeitantes à aplicação das boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de uso humano, OJ 2001 L 121/34). A Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, regula a investigação clínica, abrangendo entre outros estudos clínicos, os ensaios clínicos definidos como “*qualquer investigação conduzida no ser humano, destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos ou os outros efeitos farmacodinâmicos de um ou mais medicamentos experimentais, ou identificar os efeitos indesejáveis de um ou mais medicamentos experimentais, ou a analisar a absorção, a distribuição, o metabolismo e a eliminação de um ou mais medicamentos experimentais, a fim de apurar a respectiva segurança ou eficácia*”. Ao nível da União Europeia foi aprovado o Regulamento (UE), n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Directiva 2001/20/CE. Esta legislação será diretamente aplicável ao regime jurídico dos Estados membros 6 meses após a publicação no Jornal Oficial das Comunidades Europeias do aviso da Comissão Europeia de conformidade operacional dos requisitos funcionais do Portal da UE e da Base de Dados da EU previstos, mas nunca antes de 28 de maio de 2016.

⁽⁵¹⁾ *Model Rules...*, cit., p. 1985.

⁽⁵²⁾ Nos termos do art. 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (CEDHbio) é expressamente proibido o ensaio clínico que modifique o genoma humano.

⁽⁵³⁾ IV.C.-8:107 (1) “A informação poderá não transmitir-se ao paciente: (a) se há razões objetivas que possam influenciar de forma grave e negativa a saúde ou vida do paciente”.

cias, a revelação da informação pode resultar num prejuízo para a saúde ou vida do paciente. A doutrina aceita esta exceção, mas apenas nos casos em que a informação possa ter um impacto negativo no paciente, nomeadamente nos casos de doenças cardíacas ou mentais. Se o paradigma do paciente passivo está hoje ultrapassada, há doutrina que recusa a não divulgação da informação a todos os tipos de doentes. No entanto, a maioria aceita esta exceção, com a ressalva de que a informação deve, contudo, ser dada aos familiares ou interessados. A exceção terapêutica apenas perdura enquanto se mantiverem as causas da não divulgação, devendo o paciente ser informado, *a posteriori*, quando essas causas cessarem.

No parágrafo (1) (b)⁽⁵⁴⁾, o *direito a não saber* é reconhecido desde que a vida, saúde e segurança de terceiros, bem como interesses de saúde pública não sejam postos em perigo pela não divulgação da informação. A justificação deste direito assenta na autonomia do paciente⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, no parágrafo (2)⁽⁵⁶⁾, se o paciente está incapaz⁽⁵⁷⁾ para consentir devido a urgência ou inconsciência, a informação é adiada para mais tarde, após o tratamento, devendo as pessoas ou instituições responsáveis pelo paciente, ser informadas com prontidão. Este ponto está relacionado com a obrigação de obter o consentimento do artigo seguinte, IV.C.-8:108, parágrafo (3).

A doutrina da exceção terapêutica é aceite mas inflexível na Alemanha, onde é permitida apenas e só se a informação causar sérios danos à vida e saúde do paciente.

⁽⁵⁴⁾ “(b) — se o paciente manifesta expressamente que não quer saber, desde que não ponha em perigo a saúde ou segurança de terceiros”.

⁽⁵⁵⁾ *Model Rules...*, cit., p. 1988. Os comentários referem que a pessoa destinatária da informação em caso de riscos para terceiros, é o paciente e não os terceiros. Ver também art. 10.º, n.º 2 da CEDHBio. Este direito não é contemplado no Direito português.

⁽⁵⁶⁾ “(2) — Não é necessário cumprir a obrigação de informação nas situações de urgência. Neste caso, o profissional de saúde deve informar mais tarde, se for possível”.

⁽⁵⁷⁾ O artigo e os comentários não têm em conta outras situações de incapacidade do paciente para entender a informação: menores ou situações de incapacidade permanente. *Vd.*, GONZÁLEZ, S., *Servicios médicos*, in VAQUER, A., *et al.*, *Derecho Europeo de Los Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier Libr, Vol.1, 2012, pp. 1358 e ss.

Na Holanda, nos termos do art. 7:448 (3) BW⁽⁵⁸⁾, a exceção terapêutica é igualmente aceite, mas restrita aos casos onde a informação possa causar danos ao paciente e, o médico deve consultar outro médico, antes de decidir não informar⁽⁵⁹⁾. No entanto, deve dar a informação a outra pessoa que não o paciente e, a este, assim que cessem as causas justificativas da não divulgação.

Igualmente, na Alemanha, no §630e (3) BGB⁽⁶⁰⁾, a exceção terapêutica é admitida nos casos de urgência do tratamento (havendo na maioria destas situações um consentimento presumido, hipótese expressa no §630d (1) BGB⁽⁶¹⁾, de dispensa da informação por circunstâncias particulares do paciente e, no caso deste último ter explicitamente declarado não querer ser informado (o direito a não saber).

IV.C.-8:108: “Obrigação de não tratar sem consentimento”

A análise a estes artigos deveria ser em conjunto, como se diz nos comentários oficiais ao DCFR. O dever de informação é instrumental do direito do paciente a consentir no tratamento, para valorar se a informação foi suficiente, adequada e completa e, tomar decisões justificadas e aceitar o tratamento. Há questões só do consentimento (capacidade, sujeitos, forma), e há questões só do dever de informação (alcance e forma).

⁽⁵⁸⁾ Tradução Inglês: art. 7:448 (3) BW: “The care provider may only withhold the information from the patient as far as providing it would clearly cause serious harm to the patient. If the interest of the patient requires so, the care provider must give the information to a person other than the patient. The information shall be provided to the patient when there is no longer any danger of causing the harm referred to above. The care provider shall not use the authority referred to in the first sentence without having consulted another care provider on the matter”.

⁽⁵⁹⁾ A necessidade de consultar outro médico é criticada por alguma doutrina holandesa. Bibliografia citada em *Model Rules...*, cit., p. 1989: B. Sluyters and Bieskaart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Kluwer, 2005.

⁽⁶⁰⁾ Tradução Inglês: §630e (3) BGB: “The patient does not need to be provided with information where this can be exceptionally dispensed with because of particular circumstances, in particular if the measure cannot be delayed or the patient has explicitly waived being provided with the information”.

⁽⁶¹⁾ “Consent”.

O DCFR não coloca em comum os regimes das exceções. Os arts. IV.C.-8:107 e IV.C.-8:108⁽⁶²⁾, consideram a situação de urgência como exceções às obrigações de informação e de obtenção do consentimento, mas não mantêm um critério uniforme em relação ao papel dos familiares ou representantes legais do paciente. E o art. IV.C.-8:108 não menciona, em sede de consentimento, a exceção terapêutica.

No direito espanhol (Ley 41/2002), também não se fez melhor, sobre o titular do direito à informação e, nos termos do art. 5.º, não se regula a situação de urgência, que é uma exceção ao dever de informação.

O princípio da autonomia do paciente é o fundamento axiológico tanto do dever do profissional de obter o consentimento, como do direito do paciente a recusar (parágrafo 1) o tratamento ou a revogar o consentimento a qualquer momento e de forma livre (parágrafo 2). Não se exige forma escrita⁽⁶³⁾, nem nos casos de tratamento estético ou desnecessário (parágrafo 6), nem nos tratamentos experimentais (o DCFR remete para os Estados a regulação destas matérias).

(62) IV.C.- 8:108 (1) “O prestador do serviço não deve prestar o tratamento sem que o paciente tenha prestado o seu prévio consentimento informado. (2): O paciente poderá revogar o consentimento a todo o tempo (3): Se o paciente não é capaz de dar o seu consentimento, o prestador do serviço não deve efectuar o tratamento, salvo se: (a): se houver consentimento de pessoa ou instituição legalmente habilitada para tomar decisões sobre o tratamento em nome do paciente; ou (b): se cumpriram as normas procedimentais que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento; ou (c): o tratamento dever prestar-se em situação de urgência. (4): Na situação do parágrafo (3), o profissional não deve prestar o tratamento sem considerar, se for possível, a opinião do paciente sobre o tratamento e a opinião que poderá ter expressado antes de estar em situação de incapacidade. (5): Nas circunstâncias do parágrafo(3), o prestador do serviço poderá prestar aquele tratamento apenas para melhorar o estado de saúde do paciente. (6): Nas circunstâncias descritas no par (2) do IV.C.-8:106, o consentimento deve ser dado de forma expressa e específica. (7): As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derrogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

(63) Nos direitos nacionais, por exemplo em Espanha com a Ley 41/2002, exige-se forma escrita para a revogação do consentimento, a recusa de tratamento, terapias invasoras, ensaios clínicos com medicamentos entre outros. No direito português, cf., PEREIRA, ANDRÉ, *O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulário: Uma Proposta para o seu Controlo Jurídico*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000.

No parágrafo (3), a expressão “the patient is incapable”, parece poder englobar tanto o menor⁽⁶⁴⁾ ou incapaz, como a pessoa inconsciente e aquela em situação de urgência. Ou seja, trata como exceções à regra geral do consentimento por representação⁽⁶⁵⁾ e a situação de urgência, quando só a urgência⁽⁶⁶⁾ é uma exceção à obtenção do consentimento em sentido estrito. Também não distingue entre representante legal e outros sujeitos autorizados para consentir (no lugar dos pacientes incapazes não incapacitados judicialmente ou dos que sofram de incapacidade transitória). Neste ponto os comentários remetem para os Estados Membros a integração das normas sobre consentimento por representação. Uma interpretação literal do par (3) permite concluir que a situação de urgência do tratamento não liberta o profissional de obter o consentimento se o paciente está em condições de o fazer. Os comentários parecem defender a tese de que o prestador pode aplicar o tratamento ao paciente sempre que seja necessário numa situação de urgência⁽⁶⁷⁾. Este preceito devia ser redigido de modo a regular de forma autónoma a obtenção do consentimento, porque uma interpretação literal dos parágrafos (3-*a*) e (3-*b*) leva à conclusão de que no caso dos menores de idade ou incapacitados, a situação de urgência deso-

(64) Em Portugal a idade para consentir era de 14 anos, nos termos do art. 38.º, n.º 3 do Código Penal. A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, elevou a idade do consentimento de 14 para 16 anos. A própria lei dispõe, no n.º 2 do art. 1878.º do CC, que os pais devem conceder, gradualmente, independência aos filhos, encorajando o seu desenvolvimento físico e psíquico: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. Isto facilmente se compreende uma vez que, mesmo antes dos 16, muitos jovens já são capazes de tomar decisões responsáveis. Também o n.º 2 do art. 6.º da CEDH Bio dispõe que: “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante...”.

(65) Remete para os Estados, a regulação desta situação. Cf., *Model Rules...*, cit., comentário C, p. 1990.

(66) O parágrafo (3) (c) não exclui a possibilidade de obter o consentimento assim que cesse a urgência. Em relação aos menores de idade, também a obtenção do consentimento no caso de urgência, é uma obrigação do médico assim que cesse essa urgência. Os casos do parágrafo (3) (b) relacionam-se com a saúde pública, regulados em legislação dos Estados.

(67) *Model Rules...*, Comment, cit., p. 1994.

briga o profissional de tentar obter o consentimento do menor ou dos representantes legais, e não é assim. Nos comentários não se encontra nenhuma explicação sobre o parágrafo (3) (b) que faculta ao prestador atuar sem obter o consentimento do paciente quando:” se tiverem cumprido as normas ou procedimentos que permitam prestar legalmente o tratamento sem esse consentimento”. Uma leitura dessa disposição à luz do direito nacional⁽⁶⁸⁾ permite concluir que está pensado para os casos de riscos para a saúde pública estabelecidos em lei.

No parágrafo (4), o grau de incapacidade do paciente exige ao médico que respeite, na medida do possível, a opinião atual do paciente sobre o tratamento proposto ou a opinião expressada antes da sua incapacidade em documentos de instruções prévias (ou declarações antecipadas de vontade). Nos comentários é referido que, em qualquer caso, a opinião do paciente não é vinculativa e a sua relevância varia em função das circunstâncias do caso concreto⁽⁶⁹⁾, é assim uma regra aberta sobre a relevância da opinião do paciente⁽⁷⁰⁾.

Apesar da regra do parágrafo (4) se referir com carácter geral, a qualquer das situações descritas, parece pensada apenas para os casos de consentimento por representação. Também se pode dizer o mesmo do parágrafo (5), que parece limitar o consentimento por representação aos tratamentos necessários, e só, para melhorar ou manter o estado de saúde do paciente, excluindo-se os tratamentos estéticos. Os comentários propõem que esta regra deva ser aberta, em função de cada direito nacional, a admitir os últimos avanços da bioética para solucionar situações em que o paciente se encontra em fim de vida⁽⁷¹⁾.

Em relação ao consentimento nos tratamentos experimentais, o parágrafo (6) refere que deve seguir uma forma mais rígida, atendendo aos direitos nacionais e suas regras formais, para acautelar

⁽⁶⁸⁾ Para uma análise sobre o Consentimento Informado em Portugal, ver, por todos, a Norma DGS 15/2013, de 3/10/2013, atualizada em 14/10/2014, disponível em <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/1202/Norma_DGS_015-2013_CI.pdf>.

⁽⁶⁹⁾ *Model Rules...*, Comentário C ao art. IV.C.8:108, *cit.*, pp. 1994-1995.

⁽⁷⁰⁾ Atualmente em Portugal a opinião do paciente é vinculativa nos termos da Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, que regula as diretivas antecipadas de vontade.

⁽⁷¹⁾ *Model Rules...*, *cit.*, p. 1993.

uma maior proteção dos pacientes, sendo obrigatório que o consentimento seja documentado e específico para um determinado tratamento experimental. A fronteira entre o que é um ensaio clínico e um tratamento experimental ou inovador é muito ténue. A Diretiva 2001/20/EC, de 4 de Abril de 2001⁽⁷²⁾, sobre ensaios clínicos, define no seu art. 1.º, n.º 2 o conceito de boa prática clínica^(73/74) e, exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento experimental, a investigação sobre tecidos, sobre o embrião, órgãos e sangue. Apenas inclui no seu âmbito os medicamentos de uso humano.

Uma futura regulação do contrato de prestação de serviços médicos deverá identificar com clareza as consequências jurídicas da violação do consentimento informado quando também o tratamento se desenvolve conforme às *legis artis ad hoc*.

IV.C.-8:109: “Ficheiro clínico”

O art. IV.C.-8:109⁽⁷⁵⁾, regula três obrigações do prestador de serviço em relação ao ficheiro clínico. Desde logo, a obrigação de

(72) Com a aprovação do regulamento n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE.

(73) Art 1.º, n.º 2: “As boas práticas clínicas constituem um conjunto de requisitos de qualidade, em termos éticos e científicos, reconhecidos a nível internacional, que devem ser respeitados na planificação, na execução, no registo e na notificação dos ensaios clínicos que envolvam a participação de seres humanos. A observância dessas boas práticas constitui uma garantia de protecção dos direitos, da segurança e do bem-estar dos participantes nos ensaios clínicos, bem como da credibilidade desses ensaios”.

(74) Na redação da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, é definido no Art 2.º, alínea d), “Boas práticas clínicas” os preceitos internacionalmente reconhecidos de qualidade ética e científica que devem ser respeitados na conceção, na realização, no registo, na notificação, na publicação e na revisão dos estudos clínicos que envolvam a participação de seres humanos.

(75) 8:109 (1) “O prestador deve criar o documento com a história clínica de forma adequada, incluindo a informação recolhida, exames, consultas e informação relevante ao consentimento informado sobre o tratamento prestado; (2) O prestador do serviço deve: (a) proporcionar ao paciente ou se este for incapaz de dar o consentimento; à pessoa ou instituição o acesso ao ficheiro clínico; (b): responder, na medida do razoável, a perguntas sobre a interpretação dos documentos. (3) Se o paciente sofreu lesões e alega que são consequência do incumprimento por parte do prestador da obrigação de competência e dili-

criar o documento com a história clínica de forma adequada e com a informação completa, a saber — a entrevista, os exames realizados, a obtenção do consentimento e os tratamentos médicos aplicados ao paciente. Os comentários acrescem a estes exemplos, a identificação dos profissionais que atenderam o paciente⁽⁷⁶⁾.

A finalidade desta documentação é dupla: por um lado, proporcionar informação relevante para outros profissionais ou familiares do paciente, para a administração pública nos casos de riscos para terceiros — o parágrafo (6)⁽⁷⁷⁾, obriga o profissional a revelar essa informação a outras pessoas que não o paciente. Por outro lado, a história é a fonte principal de informação para uma acção de responsabilidade por incumprimento das obrigações do prestador do serviço. Serve não só os interesses das partes como do tribunal.

Esta regulação da relação contratual entre o prestador de serviço e paciente, nos termos do parágrafo (2), limita-se a impor àquele uma obrigação consistente em garantir o acesso⁽⁷⁸⁾ a essa informação e, a prestar as informações relacionadas com o seu significado. Outra questão que os comentários levantam, é se também se deve ter acesso às anotações subjetivas dos profissionais e, se

gência, e este último não cumpriu o disposto no n.º 2, presume-se que houve incumprimento da obrigação de competência e diligência, assim como uma relação causal entre esse incumprimento e a lesão. (4) Deve conservar-se por 10 anos [...].”

⁽⁷⁶⁾ *Model Rules...*, Full Edition, Comentário A, p. 2001. A identificação do profissional que assiste o paciente constitui uma informação essencial que não é contemplada em lei nacional de direitos dos pacientes na maioria dos países europeus. A relevância deste preceito está de acordo com o IV.C. 8:111 (“Obligations of treatment-providing organisations”), que estende à instituição de saúde a responsabilidade civil por incumprimento das obrigações do profissional, se esta não puder identificar o profissional que contratou com o paciente.

⁽⁷⁷⁾ IV.C.-8:109 (6): “O prestador do serviço não poderá revelar a terceiros informação sobre o paciente ou outras pessoas envolvidas no tratamento, salvo nas situações necessárias para proteger terceiros ou o interesse público. O prestador do serviço poderá utilizar o ficheiro clínico de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos”.

⁽⁷⁸⁾ Nos termos do §630g BGB (“*Einsichtnahme in die Patientenakte*”), o paciente tem direito de acesso imediato ao ficheiro clínico. A recusa deve ser motivada e, em caso de morte, este direito transmite-se aos herdeiros, salvo vontade diversa do paciente. De salientar que em Portugal o acesso é indireto e apenas às notas objetivas e através de outro médico.

esse acesso à ficha clínica, deve ser feito mediante a colaboração do prestador de serviço⁽⁷⁹⁾.

O parágrafo (4) considera razoável que tais obrigações sejam exigíveis durante 10 anos⁽⁸⁰⁾, desde o fim do tratamento, sem prejuízo de se prolongar no caso de interesse médico, para o paciente ou familiares, ou interesse geral (por ex., tempo de revelação de sintomas de exposição a certos riscos ou motivos genéticos).

Uma deficiente informação contida na ficha clínica pode fazer supor um incumprimento da prestação principal médica se o prestador do serviço, guiado por essa informação, presta uma assistência médica defeituosa. Se a informação defeituosa não é imputável ao prestador, mas a outro profissional que atendeu o paciente noutra fase, não é claro que o primeiro deva ser responsável pelos danos derivados da assistência. Neste caso parece apropriado fazer responder o hospital pelo mau funcionamento do serviço em conjunto, sem prejuízo da responsabilidade civil extracontratual do profissional que elaborou a ficha clínica de forma defeituosa.

O parágrafo (6) impõe ao prestador de serviço uma terceira obrigação: a de segredo sobre o conteúdo da história clínica em relação a terceiros pessoas diferentes dos representantes legais do paciente (os comentários referem as companhias de seguros ou o empregador, se foram estes a contratar com o prestador do serviço médico)⁽⁸¹⁾. Não obstante, o DCFR admite exceções baseadas nos interesses de terceiros e no interesse público (por ex., doenças infecciosas) — questão que remete para os deveres de cuidado do médico para com terceiros distintos do paciente.

Os comentários ao IV.C.-8:107, em matéria de exceções à obrigação de informação, deixam claro que o destinatário da informação é, nestes casos, o paciente. A regra, em matéria de história clínica, parece permitir que terceiros sejam destinatários diretos da informação. A obrigação de segredo não impede que o prestador

⁽⁷⁹⁾ DCFR, *cit.*, Full Edition, Comentário B, p. 2003.

⁽⁸⁰⁾ Igual período de tempo no §630f (3) BGB (“*Dokumentation der Behandlung*”).

⁽⁸¹⁾ Ver *supra* IV.C.-8:101 DCFR em relação ao âmbito de aplicação do contrato de serviços médicos.

utilize a informação sobre a história clínica de forma anónima para fins estatísticos, educativos ou científicos.

Destas três obrigações descritas, só o alcance da obrigação de segredo pode ser modificada pelas partes em prejuízo dos interesses do paciente — por ex., porque o paciente consente⁽⁸²⁾, que se utilize a informação, incluindo a sua identificação.

IV.C.-8:110: “Remédios em caso de incumprimento”

Por um lado, esta regra⁽⁸³⁾ remete para a regulação geral sobre incumprimento do Livro III⁽⁸⁴⁾, capítulo 3⁽⁸⁵⁾ e, para a regra especial em matéria de serviços, sobre direito de resolução unilateral pelo cliente, com ou sem justa causa (art. IV.C.-2:111⁽⁸⁶⁾ e art. III.1:109 (3), sobre resolução unilateral mediante notificação prévia e, com o art. III.3:510⁽⁸⁷⁾ e ss., sobre os efeitos da restituição⁽⁸⁸⁾ da resolução em geral). Por outro lado, o art. IV.C.-8:110 define dois requisitos para a suspensão e para a resolução do contrato no caso do prestador do serviço. Por parte do paciente: se o contrato for defeituoso ou houver incumprimento total da prestação imputável a negligência do prestador, o paciente pode suspender o cumprimento da sua obrigação de pagar o serviço, solicitar o cumprimento ou resolver o contrato por incumprimento defeituoso

⁽⁸²⁾ Por exemplo, art. 7:457 (1) BW: “*Obligation of secrecy*” — “[...] the care provider ensures that persons other than the patient are not provided with information about the patient or with access to or copies of the documents....without the patient’s consent”.

⁽⁸³⁾ IV.C.-8:110: “Incumprimento: Em caso de qualquer incumprimento deste contrato, aplica-se o capítulo 3 do Livro III (preço inferior se cumprimento defeituoso ou suspensão) e I.V.C.- 2:111 (resolução pelo cliente)”.

⁽⁸⁴⁾ Book III: “*Obligations and corresponding rights*”.

⁽⁸⁵⁾ Chapter 3: “*Remedies for non-performance*”.

⁽⁸⁶⁾ IV.C.-2:111: “*Client’s right to terminate*”: (1): “The client may terminate the contractual relationship at any time by giving notice to the service provider; (2): The effects of termination are governed by III.-1:109 (Variation or termination by notice) paragraph (3)”.

⁽⁸⁷⁾ DCFR Full Edition, Vol. I, p. 843.

⁽⁸⁸⁾ Art. III. — 3:510 DCFR: “*Restitution of benefits received by performance*”.

ou substancial — com a consequência da devolução de todo ou parte do preço em função do contrato em conjunto ou só na parte defeituosa — ou o paciente pode cumprir a sua obrigação mediante redução do preço. A acção por incumprimento, nestes casos, é compatível com o art. III.-3:102 DCFR⁽⁸⁹⁾.

Para além desta solução contida na parte geral do Livro III, o IV.C.-8:110 remete para a parte especial do art. IV.C.-2:111 sobre o direito de resolução do cliente.

Aplicado ao contrato de serviços médicos, o direito do paciente a terminar a relação jurídica devido a qualquer incumprimento por parte do prestador do serviço, nos termos do parágrafo (4)⁽⁹⁰⁾. As consequências jurídicas desta solução são referidas nos comentários⁽⁹¹⁾. Primeiro, conforme o art. III.-1:109, a resolução do contrato terá efeitos não retroativos ou seja, não afeta o que foi vencido antes da resolução e que constituem a contraprestação de uma prestação realizada, por exemplo, exames já realizados pelo paciente, honorários por consultas já feitas. Segundo, discutível é se o paciente está obrigado a pagar ao prestador uma indemnização por danos pelo fim do contrato, por exemplo, pelo custo de produtos adquiridos para o tratamento. O art. IV.C.-2:111 impõe ao cliente, que resolve o contrato sem causa, esta obrigação. Não obstante, os comentários excluem esta regra para o paciente, com o argumento de que a prestação depende, em qualquer caso, do consentimento do paciente para o tratamento⁽⁹²⁾. Por parte do prestador de serviço: este capítulo 8 não refere as obrigações por parte do paciente. Nos comentários são referidos dois, a saber, a obrigação de cooperação (IV.C.-2:103) e a obrigação de pagar. A obrigação de cooperação concretiza-se pela obrigação do paciente em fornecer ao médico as informações sobre o seu estado de saúde (IV.C.-8:102) e de cum-

⁽⁸⁹⁾ “*Cumulation of remedies*”.

⁽⁹⁰⁾ IV.C.-2:111 (4): “When the client was not justified in termination the relationship, the termination is nevertheless effective but, the service provider has a right to damages in accordance with the rules in Book III”.

⁽⁹¹⁾ DCFR, Full Edition, *cit.*, pp. 2016 e ss.

⁽⁹²⁾ *Idem, ibidem*, Comentário C, p. 2016.

prir as instruções para garantir o êxito do tratamento. Dado o caráter pessoal desta relação está excluída a execução específica do contrato.

O prestador do serviço não pode terminar o contrato médico, se esse facto causar sérios perigos para a saúde do paciente. Em vários sistemas jurídicos existem restrições ao direito do prestador terminar o contrato, no entanto este direito é reconhecido ao paciente a qualquer momento.

Na Holanda, é reconhecido ao prestador o direito a terminar o contrato apenas por razões importantes (art. 7:460 BW), por exemplo por reforma profissional, se o paciente altera a sua residência para outra região ou se a relação de confiança entre as partes se perdeu devido a divergências acerca do tratamento.

Em conclusão, na maioria dos sistemas nacionais é reconhecido ao paciente a faculdade de terminar o contrato a qualquer momento. Ao prestador do serviço, é facultado esse direito de forma restrita e por razões motivadas e importantes, apenas e só se não causar danos ao paciente e até ser garantido um outro médico.

IV.C.-8:111: “Responsabilidade central da instituição”

Os comentários a este artigo⁽⁹³⁾, deixam claro que se aplica àqueles casos em que o profissional que contratou com o paciente presta os serviços num hospital ou clínica e com o qual não tem uma relação laboral ou de dependência funcional ou profissional. Os contratos de prestação de serviços médicos estão desenhados

⁽⁹³⁾ IV.C.-8:111 (1) “Se durante o cumprimento das obrigações previstas no contrato de serviços médicos se realizam actividades num hospital ou nas instalações de outro centro de saúde, e o hospital ou esse centro não são parte do contrato de serviços médicos, deve ficar claro para o paciente que não são parte contratante. (2) Quando não seja possível identificar o prestador do tratamento, o hospital ou centro em que foram prestados o serviço são considerados como o prestador do serviço, salvo se o hospital informar o paciente, num prazo razoável, sobre a identidade do prestador do serviço. (3) As partes não podem excluir a aplicação deste artigo nem derogar ou modificar os seus efeitos em prejuízo do paciente”.

para contratos celebrados entre paciente e profissional de saúde. O capítulo 8 ocupa-se da responsabilidade do hospital, não como parte do contrato de serviços médicos, mas como titular das instalações e dos recursos materiais necessários para executar o tratamento médico contratado com o profissional. Esta regra, com o objetivo de proteger o paciente, estende a responsabilidade contratual do profissional ao hospital se, o paciente não puder identificar a quem pode exigir a responsabilidade (par 1 e 2). Impõe-se, sobre o hospital, a obrigação de identificar, a pedido do paciente e num prazo razoável, o profissional que prestou a assistência médica, suportando sozinho as consequências de uma má prática médica que não lhe seja imputável, se não prestar essa informação⁽⁹⁴⁾. A regra do parágrafo (2) é inspirada no art. 3.º, n.º 3⁽⁹⁵⁾ da Diretiva 85/374/CE, de 25/07/1985 em matéria de responsabilidade civil por produtos defeituosos⁽⁹⁶⁾.

Apenas alguns sistemas jurídicos prevêem a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas. Assim, por exemplo, na Holanda, o art. 7:462 BW estabelece essa responsabilidade, ou seja, se o tratamento é executado num hospital⁽⁹⁷⁾, a instituição de saúde é responsável pelos danos causados ao paciente, mesmo se esse hospital não é parte contratante. Se o dano é causado por um profissional independente ao quadro laboral do hospital, que contratou com o paciente, o hospital onde o tratamento foi executado é responsável por esse dano sofrido pelo paciente.

Igual responsabilidade dos hospitais públicos existe em França, Espanha e Itália. Na Finlândia e Suécia esta regra não é

⁽⁹⁴⁾ DCFR, Full Edition, Comentário C, p. 2010.

⁽⁹⁵⁾ Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no n.º 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.

⁽⁹⁶⁾ Sobre o Regime da Responsabilidade do Produtor e as especificidades do medicamento, ver DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Centro de Direito Biomédico, 18, Coimbra Editora, 2010, pp. 181-224.

⁽⁹⁷⁾ “Hospital”, nos termos do art. 7:462 (2) BW, engloba um centro de enfermagem, clínica dentária, casa de saúde mental, clínica abortiva, mas não uma clínica privada.

importante uma vez que existe o regime de compensação dos pacientes — mas também não é permitido tratamentos por médicos independentes ao hospital.

Na Holanda, se o hospital é a parte contratante (art. 7:446 BW) é o responsável pelos erros das pessoas contratualmente obrigadas, pela utilização das suas instalações. Não é relevante se existe ou não relação laboral com o hospital. Se o hospital não é parte no contrato (porque o médico contratou ele mesmo), é responsável como se fosse parte, nos termos do art. 7:462 (1) BW, que estabelece que se no processo de execução das obrigações contratuais derivadas de contrato médico, estas são efectuadas num hospital que não é parte, o hospital é responsável como se o fosse. Aqui não é importante para o paciente saber quem é o médico que executou o tratamento, ao contrário do IV.C.-8:111 DCFR, pois o paciente pode sempre interpor ação de responsabilidade do hospital por erros cometidos pelo médico. Com esta responsabilidade, chamada de “*Central Liability of the hospital*”, nos termos do art. 7:462 BW, o paciente tem uma “*central address*” a quem dirigir diretamente a sua queixa.

Do ponto de vista holandês, o art. IV.C.-8:111 DCFR, pode ser visto como uma desilusão, pois o DCFR limita a responsabilidade civil da instituição de saúde aos casos em que não identifica o profissional com que o paciente contratou e que prestou os cuidados médicos nas suas instalações. Ou seja, a base da responsabilidade que o DCFR regula, está no incumprimento por parte da instituição de saúde de uma obrigação diligente em identificar os profissionais que exercem medicina nas suas instalações. Por isso se justificaria que a identificação do profissional se configurasse como um conteúdo essencial da informação exigível pelo paciente⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Este regime de responsabilidade da instituição seria relevante em Portugal, p. ex., nas clínicas dentárias, que têm ao serviço auxiliares (contrato total se houver relação laboral), ou com profissionais independentes (contrato dividido). Sobre o tema, *vd.*, ALMEIDA, CARLOS, *Os Contratos Cíveis de prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1986, pp. 85 e ss.

Ao contrário da Holanda, que não estabelece regras sobre o ónus da prova⁽⁹⁹⁾, na Alemanha, a disposição do §630h BGB⁽¹⁰⁰⁾ sobre a distribuição do ónus da prova, tem como objetivo, sistematizar uma norma específica sobre responsabilidade médica desenvolvida pela jurisprudência, que se aplica a todos os contratos de serviços médicos⁽¹⁰¹⁾.

3. Conclusão

Feita a análise, ainda que resumidamente, dos pressupostos e consequências do regime do contrato de serviços aplicável aos tratamentos médicos, chegamos ao ponto de tecer algumas notas finais.

(99) HONDIUS, E., *The New Dutch Law...*, *ob. cit.*, pp. 6 e ss. No caso *Timmer v. Deutman*, de 20 de Novembro de 1987, o *Hoge Raad*, no entanto, tem desenvolvido uma orientação aproximada da inversão do ónus da prova, obrigando o médico a fornecer todos os documentos que possam orientar o paciente na prova da culpa do médico ou prestador do serviço.

(100) Tradução Inglês do §630h BGB: “*The burden of proof in case of liability for malpractice and errors in providing information*: (1): An error is to be presumed to have been committed by the treatment party if a general treatment risk has materialized which was fully manageable for the treating party and which led to the injury to the life, limb or health of the patient. (2): The treating party is to prove that he/she has acquired consent in accordance with section 630d and provided information in accordance with requirements of section 630e. If the information does not comply with the requirements of section 630e, the treating party may assert that the patient would also have consented to the measure had proper information been provided. (3): If the treating party has not recorded a medically-necessary major measure and its result in the medical records, counter to section 630f(1) or (2), or if, counter to section 630f(3), he/she has not retained the medical records, it is to be presumed that he/she has not carried out this measure. (4): If the treating party was not qualified to carry out the treatment which he/she performed, it is to be presumed that the lack of qualification was the cause of the occurrence of the injury to the life, limb or health. (5): If gross malpractice has committed, and if this is susceptible as a matter of principle to cause an injury to life, limb or health of the nature which in fact took place, it is to be presumed that the malpractice was the cause of this injury. This is also apply if the treating party omitted to take or record a medically-necessary finding in good time where the finding would with sufficient certainty have led to a result which would have given rise to further measures, and if failure to carry out such measures would have constituted gross malpractice”.

(101) Ver os trabalhos preparatórios a esta lei. BT- Drucksache 17/10488, de 15 de Agosto de 2012, p. 28, disponível em <<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf>>.

Conforme deixámos expresso nesta análise, somos da opinião que a determinação do regime jurídico aplicável ao contrato de serviços que se estabelece entre o prestador de serviços médicos e o paciente, deve ser claro, mediante a positivação na lei dos direitos dos pacientes, de modo a proteger melhor esses direitos, uma vez que a profissão médica se confronta hoje com uma nova geração de pacientes que não toma por garantido o que o médico diz e, neste sentido, guiar o médico/prestador — em assuntos mais detalhados sobre os direitos dos pacientes, face à inexistência de regras específicas. Estas, apenas se encontram no Código Deontológico, cujas regras regem o estado do conhecimento científico e técnico e o exercício da profissão médica.

Existem leis autónomas em matérias tão diversas como de informação e documentação, produtos defeituosos, segurança dos medicamentos e dispositivos, terapias não convencionais, a CEDHBio, entre outras leis que reforçam os direitos dos pacientes, onde se integra parcialmente o conteúdo do contrato.

Também é de referir que a codificação de uma lei de direitos dos pacientes facilita o conhecimento dos direitos por parte dos pacientes, de modo a uma tutela mais eficaz e uma maior transparência e segurança jurídicas. Efetivar esses direitos através de uma codificação de orientações jurisprudenciais, promovendo uma cultura de erros evitáveis, aumentando os direitos face às instituições com uma maior participação da informação dos pacientes, com base em princípios de repartição do ónus da prova, diminuindo uma medicina defensiva.

Por último de salientar que, à semelhança da Holanda e Alemanha, outros países⁽¹⁰²⁾ seguiram o mesmo modelo contratual e também tipificaram o contrato de prestação de serviços médicos (contrato nominado) no Código Civil.

⁽¹⁰²⁾ Consultar <http://europatientrights.eu/types/general_overview_of_types_of_legislation.html>.

O DIREITO DE PATENTE — DAS REIVINDICAÇÕES

Pelo Mestre Ricardo Serra Correia()*

SUMÁRIO:

1. O Âmbito de Protecção do Direito de Patente. 1.1. Considerações Gerais. **1.2.** A Determinação do Âmbito de Protecção da Patente. *1.2.1.* O Conteúdo Positivo do Âmbito de Protecção da Patente. *1.2.2.* O Conteúdo Negativo do Âmbito de Protecção da Patente. **2. Das Reivindicações. 2.1.** Do Pedido de Patente. *2.1.1.* Forma. *2.1.2.* Elementos. **2.2.** As Reivindicações do Pedido de Patente. *2.2.1.* Forma. *2.2.2.* Tipos de Reivindicações. *2.2.3.* Requisitos das reivindicações. *2.2.4.* Interpretação das reivindicações. **3. Do Certificado Complementar de Protecção.**

*A claim is not like a nose of wax which may be turned
and twisted in any direction*

(GRAVER TANK, US Supreme Court)

(*) Doutorando em Direito na área das Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

1. O Âmbito de Protecção do Direito de Patente

1.1. Considerações Gerais

O Direito da Propriedade Industrial surgiu, timidamente, nos finais do século XVIII, após as profundas alterações provocadas pela Revolução Francesa de 1789. Mas foi ao longo do século seguinte, com as Revoluções Industriais, que este ramo do Direito se consolidou, surgindo alguns diplomas de referência como a Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (CUP)^(1/2). Foi a partir desta altura que se ergueu, nomeadamente, a tutela jurídica das invenções (*«ideias inventivas industriais ou criações do espírito humano plasmadas em soluções técnicas destinadas a resolver problemas técnicos através de meios técnicos»*)⁽³⁾ através do direito de patente. Até ao século XVIII, durante a vigência do *Ancien Régime*, os direitos sobre a invenção eram verdadeiros privilégios concedidos aos inventores por Reis.

Ao longo da nossa História são muitos os exemplos da notável capacidade de inventar do Homem, com destaque, naturalmente, para os avanços na *biotecnologia moderna*.

Os interesses sociais como o *«estímulo da actividade inventiva, a difusão do conhecimento, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia»*⁽⁴⁾ e os interesses do inventor (*maxime*, a remuneração do seu esforço e do seu investimento) impõem que a invenção seja protegida⁽⁵⁾.

(1) Sobre a evolução histórica do Direito da Propriedade Industrial v. COUTO GONÇALVES, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, (AA.VV.), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 15 e ss.

(2) Em Portugal, a primeira lei reguladora da Propriedade Industrial foi a Lei de 21 de Maio de 1896.

(3) REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos versus Patentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 377. V. ainda quanto ao conceito de invenção, REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 231-233.

(4) COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 55.

(5) V. arts. 7.º e 27.º n.º 1 do Acordo TRIPS/ADPIC (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Industrial relacionados com o Comércio, 1994).

A protecção da invenção, no que diz respeito ao nosso ordenamento jurídico, está presente na nossa Constituição (CRP) que consagra no art. 42.º, n.º 1, a liberdade de criação cultural, onde se inclui o direito à invenção (art. 42.º/2 CRP). Este preceito é um afloramento da tutela dos direitos de propriedade industrial incluída no direito à propriedade privada (art. 62.º, CRP)⁽⁶⁾. Refira-se ainda que a CRP impõe ao Estado o dever de apoiar e incentivar a criação e investigação científica, bem como a inovação tecnológica (art. 73.º/4).

De acordo com o art. 1.º do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo DL n.º 36/2003, de 5 de Março (CPI), a propriedade industrial visa «*garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza*». Ora, neste sentido, a invenção é tutelada através de um direito privativo. Um «*verdadeiro direito subjectivo, que constitui um direito individual, absoluto, no sentido de intransitivo e válido erga omnes, ao qual corresponde uma obrigação universal de respeito*»⁽⁷⁾: o direito de patente.

A patente traduz-se, assim, na protecção jurídica conferida à invenção. Muito embora, a invenção possa, igualmente, ser tutelada, por opção do seu inventor, a título de *modelo de utilidade* (art. 51.º/4 CPI).

Tendo em consideração o processo nacional de obtenção de uma patente, podemos falar em direito à patente (quer dizer, *o direito subjectivo do inventor a um certo comportamento da Administração*⁽⁸⁾, *oponível a esta, e que nasce com a solicitação da concessão, reunidos que sejam os requisitos da patenteabilidade*)⁽⁹⁾ e direito de patente

(6) V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 800; VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, *RLJ*, Ano 138, pp. 71-72.

(7) VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 71.

(8) Através do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

(9) Sobre os requisitos de patenteabilidade: novidade, actividade inventiva e susceptibilidade de aplicação industrial (arts. 55.º, CPI e 52.º, CPE — Convenção sobre a Patente Europeia), v. COUTO GONÇALVES, *ult. ob. cit.*, pp. 82-88, e, desenvolvidamente, REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 449 e ss.

(*nasce e constitui-se com a concessão, a que corresponde um direito igualmente subjectivo de exploração económica do evento, em regime de monopólio e oponível erga omnes*)(¹⁰). Surgindo o direito de patente *a posteriori* ao direito à invenção e ao direito à patente(¹¹).

Refira-se que o titular da invenção pode obter uma patente europeia, concedida pelo IEP(¹²) e regulada pela CPE (Convenção sobre a Patente Europeia). A patente europeia, ao contrário da marca comunitária, não se traduz numa patente única válida para todos os Estados-Membros. Através da protecção via europeia, o pedido de patente passa apenas por um processo de exame, havendo necessidade de efectuar tantos pedidos, quantos sejam os países onde se pretende obter a protecção da invenção. Ao nível da patente europeia destaca-se a patente de produto (art. 51.º/2, CPI), designadamente, para protecção de medicamentos(¹³).

Este tipo de invenção (produtos farmacêuticos) e a sua protecção pelo direito de patente têm subjacentes interesses consideráveis e sensíveis, nomeadamente, a promoção e defesa da saúde e o retorno do elevado investimento realizado. São este tipo de interesses que justificam a duração limitada da patente (arts. 99.º, 115.º e 116.º, CPI e 63.º, CPE), mas também os direitos exclusivos conferidos ao titular da patente.

Em termos gerais, a patente confere ao seu titular os seguintes direitos de *conteúdo positivo e negativo*: — o direito exclusivo de explorar a invenção(¹⁴) (art. 101.º/1, CPI e art. 64.º, CPE); — o

(¹⁰) Ac. do STJ de 27-01-2010, Proc. 598/08.5TBCBR.C1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>.

(¹¹) REMÉDIO MARQUES, “Propriedade Intelectual, Exclusivos e Interesse Público”, in *Direito Industrial*, Vol. IV, AA.VV., Almedina, Coimbra, 2005, p. 205, nota 13.

(¹²) Instituto Europeu de Patentes/EPO — *European Patent Office*.

(¹³) De acordo com o preceituado no art. 3.º/1, *ee*), do Estatuto do Medicamento, por Medicamento entende-se: *toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma acção farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas*.

(¹⁴) Sublinhe-se a obrigatoriedade de exploração da invenção (arts. 106.º, 107.º/1 e 108.º, CPI). Sendo que na União Europeia, explorar significa comercializar, não há necessidade de existir fabrico (como acontece no Brasil), v. art. 27.º/1, *in fine* do Acordo TRIPS.

direito de impedir que terceiros, sem o seu consentimento, pratiquem os actos referidos no art. 101.º/2, CPI, sejam actos de exploração económica principais como o fabrico, a importação, a comercialização, sejam secundários como o armazenamento e o transporte⁽¹⁵⁾. A violação do direito exclusivo de exploração conferido pela patente constitui um ilícito criminal, punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias (art. 321.º, CPI), para além da possível responsabilidade civil extracontratual (art. 338.º-L, CPI).

Por fim, para terminar as considerações iniciais, importa ainda salientar o preceituado no art. 101.º/3, CPI, nos termos do qual, *o titular da patente pode opor-se a todos os actos que constituam violação da sua patente*. E o disposto no art. 101.º/4, CPI que estipula a limitação dos direitos conferidos pela patente ao seu âmbito.

Respeitando estes preceitos, na análise de uma questão relacionada com uma patente em concreto, parece-nos que o primeiro passo consiste na determinação do alcance da protecção conferida pelo direito de patente.

1.2. A Determinação do Âmbito de Protecção da Patente

1.2.1. O Conteúdo Positivo do Âmbito de Protecção da Patente

A questão da determinação do âmbito da protecção da patente encontra-se regulada nos arts. 97.º, CPI e 69.º, CPE (incluindo o Protocolo Interpretativo relativo a este preceito), ambas as normas apontam no mesmo sentido.

Já vimos, sucintamente, os direitos exclusivos conferidos pelo direito de patente, previstos no art. 101.º, CPI. Ora, a protecção conferida pela patente está desde logo sujeita a certos limites.

⁽¹⁵⁾ Contudo, tenha-se em vista as limitações existentes aos direitos conferidos pela patente, destacando-se, no âmbito das patentes de medicamentos, a liberdade dos actos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais, incluindo experiências para preparação dos pedidos de AIM (art. 102.º, c), CPI).

De acordo com o art. 101.º/1, *in fine* CPI (art. 64.º/1, CPE), os direitos conferidos pela patente valem apenas no território português. Apenas vigoram e só podem ser exercidos no território do Estado que os constituiu e reconheceu, trata-se do chamado princípio da territorialidade e que vale para todos os direitos de propriedade industrial⁽¹⁶⁾.

Para além do limite territorial, impõe-se, por interesses diversos, que a protecção da patente seja temporária. Neste ponto as diversas legislações sobre patentes são convergentes. Mais concretamente, a duração da patente é de 20 anos a contar da apresentação do pedido (art. 99.º, CPI, art. 63.º, CPE e art. 33.º Acordo TRIPS)⁽¹⁷⁾. Após este período de tempo⁽¹⁸⁾, a patente caduca (art. 37.º/1, *a*), CPI).

Note-se ainda que os direitos atribuídos pela patente não permitem ao seu titular proibir os actos relativos aos produtos por ela protegidos, após a sua comercialização (princípio do esgotamento, art. 103.º, CPI)⁽¹⁹⁾.

A determinação do âmbito da protecção trata-se de uma questão complexa, uma vez que o alcance da protecção é extenso e aferrido em várias vertentes. No entendimento do Doutor REMÉDIO MARQUES deve assinalar-se ao direito de patente um *âmbito merceológico de protecção (ou exclusivismo merceológico)*, um *âmbito tecnológico de protecção (exclusivismo da criação)* e, quanto à matéria biológica, um *âmbito material de protecção (ou âmbito biológico de protecção)*.

O primeiro diz respeito ao «conjunto de actos ou de actividades com escopo mercantil, cuja prática por terceiros no Estado de

(16) Refira-se, porém, que os direitos conferidos pela patente são inoponíveis a quem de boa fé tenha chegado pelos seus próprios meios ao conhecimento da invenção e a utilizava, antes da data do pedido ou da data da prioridade (art. 104.º, CPI).

(17) Relativamente às patentes de medicamentos e produtos farmacêuticos, a duração pode ser excedida até um período máximo de 5 anos, mediante a concessão de um CCP (arts. 115.º-116.º CPI). Assunto que desenvolveremos *infra* IV.

(18) Sobre a manutenção dos direitos conferidos pela patente e do CCP, v. arts. 346.º e 348.º, CPI e a Portaria n.º 1098/2008, de 30 de Setembro (alterada pelas Portarias n.º 1254/2009, 14 de Outubro, e n.º 479/2010, 12 de Julho).

(19) Sobre o princípio do esgotamento, v. SOUSA e SILVA, *O “Esgotamento” do Direito e as “Importações Paralelas”*, disponível em <www.apdi.pt> e REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 1094 e ss.

protecção é reservado ao titular da patente, precisamente porque dizem respeito ao produto, ao processo ou ao uso patenteado»⁽²⁰⁾. O âmbito tecnológico «delimita a contribuição criativa trazida pelo inventor (...), ou seja, saber se os elementos caracterizantes do invento foram reproduzidos ou imitados pelo demandado em relação ao produto ou ao processo que utiliza, exactamente porque essa reprodução ou imitação é que atribui ao titular a faculdade jurídica de se reservar no direito de proibir a utilização com escopo mercantil dos produtos ou dos processos por parte do demandado»⁽²¹⁾. Já o âmbito biológico de protecção consiste na protecção atribuída ao titular de uma patente biotecnológica que se estende «em determinadas condições, a certas matérias biológicas obtidas, por reprodução ou multiplicação, a partir da matéria biológica patenteada ou às matérias biológicas obtidas a partir da matéria biológica obtida directamente por modo da execução do processo biotecnológico patenteado»⁽²²⁾.

De acordo com o art. 97.º, CPI e o art. 69.º, CPE, o âmbito da protecção conferida pela patente é determinado pelo *conteúdo das reivindicações*, servindo a descrição e os desenhos para as interpretar. Quer dizer, o âmbito da protecção há-de resultar do disposto nas reivindicações. São elas a base do alcance da tutela conferida pela patente. Posteriormente, abordaremos algumas questões relacionadas com as reivindicações (estrutura, requisitos e sua interpretação). Para já, importa dizer que as reivindicações «*constituem a peça mais importante do pedido*»⁽²³⁾ de patente.

As reivindicações são, portanto, um elemento constitutivo do pedido de patente. Consistindo em declarações que definem o objecto da protecção requerida e mencionam as características de natureza técnica⁽²⁴⁾ da invenção (art. 62.º, n.ºs 1 e 3, CPI e art. 84.º,

⁽²⁰⁾ REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, p. 722.

⁽²¹⁾ *Idem, ibidem.*

⁽²²⁾ *Idem, ibidem.*

⁽²³⁾ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 94.

⁽²⁴⁾ As características técnicas são aquelas que podem ser apreendidas por um perito na especialidade como instruções quanto ao procedimento técnico a ser seguido para alcançar um determinado resultado. Podem ser explícitas ou funcionais. V. Decisão n.º T-0068/85, de 27/11/1986, ponto 8.4.1. disponível em <www.epo.org>.

CPE)⁽²⁵⁾. Constituem, na opinião de COUTO GONÇALVES, «*um documento essencial para concretizar o objecto incorpóreo de protecção e delimitar o espaço de exclusividade do direito*»⁽²⁶⁾.

Posto isto, facilmente se conclui que a delimitação do âmbito da protecção da patente é realizada recorrendo-se ao conteúdo das reivindicações, assumindo estas um papel preponderante no direito de patente. Para além da determinação do alcance da protecção, as reivindicações permitem sindicar a suficiência ou insuficiência da descrição (arts. 62.º/4 e 113.º, *d*), CPI) e os requisitos de patenteabilidade de uma invenção: novidade, actividade inventiva e aplicação industrial (art. 113.º, *a*), CPI)⁽²⁷⁾. Dada a fundamental importância das reivindicações impõe-se que estas sejam apreendidas correctamente pelo perito na especialidade. Para tal, terá de interpretar as reivindicações, tarefa que se revela especialmente complexa e essencial, sob pena de a delimitação da protecção da patente ser mais restrita ou mais extensa do que deveria ser. Quer dizer, a determinação do âmbito de protecção depende dos resultados interpretativos das reivindicações. Após esta tarefa interpretativa⁽²⁸⁾, com a consequente delimitação do âmbito de protecção, estão reunidas as condições para aferir se determinado produto ou processo de terceiro constitui uma violação literal da patente. Isto é, se os elementos técnicos que compõem o produto ou processo supostamente infractores coincidem, ou não, com o conteúdo das reivindicações da patente em vigor.

Tal como já foi mencionado o art. 97.º, CPI regula a questão do âmbito de protecção. Tendo em conta o disposto neste preceito, impõe-se referir que existem várias categorias de patentes: as patentes de produto e as patentes de processo (art. 51.º/2, CPI)⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ O Doutor REMÉDIO MARQUES define notavelmente as reivindicações como «*proposições linguísticas, as quais caracterizam, clara e sucintamente, os elementos de natureza técnica constitutivos da própria solução (técnica) em que se exprime o invento que o titular do direito à patente pretende proteger*», in REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 414.

⁽²⁶⁾ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 107-108.

⁽²⁷⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, pp. 451-452 (nota 513).

⁽²⁸⁾ Sobre a tarefa interpretativa vide os arts. 97.º/1 CPI, 69.º/1 CPE e o seu Protocolo interpretativo (art. 1.º).

⁽²⁹⁾ Discute-se na Doutrina uma terceira categoria de patente, não prevista na lei, a patente de uso, consistindo numa utilização diferente e nova de um produto patenteado.

De acordo com o art. 101.º/1, *in fine* CPI (art. 64.º/1, CPE), os direitos conferidos pela patente valem apenas no território português. Apenas vigoram e só podem ser exercidos no território do Estado que os constituiu e reconheceu, trata-se do chamado princípio da territorialidade e que vale para todos os direitos de propriedade industrial⁽¹⁶⁾.

Para além do limite territorial, impõe-se, por interesses diversos, que a protecção da patente seja temporária. Neste ponto as diversas legislações sobre patentes são convergentes. Mais concretamente, a duração da patente é de 20 anos a contar da apresentação do pedido (art. 99.º, CPI, art. 63.º, CPE e art. 33.º Acordo TRIPS)⁽¹⁷⁾. Após este período de tempo⁽¹⁸⁾, a patente caduca (art. 37.º/1, *a*), CPI).

Note-se ainda que os direitos atribuídos pela patente não permitem ao seu titular proibir os actos relativos aos produtos por ela protegidos, após a sua comercialização (princípio do esgotamento, art. 103.º, CPI)⁽¹⁹⁾.

A determinação do âmbito da protecção trata-se de uma questão complexa, uma vez que o alcance da protecção é extenso e aferrido em várias vertentes. No entendimento do Doutor REMÉDIO MARQUES deve assinalar-se ao direito de patente um *âmbito merceológico de protecção (ou exclusivismo merceológico)*, um *âmbito tecnológico de protecção (exclusivismo da criação)* e, quanto à matéria biológica, um *âmbito material de protecção (ou âmbito biológico de protecção)*.

O primeiro diz respeito ao «conjunto de actos ou de actividades com escopo mercantil, cuja prática por terceiros no Estado de

(16) Refira-se, porém, que os direitos conferidos pela patente são inoponíveis a quem de boa fé tenha chegado pelos seus próprios meios ao conhecimento da invenção e a utilizava, antes da data do pedido ou da data da prioridade (art. 104.º, CPI).

(17) Relativamente às patentes de medicamentos e produtos farmacêuticos, a duração pode ser excedida até um período máximo de 5 anos, mediante a concessão de um CCP (arts. 115.º-116.º CPI). Assunto que desenvolveremos *infra* IV.

(18) Sobre a manutenção dos direitos conferidos pela patente e do CCP, v. arts. 346.º e 348.º, CPI e a Portaria n.º 1098/2008, de 30 de Setembro (alterada pelas Portarias n.º 1254/2009, 14 de Outubro, e n.º 479/2010, 12 de Julho).

(19) Sobre o princípio do esgotamento, v. SOUSA e SILVA, *O “Esgotamento” do Direito e as “Importações Paralelas”*, disponível em <www.apdi.pt> e REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 1094 e ss.

protecção é reservado ao titular da patente, precisamente porque dizem respeito ao produto, ao processo ou ao uso patenteado»⁽²⁰⁾. O âmbito tecnológico «delimita a contribuição criativa trazida pelo inventor (...), ou seja, saber se os elementos caracterizantes do invento foram reproduzidos ou imitados pelo demandado em relação ao produto ou ao processo que utiliza, exactamente porque essa reprodução ou imitação é que atribui ao titular a faculdade jurídica de se reservar no direito de proibir a utilização com escopo mercantil dos produtos ou dos processos por parte do demandado»⁽²¹⁾. Já o âmbito biológico de protecção consiste na protecção atribuída ao titular de uma patente biotecnológica que se estende «em determinadas condições, a certas matérias biológicas obtidas, por reprodução ou multiplicação, a partir da matéria biológica patenteada ou às matérias biológicas obtidas a partir da matéria biológica obtida directamente por modo da execução do processo biotecnológico patenteado»⁽²²⁾.

De acordo com o art. 97.º, CPI e o art. 69.º, CPE, o âmbito da protecção conferida pela patente é determinado pelo *conteúdo das reivindicações*, servindo a descrição e os desenhos para as interpretar. Quer dizer, o âmbito da protecção há-de resultar do disposto nas reivindicações. São elas a base do alcance da tutela conferida pela patente. Posteriormente, abordaremos algumas questões relacionadas com as reivindicações (estrutura, requisitos e sua interpretação). Para já, importa dizer que as reivindicações «*constituem a peça mais importante do pedido*»⁽²³⁾ de patente.

As reivindicações são, portanto, um elemento constitutivo do pedido de patente. Consistindo em declarações que definem o objecto da protecção requerida e mencionam as características de natureza técnica⁽²⁴⁾ da invenção (art. 62.º, n.ºs 1 e 3, CPI e art. 84.º,

⁽²⁰⁾ REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, ob. cit., p. 722.

⁽²¹⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²²⁾ *Idem, ibidem*.

⁽²³⁾ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, ob. cit., p. 94.

⁽²⁴⁾ As características técnicas são aquelas que podem ser apreendidas por um perito na especialidade como instruções quanto ao procedimento técnico a ser seguido para alcançar um determinado resultado. Podem ser explícitas ou funcionais. V. Decisão n.º T-0068/85, de 27/11/1986, ponto 8.4.1. disponível em <www.epo.org>.

CPE)⁽²⁵⁾. Constituem, na opinião de COUTO GONÇALVES, «*um documento essencial para concretizar o objecto incorpóreo de protecção e delimitar o espaço de exclusividade do direito*»⁽²⁶⁾.

Posto isto, facilmente se conclui que a delimitação do âmbito da protecção da patente é realizada recorrendo-se ao conteúdo das reivindicações, assumindo estas um papel preponderante no direito de patente. Para além da determinação do alcance da protecção, as reivindicações permitem syndicar a suficiência ou insuficiência da descrição (arts. 62.º/4 e 113.º, *d*), CPI) e os requisitos de patenteabilidade de uma invenção: novidade, actividade inventiva e aplicação industrial (art. 113.º, *a*), CPI)⁽²⁷⁾. Dada a fundamental importância das reivindicações impõe-se que estas sejam apreendidas correctamente pelo perito na especialidade. Para tal, terá de interpretar as reivindicações, tarefa que se revela especialmente complexa e essencial, sob pena de a delimitação da protecção da patente ser mais restrita ou mais extensa do que deveria ser. Quer dizer, a determinação do âmbito de protecção depende dos resultados interpretativos das reivindicações. Após esta tarefa interpretativa⁽²⁸⁾, com a consequente delimitação do âmbito de protecção, estão reunidas as condições para aferir se determinado produto ou processo de terceiro constitui uma violação literal da patente. Isto é, se os elementos técnicos que compõem o produto ou processo supostamente infractores coincidem, ou não, com o conteúdo das reivindicações da patente em vigor.

Tal como já foi mencionado o art. 97.º, CPI regula a questão do âmbito de protecção. Tendo em conta o disposto neste preceito, impõe-se referir que existem várias categorias de patentes: as patentes de produto e as patentes de processo (art. 51.º/2, CPI)⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ O Doutor REMÉDIO MARQUES define notavelmente as reivindicações como «*proposições linguísticas, as quais caracterizam, clara e sucintamente, os elementos de natureza técnica constitutivos da própria solução (técnica) em que se exprime o invento que o titular do direito à patente pretende proteger*», in REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 414.

⁽²⁶⁾ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 107-108.

⁽²⁷⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, pp. 451-452 (nota 513).

⁽²⁸⁾ Sobre a tarefa interpretativa vide os arts. 97.º/1 CPI, 69.º/1 CPE e o seu Protocolo interpretativo (art. 1.º).

⁽²⁹⁾ Discute-se na Doutrina uma terceira categoria de patente, não prevista na lei, a patente de uso, consistindo numa utilização diferente e nova de um produto patenteado.

O âmbito de protecção tem especificidades consoante a categoria de patente.

A patente de produto diz respeito a um produto material, a uma realidade física que pode ser uma substância, uma composição ou uma máquina⁽³⁰⁾. Segundo a posição tradicional na Doutrina, a patente de produto abrange o produto, independentemente quer do modo como é obtido, quer das suas possíveis utilizações⁽³¹⁾.

A este respeito surgem duas correntes doutrinárias. A corrente de origem germânica que defende a protecção absoluta da patente de produto.⁽³²⁾ Ou seja, qualquer invenção de novo processo ou de novo uso «*carece de autorização (licença) do titular da patente, pelo facto de se tratar de uma invenção dependente*»⁽³³⁾, sob pena de existir contrafacção. Esta protecção absoluta justifica-se, particularmente, para as invenções mecânicas ou electrónicas.

A outra corrente é de origem anglo-saxónica e preconiza uma protecção mais restrita. De acordo com esta posição, havendo invenção de novos processo ou uso, não se estaria perante uma invenção dependente, mas sim derivada. Não sendo, assim, necessária a autorização do titular da patente de produto. Esta corrente faz sentido, especialmente, no campo da indústria químico-farmacêutica (art. 54.º/1, *a* e *b*), CPI) e da biotecnologia (art. 63.º, CPI). Ao passo que a corrente germânica defende fundamentalmente os interesses do inventor, a tese da protecção relativa tutela a promoção da investigação, inovação e desenvolvimento tecnológico.

O legislador português optou pela corrente da protecção relativa ao dispor que o âmbito da protecção conferida pela patente é delimitado pelo conteúdo das reivindicações (art. 97.º/1, CPI e art. 69.º/1, CPE). Desta feita, o alcance da protecção não poderá ir além do disposto nas reivindicações. «*[A]ssim, se da interpretação*

V. SHEILA PINTO MONTEIRO, “Âmbito de protecção da Patente: A Doutrina dos Equivalentes”, in *Revista Electrónica do Instituto Brasileiro de propriedade Intelectual*, n.º 2, Julho de 2010, p. 26, nota 37, disponível em <<http://ibpi brasil.org>>.

⁽³⁰⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 415.

⁽³¹⁾ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 108.

⁽³²⁾ Sobre a protecção absoluta v. REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 878 e ss.

⁽³³⁾ SHEILA PINTO MONTEIRO, “Âmbito de protecção...”, *ob. cit.*, p. 27.

das reivindicações resultar uma função específica do produto não será razoável conferir um direito mais extenso, na sua estrutura e função (...), do que foi reivindicado e descrito»⁽³⁴⁾. Nos casos em que não seja possível a exploração de uma invenção, sem prejuízo dos direitos conferidos por uma patente anterior e ambas as invenções sirvam para fins industriais distintos, só pode ser concedida licença se se verificar o carácter indispensável da primeira invenção para exploração da segunda e, apenas, na parte necessária à realização desta (art. 109.º/1, CPI)⁽³⁵⁾.

Em síntese, a patente de produto protege-o e a todas as suas possíveis utilizações, na medida em que estejam previamente reivindicadas.

A patente de processo recai sobre uma «*actividade provida de várias etapas ou estádios ou sobre um método ou procedimento de utilização*»⁽³⁶⁾.

De acordo com os n.ºs 2 e 3 do art. 51.º, CPI, podem ser objecto de patente os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições novos ou já conhecidos. O art. 97.º/2, CPI consagra a protecção da invenção de processo e dos produtos obtidos *directamente*⁽³⁷⁾ pelo processo patenteado, trata-se da protecção de produto por processo (*product by process*), prevista igualmente no art. 64.º/2, CPE e no art. 28.º/1, a) do Acordo TRIPS⁽³⁸⁾. Frequentemente, e especialmente no domínio das invenções químicas e biotecnológicas, as invenções de produtos novos não podem ser definidas pelas suas características, sendo então necessário defini-los pelo seu processo de obtenção (*product by process claims*), correspondendo-lhe a protecção de uma reivindicação de produto *per se*⁽³⁹⁾.

(34) COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 111.

(35) Sobre o regime jurídico das licenças v. REMÉDIO MARQUES, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de direitos de Propriedade Industrial*, Almedina, Coimbra, 2008.

(36) REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 415.

(37) Distingue-se, neste ponto, da patente de produto.

(38) V., com muito interesse, o estudo sobre a protecção de invenções de produtos químicos e farmacêuticos através de patentes de processo, antes da entrada em vigor do CPI de 1995 e do Acordo TRIPS, in REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, pp. 259 e ss.

(39) V. COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 115, Decisão n.º T-0150/82, de 07/02/1984, disponível em <www.epo.org>.

Se por ventura a patente tiver por objecto um processo de fabrico de um produto novo, quando um terceiro fabrique o mesmo produto, a lei presume que este foi fabricado pelo processo patenteado (trata-se, porém, de uma presunção *iuris tantum* e, portanto, ilidível, art. 98.º, CPI).⁽⁴⁰⁾ Assim, o terceiro terá de provar que fabricou o produto através de um processo inovador.

Cabe ainda referir que os n.ºs 3 e 4 do art. 97.º, CPI⁽⁴¹⁾, vieram alargar os âmbitos de protecção conferidos a matérias biológicas e a processos que permitem reproduzir matérias biológicas, às matérias biológicas obtidas por reprodução ou multiplicação destes e que apresentam as mesmas propriedades⁽⁴²⁾. Já o art. 97.º/5, CPI, diz respeito à possibilidade de se conferir protecção por patente a vegetais ou animais, na medida em que a protecção conferida a um produto que contenha uma informação genética ou que consista numa informação genética abrange (sob reserva do disposto no art. 53.º/3, *a*), CPI) qualquer matéria em que o produto esteja incorporado na qual esteja contido e exerça a sua função⁽⁴³⁾.

1.2.2. O Conteúdo Negativo do Âmbito de Protecção da Patente

O problema da delimitação do âmbito da protecção da patente não termina aqui. Na verdade, o alcance da protecção determinado pelas reivindicações permite-nos, apenas, aferir se houve ou não violação literal da patente, isto é, quando os elementos do produto ou processo infractores coincidem na totalidade com o disposto nas reivindicações da patente. No entanto, frequentemente, verifica-se a contrafacção não literal da patente, ou seja, aqueles casos

⁽⁴⁰⁾ Sobre a *ratio legis* deste preceito e os requisitos legais para um interessado usufruir da inversão do ónus da prova, v. COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 112, 114-115.

⁽⁴¹⁾ Resultam da transposição do art. 8.º da Directiva 98/44/CE, 6 de Julho, relativa à protecção das invenções biotecnológicas.

⁽⁴²⁾ Salvo o disposto no art. 103.º, n.º 2, CPI.

⁽⁴³⁾ Art. 9.º Directiva 98/44/CE, 6 de Julho.

em que terceiros alteram um elemento da invenção patenteada e substituem-no por outro, com uma estrutura diferente, mantendo, porém, a mesma função e o resultado final daquela. Desta feita compreende-se que o alcance da protecção determinado pelas reivindicações seja estendido, de forma a proteger o titular da patente das violações não literais. Trata-se do chamado conteúdo negativo do âmbito da protecção do direito de patente.

Para fazer face à situação de contrafacção não literal da patente surgiu a Doutrina dos Equivalentes⁽⁴⁴⁾, no início do século passado, na Alemanha, por KOHLER.

De acordo com GOMÉZ SEGADE, esta Doutrina cumpre duas funções essenciais no Direito das Patentes: ajudar a determinar a patenteabilidade de uma invenção, nomeadamente, se se verificam os requisitos da novidade e da actividade inventiva; e, ajudar a delimitar o âmbito da protecção da patente, *maxime*, se houve ou não violação desta⁽⁴⁵⁾.

A Doutrina dos Equivalentes foi consagrada no art. 2.º do Protocolo Interpretativo do art. 69.º, CPE⁽⁴⁶⁾. Dispõe este preceito que «*para efeitos de determinação da extensão da protecção conferida por uma patente europeia, deve ter-se em conta todo o elemento equivalente a um elemento especificado nas reivindicações*».

Este artigo foi aprovado na Conferência Diplomática de Revisão da CPE de Novembro de 2000, em Munique, com o intuito de harmonizar os Direitos de Patentes, na questão da delimitação da protecção conferida pela patente, gerando certeza e segurança jurídicas. Refira-se, no entanto, que a disposição normativa não define *elemento equivalente*, não refere o momento em que a equivalência deve ser apreciada, nem os requisitos para aplicação da Doutrina dos Equivalentes.

(44) Para além desta doutrina, destaca-se a Doutrina da Essencialidade da invenção (*pith and marrow*). Sobre esta v. GOMÉZ SEGADE, “Actividade Inventiva y Doctrina de los Equivalentes”, in *Direito Industrial*, Vol. IV, AA.VV., Almedina, Coimbra, 2005, p. 44; SHEILA PINTO MONTEIRO, “Âmbito de protecção...”, *ob. cit.*, pp. 49 e ss.

(45) GOMÉZ SEGADE, “Actividade Inventiva...”, *ob. cit.*, pp. 42-43.

(46) Protocolo que faz parte integrante da CPE, art. 164.º, CPE, e, portanto, vigora no nosso ordenamento jurídico, aplicando-se às patentes europeias e nacionais.

Da proposta de revisão do Protocolo Interpretativo debatida na referida conferência constava um conceito de equivalência. Segundo este, haveria equivalência quando os elementos em causa realizassem a mesma função e obtêm o mesmo resultado⁽⁴⁷⁾, no entanto, não foi aprovado.

Assim, a aplicação da Doutrina dos Equivalentes depende da verificação de três requisitos cumulativos. Quer dizer, há equivalência entre dois elementos quando: realizam a mesma função; constituem solução técnica para o mesmo problema técnico; e seja detectada pelo perito na especialidade sem necessidade de realizar actividade inventiva⁽⁴⁸⁾.

A jurisprudência alemã fixou três questões que sendo respondidas afirmativamente permitem sindicar a situação de equivalência: 1.^a “a forma de execução em causa resolve o mesmo problema subjacente à invenção com meios modificados, mas com efeitos idênticos em termos objectivos?”; 2.^a “Em caso afirmativo: com base nos conhecimentos especializados o perito na matéria está em condições de encontrar o mesmo efeito com os meios modificados?”; 3.^a “Em caso afirmativo: as considerações que o perito faz dirigidas ao sentido da orientação técnica protegida pela patente são no sentido de considerar a execução modificada através dos meios alterados uma solução que é equivalente ao sentido literal dessa doutrina?”⁽⁴⁹⁾.

Já nos EUA, a determinação da existência de equivalência assenta num triplo teste, o *function-way-result test*, ou seja, os elementos em causa serão equivalentes se, substancialmente, realizarem a mesma função, do mesmo modo e obtendo o mesmo resultado.

No Reino Unido destaca-se o teste *Catnic/Improver (Epidady)*, que composto por três questões, as quais respondidas negativamente levam a concluir pela equivalência: «1. *Does the variant have a material effect upon the way the invention works*; 2. *Would the fact that the variant had no material effect have been obvious at the date of publication of the patent to a reader skilled in the art*;

(47) GOMÉZ SEGADÉ, “Actividade Inventiva...”, *ob. cit.*, pp. 50 e 52.

(48) *Idem*, pp. 52-53.

(49) COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 119.

3. *Would the skilled reader nevertheless have understood from the language of the claim that the patentee intended that strict compliance with the primary meaning was an essential requirement of the invention?»*⁽⁵⁰⁾. Quer dizer, haverá violação do direito de patente por equivalência «*se, de harmonia com as reivindicações, for evidente que o dispositivo utilizado pelo demandado (ainda quando desfrute de nível inventivo) funciona da mesma maneira para obter o mesmo resultado, desde que se conclua, no mais, que o titular da patente teve a intenção de o abranger*»⁽⁵¹⁾.

Quanto ao momento relevante para determinar a existência da equivalência, o Protocolo nada diz. Não obstante, trata-se de uma questão essencial uma vez que desde o pedido de patente ao *terminus* do direito de patente passa-se um longo período de tempo. Como tal, o estado da técnica e o conhecimento do perito na especialidade variam, assim como o juízo de equivalência entre dois elementos. São várias as possíveis soluções. Nos EUA, o momento relevante é o da presumível violação da patente, na Alemanha é a data da prioridade e no Reino Unido a data da publicação do pedido de patente⁽⁵²⁾. Entre nós, REMÉDIO MARQUES e COUTO GONÇALVES defendem esta última posição⁽⁵³⁾.

Em suma, há violação do direito de patente por equivalência sempre que: a) *[a] invenção patenteada e a invenção questionada se situarem no âmbito do mesmo problema técnico; b) [a]mbas apresentarem uma solução idêntica e os elementos modificados estiverem ao alcance de um perito na especialidade, a partir da interpretação do conteúdo das reivindicações da invenção protegida*⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ GERT KOLLE, "Interpretation of Patents and the Doctrine of Equivalents", in *Official Journal of the European Patent Office*, Special Edition, 2007, p. 132.

⁽⁵¹⁾ REMÉDIO MARQUES, *Biotechnologia(s)...*, *ob. cit.*, p. 781.

⁽⁵²⁾ Sobre esta questão v. GOMÉZ SEGADÉ, "Actividade Inventiva...", *ob. cit.*, pp. 53-55.

⁽⁵³⁾ REMÉDIO MARQUES, *Biotechnologia(s)...*, *ob. cit.*, p. 825; COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 126.

⁽⁵⁴⁾ V. Ac. do TRL de 17-09-2009, Proc. 893/1995.L1-2, disponível em <www.dgsi.pt> e COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 125.

2. Das Reivindicações

Chegado a este ponto impõe-se referirmo-nos aos elementos constantes do pedido de patente, em especial, as reivindicações e a sua interpretação que, como vimos, tem consequências deveras importantes, nomeadamente, na delimitação do âmbito de protecção da patente. Dada a sua especial relevância devem as reivindicações ser concretizadas por indivíduos altamente especializados, sob pena de o âmbito de protecção ser menor ou maior ao pretendido, ou em casos limite, permitir que outros agentes económicos, aproveitando-se de reivindicações mal conseguidas, obtenham protecção legal através do direito de patente que *a priori* não conseguiriam se aquelas estivessem devidamente concretizadas.

2.1. Do Pedido de Patente

2.1.1. Forma

A protecção legal conferida a uma invenção através do direito de patente exige um procedimento administrativo próprio, desencadeado pelo inventor (arts. 58.º a 60.º, CPI). Na verdade, ao contrário de outros direitos, como o direito de propriedade, o direito de patente é concedido pelo Estado. Nasce de um acto administrativo, emanado por uma entidade administrativa. Em Portugal, a entidade competente para a concessão de direitos de propriedade industrial, incluindo o direito de patente, é o INPI⁽⁵⁵⁾. A concessão administrativa do direito de patente traduz-se na chamada *administração pública de direito privado*⁽⁵⁶⁾.

O procedimento administrativo⁽⁵⁷⁾ tem início com o pedido de patente (arts. 61.º e 62.º, CPI) e tem por finalidade a verificação

⁽⁵⁵⁾ No âmbito da via europeia de protecção esse papel cabe ao IEP e, na via internacional, também à OMPI.

⁽⁵⁶⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 378.

⁽⁵⁷⁾ Está regulado nos arts. 61.º e ss., CPI. Sobre o procedimento de obtenção do

dos requisitos impostos por lei para ser concedido o direito de patente.

Note-se que no procedimento de concessão do direito de patente vigora o princípio da unidade da invenção. Ou seja, no mesmo requerimento não se pode pedir mais de uma patente nem uma só patente para mais de uma invenção (art. 71.º, CPI, art. 82.º, CPE). Poderá haver uma pluralidade de invenções, desde que ligadas entre si, de tal forma que constituam um único conceito inventivo, sendo, portanto, considerada como uma só invenção (art. 71.º n.º 2, CPI). Se o princípio da unidade da invenção não for respeitado, o examinador informará o requerente da falta de unidade, através de uma notificação acompanhada do relatório de pesquisa parcial e um convite para a apresentação de um pedido divisionário para a invenção ou invenções que não apresentam unidade da invenção para com a invenção reivindicada⁽⁵⁸⁾.

O pedido de patente é apresentado⁽⁵⁹⁾ ao INPI em requerimento redigido em língua portuguesa (art. 61.º/1, CPI). Segundo o n.º 1 do art. 10.º, CPI, o pedido de patente pode ser apresentado pelo próprio requerente (interessado ou titular do direito) ou por mandatário constituído (Agente Oficial da Propriedade Industrial, advogado ou qualquer outra pessoa com poderes de representação do requerente). O requerimento deve indicar: (1) a identificação do requerente; (2) a epígrafe ou o título que sintetize o objecto da invenção; (3) o nome e o país de residência do inventor; (4) o país onde se tenha apresentado o primeiro pedido, a data e o n.º dessa apresentação, no caso de o requerente pretender reivindicar o direito de prioridade; (5) a menção de que requereu modelo de utilidade para a mesma invenção, se for o caso; (6) assinatura ou identificação electrónica do requerente ou do seu mandatário⁽⁶⁰⁾.

direito de patente nas vias de protecção nacional, europeia e internacional, cf. COUTO GONÇALVES, *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 125 e ss.

⁽⁵⁸⁾ V. *Guia de Procedimentos para Direitos de Incidência Tecnológica*, p. 128, disponível em <www.inpi.pt>.

⁽⁵⁹⁾ Presencialmente, por correio, fax ou via internet (<www.inpi.pt>).

⁽⁶⁰⁾ Sobre os requisitos formais (art. 62.º/2, CPI) dos documentos a apresentar juntamente com os requerimentos dos pedidos de concessão de direitos de propriedade indus-

Da informação constante do requerimento, destaca-se a epígrafe ou título. Quando o título dado à invenção abrange objecto diferente deve haver recusa da patente (art. 73.º, *c*), CPI), se a patente tiver sido concedida estaremos perante uma causa de nulidade da mesma (art. 113.º, *c*), CPI). A epígrafe deve ser clara e expressar, de forma concisa, o domínio técnico ao qual pertence a invenção. Como tal, devem ser excluídos da epígrafe: nomes pessoais; expressões de fantasia; a palavra “*patente*” ou termos similares de natureza não técnica que não servem para identificar a invenção; a abreviação “*etc.*”; títulos muito vagos como “*Método*”, “*Aparelho*”, “*Composto químico*”; títulos que sejam constituídos por mais do que uma frase; nomes e marcas comerciais⁽⁶¹⁾.

2.1.2. Elementos

De acordo com o preceituado no art. 62.º, CPI (art. 78.º, CPE) devem juntar-se ao requerimento tratado no ponto anterior, quatro elementos redigidos em língua portuguesa: (1) as reivindicações, (2) a descrição do objecto da invenção, (3) os desenhos necessários à perfeita compreensão da descrição (4) e o resumo da invenção.

a) *Resumo*

O resumo consiste numa breve exposição do que é referido na descrição, reivindicações e desenhos e não deve conter mais de 150 palavras. Este elemento serve, exclusivamente, para fins de informação técnica e não será tomado em consideração para qualquer outra finalidade, designadamente, para determinar a extensão da protecção (art. 62.º/6, CPI).

trial v. o Despacho n.º 24743/2008, de 3 de Outubro, alterado pelo Despacho n.º 28670/2008, de 7 de Novembro.

(61) *Guia de Procedimentos...*, *ob. cit.*, p. 48.

Refira-se que o resumo é publicado no BPI e tem um conteúdo obrigatório. Isto é, deve conter: *a)* o título do invento; *b)* o domínio da técnica a que pertence o invento e a sua principal utilização, devendo ser redigido de forma a permitir uma clara compreensão do problema técnico que se pretende solucionar; *c)* as características principais ilustradas na figura para publicação (Despacho n.º 24743/2008, de 3 de Outubro, ponto 2.4.).

b) Desenhos

Quanto aos desenhos, estes devem ser constituídos por figuras em número estritamente necessário à compreensão da invenção.

c) Descrição

A descrição constitui um elemento preponderante do pedido de patente. E desempenha o *fim principal* do instituto do Direito de Patente, isto é, «*a divulgação de informação científico tecnológica e a promoção da disseminação deste conhecimento*»⁽⁶²⁾, justificando o direito exclusivo conferido ao titular da patente (art. 101.º, CPI), pelo período de 20 anos (art. 99.º, CPI).

Nos termos do art. 62.º/4, CPI e art. 83.º, CPE, a descrição deve indicar tudo o que constitui o objecto da invenção de modo a que o perito na especialidade a possa executar. Estes preceitos dão poucas indicações relativamente ao conteúdo deste elemento do pedido. No entanto, atendendo ao disposto no ponto 2.2. do Despacho mencionado anteriormente e à Regra 27, n.º 1 do Regulamento de Execução da CPE, podemos fixar com mais precisão o conteúdo que se impõe a uma descrição.

Assim, a descrição deve conter as seguintes indicações:

- O título ou epígrafe do invento;
- O domínio técnico em que a invenção se insere;
- O estado da técnica anterior que seja útil para a compreensão da invenção e a relação desta com aquele. A indicação

(62) REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 385.

do estado da técnica deve ser acompanhada da bibliografia que o reflecte.

- Descrição da invenção, tal como é caracterizada nas reivindicações, de maneira a que o problema técnico que ela aborda possa ser apreciado e a solução possa ser entendida.
- Descrição das vantagens trazidas pela invenção relativamente ao estado da técnica.
- Descrição detalhada dos desenhos ou figuras se, por ventura, forem incluídos.
- Um modo de realização da invenção cuja protecção é pedida, o qual deverá conter os exemplos convenientes e referências aos desenhos, caso existam.
- Por fim, o modo explícito da susceptibilidade de aplicação industrial (art. 55.º/3, CPI) do invento, se tal não for óbvio na descrição ou a partir da natureza da invenção. A descrição deve ser apresentada por esta ordem, a menos que, devido à natureza da invenção, seja conveniente, para sua melhor compreensão, uma ordem diferente (Regra 27, n.º 2, Regulamento de Execução CPE).

Sublinhe-se que a nossa lei exige a divulgação, de forma clara, de pelo menos um modo de execução da invenção pelo perito na especialidade. Nos EUA já se exige que seja divulgado a *melhor forma* de execução da invenção⁽⁶³⁾. Parece-nos que a posição estadunidense oferece a vantagem do perito na especialidade intuir com mais facilidade aquilo que foi inventado, facilitando, igualmente, a interpretação das reivindicações. E, por consequência, a determinação do âmbito da protecção da patente.

O legislador português não exige que sejam descritos todas as formas de executar o invento. Não é necessário que sejam descritos os detalhes relativos a características auxiliares bem conhecidas. Impõe-se sim a divulgação das características técnicas essenciais,

(63) REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 387.

para que o perito na especialidade possa executar a invenção, sem exercer actividade inventiva própria e sem recorrer a um esforço desproporcionado substancialmente oneroso⁽⁶⁴⁾.

Assim, a descrição será suficiente quando o perito na especialidade, atendendo a todos os elementos técnicos descritos, execute a invenção. *A contrario*, haverá insuficiência da descrição quando o «*conteúdo das reivindicações é mais ambicioso do que os elementos técnicos contidos na descrição*»⁽⁶⁵⁾.

Havendo insuficiência da descrição, o pedido de patente deve ser recusado (art. 73.º/1, *d*) e art. 100.º, *b*), CPE) ou, caso a patente já tenha sido concedida, deve ser declarada nula nos termos do art. 113.º, *d*), CPI (art. 138.º/1, *b*), CPE).

d) Reivindicações

As reivindicações são o elemento mais importante do pedido de patente pelas funções que desempenham (já mencionadas *supra*, ponto 1.2.1.). Dada a sua especial importância no presente estudo, dedicar-nos-emos, desenvolvidamente, no seguinte ponto sobre esta matéria.

2.2. As Reivindicações do Pedido de Patente

As reivindicações constituem um elemento essencial do pedido de patente. De acordo com o art. 62.º/3, CPI (art. 84.º, CPE) são elas que definem o objecto da protecção requerida, isto é, aquelas características técnicas novas que se pretendem proteger.

As reivindicações são, assim, um elemento constitutivo do pedido de patente, tendo em vista a definição do objecto da protecção requerida, através da caracterização dos elementos técnicos novos. Observando os requisitos da clareza, concisão, correcção da

⁽⁶⁴⁾ Cf. o art. 63.º, CPI sobre a suficiência da descrição no âmbito das invenções biotecnológicas.

⁽⁶⁵⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 401.

redacção e suporte na descrição e com uma estrutura formal específica (preâmbulo e parte caracterizante).

A exigência das reivindicações enquanto elemento do pedido de patente surgiu no século XVIII no Reino Unido e no século XIX nos restantes países⁽⁶⁶⁾.

2.2.1. Forma

Tendo em conta o disposto no art. 62.º/3, *a)* e *b)*, CPI, no ponto 2.1 do Despacho n.º 24743/2008 e a Regra n.º 29/1 do Regulamento de Execução da CPE, cada reivindicação deve ser constituída por uma única frase e estar dividida em duas partes: (1) o *Preâmbulo*, iniciado pelo título e no qual é mencionado o objecto da invenção e as características técnicas que fazem parte do estado da técnica; (2) a *Parte Caracterizante*, precedida da expressão «*caracterizado por*», em que são expostas as características técnicas que defendem a extensão da protecção requerida e que são consideradas novas pelo requerente.

As características essenciais da invenção devem ser definidas na primeira ou principal reivindicação (ponto 2.1, *h)* do Despacho n.º 24743/2008). Além de que, nas reivindicações, não se deve fazer referência à descrição ou aos desenhos, salvo em casos de absoluta necessidade (ponto 2.1, *o)* do Despacho n.º 24743/2008).

2.2.2. Tipos de Reivindicações

De acordo com o ponto 2.1, *i)* do Despacho n.º 24743/2008, podemos considerar vários tipos de reivindicações: (1) *reivindica-*

⁽⁶⁶⁾ Cf., desenvolvidamente, REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 728 e ss.

ções de produto que dizem respeito a entidades físicas (produtos, dispositivos) e *reivindicações de processo* quanto a actividades (processo, utilização)⁽⁶⁷⁾; (2) *reivindicações independentes* e *reivindicações dependentes*. As reivindicações independentes são aquelas onde se declaram as características técnicas essenciais da invenção. As reivindicações dependentes referem-se a pormenores ou singularidades técnicas relativas ao preâmbulo ou à parte caracterizante das reivindicações independentes. As reivindicações dependentes devem conter no início uma referência à reivindicação independente a que se referem.

Relativamente ao número de reivindicações independentes é permitido mais do que uma em cada categoria, desde que seja mantida a unidade da invenção e apenas se a matéria reivindicada se encontrar numa das seguintes situações:

- ser um conjunto de produtos inter-relacionados;
- consistir em usos diferentes do mesmo produto ou dispositivo;
- constituir soluções alternativas para um problema específico em que não seja apropriado cobrir as referidas alternativas numa única reivindicação⁽⁶⁸⁾.

Por fim, as reivindicações devem ser numeradas sequencialmente em algarismos árabes e organizadas de modo a que as reivindicações relacionadas tenham a menor distância possível entre si, de forma a poderem ser facilmente associadas.

⁽⁶⁷⁾ É possível existirem reivindicações que incluem, quer elementos de produtos, quer elementos de processo, v. documento do IEP, *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office*, 6.^a ed., Julho de 2010, disponível em <www.epo.org>, p. 252.

⁽⁶⁸⁾ Ponto 2.1, i) Despacho n.º 24743/2008 e Regra n.º 29/2 Regulamento de Execução da CPE.

2.2.3. Requisitos das Reivindicações

a) Clareza

De acordo com o disposto nos arts. 62.º/3, CPI e 84.º, CPE, as reivindicações devem ser claras, concisas e apoiarem-se na descrição.

Atendendo ao papel determinante das reivindicações, em especial, na definição do objecto da protecção requerida e na delimitação do âmbito de protecção, compreende-se a exigência do requisito da clareza quanto às reivindicações. É importante que o perito na especialidade compreenda o significado dos termos de uma reivindicação, sem quaisquer ambiguidades ou dúvidas. O significado da linguagem utilizada numa reivindicação deve ser claro apenas pelo texto da reivindicação, sem necessidade de efectuar pesquisas exaustivas sobre o significado dos termos usados. As reivindicações não devem conter contradições ou inconsistências (Decisão T 2/80, 5/06/1981).

O requerente do pedido deve utilizar palavras, na medida do possível, com significado preciso, prevenindo incertezas no seu sentido. Assim, importa especificar explicitamente as características técnicas essenciais. Evitando a utilização de termos relativos (como “forte”, “fraco”, “alto”, “baixo”), a não ser que tenham um sentido preciso na área técnica em questão. E expressões como “cerca de” e “aproximadamente”. Estas palavras só devem estar presentes se não impedirem a invenção de ser distinguida do estado da técnica (Decisão G 2/88, de 11/12/1989).

Já a caracterização de um produto pelos seus parâmetros só deve ser permitida nos casos em que é impossível defini-lo de outra forma. Exige-se, porém, que os parâmetros possam ser determinados por método descrito na descrição ou sejam do conhecimento geral.

Nos casos em que há renúncias (*disclaimers*), ou seja, em que se reivindique que não existe uma certa característica, verifica-se falta de clareza. Só assim não será nos casos em que a limitação exclua uma versão possível da invenção que não seria patenteável, ou se a adição de mais características positivas não definiria tão

bem a invenção como a negação de alguma, ou se tornaria a protecção limitada sem necessidade⁽⁶⁹⁾.

Através de algumas decisões das Câmaras Técnicas do IEP⁽⁷⁰⁾, podemos referir alguns exemplos do que pode ou não constituir falta de clareza:

1. De acordo com o disposto nas Decisões T 1020/98, de 27/06/2003 e T 574/96, de 30/07/1999, o facto das reivindicações serem complexas tecnicamente não significa que não haja clareza, não se exige que sejam simples, a simplicidade não é um requisito de patenteabilidade.
2. Nos casos em que existem contradições entre as definições técnicas constantes nas reivindicações e o método de execução apresentado na descrição (T 734/05, de 27/04/2007), ou quando o próprio conteúdo técnico de uma reivindicação é contraditório (T 563/04, de 6/03/2007), já se verifica falta de clareza.
3. No caso T 165/84, de 29/01/1987 foi considerado que as reivindicações têm falta de clareza se os elementos técnicos que delimitam o objecto da protecção não podem ser apreendidos através delas.
4. Foi igualmente considerado, na Decisão T 762/90, de 29/11/1991, falta de clareza a utilização de uma marca que designava um conjunto de diversos produtos, que diferiam uns dos outros, dependendo das fases do seu desenvolvimento industrial. Para além disso, a referência à marca gerava dúvidas, uma vez que é incerto se o significado da marca permaneceria o mesmo até ao fim da patente.
5. No caso T 363/99, de 19/04/2004 estava em causa a referência, num preâmbulo de uma reivindicação, a um elemento específico de uma patente alemã. Tendo sido considerado que havia falta de clareza porque era impossível

⁽⁶⁹⁾ V. *Guia de Procedimentos...*, *ob. cit.*, p. 199, e AA.VV., *Código da Propriedade...*, *ob. cit.*, pp. 229-230.

⁽⁷⁰⁾ Disponíveis em <www.epo.org>.

determinar o objecto da protecção requerida sem consultar o documento da referida patente, ainda que sejam indicados os dados sobre a publicação da referida patente. A formulação de uma reivindicação deve ser feita através da forma objectivamente mais precisa⁽⁷¹⁾.

b) Concisão

Outro requisito relativo às reivindicações é a concisão (arts. 62.º/3, CPI, 84.º, CPE e Regra 29/5 do Regulamento de Execução da CPE).

O número de reivindicações constantes do pedido de patente deve ser o estritamente necessário para definir as características técnicas dos elementos essenciais. Assim o número razoável e aceitável de reivindicações há-de ser determinado em função da natureza da invenção, dos factos e circunstâncias do caso concreto e do interesse do público-alvo (Decisão T 246/91, de 14/09/1993, ponto 7).

c) Suporte na Descrição

Para além da clareza e concisão, as reivindicações devem ser fundamentadas na descrição (arts. 62.º/3 CPI, 84.º CPE e ponto 2.1.,f), Despacho n.º 24743/2008). Quer dizer, entre a matéria reivindicada e a matéria descrita não pode haver inconsistências. Ambas devem estar em concordância. Não é possível reivindicar algo que não esteja descrito.

Haverá falta de suporte na descrição quando, por exemplo, há uma característica técnica essencial que é reivindicada, mas não é mencionada na descrição (Decisão T 133/85, de 25/08/1987). Podendo neste caso estar em causa também a insuficiência da descrição. Este requisito permite evitar reivindicações demasiado ambiciosas e que constituam verdadeira ficção-científica. O suporte na descrição *«assegura que o âmbito de protecção do direito de patente não excede, ou não difere substancialmente do objecto da*

(71) Cf. *Case Law of the Boards...*, ob. cit., pp. 251-270.

invenção precipuamente divulgado no pedido de patente, permitindo que os terceiros possam facilmente (...) antecipar e evitar o risco de os dispositivos, os materiais ou os processos que pretendam fabricar ou utilizar violarem o direito de patente»⁽⁷²⁾.

Refira-se que reivindicações sem suporte na descrição são passíveis de nulidade, podendo haver nulidade parcial ou total do pedido de patente (art. 33.º/1, b), CPI).

2.2.4. Interpretação das Reivindicações

a) Ao longo do presente estudo demos conta da suma importância das reivindicações. Recordando os arts. 62.º/3, CPI (art. 84.º, CPE) e 97.º/1, CPI (art. 69.º, CPE), as reivindicações definem o objecto da protecção requerida e delimitam o âmbito de protecção conferido pela patente. Deste modo, é fundamental que se compreenda correctamente o sentido das reivindicações, nomeadamente, aquelas que contém palavras ou expressões ambíguas. Importa precisar o sentido com que as reivindicações devem valer, de maneira a realizarem as funções definidas por lei.

Posto isto, é fulcral que as reivindicações sejam objecto de uma tarefa interpretativa, ainda que os seus termos sejam aparentemente claros. Deve ser sempre feita a interpretação das reivindicações, isto é, a determinação ou fixação do exacto sentido com que devem valer. A interpretação das reivindicações visa a clarificação de ambiguidades e termos técnicos, precisando o objecto da invenção protegida⁽⁷³⁾.

No mundo do Direito, a interpretação é uma actividade diária, seja de leis, de contratos ou de outros actos jurídicos. Relativamente à interpretação jurídica de disposições legais vale o disposto no art. 9.º, CC que se aplica, em regra, a toda a ordem jurídica. Alguns ramos do direito têm as suas especificidades no que toca à tarefa interpretativa (Direito Penal, Direito Fiscal). À luz do disposto no art. 9.º do CC, a

⁽⁷²⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 449.

⁽⁷³⁾ GERT KOLLE, "Interpretation of Patents...", *ob. cit.*, p. 128.

interpretação deve ser feita tendo em conta os elementos: literal, sistemático, histórico e teleológico. Coloca-se a questão se o disposto nesta disposição aplica-se no âmbito do Direito da Propriedade Industrial, na medida em que se trata de um ramo do direito incluído no Direito Comercial, que por sua vez é um direito especial face ao Direito Civil. Pergunta-se se poderão as regras interpretativas da lei civil valer para o subsistema Direito de Patentes, incluindo para o disposto no pedido de patente, *maxime*, as reivindicações.

Outra dúvida consiste em saber se as reivindicações devem ser interpretadas como um negócio jurídico ou como uma disposição legal. A este respeito a Doutrina não é unânime, GERT KOLLE e ALLEN NARD defendem a interpretação das reivindicações como se de uma lei se tratasse⁽⁷⁴⁾. Compreende-se a dificuldade da questão, por um lado, as reivindicações constituem verdadeiras declarações de vontade à semelhança de um contrato, por outro, o direito de patente é um direito com eficácia *erga omnes*, oponível a terceiros e com consequências na esfera de actuação destes. Dados estes elementos, parece-nos que a posição defendida pelo Doutor REMÉDIO MARQUES deve prevalecer, na medida em que confere um equilíbrio à tarefa interpretativa, gerando certeza e segurança jurídicas, e vai no sentido do disposto no art. 1.º do Protocolo Interpretativo do art. 69.º, CPE. De acordo com a tese do Professor de Coimbra, a interpretação das reivindicações deve combinar o critério da impressão do declaratório com o da intenção subjectiva do requerente⁽⁷⁵⁾.

Dadas as especificidades do direito de patente, a interpretação não deve ser, portanto, efectuada à luz do art. 9.º, CC. A interpretação das reivindicações constitui uma realidade muito específica, sujeita a princípios e regras singulares.

b) A interpretação das reivindicações é uma actividade exercida pelos tribunais, mas também pelas entidades administrativas que examinam os pedidos de patentes, tendo ambas interesse na

⁽⁷⁴⁾ GERT KOLLE, “Interpretation of Patents...”, *ob. cit.*, p. 128; CRAIG ALLEN NARD, “A Theory of Claim Interpretation”, in *Intellectual Property Law Review*, 2002, pp. 57 e ss., 135 e nota 339 (também disponível em <www.ssrn.com>).

⁽⁷⁵⁾ REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s)...*, *ob. cit.*, pp. 843-847.

prosecução desta tarefa de forma correcta (Decisão G 2/88, de 11/12/1989).

De acordo com a jurisprudência das Câmaras Técnicas de recurso do IEP, devem ser seguidos pelo intérprete alguns princípios gerais quanto à interpretação das reivindicações:

- O intérprete deve evitar interpretações ilógicas ou que não fazem sentido técnico.
- O intérprete deve ser alguém com o sentido de construir uma interpretação lógica do ponto de vista técnico, e não um indivíduo com tendência para obter resultados negativos. «*The patent must be construed by a mind willing to understand, not a mind desirous of misunderstanding*»⁽⁷⁶⁾.

c) Quanto aos critérios interpretativos constantes na lei, o CPI é praticamente omissivo. Indicando apenas que as reivindicações devem ser interpretadas tendo em consideração a descrição e os desenhos (art. 97.º/1).

No âmbito da CPE, cumpre destacar o art. 1.º do Protocolo Interpretativo do art. 69.º CPE:

«O artigo 69.º não deve ser interpretado como significando que a extensão da protecção conferida por uma patente europeia é determinada no sentido estrito e literal do texto das reivindicações e que a descrição e os desenhos servem unicamente para dissipar as ambiguidades que poderiam ocorrer nas reivindicações. Nem deve ser considerado como significando que as reivindicações servem unicamente como orientação e que a protecção se estende também ao que, da consideração da descrição e desenhos por um especialista na matéria, o titular da patente entendeu proteger. Pelo contrário, o artigo 69.º deve ser interpretado como definindo uma posição, entre estes extremos, que assegura uma protecção justa ao titular da patente e um grau razoável de segurança jurídica para terceiros».

Este preceito refere-se à determinação do âmbito de protecção do direito de patente, que por sinal é delimitado pelas reivindicações,

(76) *Case Law of the Boards ...*, ob. cit., p. 280.

e não pelo *conteúdo* destas, como acontecia segundo a antiga redacção deste artigo. Não obstante, é possível retirar do referido preceito algumas regras a seguir na tarefa interpretativa das reivindicações:

- não deve ser feita uma interpretação estrita e literal das reivindicações;
- a descrição e os desenhos não servem apenas para dissipar ambiguidades que possam existir nas reivindicações, estas devem ser interpretadas com base e na linha da descrição e dos desenhos, contribuindo decisivamente para o resultado interpretativo final;
- não se deve considerar, por outro lado, que as reivindicações são meras orientações, interpretando-as e dando-lhes exclusivamente o sentido que o requerente terá querido significar;
- as reivindicações devem ser interpretadas tendo em perspectiva um resultado que proteja os interesses do titular da patente mas também os interesses de terceiros, na óptica do perito médio na especialidade.

d) Após estas breves considerações e tendo em conta os elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais, estamos em condições de avançar um conjunto de Regras que devem ser tidas em conta na interpretação das reivindicações.

As reivindicações devem ser interpretadas à luz do disposto na descrição e nos desenhos. A descrição constitui o dicionário personalizado das reivindicações. De modo que as inconsistências entre a descrição, os desenhos e as reivindicações sejam de evitar⁽⁷⁷⁾. Refira-se que a tarefa interpretativa não deve dar excessiva ênfase ao elemento gramatical ou literal. A interpretação deve ser realizada à luz dos elementos lógico e teleológico, procurando retirar um sentido técnico.

As reivindicações, assim como os restantes elementos do pedido de patente, são excessivamente técnicas, complexas, de

(77) GERT KOLLE, “Interpretation of Patents...”, *ob. cit.*, p. 128.

difícil compreensão e, portanto, inalcançáveis para pessoas comuns. Assim, a interpretação deve basear-se no ponto de vista, compreensão e conhecimento do perito na especialidade, à data da publicação do pedido de patente.

Quando, por ventura, surjam expressões do género “*de preferência*” ou “*por exemplo*”, estas devem ser interpretadas no sentido de tornar opcional a característica que se lhes segue, não no sentido de limitar o seu âmbito⁽⁷⁸⁾. No caso de expressões como “*Aparelho para*” ou “*Método para*”, devem ser interpretadas no sentido de “*Aparelho apropriado para*”, “*Método apropriado para*”, assim, mesmo que possuam os elementos técnicos reivindicados, não antecipam a invenção caso não sejam apropriadas para a função declarada⁽⁷⁹⁾.

Relativamente às reivindicações que utilizam o termo “*compreende*”, como na patente que ora analisamos, verifica-se alguma falta de clareza e deve ser interpretado com cuidado. Na linguagem corrente, a palavra “*compreende*” pode significar, por um lado, “*incluir*”, “*conter*” e “*abranger*”, por outro, pode querer dizer “*consiste em*”. De acordo com as decisões T 759/91, de 18/11/1993 e T 522/91, de 18/11/1993 deve optar-se, por razões de segurança jurídica, pelo significado mais amplo, ou seja, “*incluir*”, “*conter*” e “*abranger*”. Não se pense que a opção pelo termo “*compreende*” ou “*consiste*” se trata de uma escolha insignificante. Na verdade, pode ter consequências na extensão do âmbito de protecção da patente. Aquele atribuí, à partida, um alcance de protecção mais vasto.

Em suma, as reivindicações devem ser interpretadas, tendo em conta «*o fim visado pelo requerente da protecção (ou titular da patente, se for o titular originário) ao reivindicar certas características técnicas e não outras (...), como também indagar se esse sentido é aquele que os peritos (médios) na especialidade razoavelmente lhe atribuiriam, tomando-se em conta os elementos técnicos que eles teriam apreendido através da leitura das reivindicações, da descrição, dos desenhos*»⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ *Guia de Procedimentos...*, ob. cit., p. 195.

⁽⁷⁹⁾ *Guia de Procedimentos...*, ob. cit., pp. 196-197.

⁽⁸⁰⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, ob. cit., p. 464.

3. Do Certificado Complementar de Protecção

Para concluir o presente estudo importa referenciar a figura do certificado complementar de protecção. Mais concretamente determinar quais os pressupostos legais para concessão de um CCP e a determinação do objecto da protecção conferida por este. Neste sentido, cumpre analisar o regime jurídico relativo ao CCP, destacando o papel fundamental das reivindicações na concessão deste direito de propriedade industrial.

a) Um dos interesses fundamentais de qualquer Sociedade é a Saúde Pública. Ao longo dos tempos, houve uma tendência significativa deste Bem fundamental melhorar. Sendo a esperança média de vida, nos países desenvolvidos, bastante mais elevada do que em tempos fora. Para este feito, o contributo da indústria farmacêutica foi decisivo. No entanto, trata-se de um sector que exige um forte investimento financeiro. Assim, compete ao Direito da Propriedade Industrial defender a promoção da investigação e da inovação na área dos produtos farmacêuticos, em nome do interesse público. Mas para que o desenvolvimento científico continue a sua caminhada, é necessária a atribuição de direitos exclusivos para exploração desses produtos, àqueles que os inventam e investem fortemente na sua criação.

Ao contrário do que acontece com as restantes invenções protegidas pelo direito de patente, a comercialização de medicamentos necessita de uma autorização administrativa prévia. Trata-se da conhecida Autorização de Introdução de Mercado (regulada nos arts. 14.º e ss do Estatuto do Medicamento e nos arts. 6.º e ss. da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001), concedida a nível nacional pelo INFARMED e a nível europeu pela Agência Europeia do Medicamento.

Contudo, o processo de concessão de AIM é bastante demorado, uma vez que são necessários inúmeros testes e ensaios clínicos para comprovar a sua eficácia, segurança e qualidade, para que o bem jurídico mais importante, a vida humana, não seja posta em causa. Ora esta morosidade veio diminuir significativamente o

espaço temporal para exploração económica do produto farmacêutico. O período de tempo que decorre entre o pedido de patente e a concessão de AIM pode ser de vários anos, reduzindo, drasticamente, a protecção conferida pela patente a um período insuficiente para amortizar os investimentos efectuados na investigação⁽⁸¹⁾. Colocando em perigo o desenvolvimento científico e, por consequência, a saúde pública.

Assim, impunha-se uma protecção adicional que possibilitasse a recuperação dos investimentos realizados e mantivesse os laboratórios de investigação de produtos farmacêuticos no espaço da União Europeia. Essa protecção adicional foi alcançada através da criação do CCP para medicamentos e produtos fitofarmacêuticos. «*A duração da protecção conferida pelo certificado deverá ser determinada de forma a permitir uma protecção efectiva suficiente. Para este efeito, o titular de uma patente e de um certificado deve poder beneficiar no total de um período máximo de quinze anos de exclusividade a partir da primeira autorização de introdução no mercado da Comunidade do medicamento em causa*»⁽⁸²⁾.

O CCP para os medicamentos foi criado pelo Regulamento (CE) n.º 1610/96 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 1996, entretanto revogado pelo Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio de 2009. Este regula os aspectos substantivos do CCP, ficando a regulação dos aspectos processuais para os arts. 115.º-116.º, CPI.

b) O CCP de medicamentos é concedido pelo INPI, para tal é necessário desencadear o procedimento próprio que se inicia com o pedido de CCP.

O pedido consiste num requerimento, redigido em língua portuguesa e deve conter os seguintes elementos: a) identificação do requerente; b) n.º da patente e título da invenção protegida por

⁽⁸¹⁾ O desenvolvimento de um novo fármaco constitui um investimento financeiro de grande calibre, situando-se entre os 250 e 900 milhões de dólares, v. REMÉDIO MARIQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 69.

⁽⁸²⁾ Considerando 9, do Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Maio de 2009.

essa patente; *c*) n.º e data da primeira AIM em Portugal e, caso esta não seja a primeira autorização na União Europeia, é necessário apresentar também o n.º e data dessa primeira autorização; *d*) a referência à apresentação simultânea de um pedido de prorrogação de validade do CCP quando aplicável; *e*) assinatura do requerente; *f*) cópia da primeira AIM em Portugal; *g*) indicação da denominação do produto autorizado e a disposição legal ao abrigo da qual correu o processo de autorização e cópia da publicação dessa autorização no BPI (arts. 115.º, CPI e 9.º do Regulamento n.º 469/2009)⁽⁸³⁾.

O pedido de CCP deve ser apresentado no prazo de 6 meses a contar da data em que o produto obteve a AIM como medicamento (art. 7.º/1 do Regulamento). Porém, quando a AIM for atribuída antes da concessão da patente base, o pedido deve ser apresentado no prazo de 6 meses a contar da data da concessão da patente (art. 7.º/2 do Regulamento).

Apresentado o pedido no INPI é feito o respectivo exame, verificando-se se o mesmo obedece às condições legais para a sua aprovação (art. 116.º/1, CPI). Se os pressupostos legais se verificarem, o INPI concede o certificado e promove a publicação do pedido e do despacho de concessão no BPI (art. 116.º/2, CPI). Se o pedido não preencher as condições legais, o INPI notifica o requerente para, no prazo de dois meses, proceda à correcção das irregularidades verificadas (art. 116.º/3, CPI). Caso sejam corrigidas, o INPI concede o certificado e publica-o no Boletim da Propriedade Industrial. Se o requerente não der cumprimento à notificação o pedido é recusado, publicando-se o pedido e o aviso de recusa no BPI (art. 116.º/4 e 5, CPI, art. 10.º do Regulamento).

c) A concessão do CCP está dependente da verificação de determinados pressupostos. De acordo com o art. 3.º do Regulamento, o produto⁽⁸⁴⁾ tem que estar protegido por uma patente base

⁽⁸³⁾ Doravante designaremos o mencionado Regulamento n.º 469/2009 apenas por Regulamento.

⁽⁸⁴⁾ Por produto entende-se o princípio activo ou associação de princípios activos contidos num medicamento (art. 1.º, *b*) do Regulamento). V. Acs. do TJUE, C-431/04 de 4/05/06 e C- 202/05 de 17/04/07.

em vigor, isto é, devem estar pagas todas as taxas. Para além disto, o produto não pode ter sido objecto de um CCP. A cada produto só pode ser concedido um CCP. Os produtos diferentes serão objecto de protecção por diferentes certificados. Por fim, é necessário que o produto (medicamento) possua uma AIM em Portugal, ou no país onde se requer o CCP. Sendo que a referida AIM deve ser a primeira no mercado em Portugal.

d) Relativamente ao objecto de protecção conferida por um CCP, pensamos que o disposto no Regulamento poderá suscitar algumas dúvidas. Segundo o Considerando 10 do Regulamento, *in fine*, «a protecção que o certificado confere deverá ser estritamente limitada ao produto abrangido pela autorização da sua introdução no mercado como medicamento». Parece resultar daqui que o âmbito de protecção conferido pelo CCP deve ser igual ao âmbito da AIM, não podendo ser mais vasto que este. No entanto, o âmbito da AIM pode ser mais vasto que o âmbito da protecção da patente base. Ora, no art. 4.º do Regulamento, o legislador comunitário vai no mesmo sentido que o disposto no considerando, acrescentando um limite determinante e que deve ser tido em conta. Segundo a primeira parte do referido preceito, a protecção do CCP coincide com a da AIM, mas «dentro dos limites da protecção assegurada pela patente de base».

Analisando o Regulamento integralmente, facilmente se percebe que a intenção do legislador era de limitar a protecção conferida pelo CCP ao âmbito da patente (v. arts. 5.º e 6.º do Regulamento).

Desta feita, a protecção conferida pelo CCP abrange apenas o produto coberto pela AIM do medicamento, dentro dos limites da protecção assegurada pela patente.

e) O direito ao CCP pertence ao titular da patente base ou aos seus sucessores a qualquer título (art. 6.º do Regulamento). Conferindo o certificado os mesmos direitos que os conferidos pela patente de base (art. 101.º, CPI) e estando sujeito às mesmas limitações (art. 102.º, CPI), art. 5.º do Regulamento.

f) Nos termos do art. 13.º/1 do Regulamento, o CCP começa a produzir os seus efeitos no termo legal da validade da patente

base. A duração da protecção conferida pelo CCP é calculada com base no período decorrente entre a data do pedido da patente base e a data da primeira AIM, reduzido de 5 anos. No entanto, o período de validade não pode exceder 5 anos a contar da data em que produzir efeitos (art. 13.º/2 do Regulamento).

A fórmula de cálculo do período de validade do CCP foi desenvolvida no sentido de conferir uma protecção efectiva no total de um período máximo de 15 anos de exclusividade a partir da primeira AIM⁽⁸⁵⁾.

Quando estivermos perante medicamentos de uso pediátrico e que possuam uma AIM e um CCP, é possível apresentar um pedido de prorrogação da validade do CCP, nos termos do Regulamento n.º 1901/2006, de 12 de Dezembro e do art. 115.º-A do CPI. A prorrogação tem a duração de 6 meses e tem início após a data em que termina a protecção conferida pelo CCP.

O pedido de prorrogação de validade pode ser apresentado, junto do INPI, no momento da apresentação do pedido de CCP, na sua pendência ou, se respeitar a um certificado já concedido, até 2 meses antes do termo da sua validade (art. 115.º-A, n.º 2, CPI).

A prorrogação só pode ser concedida uma vez e tem o intuito de incentivar o desenvolvimento de medicamentos de elevada qualidade de uso pediátrico⁽⁸⁶⁾.

g) Ao analisarmos os arts. 3.º, a), 4.º, 5.º e 6.º do Regulamento, percebemos claramente que a concessão do CCP está fortemente relacionada com a patente de base que protege o produto.

Nos termos do art. 3.º, a) do Regulamento, a concessão do certificado está dependente, entre outros requisitos, da protecção do produto por uma patente base. Já o art. 4.º do Regulamento dispõe que a protecção conferida pelo CCP está confinada aos limites da protecção assegurada pela patente de base. Sendo que o CCP confere os mesmos direitos que os conferidos pela patente (art. 5.º do Regulamento).

⁽⁸⁵⁾ REMÉDIO MARQUES, *Medicamentos...*, *ob. cit.*, pp. 69-70, nota 70.

⁽⁸⁶⁾ Sobre o pedido de prorrogação de validade de um CCP, *Guia de Procedimentos...*, *ob. cit.*, pp. 306-310.

Ora, tal como já foi referido, o âmbito da protecção da patente é determinado pelas reivindicações (art. 97.º/1, CPI). E os direitos conferidos pela patente não podem exceder o âmbito definido pelas reivindicações (art. 101.º/4, CPI).

Um pedido de CCP com o âmbito de protecção superior ao da AIM concedida excede o alcance da protecção conferida pela patente de base, determinado pelas reivindicações.

A este respeito destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, designadamente, o Ac. de 16 de Setembro de 1999, processo n.º C-392/97. Segundo esta decisão o «*artigo 3.º, alínea b), deve ser interpretado no sentido de que, quando um produto sob a forma mencionada na autorização de colocação no mercado está protegido por uma patente de base em vigor, o certificado complementar de protecção é susceptível de cobrir o produto, enquanto medicamento, sob todas as formas abrangidas pela protecção da patente de base. Para determinar (...) se um produto está protegido por uma patente de base, há que ter em conta as normas que regulam esta última*».

Com isto terminamos o presente estudo concluindo, sem margem para dúvidas, que as reivindicações, no âmbito do direito de patente, são o elemento mais importante, impondo-se um especial cuidado na sua elaboração. Para se perceber, no âmbito de um caso concreto real o impacto decisivo das reivindicações, incluindo no (in)deferimento de um pedido de um CCP *vide* com grande interesse o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Outubro de 2009, processo n.º 107/08.6TYLSB.L1-7, cujo relator é o Doutor Abrantes Geraldes⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Acórdão disponível em <www.dgsi.pt> e no *Boletim da Propriedade Industrial* de 21/01/2010, pp. 7 e ss. (versão integral da decisão).

O CRIME DE FURTO — UM CONTRIBUTO PARA A ANÁLISE DE UMA NOVA REALIDADE

Pelo Dr. Rogério Gomes Osório(*)

O país vive num cenário de crise prolongada. Mas esta crise não é só de cariz económico; é também uma crise que choca, de frente, com a matriz tradicional do Direito, na forma como o mesmo é concebido e relativamente aos seus espaços de actuação. Existe uma pressão enorme, por parte da sociedade — e seus operadores (cidadãos, empresas, etc.) — para que o Direito Penal dê, hoje, respostas a circunstâncias que há bem pouco tempo seriam facilmente afastadas do lastro da sua actuação. A esta atitude não é a alheia a posição do próprio legislador que parece querer trazer para o Direito Penal a punição de um, cada vez maior, número de condutas, sem muitas vezes atender aos princípios orientadores da sua actuação tradicional e originária. Esta conduta é negadora, ela mesma, da essência de *ultima ratio* deste ramo de Direito. Por outro lado, o facto de, para a sociedade, apenas o Direito Penal se mostrar como a solução única aceitável para a regulação e apuramento de responsabilidades que os cidadãos estabelecem entre si e com as empresas é demonstrativo da crise que o Direito vive

(*) Procurador-Adjunto no Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto. Mestre em Ciências Jurídico-Penais e Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto.

actualmente. A afirmação de mais Direito Penal é também a afirmação de maior descrédito de todas as outras áreas do Direito (Civil, contra-ordenacional, etc.). A exigência de mais Direito Penal em todos os quadrantes da vida é, ela própria, a negação do Direito. Mais Direito Penal é, afinal, menos Direito. A opção pela resposta do Direito Penal por parte do cidadão tem a sua compreensão em diversos factores: *a)* desde logo, o menor custo económico que lhe está subjacente — a apresentação duma queixa, em regra, está desprovida de qualquer custo económico, ao contrário da instauração duma acção de natureza cível. Tal factor tem papel decisivo, por exemplo, na gestão dos conflitos duma empresa com os seus clientes: não pagar nada pelo accionamento das regras de responsabilização penal é sempre melhor do que pagar alguma coisa pelo accionamento das regras de responsabilização civil, especialmente quando falamos de valores residuais, por exemplo; *b)* a exigência dum carácter menos formal — em regra, a apresentação duma queixa não carece de nenhum formalismo especial, não exige a constituição de mandatário; o pedido de indemnização civil, dentro do processo e até determinado valor, está desprovido de exigências de maior, etc.; *c)* a passividade *versus* proactividade — o desencadear do processo de responsabilização penal, através da apresentação duma queixa, relega para o Estado e toda a estrutura que foi criada com esse propósito (polícias, tribunais, Ministério Público, etc.), toda a actividade probatória e custos que lhe estão associados, podendo o queixoso — se assim optar —, assumir o papel de mero espectador, sem qualquer outra exigência processual de maior; *d)* a (falsa) questão da morosidade: existe a noção, nem sempre exacta, que o Direito Penal é capaz de oferecer uma solução mais célere do que qualquer outro ramo de Direito.

Contudo, os fundamentos e razões que estão por detrás da opção do cidadão e das empresas que recorrem às instâncias penais, sendo matéria a ter em consideração em sede de definição de política de Justiça, não podem ser motivo para ultrapassar aqueles que são os verdadeiros e reais princípios orientadores da intervenção do Direito Penal.

Ora, a actual situação de crise económica que marca o país trouxe, além do mais, uma nova realidade que cumpre analisar e

enquadrar juridicamente, a fim de determinar se a mesma é, ou não, susceptível de responsabilização (penal).

Os cidadãos estabelecem, no seu dia-a-dia, relações contratuais com múltiplas entidades, visando a obtenção de serviços tidos, pela generalidade da sociedade moderna⁽¹⁾, por essenciais.

Um desses contratos é o do fornecimento de água e tratamento de águas residuais. Seja directamente com as autarquias, seja através de empresas públicas ou privadas (concessionadas), a maioria da população activa tem um contrato deste género.

Como se disse, a crise que assola o país tem levado a que muitos destes contratos redundem em incumprimentos por parte dos consumidores que, vendo a sua capacidade económica enfraquecida, acabam por não pagar pelo serviço prestado. Aquele incumprimento continuado tem como resposta por parte da entidade prestadora do serviço a remoção dos contadores e a cessação do fornecimento de água. Perante o corte de fornecimento de água, têm sido detectadas inúmeras situações em que os consumidores (alegadamente) usufruem de água, fazendo ligações directas — sem contabilização de consumo — entre a rede geral e as suas habitações. Ora, é precisamente esta ligação directa, posteriormente verificada, que as entidades prestadoras do fornecimento de água, têm denunciado, em forma de queixa, junto dos serviços do M.P., solicitando a responsabilização criminal daqueles consumidores. Importará, assim, definir se tal facticidade é, ou não, passível de incriminação.

A conduta supra descrita é, em abstracto, enquadrável no tipo legal de furto (art. 203.º, C. Penal). Será, contudo, esse o adequado tratamento legal? Ou, antes, estará esta conduta desprovida de responsabilização penal, deixando-se para as instâncias cíveis a tutela dos interesses das entidades queixosas?

Vejamos, então.

Do tipo legal do crime de furto:

Dispõe o art. 203.º, C. Penal, que “*quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa*

(1) E, em Portugal, pelo próprio legislador, ao nomear a lei como Lei de Serviços Públicos essenciais.

móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

São, então, elementos típicos objectivos deste ilícito, a **SUBTRACÇÃO de COISA MÓVEL ALHEIA**.

Importa referir que é obrigatório o preenchimento cumulativo de todos estes elementos típicos objectivos para que se possa punir a conduta do agente a título de furto; *a contrario*, a não verificacão dum qualquer destes elementos afasta aquela punição.

Questiona-se, pois, se a conduta daquele que se apropria de água através de uma ligação directa, nos termos *supra* descritos, constitui subtracção de coisa móvel alheia.

Paulo Pinto de Albuquerque⁽²⁾, começa por dizer que a definição de coisa móvel para efeitos penais não se deve confundir com a noção civilística (citando também, nesse sentido, Figueiredo Dias, Eduardo Correia, António Barreiros e Paulo Saragoça Matta). Bem se percebe que aquele autor apele a uma noção de coisa móvel diferente da noção civilística. Na realidade, o Código Civil, no seu art. 204.º, define, como coisas imóveis, além do mais, as águas (alínea *b*). Tendo presente esta noção, afastada ficaria, desde logo, da punição a título de furto a conduta em análise. Não podemos concordar, porém, com aquele autor (que, diga-se, não justifica a sua posição, no sentido de não se poder apelar àquela noção). Especialmente se tivermos em conta que aquele mesmo autor faz apelo às noções civilísticas para enquadrar, no mesmo crime, outros elementos típicos objectivos⁽³⁾.

Na realidade, impõe o legislador que a interpretação da lei deve, sobretudo, ter em conta a unidade do sistema jurídico (art. 9.º, n.º 1 do CC). E, por isso, não faz sentido, num mesmo tipo legal, para determinados conceitos, fazer-se uso das noções civilísticas atribuídas a determinados conceitos e não fazer uso dessas mesmas noções para outros conceitos.

⁽²⁾ *In Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 1.ª ed., anotação 6.

⁽³⁾ Assim, aquele autor faz apelo ao conceito civilístico para definir o carácter alheio da coisa — anotação 14.

Temos pois, para nós, que não dando o legislador penal uma definição própria — e, em regra, quando o legislador penal quer dar conteúdo diferente a uma determinada figura ou conceito jurídico que também tem paralelo noutras sedes jurídicas, tem o cuidado de, naquele diploma, prever a noção que essa figura ou conceito devem ter em sede penal⁽⁴⁾ —, o conceito de coisa móvel, para efeitos de punição a título de crime de furto, deve ser preenchido fazendo uso do conceito civilístico e, por isso, a água deve ser considerada uma coisa imóvel.

Nesta matéria, importa aqui citar Pires de Lima e Antunes Varela⁽⁵⁾, que referem que *“as águas formam a segunda categoria dos imóveis. Deixa, assim, de ter interesse a questão, muito controvertida no domínio do código de Seabra, sobre a natureza mobiliária ou imobiliária das águas. Enquanto não forem desintegradas da propriedade superficiária, por lei ou negócio jurídico, as águas são partes componentes dos respectivos prédios (...). Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de per si, imóveis”*. Entendimento diferente teve o legislador para as árvores, os arbustos e os frutos naturais, que só são coisas imóveis enquanto estiverem ligados ao solo. Uma vez cortadas aquelas árvores ou arbustos ou colhidos os frutos, assumem natureza de coisa móvel. Não, há pois dúvidas, que o legislador quis qualificar as águas como coisa imóvel.

Sempre se dirá, também em jeito de nota final quanto a este ponto, que o legislador (penal) não quis fugir desta noção (civilística) em que a água deve ser vista como coisa imóvel; na realidade, o legislador (penal) considerou as águas como coisas imóveis. Por isso, previu uma punição específica para o desvio de águas⁽⁶⁾, sob a epígrafe usurpação de coisa imóvel (art. 215.º, n.º 2, C. Penal).

(4) Veja-se, a título meramente exemplificativo, a noção que o legislador penal dá de documento, quando comparado com a noção civilística — cf. art. 255.º, a) do C. Penal e art. 236.º do CC, ou a noção de dolo — cf. art. 14.º do C. Penal e art. 253.º do CC, a noção de legítima defesa — cf. art. 32.º, C. Penal e art. 337.º do C. Civil e demais noções que faz consignar nos art. 287.º, n.º 3, C. Penal, 386.º do C. Penal e 389.º do C. Penal.

(5) *In Código Civil Anotado*, volume I, art. 204.º, anotação 4.

(6) Sejam elas públicas, privadas, subterrâneas ou não — PAULO PINTO ALBUQUERQUE *in* obra citada, anotação 5 do art. 215.º, C. Penal.

Conclui-se, pois, que, não tendo o legislador atribuído uma noção específica de coisa móvel/imóvel para efeitos de punição, deve apelar-se ao conceito jurídico-civil e, nessa medida, a água (nas circunstâncias *supra* descritas) deve ser considerada coisa imóvel e, por isso, insusceptível de ser furtada. Tal não contraria, sequer, o espírito do legislador penal que, no art. 215.º, C. Penal, considera as águas como coisas imóveis.

Por outro lado, ainda que o *supra* exposto não tivesse acolhimento, estamos em crer que estaria em falha um outro elemento objectivo: **o carácter alheio da coisa**.

Conforme refere José Faria da Costa⁽⁷⁾, “*não podem ser objecto do crime de furto coisas que não sejam de outrem. De sorte que são alheias, em princípio, sublinhe-se, todas as coisas que não são próprias. Mas nem todo o universo das coisas não próprias tem o carácter alheio*”, “*como acontece com as *rerum communes omnium*, as *rerum nullius* e as *rerum derelictae*. Coisa alheia, por conseguinte, tem de ser toda a coisa que esteja ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que praticou a infracção*”⁽⁸⁾. Ainda neste sentido (desta feita, bem), Paulo Pinto de Albuquerque⁽⁹⁾, ao referir “*nem é alheia a coisa que é de todos os homens, de uma comunicidade indeterminada de pessoas, sendo por isso insusceptível de ocupação na sua totalidade, como é o caso do ar ou da água do mar ou dos rios (*res commune omnium*)*”. Importa, nesta matéria, invocar ainda o art. 202.º, n.º 2, CC, que determina estarem fora do comércio jurídico todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual.

Nesta matéria, o legislador (constitucional)⁽¹⁰⁾, de forma absolutamente clara, atribuiu, como regra, natureza pública às águas, referindo que as mesmas pertencem ao domínio público.

(7) *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo II, art. 203.º, anotação 49 b), cc).

(8) VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *in Código Penal anotado e comentado, legislação conexa e complementar*, Quid Iuris.

(9) Anotação 14, art. 203.º, obra citada.

(10) Cf. art. 84.º da CRP, que aqui se cita (parcialmente):

Ora, as entidades fornecedoras de água e tratamento de águas residuais usam as águas que fazem parte do domínio público — Lei 54/2005, de 15/Nov. — sendo por isso insusceptíveis de apropriação ou objecto de propriedade privada⁽¹¹⁾.

Na realidade, as empresas municipais ou privadas (concessionadas), que fornecem água e procedem ao tratamento de águas residuais, não adquirem a titularidade da água que fazem chegar aos consumidores. Essa água continua a ter natureza pública⁽¹²⁾; e o preço

(Domínio público)

1. Pertencem ao domínio público:

- a) As águas territoriais com seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou fluviáveis, com os respectivos leitos;
(...)

⁽¹¹⁾ Cf. a Lei 54/2005, de 15/Nov, na sua versão actualizada, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos e onde se atribui carácter público às águas dos rios, mar e lagos e que, a admitir-se o crime de furto, sempre seria necessário determinar quem seria o titular do direito de queixa, atento o teor dos arts. 1.º a 9.º daquele diploma.

⁽¹²⁾ Cf., nesta matéria, a Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, na sua versão actualizada, arts. 59.º a 61.º que aqui se citam:

Artigo 59.º

Utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público

1 — Considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo.

2 — O direito de utilização privativa de domínio público só pode ser atribuído por licença ou por concessão qualquer que seja a natureza e a forma jurídica do seu titular, não podendo ser adquirido por usucapião ou por qualquer outro título.

Artigo 60.º

Utilizações do domínio público sujeitas a licença

1 — Estão sujeitas a licença prévia as seguintes utilizações privativas dos recursos hídricos do domínio público:

- a) A captação de águas;
b) A rejeição de águas residuais;
c) A imersão de resíduos;
d) A ocupação temporária para a construção ou alteração de instalações, fixas ou desmontáveis, apoios de praia ou similares e infraestruturas e equipamentos de apoio à circulação rodoviária, incluindo estacionamento e acessos ao domínio público hídrico;
e) A implantação de instalações e equipamentos referidos na alínea anterior;
f) A ocupação temporária para construção ou alteração de infraestruturas hidráulicas;

que cobram ao consumidor não é pela venda da água; é antes pelo serviço prestado no tratamento da água (primeiro, tornando-a potável para consumo; depois, no tratamento de águas residuais, limpando-a e lançando-a novamente nos rios) e no seu fornecimento⁽¹³⁾. Se dúvi-

-
- g) A implantação de infraestruturas hidráulicas;
 - h) A recarga de praias e assoreamentos artificiais e a recarga e injeção artificial em águas subterrâneas;
 - i) As competições desportivas e a navegação, bem como as respetivas infraestruturas e equipamentos de apoio;
 - j) A instalação de infraestruturas e equipamentos flutuantes, culturas biogénéticas e marinhas;
 - l) A sementeira, plantação e corte de árvores e arbustos;
 - m) A realização de aterros ou de escavações;
 - n) Outras atividades que envolvam a reserva de um maior aproveitamento desses recursos por um particular e que não estejam sujeitas a concessão;
 - o) A extração de inertes;
 - p) Outras atividades que possam pôr em causa o estado dos recursos hídricos do domínio público e que venham a ser condicionadas por regulamentos anexos aos instrumentos de gestão territorial ou por regulamentos anexos aos planos de gestão da bacia hidrográfica.

2 — No caso de a utilização estar também sujeita em todo ou em parte a concessão, aplicar-se-á unicamente este último regime a toda a utilização.

3 — A extração de inertes em águas públicas deve passar a ser executada unicamente como medida necessária ou conveniente à gestão das águas, ao abrigo de um plano específico de gestão das águas ou de uma medida tomada ao abrigo dos artigos 33.º ou 34.º

Artigo 61.º

Utilizações do domínio público sujeitas a concessão

Estão sujeitas a prévia concessão as seguintes utilizações privativas dos recursos hídricos do domínio público:

- a) Captação de água para abastecimento público;
- b) Captação de água para rega de área superior a 50 ha;
- c) Utilização de terrenos do domínio público hídrico que se destinem à edificação de empreendimentos turísticos e similares;
- d) Captação de água para produção de energia;
- e) Implantação de infraestruturas hidráulicas que se destinem aos fins referidos nas alíneas anteriores.

Da conjugação destes preceitos com os seguintes diplomas legais — DL. 70/90, de 02 de Março, DL. 194/2009, de 20 de agosto, D. Regulamentar 23/95, de 23 de Agosto, Lei 23/96, de 26 de Julho, DL. 306/2007, de 27 de Agosto e DL.226-A, de 31 de Maio — resulta, claramente, que mesmo o licenciamento não atribui propriedade às águas de domínio público, que, continuando a ser públicas, não são suscetíveis de apropriação.

⁽¹³⁾ Veja-se quanto a esta questão, o texto de DALILA ROMÃO, *A contrapartida pelo serviço de abastecimento de água*, pp. 361 e seg. Texto inserido na obra *Direito da Água*,

das houvesse quanto à natureza do contrato que liga o consumidor e a empresa fornecedora da água, as mesmas são dissipadas pela Lei 23/96, de 26/07, na sua versão actualizada, onde o legislador, logo no seu art. 1.º refere: “1 — A presente lei consagra regras a que deve obedecer a **prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente**. 2 — São os seguintes os serviços abrangidos: a) **Serviços de fornecimento de água**; (...)”. E o legislador qualificou aquele contrato como sendo um contrato de prestação de serviços — ao invés de um contrato de compra e venda —, precisamente porque determinou nos normativos legais já indicados, que a concessão da exploração das águas de domínio público, não atribui propriedade sobre a água explorada.

Pela relevância, nesta matéria, importa aqui citar Sandra Cristina Pereira Guerreiro⁽¹⁴⁾, in *A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo*:

“O domínio público hídrico, vulgo águas públicas, encontra-se hoje regulado pela alínea a) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição, que integra no domínio público “as águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis e flutuáveis, com os respetivos leitos”, e pela Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos, dispondo que o domínio público hídrico compreende o domínio público marítimo, o domínio público lacustre e fluvial e o domínio público das restantes águas (n.º 1 do artigo 2.º). (...)”⁽¹⁵⁾.

publicada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível, além do mais, em formato *ebook* no seguinte endereço: <http://www.ersar.pt/website/ViewContent.aspx?FolderPath=%5CRoot%5CContents%5CSitio%5CMenuPrincipal%5CDocumentacao&BookID=2933&SubFolderPath=%5CRoot%5CContents%5CSitio%5CMenuPrincipal%5CDocumentacao%5CPublicacoesexternas&Section=MenuPrincipal&Generic_ContentId=0>.

⁽¹⁴⁾ Pp. 227 e seg. Texto inserido na obra *Direito da Água*, obra citada. Esta obra é composta por diversos textos que, além do mais, analisam a natureza jurídica da relação estabelecida entre as empresas concessionárias e o Estado. Em nenhum daqueles textos os seus autores afirmam que o contrato de concessão atribui o direito de propriedade sobre aquelas águas concessionadas; antes pelo contrário. De todo modo, é Sandra Guerreiro quem, de forma mais explícita analisa aquela relação, para os efeitos aqui pretendidos pelo nosso trabalho.

⁽¹⁵⁾ P. 228, obra citada.

A titularidade pública dos bens que integram o domínio público hídrico não determina que estes bens não possam ser utilizados e fruídos pela coletividade em geral ou mesmo individualmente por particulares. O uso comum do domínio público hídrico não tem qualquer especificidade relativamente ao uso comum do domínio público. O uso comum traduz-se na utilização pela coletividade de bens do domínio público, de forma anónima, não titulada e, em grande parte dos casos, inconsciente⁽¹⁶⁾(...).

A utilização do domínio público pode ser concedida privativamente a um particular e esse particular pode usar e fruir esse bem dominial enquanto vigorar o título de utilização do domínio hídrico. Mas qual é a natureza jurídica desse direito? É um direito de natureza pública ou privada? Será um direito equiparado ao direito de propriedade privada sobre um bem, compreendendo todas as suas faculdades, incluindo a transmissão, mas a título precário porque a termo? Poderá falar-se aqui numa propriedade enfraquecida? Ou poderá equiparar-se a qualquer outro direito real menor? Ou, ao invés, da sua natureza relacional entre a Administração e o particular resultam apenas direitos e deveres de caráter obrigacional? São estas questões que nos propomos aqui discutir⁽¹⁷⁾(...).

Importa analisar o requisito da tipicidade ou atipicidade do direito de utilização privativa do domínio público hídrico e aqui entendemos que, para cumprir o critério da tipicidade do direito real, este direito tem que ser subsumível a um dos seguintes tipos de direito real: direito de propriedade, direito de usufruto ou direito de superfície. Analisemos, ainda que brevemente, cada um deles. (...)

Seguindo o conceito proposto pelo professor Menezes Cordeiro, o direito de propriedade é “um direito real pleno e exclusivo, o que quer dizer, é a afetação jurídico-privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas ou, se preferir, a permissão normativa, pela e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea”.

De acordo com o artigo 1305.º do Código Civil, o direito de propriedade compreende as faculdades de uso, fruição e disposição. A doutrina aponta um conjunto de características do direito de propriedade: — plenitude, no sentido de compreender todos os poderes que

⁽¹⁶⁾ P. 230, obra citada.

⁽¹⁷⁾ P. 237, obra citada.

podem existir sobre uma coisa; — elasticidade, visto que o direito tende a expandir-se até ao máximo de faculdades que comporta; — perpetuidade, porque, em regra, o direito de propriedade não cessa pelo decurso do prazo; — transmissibilidade, ou seja, possibilidade de transmissão. O direito de propriedade é adquirido por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação e acessão (artigo 1316.º do Código Civil). (...)

O artigo 1439.º do Código Civil define usufruto como “o direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio, sem alterar a sua forma ou substância”. Este direito permite usar e fruir de um bem ou direito de forma temporária, sendo várias as formas de limitação temporal do usufruto. A título de exemplo, recorda-se que o usufruto constituído a favor de pessoas individuais não pode exceder a vida do usufrutuário e quando constituído a favor de pessoas coletivas não pode exceder 30 anos (artigos 1443.º e 1477.º do Código Civil). A impossibilidade de alteração da forma não implica que não possam ser acrescidas coisas à coisa usufruída, desde que em respeito pelo destino económico do bem (artigo 1449.º do Código Civil). A transmissibilidade deste direito é limitada (artigo 1444.º do Código Civil). O usufruto pode ser constituído por contrato, testamento, usucapião ou disposição da lei (artigo 1440.º do Código Civil). (...)

O artigo 1524.º do Código Civil define direito de superfície como a “faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”. Nos termos do artigo 1532.º do Código Civil, “enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação”. Também quanto à fruição do subsolo o artigo 1533.º do Código Civil esclarece que pertence ao proprietário. Em regra é transmissível inter vivos e mortis causa (artigo 1534.º do Código Civil).

O direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e ainda resultar da alienação da obra já existente, separadamente da propriedade do solo — artigo 1528.º do Código Civil. (...)

Indicadas as principais características destes direitos reais, concluímos desde logo que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico não é subsumível ao direito de propriedade, entre outras razões por não ser atribuída ao titular a exclusividade dos direitos sobre o bem, reservando a Administração o direito de gestão e

administração dominial. Entendemos também que não é subsumível ao direito de superfície por duas principais razões: em primeiro lugar, nem todas as utilizações sujeitas a título de utilização de recursos hídricos implicam construir ou manter construções ou plantações; em segundo lugar, o facto do uso e fruição do subsolo não se transmitir para o superficiário, o que se afigura incompatível com uma série de utilizações, como as captações subterrâneas de água. Resta-nos o usufruto. Após análise e ponderação do respetivo regime, consideramos que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é subsumível a este instituto. Com efeito:

- *permite o uso e fruição por um determinado período de tempo;*
- *é transmissível, ainda que apenas inter vivos. Apesar de o título de utilização poder ser, como vimos, transmissível mortis causa, não nos parece que a transmissibilidade apenas inter vivos seja uma característica fundamental do direito de usufruto;*
- *podem ser acrescidas coisas, nomeadamente construções em respeito pelo fim económico do bem, tal como no direito de utilização privativa, desde que se cumpram os termos — o destino económico do bem — do título.*

Atendendo a que, como acabamos de ver, o direito de utilização privativa do domínio público hídrico é subsumível ao instituto do direito de usufruto, à questão da tipicidade ou atipicidade do direito, podemos decidir pelo cumprimento do critério da tipicidade dos direitos reais. Em face de todo o exposto, estamos em condições de concluir que o direito de utilização privativa do domínio público hídrico, revestindo a natureza de um direito real, subordinado a um regime de direito administrativo, é, em nossa opinião, um direito real administrativo.(...)⁽¹⁸⁾.

A extensa citação encontra justificação, não só na forma clara como a autora aborda a questão, que a nós, no presente texto, interessa, mas também pelo contributo que traz para as conclusões a que aqui chegámos, ao afirmarmos que os contratos de concessão e exploração não atribuem às empresas concessionadas, direito de propriedade sobre as águas afectas ao domínio público. Aquelas águas mantêm-se, pois, sob o domínio público e, nessa medida, são

(¹⁸) Pp. 244 e seg., obra citada.

insusceptíveis de fazerem parte do comércio jurídico, não assumindo, assim, natureza alheia⁽¹⁹⁾.

Conclui-se, pois, que faltando a natureza alheia às águas fornecidas pelas entidades que fornecem água e fazem o tratamento de águas residuais — por nunca terem adquirido um direito de propriedade sobre as mesmas —, afastada fica, também nesta medida, a punição do consumidor a título de furto a quem, depois de ver retirado o contador, é cancelado o fornecimento de água, e faz uma ligação directa da rede geral à sua rede privada e, desse modo, usufrui daquela água, sem pagar o respectivo preço por aquele fornecimento.

Pelos motivos descritos, afastada fica a punibilidade da factualidade relatada a título de crime de furto.

Como nota final, nesta matéria, e para o caso do afastamento total da nossa posição assumida, importaria, ainda, definir se o furto, a existir, não deveria ser enquadrado na previsão do art. 207.º, n.º 1, alínea *b*) do C. Penal, quando o consumo for de valor diminuto, por estarmos perante uma coisa destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente. A necessidade em causa terá que ser física (em oposição às necessidades espirituais). Será discutível admitir que a possibilidade de consumo contínuo de água, porque estabelecida através de uma ligação directa, visará uma utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente. Quanto a esta última parte, parece ser de aceitar que o consumo de água — para fazer face às necessidades diárias relacionadas com o consumo, o banho, a higiene pessoal, a confecção de alimentos, lavagem de roupa⁽²⁰⁾ — é uma necessidade⁽²¹⁾ (física) indispensável, nos dias que cor-

⁽¹⁹⁾ Cf. MARCELLO CAETANO *in A utilização do domínio público pelos particulares*, Coimbra, 1965, p. 263, citado por Sandra Guerreiro, p. 239, obra citada: “1) as relações que tenham por objecto o domínio público revestem natureza pública; 2) o princípio segundo o qual o facto das coisas dominiais estarem fora do comércio jurídico impede que se criem direitos de natureza privada; 3) o regime jurídico do direito público a que a utilização privada está sujeita, nomeadamente os poderes de revogação da Administração, já referidos, é incompatível com a constituição de direitos de natureza privada que subtraíam, durante um período de tempo, estes bens ao domínio público”.

⁽²⁰⁾ Afastada fica o consumo para, por exemplo, lavar o carro ou regar o jardim.

⁽²¹⁾ Ou até mesmo uma exigência.

rem. A dúvida subsiste, porém, quanto critério imposto de utilização imediata. O termo “imediato” tem que ultrapassar o conceito de “aqui”, “agora” ou “já”, pois que doutra forma estaríamos perante uma situação de direito de necessidade que excluiria a culpa. Tendo presente este ponto de partida e considerando que, pelo menos no que toca a algumas das possibilidades de utilização da água ilegalmente desviada — como se referiu supra, consumo próprio, banho, higiene pessoal, confecção de alimentos —, nos dias que correm é praticamente uma necessidade constante, e portanto, imediata, será de aceitar o enquadramento da situação em causa, naquele preceito legal e, conseqüentemente, atribuir natureza particular ao crime de furto⁽²²⁾.

Perguntar-se-á, pois, se aquela conduta fica completamente desprovida de responsabilização penal, caindo nas instâncias cíveis a respectiva responsabilização?

É possível aventar, em abstracto, uma possível punição pelo crime de quebra de marcas e selos (art. 356.º, C. Penal); contudo, mesmo em relação a este crime, sempre se levantarão questões como o de saber se o funcionário de uma empresa concessionada é funcionário para efeitos daquele preceito legal, se o crime protege o selo colocado no âmbito de uma relação comercial, etc... Questões a responder noutra sede.

Não sendo possível enquadrar a conduta do consumidor neste tipo legal, restará o recurso às instâncias cíveis.

O direito penal é, como se sabe, residual e só deve ser aplicado quando o sistema, nas suas demais vertentes jurídicas, não fornecer adequada solução e resposta para a questão em análise. Assim, não nos choca que, a situação em análise se conforme com uma solução a encontrar fora da responsabilização penal.

É este o nosso parco contributo.

(22) Repita-se, a aceitar apenas na possibilidade de afastamento total da nossa tese anteriormente lavrada, que afasta a punição da conduta analisada a título de furto.

O PROCEDIMENTO PREJUDICIAL URGENTE — GÉNESE E PERSPETIVAS FUTURAS

Pelo Doutorando José Miguel Taborda Fernandes⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Um ‘Novo’ Remédio. 1. O Procedimento Prejudicial Ordinário.
2. O Procedimento Prejudicial Acelerado. **II. O Procedimento Prejudicial Urgente.** 1. A Tramitação. 2. Análise Crítica. **III. Os Casos.** A) Caso Rinau. B) Caso Kadzoev. **IV. Conclusão — Será o PPU Um Mecanismo Sustentável ou Uma Nova Pompeia?**

Capítulo I Um ‘Novo’ Remédio

1. O Procedimento Prejudicial Ordinário.

Cada Estado-Membro contribui com o seu sistema judicial para a aplicação efetiva do direito comunitário delimitado por imperativos de uniformidade. Como tal o sistema judicial europeu deve ser perspetivado num prisma de complementaridade entre os tribunais nacionais e os tribunais europeus. Desde o acórdão “Os Verdes”⁽²⁾, o tratado estabeleceu um sistema completo de remédios

⁽¹⁾ Doutorando em Direito na Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito (Porto), licenciando na Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação do Porto e Advogado-Estagiário.

⁽²⁾ Partido Ecologista “Os Verdes” c. Parlamento Europeu — Proc. 14/83.

e procedimentos tendo em vista assegurar a legalidade dos atos das instituições europeias, quando a mesma já não pode ser levada a cabo pelos tribunais comunitários por razões de inadmissibilidade, ficando essa competência a cargo dos tribunais nacionais, norteados e delimitados pelo primado.

Ainda que em traços gerais e procurando a contextualização do PPU, abordaremos o reenvio prejudicial, principiando pelo procedimento ordinário, sem pretensões de completude ainda que seja uma temática com um interesse alargado.

O reenvio prejudicial, previsto no art. 267.º⁽³⁾ (ex-art. 234.º TCE), é um processo de cooperação judiciária que se desenrola no tribunal nacional e no Tribunal de Justiça (TJ). Este mecanismo surge quando, face a um litígio nacional, deixando desde já transparecer o carácter incidental do procedimento em questão⁽⁴⁾, o tribunal nacional tem dúvidas quanto à interpretação (de direito originário ou derivado) ou validade (somente de direito derivado) de um ato ou norma de Direito Comunitário, e como tal reenvia⁽⁵⁾ a questão para o TJ, o qual não se pronuncia sobre a questão material do litígio. Se a questão fosse resolvida no âmbito nacional estaríamos perante uma solução atentatória da uniformidade jurisprudencial almejada pela União Europeia assim como a própria estabilidade do direito derivado, repercutindo-se em última análise no próprio desenvolvimento da União Europeia.

Impõe-se uma breve nota quanto ao sujeito processual ativo no processo. De acordo com a letra do artigo em apreço a legitimidade

⁽³⁾ Sempre que não for operada uma remissão direta para o diploma legal a que o artigo pertence, referimo-nos ao TFUE.

⁽⁴⁾ Resultando na suspensão da lide.

⁽⁵⁾ Há duas modalidades de reenvio, podendo ser facultativo ou obrigatório. Quanto à primeira, o tribunal nacional tem, em regra, o poder de decidir se reenvia ou não a questão em função da pertinência da mesma para o litígio em apreço; no que à segunda concerne, a doutrina diverge quanto ao terceiro parágrafo do art. 267.º, por um lado, MOTA CAMPOS, adotando a teoria do litígio abstrato, afirma que apenas os tribunais superiores, como o STJ ou o STA estariam obrigados a reenviar, visando-se salvaguardar o TJ de ‘bagatelas’ jurídicas; no espectro oposto, FAUSTO DE QUADROS, seguindo a teoria do litígio concreto, defende que são obrigados a reenviar todos os tribunais, mesmo os de instância inferior, quando não há possibilidade de recurso, tendo esta doutrina como objetivo garantir a uniformidade e a eficácia, neste sentido veja-se o Ac. Lyckeskog processo C-99/00.

ativa caberá ao órgão jurisdicional nacional, ainda que os tribunais nacionais se insiram neste conceito⁽⁶⁾, não o esgotam. A concretização do conceito foi realizada posteriormente pela jurisprudência⁽⁷⁾, criando um conjunto de seis requisitos cumulativos, sendo eles: a origem legal do órgão, a sua permanência, imparcialidade e independência, a jurisdição obrigatória, o respeito pelo processo do contraditório e a aplicação do Direito pelo mesmo. Na prática, o que resultou da nomenclatura utilizada foi um conceito amplo de entidades com legitimidade ativa para interpor questões prejudiciais⁽⁸⁾.

Posto isto, não descuremos o importante papel das partes no processo prejudicial, na medida em que, por vezes são os advogados das partes que no decorrer do processo suscitam a questão prejudicial, invocando a norma comunitária por via de ação ou exceção, o que posteriormente poderá levar o juiz a recorrer para o TJ⁽⁹⁾. O reenvio prejudicial de uma perspectiva subjetiva visa a proteção dos particulares, assim como o alargamento da sua legitimidade no que concerne a questões de validade face às restrições impostas pelo recurso de anulação.

Quanto à tramitação, após a formulação da questão prejudicial o tribunal nacional notifica o TJ que por sua vez, através do seu secretário, notifica as partes em causa, os Estados-Membros e a Comissão, assim como o Conselho e o Banco Central Europeu se o ato impugnado deles provier⁽¹⁰⁾; todos os intervenientes possuem um prazo de dois meses para apresentarem observações escritas⁽¹¹⁾.

Ainda que de sobeja utilidade, o procedimento ordinário do reenvio prejudicial padece de morosidade. Em boa verdade esta-

⁽⁶⁾ Ainda que alguma doutrina refira que não estamos verdadeiramente perante um conceito, mas mais precisamente perante um tipo, visto que os requisitos criados pela jurisprudência para aferirmos se estamos perante um OJN são verificados *in caso*, não se requerendo, por vezes, o preenchimento cumulativo dos seis requisitos.

⁽⁷⁾ Quanto a esta matéria veja-se os acórdãos Vaassen-Göbbles processo 61/65 e Dorsch Consult processo C-54/96.

⁽⁸⁾ A título de exemplo veja-se, entre outros, o Ac. El-Yassini processo C-416/96.

⁽⁹⁾ QUADROS, FAUSTO DE e MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Contencioso da União Europeia*, 2.^a ed., edições Almedina, pp. 102 e 103.

⁽¹⁰⁾ Se estivermos perante um ato adotado no âmbito da codificação, o Parlamento e o Conselho são igualmente notificados.

⁽¹¹⁾ Art. 23.º do ETJUE.

mos perante um processo com uma duração compreendida entre os 18 e os 24 meses, aos quais acresce o tempo já despendido e ainda necessário para a resolução da questão de fundo no contexto nacional, o que invariavelmente culminará em processos que, sem surpresa, se arrastam durante anos nos tribunais nacionais.

Em virtude desta morosidade, o princípio da aplicação da justiça efetiva pode ser posto em causa. Pense-se naqueles não raros casos em que em virtude do acentuado hiato temporal uma das partes morre.

A razão desta morosidade afigura-se contraditória, na verdade o reenvio prejudicial “*tornou-se vítima do seu próprio sucesso*”⁽¹²⁾. É inegável a sua importância tanto ao nível dos particulares como já referido, como também no que ao próprio desenvolvimento da União Europeia concerne, prefigurando-se como um dos mecanismos com maior e mais relevante criação jurisprudencial. Relacionadas com esta problemática encontramos duas questões estruturais, desde logo, o acentuado crescimento da União Europeia desde 1995⁽¹³⁾, ao qual se alia o vasto leque de matérias sobre as quais podem ser suscitadas questões prejudiciais. Já de um prisma puramente técnico, a necessária tradução dos processos tem-se demonstrado, temporalmente, demasiado onerosa.

2. O Procedimento Prejudicial Acelerado

Face às contendas suscitadas e norteado por imperativos de efetividade temporal, em virtude das alterações introduzidas ao Regulamento do Processo do Tribunal da Justiça⁽¹⁴⁾ no ano 2000, foi criado o PPA. Este procedimento encontra-se previsto no art. 104.º-A do

⁽¹²⁾ PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *Estudos de Direito da União Europeia*, 2.ª ed., edições Almedina, p. 72.

⁽¹³⁾ Desde o ano de 1995, inclusive, entraram para a União Europeia 14 novos países, sem integrar ainda a Croácia que se encontra em fase de adesão.

⁽¹⁴⁾ Atente-se que anteriormente o recurso à tramitação acelerada encontrava-se somente no âmbito dos recursos diretos.

RPTJ e é requerido pelo órgão jurisdicional nacional, podendo posteriormente o Presidente do Tribunal de Justiça, por proposta do juiz-relator e ouvido o Advogado-Geral, aplicá-lo à questão prejudicial em apreço. Sendo a sua tramitação idêntica à do procedimento prejudicial ordinário e não havendo qualquer alteração quanto às partes do mesmo, a celeridade deste mecanismo é obtida através dos prazos mais curtos que o conformam, estabelecendo o presidente de imediato a data da audiência, sendo esta notificada às partes e demais interessados para produzirem alegações ou observações escritas num prazo não inferior a 15 dias, podendo ainda, por imperativos de celeridade, restringir as alegações e observações dos intervenientes às questões fundamentais suscitadas pelo órgão jurisdicional nacional.

A duração do procedimento compreende-se, em média, entre um e dois meses após o deferimento do pedido de aplicação⁽¹⁵⁾.

Ainda que a morosidade do procedimento tenha sofrido uma acentuada diminuição, este mecanismo não é isento de críticas. O PPA, ainda que conformado por uma tramitação mais célere, apresenta-se ainda temporalmente inadequado no que concerne a temáticas de índole mais sensível em que a resposta à questão prejudicial define a posição jurídica de um particular. Outra crítica, e talvez a mais relevante em matéria da tramitação acelerada, prende-se com o facto de que a sua celeridade é obtida em detrimento dos outros processos pendentes perante o TJ^(16/17).

Por fim, uma breve nota no tocante ao carácter excepcional com que este procedimento tem sido aplicado. A doutrina quanto a este ponto divide-se. Por um lado há autores⁽¹⁸⁾ que criticam a parca aplicação do mesmo, referindo uma excepcionalidade exacerbada

(15) Pedido esse que terá de ser realizado em separado de forma a possibilitar a tradução do mesmo o mais célere possível, devendo constar do mesmo as razões que justificam o recurso à tramitação acelerada.

(16) LENAERTS, KOEN, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, p. 13.

(17) Aqui chegado somos levados a levantar a seguinte questão — será o PPA uma verdadeira solução capaz de atender a uma miríade de processos (podendo ser aplicado a qualquer matéria objeto do direito da União Europeia) ou simplesmente um entrave a longo prazo, oferecendo para já uma pretensa ideia de celeridade?

(18) Neste sentido veja-se a posição de LENAERTS, KOEN, *ob. cit., ibidem*.

por vezes demasiado restritiva, enquanto outros⁽¹⁹⁾ propugnam essa excecionalidade pela submissão a imperativos de praticabilidade evitando um avolumar de processos sob a égide do PPA. Propendemos para esta corrente doutrinal, na medida em que, caso contrário em última análise e atentando às críticas já explicitadas poderíamos assistir ao implodir do mecanismo em análise.

Após esta contextualização do percurso seguido pelo reenvio prejudicial e das necessidades criadas pelo sucesso do mesmo, seja no procedimento ordinário ou acelerado, analisaremos agora o PPU com maior detalhe.

Capítulo II O Procedimento Prejudicial Urgente

O PPU encontra-se previsto nos arts. 104.º-B do RPTJ e 23.º-A do ETJUE⁽²⁰⁾. Este mecanismo entrou em vigor a 1 de Março de 2008, mas a sua criação remonta às Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de Novembro de 2004 como uma necessidade face aos casos em que havia alguém detido, levando o TJ à alteração do regulamento de processo do Tribunal da Justiça (JO L24/39 de 29.01.2008), passando este novo mecanismo a versar sobre os domínios do título IV Parte III do TFUE⁽²¹⁾ relativo ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no qual se inserem as disposições relativas a regras sobre vistos, asilos e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas, assim como à cooperação policial e judiciária em matéria penal, denotando-se a sujeição do mecanismo *ratione materiae*.

⁽¹⁹⁾ Neste sentido, SERRE, ERIC BARBIER DE LA, *Accelerated and Expedited Procedures before the EC Courts: A Review of the Practice*, p. 17.

⁽²⁰⁾ Desde o Tratado de Lisboa, com o acrescento do último parágrafo ao art. 267.º, que encontramos também uma referência a este procedimento de índole objetiva.

⁽²¹⁾ Em função da construção dicotómica das disposições no domínio da ELSJ, a proposta de criação do PPU visava a aplicação deste aos títulos VI do TUE e ao IV Parte III do TFUE, contudo após o Tratado de Lisboa, assistiu-se à unificação legislativa dos regimes e a um aumento da jurisdição do TJ neste âmbito.

Tendo o Tribunal da Justiça, a título exemplificativo e sem pretensões de taxatividade, enumerado um conjunto de situações nas quais o procedimento urgente deverá ser aplicado⁽²²⁾ — no caso de uma pessoa detida ou privada da sua liberdade; quando a resposta à questão prejudicial é decisiva para a definição da situação legal de alguém; e, finalmente, nos processos atinentes a responsabilidades parentais quando a identidade do tribunal competente para a resolução do litígio depende da resposta dada à questão prejudicial.

1. A tramitação

A tramitação urgente foi sobejamente simplificada devido a imperativos de celeridade processual, sempre conformados com a necessidade latente de proteção dos direitos processuais de defesa das partes, procurando-se a verdade material e não uma verdade formal descuidada e toldada pela necessidade de escoamento de processos.

Desde logo, a iniciativa processual de aplicação do procedimento urgente é do órgão jurisdicional nacional ou *ex officio* pelo Presidente do Tribunal da Justiça⁽²³⁾, sendo o pedido de aplicação enviado eletronicamente para a 3.^a secção do Tribunal da Justiça através de correio eletrónico ou telecópia, do qual deverá constar a decisão, assinada, de aplicação deste mecanismo⁽²⁴⁾, ao contrário do PPA em que o pedido é entregue na secretaria.

À luz do estipulado no art. 104.º-B do RPTJ, terá de constar do pedido as razões de facto e de direito que justifiquem a aplicação da tramitação urgente, assim como uma possível solução para a questão prejudicial suscitada de forma sucinta⁽²⁵⁾, ainda que a

(22) Vide Nota Informativa (2009/C 297/01) n.º 36.

(23) A possibilidade de ser o próprio Presidente a proceder à aplicação da tramitação urgente, sem que seja requerida pelo OJN, pode ser interpretada como uma forma de apreciação fatural do caso em apreço pelo TJ.

(24) Cf. Nota Informativa n.º 42, *cit.*

(25) Cf. Nota Informativa n.º 40, *cit.*

inobservância deste último requisito não comine, automaticamente, o indeferimento do pedido, como iremos analisar posteriormente no Ac. Rinau e Ac. Kadzoev.

A decisão de submissão da questão prejudicial à tramitação urgente cabe à 3.^a Secção do Tribunal da Justiça⁽²⁶⁾, constituída por cinco juizes⁽²⁷⁾ designados pelo período de um ano para a análise e avaliação deste tipo de processos, com base no relatório do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, sendo a decisão de submissão ou não do processo ao PPU imediatamente transmitida às partes e demais interessados, devendo o Tribunal da Justiça marcar a data da audiência logo que possível. Caso não lhe seja aplicado o PPU, o processo seguirá as regras aplicadas ao procedimento prejudicial ordinário.

De forma a reduzir expressivamente a gestação temporal dos processos, o procedimento urgente restringe significativamente o número de partes processuais às partes do litígio nacional, ao Estado-Membro que reenvia a questão prejudicial, à Comissão e, se apropriado, ao Conselho e ao Parlamento Europeu (em matérias de codecisão), o que cria modificações ao nível da fase oral e escrita⁽²⁸⁾, na medida em que somente os sujeitos processuais aqui enunciados possuem legitimidade ativa para deduzir observações escritas, num prazo não superior a 10 dias, no idioma do litígio nacional, ficando a posição dos restantes interessados, designadamente dos outros Estados-Membros, limitada a observações orais, pese embora em casos de especial urgência a secção possa omitir a fase escrita⁽²⁹⁾. Esta solução visa um equilíbrio entre as pretensões das partes e a agilidade do processo devido às matérias sensíveis em apreço.

As questões prejudiciais decididas sob a égide do procedimento urgente demoram, em média, dois meses, o que configura uma redução acentuada, mesmo face ao procedimento acelerado que tardou a ser criado demonstrando, assim, a sua utilidade e eficácia no âmbito do ELSJ.

⁽²⁶⁾ Cf. art. 104.º-B n.º 5 primeiro parágrafo do RPTJ.

⁽²⁷⁾ Em função da complexidade do caso, poderá ser remetido para a Grande Secção.

⁽²⁸⁾ Art. 20.º do Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal da Justiça.

⁽²⁹⁾ Art. 23.º-A, terceiro parágrafo do ETJUE.

2. Análise Crítica

A simplificação construída e a rapidez almejada não se encontram isentas de crítica, mormente, no que à transparência do procedimento concerne. Desde logo, a decisão de aplicação ou não da tramitação urgente à questão prejudicial suscitada, como já referimos, cabe ao TJ, detendo este um poder discricionário sobre a matéria, não sendo necessário justificar o indeferimento⁽³⁰⁾. Não obstante, seria benéfico que o próprio TJ clarificasse que tipos de casos não poderão ser resolvidos por aplicação do PPU. Falamos aqui de uma solução idêntica à constante da nota informativa 2009/C 297/01, mas direcionada para a delimitação negativa do instituto.

Finalmente, resta abordar a relativização operada pelo PPU face à posição do advogado geral que é apenas ouvido, sendo até possível que o processo seja julgado sem conclusões do mesmo⁽³¹⁾. Porém, o epicentro da questão foca-se na não publicação da posição do advogado geral, visto que, propugnando o TJ pela transparência nas suas atuações, ao impedir o acesso a uma parte essencial das razões que levaram aquela decisão, consubstancia um obstáculo considerável aos interesses não só do órgão jurisdicional nacional que reenvia, como aos demais Estados-Membros e até à comunidade académica⁽³²⁾. Problemática que seria facilmente contornável se se procedesse à publicação das posições dos advogados gerais na página da *Internet* do Tribunal da Justiça, após o processo estar concluído, de forma a não o atrasar⁽³³⁾.

Ainda que sejam tecidas algumas críticas quanto a esta temática, não podemos descurar que a celeridade alcançada pelo mecanismo em questão é essencial para manter as questões legais presentes na mente do julgador.

⁽³⁰⁾ Esta questão foi levantada no Ac. Zurtia Garcia C-261/08 PPU, onde a razão para a não submissão da questão prejudicial à tramitação urgente não foi esclarecida, atendendo à questão de fundo visada.

⁽³¹⁾ Art. 23.º-A, segundo parágrafo do ETJUE.

⁽³²⁾ BARNARD, CATHERINE, *The PPU: is it Worth the Candle? An Early Assessment*, p. 11.

⁽³³⁾ BARNARD, CATHERINE, *ob. cit.*, p. 12.

Capítulo III

Os Casos

Desde a sua entrada em vigor que o PPU já foi requerido e concedido em dezoito processos. Curiosamente, até 2011 contavam-se apenas nove processos⁽³⁴⁾, assistindo-se a um aumento exponencial dos mesmos em 2012, na medida em que só neste ano foram submetidos ao PPU quatro novos processos⁽³⁵⁾. Por seu turno, em 2013 o PPU foi concedido em apenas dois processos⁽³⁶⁾, sendo que em 2014 o número de casos voltaria a aumentar, fixando-se nos três⁽³⁷⁾. No decorrer do presente ano, o PPU foi apenas utilizado num processo⁽³⁸⁾. Contudo, e por restrições metodológicas, apenas nos iremos deter sobre dois acórdãos, nomeadamente o caso Inga Rinau e o caso Kadzoev, não só pela atenção mediática que os dois receberam, como também pelos contornos factuais e por consubstanciarem alguns dos âmbitos mais sensíveis de aplicação do PPU.

(34) Ac. Ignacio Goicoechea processo C-296/08 PPU, Ac. Leymann e Pustovarov processo 388/08 PPU relativos ao mandado de detenção europeu; Ac. I. Rinau processo C-195/08 PPU, Ac. Jasna Deticëk c. Maurizio Squeglia, processo C-403/09 PPU, Ac. Doris Povse c. Mauro Alpago, processo C-211/10 PPU, Ac. J. McB. C. L.E., processo C-400/10 PPU, Ac. Aguirre Zagarra processo C-491/10 PPU, Ac. Barbara Mercredi c. Richard Chaffè, processo C-497/10 PPU atinentes ao Regulamento 2201/2003 sobre matéria matrimonial e responsabilidade parental; Ac. Kadzoev, processo C-357/09 PPU que incidia sobre a Diretiva 2008/115/CE.

(35) Ac. Minh Khoa Vo, processo C-83/12 PPU respeitante Regulamento (CE) n.º 810/2009; Ac. Health Service Executive c. S.C. e A.C., processo C-92/12 PPU relativo ao Regulamento 2201/2003; Ac. Melvin West, processo C-192/12 PPU atinente à Decisão-Quadro 2002/584/JAI; Ac. Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, processo C-278/12 PPU referente ao Regulamento (CE) n.º 562/2006.

(36) Ac. F. processo C-168/13 PPU relativo à Decisão-Quadro 2002/584/JAI; Ac. G. e R. processo C-383/13 PPU respeitante à Diretiva 2008/115/CE.

(37) Ac. Spasic processo C-129/14 PPU referente aos arts. 50.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como ao art. 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen; Ac. Mahdi processo C-146/14 PPU respeitante à Diretiva 2008/115/CE; Ac. C processo C-376/14 PPU concernente ao Regulamento (CE) n.º 2201/2003 sobre matéria matrimonial e responsabilidades parentais.

(38) Ac. Lanigan C-237/15 PPU referente à Decisão-Quadro Decision 2002/584/JAI.

A) Caso Rinau

Em Julho de 2003, M. Rinau e I. Rinau casaram na Alemanha, país de origem do marido, sendo ela da Lituânia, em Janeiro de 2005 nasceu a filha do casal, Luísa. Porém, ainda nesse ano o seu casamento começou a deteriorar-se e operaram uma separação de facto, indo I. Rinau viver com a sua Mãe. O processo de divórcio foi posto em marcha no Amtsgericht Oranienburg, e em Julho de 2006, com o consentimento paternal, I. Rinau levou a menor de férias para a Lituânia pelo pretense período de duas semanas, acabando por não regressar.

Menos de um mês depois, em Agosto de 2006, M. Rinau requereu a custódia da menor, sendo-lhe esta concedida, mantendo-se esta decisão no recurso interposto por I. Rinau perante o Brandenburgisches Oberlandesgericht. Todavia, a criança ainda se encontrava na Lituânia, como tal M. Rinau dirigiu-se, em Outubro de 2006 ao Tribunal Regional da Lituânia (Klaipėdos apygardos teismas), requerendo o regresso de Luísa, invocando a Convenção de Haia e o Regulamento 2201/2003. Viu, porém, o seu pedido ser indeferido.

Entretanto, no período que mediou entre 22 de Dezembro de 2006 e 21 de Março de 2008 assistiu-se a uma sequência de deferimentos, indeferimentos e suspensões de decisões por parte de ambos os tribunais. Em Junho de 2007 o casal divorcia-se, sendo atribuída a custódia da menina a M. Rinau, levando I. Rinau a recorrer sem sucesso e terminando assim o périplo jurídico que se vinha observando desde Dezembro de 2006.

I. Rinau procedeu então a uma abordagem eminentemente processual, recorrendo para o Tribunal de Recurso Lituano, visando o não reconhecimento da decisão proferida pelo Tribunal Alemão. O seu pedido foi tido como inadmissível, decisão da qual recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça Lituano. Este reenviou a questão prejudicial a 21 de Maio de 2008, requerendo a aplicação da tramitação urgente. O procedimento urgente terminou a 11 de Julho de 2008, menos de dois meses após o seu requerimento.

Umhas breves notas quanto à matéria fatural e processual do caso em apreço. Atentando às datas referidas sobressai, desde logo, o longo processo de maturação do litígio nacional antes de a questão prejudicial ser suscitada. Como tal, Luísa ficou aproximada-

mente dois anos com a Mãe que não possuía a sua custódia e, tendo em devida atenção a tenra idade da menor, não podemos descurar as possíveis consequências daí advindas num ser humano em pleno desenvolvimento biopsicossocial.

Um segundo reparo prende-se com o facto de que o Supremo Tribunal Lituano não propôs uma solução possível para a questão suscitada⁽³⁹⁾. Ao abrigo do estipulado no n.º 1 do parágrafo primeiro do art. 104.º-B do RPTJ, e ainda que tenha requerido a aplicação da tramitação urgente não justificou a necessidade da mesma face ao período temporal já decorrido em que a menina estava com a Mãe, limitando-se o tribunal nacional a justificar o pedido “(...) *uma vez que a demora seria muito desfavorável às relações entre a menor e o progenitor com o qual não reside. A degradação dessas relações poderia ser irreversível*”⁽⁴⁰⁾.

B) Caso Kadzoev

A 21 de Outubro de 2006, as forças búlgaras em serviço na fronteira com a Turquia detiveram um indivíduo que não possuía quaisquer documentos de identificação, tendo-se apresentado pelo nome de Said Shamilovich Huchbarov, nascido a 1979 na Chéchénia, informação que viria a ser desmentida, sendo ele originário da antiga União Soviética além de que o seu apelido não seria Huchbarov, mas sim Kadzoev.

A 22 de Outubro de 2006, por despacho dos serviços de polícia competentes, foi ordenada a aplicação de uma medida administrativa coerciva de condução à fronteira do Sr. Kadzoev, o qual foi detido a 3 de Novembro de 2006, num centro de instalação temporária, enquanto aguardava a execução da medida ou a obtenção de meios financeiros que lhe possibilitassem adquirir um título de transporte até à Chechénia.

O papel desempenhado pela Rússia neste processo é algo reprovável, não tendo reconhecido os documentos de identificação

⁽³⁹⁾ BARNARD, CATHERINE, *ob. cit.*, p. 3.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Ac. Rinau, *cit.*, ponto 44.

posteriormente apresentados e como tal não procedendo ao envio dos necessários documentos de viagem, condenando Said Kadzoev a um purgatório jurídico. Ademais, no decorrer do processo não foi encontrado um país terceiro disposto a acolher o visado, que interpôs três pedidos de asilo, recorrendo ainda das medidas aplicadas no centro de instalações temporárias, tudo sem sucesso.

Contavam-se já 34 meses (a 7 de Setembro de 2009) de detenção, quando o *Administrativen sad* Sofia-grad suscitou a questão prejudicial relativa à interpretação da Diretiva 2008/115, mais concretamente com a articulação dos números 4 a 6 do art. 15.º da mesma com a contagem de prazos para efeitos de detenção. O processo demorou menos de 3 meses.

Novamente, e como já havia acontecido no caso *Rinau*, o *Administrativen sad* Sofia-grad não inseriu no pedido de aplicação do PPU a justificação para a aplicação do mesmo. Contudo, e atendendo à base factual, foi reconhecido pela secção que estava perante um caso típico de aplicação da tramitação urgente, pelo que, sendo por demais evidente a imperatividade de uma resposta atempada, esse requisito foi dispensado.

O caso *Kadzoev* apresenta-se como um dos mais impressionantes do ponto de vista contextual, na medida em que, estamos perante um apátrida que é detido durante mais de dois anos, ao qual é negado um lar pelos diversos países contactados tendo em vista o seu acolhimento. Este caso insere-se numa questão maior que se prende com a forma como a União procede com os seus imigrantes ilegais, onde medidas de detenção ou deportação são vistas como justificativas e até banais face a este tipo de casos, verificando-se em alguns Estados-Membros a existência de quotas a serem preenchidas pela deportação ou expulsão de imigrantes ilegais, deixando transparecer uma União um tanto ou quanto fria e burocrática relativamente a estas matérias e atentatória dos princípios basilares da dignidade humana, perante indivíduos que, amiúde, somente possuem as vestes que envergam⁽⁴¹⁾.

(41) CORNELISSE, G., *Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009*, *Common Market Law Review* n.º 48, pp. 944 e 945.

Capítulo IV

Será o PPU Um Mecanismo Sustentável ou Uma Nova Pompeia?

A utilidade do PPU é notável e a sua celeridade conformadora inquestionável, ainda que choque o tempo de gestação⁽⁴²⁾ interno dos litígios nos tribunais nacionais. Porém, o Tribunal de Justiça nada pode fazer até ser suscitada a questão prejudicial. Contudo, desenvolvimentos recentes e a adesão verificada ao instituto podem denotar uma tendência alarmante que em última *ratio* poderá mesmo culminar na saturação do Tribunal de Justiça, levando a uma perversa subversão do próprio mecanismo urgente e consequentemente prolongando ainda mais os restantes processos pendentes.

Estarão os tribunais europeus preparados, tanto ao nível de divisão de processos, ou quanto aos mecanismos procedimentais para acautelar cabalmente as tarefas emergentes dos Tratados e concomitantemente o bom funcionamento do sistema jurisdicional tendo em vista a subsistência deste novo mecanismo?

Nos moldes atuais em que a União se encontra, a resposta à questão afigura-se negativa. Todavia, se atentarmos ao modo como a União se encontra perspetivada, a solução será a inversa, ou seja, referimo-nos aqui à possibilidade de ser concedida ao Tribunal Geral jurisdição sobre os reenvios prejudiciais. Esta alteração remonta ao Tratado de Nice com a inserção do n.º 3 do art. 256.º (ex-art. 225.º TCE), estipulando esta a competência do Tribunal Geral para “*conhecer de questões prejudiciais, (...), em matérias específicas determinadas pelo Estatuto.*”, porém o Estatuto nada diz quanto a esta matéria, propugnando Koen Lenaerts (2007)⁽⁴³⁾ que a criação de matérias específicas afigura-se uma tarefa de árdua realização, podendo esta cisão conflitar com a consistência do próprio Direito Europeu.

(42) KOUTRAKOS, PANOS, *Speeding Up the Preliminary Reference Procedure — Fast but Not Too Fast.*

(43) LENAERTS, KOEN, *ob. cit.*, p.14.

O Tribunal de Justiça tem progressivamente vindo a alargar a sua jurisdição nos mais diversos contextos da União, mais recente e significativamente, no âmbito do ELSJ com o Tratado de Lisboa, o que potencia a situação já descrita. Segundo Steve Peers (2011)⁽⁴⁴⁾ em 2010, após a entrada em vigor do Tratado *supra* referido foram suscitadas vinte e três questões prejudiciais referentes à lei civil europeia, consubstanciando um aumento de 50% face ao número de casos em 2008 e de 100% relativos ao ano de 2009; no que à imigração e asilos concerne em 2010 (onze processos) os casos duplicaram face aos do ano de 2008, não se observando aumentos significativos no domínio penal da cooperação policial e lei criminal. Esta manutenção do número de processos no contexto penal deve-se às parcas competências do Tribunal de Justiça nestas matérias prefigurando um homúnculo legislativo, apresentando-se ainda hoje como bastiões da soberania nacional dos Estados-Membros, não abrindo mão do poder punitivo e da prevenção geral. Em bom rigor, assim que for alcançada uma maior articulação em matéria penal entre os tribunais nacionais e o Tribunal da Justiça, inevitavelmente, irá assistir-se a um avolumar exponencial de casos, que pelo seu objeto contender, não raras vezes, com questões de extrema sensibilidade, necessitarão de ser acautelados rápida e efetivamente. Como tal, urge à União Europeia a descentralização jurisdicional, visando a sua coerência e, acima de tudo, a garantia do respeito pelo princípio da jurisdição efetiva que não se compagina com más decisões ou com respostas extemporâneas.

⁽⁴⁴⁾ PEERS, STEVE, *Mission Accomplished? EU Justice and Home Affairs Law After the Treaty of Lisbon*, pp. 681 e ss.

Bibliografia

- BARNARD, CATHERINE, (2009), “*The PPU: is it Worth the Candle? An Early Assessment*”. Pesquisado a 26 de Abril de 2013. Disponível em Westlaw, European Law Review 34(2), 281-297.
- CORNELISSE, G., (2009), “*Case C-357/09 PPU, proceedings concerning Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov) Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 30 November 2009*”. Pesquisado a 29 de Abril de 2013. Disponível em Proquest, Common Market Law Review n.º 48.
- KOUTRAKOS, PANOS, (2008), “*Speeding Up the Preliminary Reference Procedure — Fast but Not Too Fast*”. Pesquisado em 30 de Abril de 2013. Disponível em Westlaw, European Law Review 33(5), 617-618.
- LENAERTS, KOEN, (2007), “*The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*”. Pesquisado em 29 de Abril de 2013. Disponível em Proquest, Common Market Law Review 44.6.
- MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE, (2013), “*Introdução ao Contencioso da União Europeia*”, Almedina.
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA, (2013), “*Estudos de Direito da União Europeia*”, 2.ª ed., edições Almedina.
- PEERS, STEVE, (2011), “*Mission Accomplished? EU Justice and Home Affairs Law After the Treaty Of Lisbon*”. Pesquisado em 6 de Maio de 2013. Disponível em Proquest, Common Market Law Review 48.
- QUADROS, FAUSTO DE e MARTINS, ANA MARIA GUERRA, (2009), “*Contencioso da União Europeia*”, 2.ª ed., edições Almedina.
- SERRE, ERIC BARBIER DE LA, (2006), “*Accelerated and Expedited Procedures before the EC Courts: A Review of the Practice*”. Pesquisado em 18 de Abril de 2013. Disponível em Proquest, Common Market Law Review 43.

Jurisprudência

1965

Ac. Vaassen-Göbbles (Proc. 61/65)

1983

Ac. Partido Ecologista “Os Verdes” *c.* Parlamento Europeu (Proc. 294/83)

1996

Ac. Dorsch Consult (Proc. C-54/96)

Ac. El-Yassini (Proc. C-416/96)

2000

Ac. Lyckeskog (Proc. C-99/00)

2008

Ac. Ignacio Goicoechea (Proc. C-296/08 PPU)

Ac. Leymann e Pustovarov (Proc. 388/08 PPU)

Ac. I. Rinau (Proc. C-195/08 PPU)

2009

Ac. Jasna Deticěk *c.* Maurizio Squeglia, (Proc. C-403/09 PPU)

Ac. Kadzoev, (Proc. C-357/09 PPU)

2010

Ac. Doris Povse *c.* Mauro Alpago, (Proc. C-211/10 PPU)

Ac. J. McB. C. L.E., (Proc. C-400/10 PPU)

Aguirre Zagarra (Proc. C-491/10 PPU)

Ac. Barbara Mercredi *c.* Richard Chaffe, (Proc. C-497/10 PPU)

2012

Ac. Minh Khoa Vo, (Proc. C-83/12 PPU)

Ac. Health Service Executive *c.* S.C. e A.C., (Proc. C-92/12 PPU)

Ac. Melvin West, (Proc. C-192/12 PPU)

Ac. Atiqullah Adil *c.* Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, (Proc. C-278/12 PPU)

2013

Ac. F. (Proc. C-168/13 PPU)

Ac. G. e R. (Proc. C-383/13 PPU)

2014

Ac. Spasic (Proc. C-129/14 PPU)

Ac. Mahdi (Proc. C-146/14 PPU)

Ac. C (Proc. C-376/14 PPU)

A CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO.
EM ESPECIAL, O PROBLEMA DA SUA
OMISSÃO À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS

THE CAUSE OF CONTRACT. IN PARTICULAR,
THE IMPLICATIONS OF ITS OMISSION
UNDER PORTUGUESE LAW

Pelo Dr. David Ruah Halfin(*)

SUMÁRIO:

I. Introdução e sequência. II. A causa como elemento do negócio jurídico — dogmática geral e nota comparativa: 1. O termo “causa” em contexto jurídico. 2. A causa como elemento do (conteúdo do) negócio jurídico: §1. Do Direito Romano ao período pré-napoleónico; §2. As doutrinas posteriores (recepções nacionais): a) doutrinas subjectivistas; b) doutrinas objectivistas; c) doutrinas eclécticas; d) doutrinas anti-causalistas. §3. Tomada de posição dogmática. 3. Nota comparativa: §1. Direito francês; §2. Direito italiano; §3. Direito alemão; §4. Direito brasileiro; §5. Síntese comparativa: a) previsão normativa da causa; b) noções; c) causalidade vs. abstracção; d) omissão de causa. **III. O problema da omissão de causa negocial à luz do Direito português:** 4. Causalidade e abstracção no Direito português. 5. A omissão de causa negocial.

(*) Advogado, Doutorando e Membro Investigador do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre o Direito e Sociedade (CEDIS).

*Je disais que le monde est absurde et j'allais trop vite.
Ce monde en lui-même n'est pas raisonnable, c'est tout ce qu'on peut en dire.
Mais ce qui est absurde, c'est la confrontation de cet irrationnel et de ce
désir éperdu de clarté dont l'appel résonne au plus profond de l'homme.*

ALBERT CAMUS, *Le Mythe de Sisyphe*

Palavras-chave:

Causa (do negócio jurídico); função económico-social; inexistência; princípio da abstracção; princípio da causalidade.

Keywords:

Cause (of contract); principle of abstraction; principle of causality; socio-economic contract's function; voidness.

*

Advertências:

- I. Adota-se a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 e seus Protocolos Modificativos.
- II. A referência bibliográfica baseia-se nas Normas Portuguesas (Instituto Português da Qualidade) NP 405-1.1994, NP 405-2.1998, NP 405-3.2000 e NP 405-4.2002. Na primeira citação vem apresentada a referência bibliográfica mais completa. Nas eventuais citações subsequentes, a referência bibliográfica efectua-se mediante indicação abreviada do nome do autor e do título da referência, bem como através das abreviaturas convencionais.
- III. A responsabilidade pela tradução de textos em língua estrangeira é imputável ao seu autor.
- IV. Todos os preceitos legais referidos ou reproduzidos pertencem, salvo indicação em contrário, ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966.

I. Introdução e sequência

Os objectos epistemologicamente enquadráveis na Ciência do Direito possuem, como quaisquer outros, existência, inscrevendo-se, por isso, na “realidade”. Não numa realidade de primeiro grau, isto é, numa realidade “sem nós”, mas em função de uma reconstrução operada pelos quadros conceptuais do sujeito, ou seja, uma realidade de segundo grau⁽¹⁾. Também os significados têm existência na precisa medida em que são representações sociais daqueles objectos. Noutras palavras, um significado é uma representação, mas não deixa, porém, de se inscrever na realidade. Como quaisquer outros segmentos do que é cognoscível, o significado — a noção — de negócio jurídico⁽²⁾ pode, com vista a auxiliar a compreensão do sujeito, ser fragmentado em extensões mais reduzidas: a estas últimas tem-se atribuído a designação de “elementos negociais”.

Ao longo do presente texto, procurar-se-á averiguar se, de entre esses elementos negociais, se perscruta uma figura a que dogmaticamente seja possível atribuir a designação de “causa negocial”. Trata-se de uma indagação que foi suscitada pelos juristas romanos, mais tarde recuperada pelos canonistas e, hodiernamente, recepcionada por vários sistemas jurídicos, colhendo aí tratamento muito díspar. A diversidade dogmática que caracteriza o presente tema associada, por outro lado, à própria polissemia em torno do vocábulo “causa” tê-lo-ia feito resvalar num “desinteresse” ou “progressivo abandono”, tanto nos vários projectos legislativos, como nos textos internacionais em matéria de direito dos contra-

(1) Também aquela realidade de primeiro grau possui a sua própria existência, tal como a intuição e a comunicação assim parecem indiciar, mas surge, porém, incognoscível ao sujeito.

(2) Adopta-se preferencialmente a noção de “negócio jurídico”, enquanto o acto jurídico-privado paradigmático. Só assim não será quando, por razões históricas, o instituto seja desconhecido (como sucede no Direito Romano) ou, então, não se encontre enraizado (como sucede no Direito francês). Na verdade, sobretudo por influência germânica, o negócio jurídico permanece, entre nós, o *epicentro* dos actos jurídicos privados, podendo, em torno dele, ser elaborada uma teoria geral — sobre a questão, por todos, *vide* ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Volume I*. Coimbra: Almedina 1992. (Colecção Teses). Dissertação de Doutoramento. ISBN 972-40-0679-4, pp. 15 e ss. (em especial, nn. 53 e 54).

tos⁽³⁾. Não obstante, constata-se que nos países onde a “causa” concita debates ao nível da política legislativa, como sucedeu em França (cf., *infra*, II, 3, §1) ou em Espanha⁽⁴⁾, o problema está longe de encontrar uma resposta concludente. Mais a mais, mesmo nos designados trabalhos de uniformização ao nível dos contratos, em que a tendência anti-causalista parece ser mais evidenciada⁽⁵⁾, há quem neles continue a vislumbrar referências implícitas à causa⁽⁶⁾.

(3) Cf. COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, *Contratos Complexos e Contratos Complexos Contractuais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. Dissertação de Doutoramento. ISBN 978-972-32-2255-5, pp. 59-62 (em especial, n. 123).

(4) Cf. DÍEZ-PICAZO, LUIS, “Estudio Doctrinal. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, N.º 2130 (Abril/2011). Consultável na Internet em <www.mjusticia.es/bmj>, pp. 4-5: “No mesmo sentido, (...) depois de importantes vacilações que a Secção teve, a proposta mostra-se causalista, embora não cometa o erro de definir, como na actualidade, no art. 1.237, em que consiste a causa e limita-se a dizer, no art. 1.238, que são nulos os contratos sem causa ou cuja causa seja contrária à lei e à moral, regulando depois a restituição por *turpitud* da causa; e no 2.º parágrafo do art. 1.238 retira-se o que nos parece ser a regra central, ou seja, embora a causa não se expresse no contrato, presume-se que a mesma existe e que é lícita enquanto não se provar o contrario” (tradução nossa).

(5) Assim, nos Princípios Unidroit Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2010 (Princípios UNIDROIT/2010), consultáveis na Internet www.unidroit.org, o respectivo artigo 3.1.2. dispõe que “o simples acordo das partes conclui, modifica ou extingue o contrato, sem necessidade de outros requisitos”. Em comentário ao preceito vem esclarecido que se dispensa, ao invés do que sucede com a família de *common law*, o requisito da “*consideration*”, assim como se exclui o requisito da “*cause*” existente “em certos sistemas de *civil law*” (tradução nossa). Por seu turno, os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PDEC/2002) nenhuma referência fazem à causa, determinando o respectivo artigo 2:101 que “(1) um contrato é concluído se: (a) as partes pretenderem legalmente obrigar-se e se (b) as mesmas alcançarem consenso suficiente sem necessidade qualquer outro requisito” (tradução nossa). E, por último, sem esgotar, atente-se no artigo II. — 4:101, do Draft Common Frame of Reference (DCFR), segundo o qual “um contrato é concluído sem qualquer outro requisito, se as partes: (a) pretenderem entrar numa relação jurídica vinculativa ou produzir qualquer outro efeito legal; e (b) alcançar um consenso suficiente” (tradução nossa). Uma vez mais, não se deixa entrever qualquer alusão ao elemento causal. Mas, para maiores desenvolvimentos, vide BAR, CHRISTIAN VON; CLIVE, ERIC (edição de), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume I*. Munique: Sellier, 2009. ISBN 978-3-86653-098-0, pp. 265-272.

(6) É, p. ex., o caso do trecho “*nature and purpose of the contract*”, do artigo 1:302 dos PDEC/2002, reproduzido no artigo 3.2.7, (1), (b), dos Princípios UNIDROIT/2010. Cf., neste sentido, de acordo com a sua concepção de causa, enquanto função económico-individual, FERRI, GIOVANNI B., “L’invisible presenza della causa del contratto”, *Europa e Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 4/2002, pp. 897-913 (em especial, p. 905).

Em Portugal o tema não é recente e encontra-se o mesmo sobejamente tratado pela manualística civilista, contratual e, bem assim, em monografias que lhe vêm especialmente dedicadas⁽⁷⁾. Apesar de constituir um problema clássico, a causa do negócio permanece um desses tópicos jurídicos envoltos por controvérsia e penumbra, tendo-lhe dois recentes trabalhos prestado significativa atenção. Um deles, num sentido causalista e ao jeito objectivista⁽⁸⁾. O outro outro, ao invés, vindo negar à causa do negócio jurídico autonomia dogmática entre os correspondentes elementos⁽⁹⁾.

Expostos assim os dados da questão, caberá, em primeiro lugar, oferecer uma perspectiva dogmática geral sobre a causa do negócio jurídico, delimitando-a de noções afins, tais como a causa da obrigação e a causa da atribuição patrimonial. Mais a mais, de modo a salientar profusão de soluções que nesta matéria se verifica, apresentar-se-á uma breve nota comparativa. Por fim, depois de recolhido este substrato e de firmada uma posição dogmática sobre a questão, importará ponderar a causa negocial à luz do Direito português, nomeadamente procurando saber se é o mesmo um sistema jurídico causalista e quais as consequências da resposta que venha a ser dada a esta última questão.

II. A causa como elemento do negócio jurídico — dogmática geral e nota comparativa

1. O termo “causa” em contexto jurídico

A complexidade em torno da noção de causa negocial fica a dever-se, em grande medida, como se disse, à polissemia que a

(7) Cumpre, muito em particular, destacar a dissertação de doutoramento de FERREIRA, VASCO TABORDA, *Do conceito de causa dos actos jurídicos*. Lisboa, 1946.

(8) Cf. B. PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos...*, pp. 58-76.

(9) Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Do Trust no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2014. Dissertação de Doutoramento. ISBN 978-972-40-5330-1, pp. 821-838.

própria palavra demonstra ao nível mais geral da Ciência do Direito. Na verdade, fala-se, sucessivamente, em “ambiguidade do termo”⁽¹⁰⁾, em “magia da causa” ou em “indeterminação do seu sentido”, não tendo “sido possível apontar um alcance minimamente preciso para esse termo, quando reportado aos contratos”⁽¹¹⁾. Diz-se, por outra parte, que “a teoria da causa não tem unidade sistemática”, constituindo “uma complexa teia de proposições, argumentos e valorações que oscilam ao sabor das múltiplas combinações possíveis entre a entidade jurídica que se tenha em vista (*causa de quê*) e o sentido que à palavra se atribua (*qual causa*)”⁽¹²⁾. Este vocábulo tem, pois, de “perigoso poder referir-se a realidades distintas; levando, por vezes, a confusões entre elas”⁽¹³⁾. Aduz-se, ainda, que é um “conceito vago, ondeante, com o seu quê de indecifrável”⁽¹⁴⁾. E, por isso mesmo, em suma, “atenta esta dificuldade, criou-se uma tradição na doutrina de iniciar o tratamento da causa com uma chamada de atenção para a complexidade do tema e para a polissemia do termo causa”⁽¹⁵⁾.

Desde logo, na linguagem comum, o substantivo “causa” manifesta inúmeros sentidos, vindo definido como o “agente eficaz que dá existência ao que não existia; motivo, razão”⁽¹⁶⁾, “o que antecede um fenómeno” ou, ainda, o “facto ou acontecimento”⁽¹⁷⁾.

(10) Cf. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Teoria Geral, Volume II — Acções e Factos Jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. ISBN 972-32-0879-2, p. 265.

(11) Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das Obrigações, Tomo II*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4100-1, p. 613.

(12) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto ...*, I, p. 500.

(13) Cf. MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume II*. Lisboa: AAFDL, 1995, pp. 265-266.

(14) Cf. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1103-3, p. 287.

(15) Cf. ALMEIDA, CLÁUDIA PEREIRA DE, *Relevância da Causa na Circulação das Acções das Sociedades Anónimas Fora de Mercado Regulamentado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Dissertação de Mestrado. ISBN 9789723214796, p. 17 (n. 1).

(16) Cf. “Causa”, *Lello Escolar. Novo Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa, com Epítome de Gramática e Regras Ortográficas*, Porto: Lello & Irmão, 1992, p. 300.

(17) Cf. “Causa”, *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [Em linha]. [Consulta efectuada no dia 13/06/2015]. Consultável na Internet em <<http://www.priberam.pt/dlpo/causa>>.

No domínio filosófico, de entre a pluralidade de significados⁽¹⁸⁾, cumpre destacar o esquema aristotélico, mais tarde reelaborado sob o pensamento medieval, em função do qual podem distinguir-se dois tipos de causas⁽¹⁹⁾. Por um lado, as “causas intrínsecas”, as quais se subdividem na “causa material” e na “causa formal”, e que correspondem aos “princípios que estão entre si numa relação de determinável e determinante”⁽²⁰⁾. Por outro, as “causas extrínsecas” e que se repartem entre a “causa eficiente”, a “causa final” e a “causa exemplar”. A primeira consubstancia aquilo que “pela sua acção faz existir o que por si só é incapaz de existir”, ou seja, permite passar do plano do não-ser para o plano do ser⁽²¹⁾. A causa final, por sua vez, vê-se ligada ao “fim” ou ao “para quê”, ou melhor, o “fim que move a causa eficiente à acção”, pelo que esta causa final constitui um momento “(...) da causa eficiente total”⁽²²⁾. E, por último, a causa exemplar que é correspondente à primeira causa na ordem da intenção final⁽²³⁾.

Também em contexto jurídico se assiste a uma utilização muito díspar da palavra “causa”. Assim, no âmbito do processo civil, fala-se na “causa de pedir” para referir um elemento do objecto processual que corresponde, em síntese, aos factos que individualizam a tutela jurisdicional requerida⁽²⁴⁾. A propósito do instituto da responsabilidade civil, depara-se com o “nexo causal” entre o facto e o dano⁽²⁵⁾. Por seu turno, como sucede no domínio

⁽¹⁸⁾ Cf. VATTIMO, GIANNI (direcção de), “Cause”, *Enciclopedia Garzanti di Filosofia* [Encyclopédie de la Philosophie], versão francesa sob a direcção de Jean Montenot, La Pochothèque, 2002 (edição Garzanti de 1993), pp. 249-251: “A noção filosófica de causa é particularmente complexa e os seus desenvolvimentos históricos múltiplos. Pode dizer-se que ela indissociável de uma necessidade da razão que consiste em querer explicar a oposição de uma coisa dando a sua causa, ou seja, o que fez com que ela surgisse e que ela tenha surgido assim e, não, de outro modo” (tradução nossa).

⁽¹⁹⁾ Cf. PIRES, CELESTINO, “Causa”, *Logos. Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, N.º 1, Verbo, pp. 906-914.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, p. 909.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽²²⁾ *Ibidem*, pp. 910-911.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 911.

⁽²⁴⁾ Por todos, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000. ISBN 972-8634-02-1, p. 32.

⁽²⁵⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, p. 265.

juslaboral, há a referir a “justa causa” ou “causa-justificação”, enquanto “o condicionalismo requerido, por vezes, pelo Direito, para efectivação de determinados actos”⁽²⁶⁾. São significados que não interessam *prima facie* ao presente estudo. Todavia, a todos estes sentidos jurídicos, importa apontar três outros que, mediata ou imediatamente, ostentam mais afinidades em face do domínio jurídico-negocial: a causa da obrigação, a causa da atribuição patrimonial e a causa do negócio jurídico⁽²⁷⁾.

A “causa da obrigação” (ou, melhor dizendo, a causa da situação jurídica obrigacional)⁽²⁸⁾ corresponde ao que comumente se vai designando como a respectiva fonte, isto é, o facto do qual a mesma deriva e que, entre o mais, pode consubstanciar um negócio jurídico⁽²⁹⁾. A “causa da atribuição patrimonial”, por seu turno, constitui o fundamento jurídico de uma atribuição enquanto “vantagem avaliável pecuniariamente”⁽³⁰⁾, isto é, enquanto “benefício

⁽²⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 613.

⁽²⁷⁾ Cf., entre outros, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 377-378; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 265-266; DIEZ-PICAZO, LUIS; PONCE DE LEÓN, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XVI, Fascículo I (Enero-Marzo MCMLXIII), pp. 3-32 (pp. 24-29); DUARTE, DIOGO PEREIRA, “Causa: motivo, fim, função e fundamento no negócio jurídico”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume I*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 431-461; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 288-289; MELICH ORSINI, JOSÉ, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXVII, Fascículo I (Enero-Marzo MCMLXXXIV), pp. 3-61 (pp. 9-23); MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, pp. 613-615; TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 17 e ss.

⁽²⁸⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I — Parte Geral, Tomo I*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 357 e ss.: “A situação passiva de base, compreensiva, equivalente, de certo modo, ao direito subjectivo, é a obrigação”. Para mais desenvolvimentos, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das Obrigações, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3948-9, pp. 297-309.

⁽²⁹⁾ Menezes Cordeiro, atenta a sua posição anti-causalista (reportada à causa do negócio), entende que, quando se contrapõe negócios jurídicos causais a negócios jurídicos abstractos, o que ocorre é uma contraposição entre obrigações causais e obrigações abstractas, respectivamente. As primeiras, dependem “da verificação da fonte respectiva”; ao passo que as segundas perduram “independentemente de quaisquer fontes”. É com base neste desiderato, aliás, que interpreta o art. 458.º, n.º 1, do Código Civil — cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, pp. 614-615. E, tb., *Tratado...*, I, Tomo I, pp. 469-471.

⁽³⁰⁾ Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 28 (n. 1).

avaliável em dinheiro”⁽³¹⁾. Neste sentido, portanto, o fundamento jurídico (causa) do benefício (atribuição patrimonial) pode ser um negócio jurídico. Trata-se do termo primordialmente empregue em sede do instituto do enriquecimento sem causa. Mas, para além desta acepção, no direito alemão, a atribuição patrimonial (*Zuwendung*) pode, de igual modo e em primeira linha, ser entendida como o meio de operar o benefício pecuniariamente avaliável, ou seja, atribuição patrimonial consistirá no negócio jurídico (de atribuição) ou, mais amplamente, no facto jurídico pelo qual se transfere o benefício. Noutros termos, portanto e de acordo com este segundo sentido, a atribuição é o meio-benefício e não o benefício propriamente dito^(32/33).

Antes de entrar na análise do objecto em estudo, cumpre, ainda, aflorar uma nomenclatura terminológica diversa da que ficou, até agora, exposta e que, assente sobre o já referido esquema aristotélico-escolástico, reconduz algumas das aludidas acepções jurídicas de causa à “causa eficiente” e “causa final”, respectivamente. À causa eficiente vêm assimiladas as noções de causa-justificação, causa-fonte e causa-fundamento⁽³⁴⁾. À causa final, por sua

(31) Cf. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 288.

(32) Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 28 (n. 21).

(33) Cf. Díez-PICAZO, LUIS; PONCE DE LEÓN, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, pp. 26 e ss.: “Por ‘atribuição patrimonial’ (*Zuwendung*) pode entender-se todo o acto por meio do qual se confere ou proporciona a outra pessoa um benefício patrimonial. A atribuição — diz VON THUR — é o acto pelo qual uma pessoa confere a outra uma vantagem patrimonial” (tradução nossa). Mais adiante acrescentam, embora parecendo utilizarem aí indiferenciadamente a expressão “atribuição patrimonial”, seja no sentido de acto (antecedente), seja no sentido do próprio benefício ou deslocação patrimonial (consequente), que “[o] acto de atribuição pode consistir num negócio jurídico ou num mero acto jurídico. A fonte principal das atribuições patrimoniais, refere NÚÑEZ LAGOS, é o negócio jurídico, mas actos não-negociais produzem também deslocações patrimoniais ou atribuições. Uma atribuição pode ser obra do azar ou de força maior” (tradução nossa).

(34) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 501: “Causa eficiente tanto designa um antecedente ao qual se exige apenas validade e conexão com o seu consequente, isto é, um título, uma fonte, um fundamento, que deve ser valorada por critérios mais ou menos difusos — justa causa, *cause suffisante*, *cause honnête*”. *Vide*, neste sentido, ainda, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-4964-9, p. 93: “A causa eficiente (causa de quê, causa do resultado, causa dos efeitos, por quê) designa, em contexto contratual, o título, a fonte ou o fundamento (*Rechtsgrund*), por vezes qualificados com uma justificação valorativa (causa lícita, justa causa)”.

vez, vem associada a própria causa do negócio⁽³⁵⁾. No presente âmbito, adopta-se, indistintamente, quaisquer das nomenclaturas terminológicas ora destacadas. Assim, utilizar-se-á, doravante, de modo indiferenciado, causa da obrigação, causa-fonte ou causa eficiente. Por outro lado, causa da atribuição patrimonial ou causa-fundamento. Finalmente, ainda, causa do negócio jurídico ou causa final.

Quer quanto à causa da obrigação, quer quanto à causa da atribuição patrimonial, o negócio jurídico surgiu como “causa” de alguma coisa (da situação jurídica, do benefício, do meio de operar esse benefício, etc.), ou seja, o negócio jurídico foi perspectivado de um ponto de vista externo e global ⁽³⁶⁾. A causa que importa, agora, indagar respeita ao negócio jurídico enquanto uma realidade apreensível em segmentos de extensão mais reduzida a que se designam elementos⁽³⁷⁾. Por outras palavras, ocorre averiguar se a causa é, ou não, um elemento negocial dogmaticamente autonomizável. Configurada como função do negócio jurídico⁽³⁸⁾, ou como elemento da sua estrutura (ao lado da vontade e da declaração)⁽³⁹⁾,

(35) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 502: “De todas estas perspectivas e orientações merecem uma particular atenção comparativa (...) aquelas que se referem à causa do acto (negócio ou contrato), entendida como causa final”. E, tb., *Contratos II...*, p. 94: “(...) a causa final do contrato (ou do negócio jurídico) pode ser, por sua vez, tomada como a causa subjetiva, formada pelos motivos, ou como causa objetiva, para a qual a doutrina italiana adotou, desde Betti, a designação de função económico-social”.

(36) A propósito do direito alemão, a distinção entre abstracção interna e abstracção externa — cf., *infra*, II, 3, §3.

(37) Cf. CENDON, PAOLO (d direcção de), *Commentario al Codice Civile, Volume IV — artt. 1173-1654*, Turim: UTET, 1991. p. 480 (anotação ao art. 1325.º): “Quando todos os elementos concorrem, o contrato ‘existe’ juridicamente” (tradução nossa).

(38) Sob inspiração de Betti, cf. MARQUES, JOSÉ DIAS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 1959, p. 33: “Muitas são as soluções metodológicas dadas ao problema da exposição do regime do negócio jurídico”, mas “a sistematização que nos parece preferível, não só pelo rigor lógico-formal e pela clareza expositiva que permite, como também por ser que mais directa correlação apresenta com a estrutura da norma e conceito de negócio jurídico atrás formulados, é a que realiza o seu estudo no triplice aspecto dos pressupostos, da estrutura e da função”.

(39) Declarando inserir-se na esteira de Dias Marques, mas colocando a causa em sede da estrutura, cf. CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 41 e ss.: “Uma sistematização que nos parece bem delineada é a que apresenta o Prof. DIAS MARQUES, distinguindo entre *pressupostos, estrutura e função do negócio jurídico*” (p. 41), sendo que “os elementos do negó-

ou erigida a mero elemento (paralelamente ao acordo)⁽⁴⁰⁾ ou, ainda, situada ao nível do conteúdo⁽⁴¹⁾ ou do texto negocial⁽⁴²⁾, a

cio jurídico são por conseguinte os pontos em que o mesmo negócio, na sua estrutura, se desdobra” (p. 52), a saber: “uma declaração”, “a vontade a ela subjacente” (p. 52), e, de igual sorte, “a causa” (p. 265). Neste sentido, tb., CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 140 e ss.: “A estrutura do negócio jurídico analisa-se fundamentalmente em dois elementos: a vontade e a declaração, embora não se esgote neles. Segundo a doutrina dominante, há ainda que referir a causa”.

⁽⁴⁰⁾ Cf. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 71-74. O Autor distingue pressupostos, elementos, requisitos de validade e requisitos de eficácia. O elemento contratual é só um: o acordo. Este pode, em termos analíticos, ser decomposto na “manifestação de vontade” e no “conteúdo”. Todavia, “intimamente compenetrada com o acordo, mal se distinguindo dele, está a função económica ou social” (p. 73), ou seja, sendo “certo que a causa-função por assim dizer se identifica com o acordo, cuja estrutura determina e conforma, todavia possui autonomia conceitual, pois serve para determinar cada tipo de contrato, como finalidade económica ou social com expressão na síntese dos seus elementos específicos” (p. 74).

⁽⁴¹⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos...*, p. 62 (n. 125); p. 63 (n. 126): “(...) supomos que o lugar sistemático adequado à causa negocial — na medida em que lhe deva ser atribuído esse lugar e reconhecido o correspondente interesse prático — deverá situar-se no quadro do conteúdo negocial: a causa consubstanciará precisamente a função (económico-social) desempenhada por determinado conteúdo negocial”. Oliveira Ascensão adopta um esquema de matriz bettiana: pressupostos, estrutura (da acção) e conteúdo. O Autor pergunta se a “causa será o terceiro elemento estrutural do negócio jurídico”, ao lado da intenção e exteriorização da intenção? (p. 265). Conclui, porém, que a causa do negócio deve surgir a propósito do conteúdo, referindo que “a causa será conceito dispensável? Impressiona o facto de autores alemães lhe darem posição modesta. Mas os problemas referidos não podem deixar de se suscitar. E têm de surgir a propósito do conteúdo do negócio” (p. 273). Em todo caso, contudo, não se consegue descortinar qual o sentido efectivamente conferido ao conteúdo da acção negocial, se é algo que surge diferenciado, ou não, dos efeitos. Embora refira que “o negócio é o facto jurídico, enquanto que o conteúdo são os efeitos jurídicos do negócio, portanto a estatuição” (p. 97), logo avança, a respeito da determinação do conteúdo, que “neste momento [nos] interessa apenas o facto, as próprias estipulações, e não os resultados, que são os efeitos jurídicos tomados por si” (p. 274) — vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, pp. 84-86; 96-98; 263-276; *passim*. Desde já se diga que o conteúdo e os efeitos devem ser colocados em planos distintos, ainda que manifestem, entre si, correspondências — vide, no bom sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 202 e ss.

⁽⁴²⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 291 e ss.; 496 e ss.; *Contratos II...*, pp. 9 e ss.; 91 e ss. Porém, “a ideia de conteúdo do negócio jurídico (...) converge parcialmente com a adoptada concepção de texto negocial enquanto configuração unitária do significado jurídico do acto”, pese embora “não exprime uma concepção ideal a um tempo independente das enunciações parcelares e produto da sua intersecção compatibilizador, e, muito menos, uma organização sistemática interna” (*Texto*, I, p. 303). Mais recentemente, acrescenta que a “concepção de conteúdo contratual adotada aproxima-se muito da

causa do negócio jurídico não tem obtido uma base de entendimento sólida. Essa indeterminação decorre das inúmeras concepções que grassam o negócio jurídico⁽⁴³⁾ e que acabam, de igual modo, por reflectir-se em entendimentos diferenciados dos respectivos elementos. Mas, ainda antes do advento do negócio jurídico, a indefinição resulta da atribulada evolução da noção no Direito comum e, mais tarde, no seio das várias ordens jurídicas.

Assim, de um ponto de vista histórico-dogmático, depois de um esteio comum, o problema da causa pode ordenar-se em quatro teorias: *i*) as doutrinas subjectivistas, *ii*) as doutrinas objectivistas, *iii*) as doutrinas ecléticas e *iv*) as doutrinas anti-causalistas⁽⁴⁴⁾. Trata-se de uma distribuição assente sobre critérios binómicos, distinguindo entre as posições que negam e aquelas que aceitam a causa como elemento do negócio. Quanto a estas últimas, as que reconduzem a causa à esfera subjectiva das partes, as que remetem-na para o domínio objectivo do ordenamento jurídico e, por último, as que delineiam entendimentos ecléticos, mistos ou “simbióticos”⁽⁴⁵⁾. É um esquema convincente e que merece acolhimento. Não pode, porém, o mesmo impedir que se perca de vista a complexidade das diversas doutrinas em consideração,

noção de texto do contrato ou do negócio jurídico, utilizada por um conjunto limitado de autores e por mim explorada em obra anterior”, inclusivamente conclui que “aceitando a sua equivalência essencial, será nesta obra dada preferência à noção operativa de conteúdo contratual que, sobre a de texto do contrato, tem a decisiva vantagem, prática e pedagógica, de mais fácil circulação interna e internacional” (*Contratos II...*, p. 14).

⁽⁴³⁾ Cf., para um conspecto geral sobre as concepções do negócio jurídico, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 53 e ss.; PINTO, PAULO MOTA, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. Dissertação de Mestrado. ISBN 972-40-0891-6, pp. 18 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Cf., neste sentido, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 378-379; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 266-267; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 94; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, pp. 615-616 (“a causa [tem] sido imputada, pela doutrina, quer à vontade das partes, quer à lei, ou quer, ainda, a ambas. Finalmente, alguns sectores têm salientado a inutilidade da causa”) (p. 616); PEREIRA DUARTE, *ob. cit.*, pp. 434 e ss.; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*. Reimpressão da 1.^a ed. de 1995. Coimbra: Almedina, 2002 (Colecção Teses). Dissertação de Doutoramento. ISBN 972-40-0851-7, pp. 117-126.

⁽⁴⁵⁾ Cf. CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 270.

cada uma delas possuindo uma matriz bem distinta, sendo o caso das correntes subjectivas que manifestam, entre si, marcadas diferenças⁽⁴⁶⁾.

Importa, ainda, a este estádio, deixar uma nota complementar. Apartados que foram alguns sentidos jurídicos de “causa”, logo foram seleccionados três significados que mais afinidades — ainda que eventuais — apresentam com o plano negocial: a causa da obrigação (ou causa eficiente), a causa da atribuição patrimonial (ou causa-fundamento) e a própria causa do negócio jurídico (ou causa final). Por outra parte, afirmou-se que o negócio jurídico era um facto que podia dar origem a uma situação jurídica obrigacional e disse-se, também, que podia constituir fundamento da atribuição patrimonial, seja esta entendida como benefício ou como o acto de atribuição desse benefício. Neste momento, o que cabe perguntar é se as afinidades entre a causa final (admitindo provisoriamente a sua existência), por um lado, e as causas da obrigação e da atribuição patrimonial, por outro, se situam nesse patamar jurídico de mera eventualidade⁽⁴⁷⁾ ou se, ao invés, entre todas elas, uma maior interpenetração se desvela? É um ponto a deixar, por agora, em suspenso e que será retomado a respeito do direito alemão, onde mereceu particular aprofundamento (cf., *infra*, II, 3, §3).

⁽⁴⁶⁾ Cf., p. ex., TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 83 e ss. Os fins admitiriam um sentido subjectivo, integrando-se no processo volitivo ou no *iter* psicológico do agente. Nesta medida, segundo as doutrinas subjectivas, os fins correspondem às representações internas das finalidades; são uma categoria de motivos ou motivações. A doutrina subjectiva finalística teve grande projecção em França e, ainda hoje, como se verá mais adiante, deixa o seu lastro. Por exemplo, a este respeito, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 293-294, distingue, em sede seio dos motivos atípicos (ou individuais), entre “motivos antecedentes” e “fim (mediato)”. Os primeiros “são circunstâncias anteriores ao acto ou contemporâneas dele; a passo que o segundo é uma circunstância futura”, ou seja, o “fim também é um motivo porque actua sobre a vontade através da sua *prefiguração* na mente do indivíduo”.

⁽⁴⁷⁾ Cf., por agora, num sentido restritivo, a propósito da relação com a causa-fundamento, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 614, quando afirma que aquela “acepção nada tem a ver com a causa dos contratos: basta constatar que o próprio contrato pode ser uma das causas de atribuições patrimoniais”.

2. A causa como elemento (do conteúdo) do negócio jurídico

§1. *Do Direito Romano ao período pré-napoleónico.* Os romanos, enquanto juristas práticos, não elaboraram uma teoria da causa⁽⁴⁸⁾. Tal não significa que a noção fosse inexistente ou, pelo menos, pressentida. O termo em apreço não apresentava, porém, um significado homogêneo, patenteando “radical equivocidade e plurivocidade”⁽⁴⁹⁾. Mas a acepção então predominante foi a de causa eficiente ou fonte da “*obligatio*”⁽⁵⁰⁾, associada à juridicidade da obrigação e não do contrato, uma vez que este último era desconhecido como noção e correspondia à própria “matéria contratada”⁽⁵¹⁾. Nessa época, os actos jurídicos apresentavam um cariz formalista, distinguindo-se, essencialmente, em contratos e pactos. Os primeiros possuíam um “*nomen*” e uma causa — e, por isso, eram dotados de eficácia —, classificando-se em quatro formas:

(48) Cf. CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations: contrats, engagements unilatéraux*. 3.^a ed. Paris: Dalloz, 1927. p. 80. E, assim, tb., GHESTIN, JACQUES (direcção de), *Traité de Droit Civil — La Formation du Contrat*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. ISBN 2-275-00599-4, p. 821. Entre outras características apresentadas pelo Direito Romano privado, JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *Direito Privado Romano, I — Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos)*. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Studia Iuridica N.º 50). ISBN 978-972-32-1627-1, pp. 19 e ss. (em especial, p. 21), destaca que o “espírito eminentemente prático dos jurisconsultos romanos justifica a ausência de regras gerais e a sua superior intuição jurídica advertia do perigo de uma *regula* poder não se acomodar às exigências do caso concreto. Além de haver conceitos jurídicos que, embora compreendidos e sentidos, carecem de terminologia jurídica que os designe (v.g., pessoa, capacidade jurídica, negócio jurídico, contrato, direito real, direito pessoal, etc.), outros há cuja designação não falta, mas não estão definidos (v.g., *actio*, *dominium*, *culpa*, *dos*, *manus*, *heres*, etc.) (...)”.

(49) Cf. Díez-PICASSO, LUIS; PONCE DE LEÓN, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, p. 9 (tradução, em corpo do texto, nossa). Sobre a pluralidade de sentidos durante o período romanista, cf., entre outros, CAPITANT, *ob. cit.*, p. 112; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 604; PEREIRA DUARTE, *ob. cit.*, p. 437.

(50) SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano, II — Direito das Obrigações*, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. (Studia Iuridica N.º 76). ISBN 978-972-32-1628-8. p. 20: “Um texto atribuído a GAIUS, mas quiçá interpolado na época pós-classica, ofereceu-nos uma nova classificação que reflecte as exigências da prática: ‘*As obrigações nascem ou de contrato ou de delicto ou por certo direito próprio segundo as várias figuras de causa*’”.

(51) Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 117.

“res”, “litteris”, “verbis” e “consensus”. Por seu turno, os pactos encontravam-se desprovidos de um “nomen” e de uma causa — eram, por isso, “nus” —, não configurando fonte de juridicidade. Porém, com a continuidade, mediante intervenção do pretor e tutela dos pactos sinalagmáticos, reconheceu-se-lhes efeitos jurídicos, consubstanciando a respectiva causa o “facto de algo já ter sido prestado na expectativa de uma contraprestação”. Trata-se, aqui, da conhecida combinação formulada por Ulpiano, de acordo com a qual *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias*⁽⁵²⁾. Além da causa como fonte de juridicidade, outros sentidos são identificáveis no período romanístico, entre eles a causa como o fim daquele que pratica o acto, isto é, a causa das “*condictiones*”⁽⁵³⁾. Todavia, o formalismo então imperante⁽⁵⁴⁾ e a parca influência aristotélica⁽⁵⁵⁾ não deixariam a causa final emergir.

No período Intermédio, mediante influxo do referido esquema aristotélico, multiplicaram-se as “utilizações” da palavra⁽⁵⁶⁾. A eficácia jurídica dos pactos “nus” alargou-se pela aquisição de um “*vestmentum*”⁽⁵⁷⁾ e os glosadores acrescentaram às quatro formas contratuais romanas a “*rei interventum*” e a “*contractus cohaerentia*”, abarcando, naquela primeira, os pactos sinalagmáticos, que se obtiveram, assim, uma denominação⁽⁵⁸⁾. Porém, os humanistas vieram criticar a ideia de “*vestmentum*” por considerarem-na contrária à matriz romanística⁽⁵⁹⁾. Decisivo foi o labor dos pós-glosadores para “introduzir na técnica jurídica a noção de causa final”, em particular por via do estudo da Lei 7, do Digesto, *de Pactis*

(52) *Ibidem*, p. 119.

(53) Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, pp. 112-113.

(54) Cf. TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE; LEQUETTE, YVES, *Droit Civil — Les Obligations*, 11.^a ed., Paris: Dalloz, 2013, p. 380.

(55) Cf. PEREIRA DUARTE, *ob. cit.*, p. 437: “(...) parece não ser possível encontrar nesta primeira fase qualquer influência de um conceito filosófico de causa, nem qualquer influência da doutrina de Aristóteles sobre a causa. Parece ter triunfado o domínio do empirismo”.

(56) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 605; PEREIRA DUARTE, *ob. cit.*, p. 438.

(57) Cf. CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 169.

(58) Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.* p. 120

(59) *Ibidem*, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(2.14)⁽⁶⁰⁾. Foi, sobretudo, relevante o tratamento consagrado à distinção “*causa finalis*” e “*causa impulsiva*”, correspondendo a segunda ao motivo que impele alguém a obrigar-se⁽⁶¹⁾. No domínio das liberalidades, Bártolo apurou esta distinção, associando a “*causa impulsiva (remota)*” ao motivo e a “*causa finalis (proxima)*” à “*intenção*” ou “*animus donandi*”, encontrando-se, doravante, a causa (final) e os motivos autonomizados⁽⁶²⁾.

Tem-se generalizadamente afirmado que a teoria moderna da causa negocial sobreveio em França, no século XVII, sob a pena de Jean Domat⁽⁶³⁾. Assim, ainda antes do período codificatório, este jurista e, depois, Robert Joseph Pothier, emprestariam à causa final⁽⁶⁴⁾ — ao que parece — um figurino objectivo, ou seja, reconduziriam-na a “algo de estranho à psique do agente”⁽⁶⁵⁾. Assim sendo, como se verá mais detalhadamente (cf., *infra*, II, 3, §1), nas “convenções a título oneroso”, a causa aparece assimilada à contraprestação e, nas “convenções a título gratuito”, surge associada ao motivo, mas com o mesmo não se confundindo. A perspectiva destes autores resulta da progressiva desvinculação face ao formalismo característico do Direito Romano, tendo pesado o cunho consensualista da Escola do Direito Natural⁽⁶⁶⁾.

(60) Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, p. 139 (tradução, em corpo do texto, nossa).

(61) *Ibidem*, pp. 144-145.

(62) *Ibidem*, p. 146.

(63) Assim, entre outros, CAPITANT, *ob. cit.*, p. 114; CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 171; GHESTIN, *ob. cit.*, p. 823; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 607; PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 121.

(64) Cf. MELICH ORSINI, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, p. 5.

(65) Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 117. Ao invés, para uma a leitura subjectivista psicológica de Domat e Pothier, vide ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Volume II — Facto Jurídico. Em especial Negócio Jurídico*. 7.^a reimpressão, Coimbra: Almedina, 1992, pp. 343-344. Os trabalhos destes dois juristas franceses têm, na verdade, colhido leituras objectivistas e subjectivistas. Esta oscilação prende-se com a distinção, algo equívoca, entre contratos a título oneroso e contratos a título gratuito. Enquanto os primeiros apontariam num sentido objectivista; os segundos pareceriam resvalar num certo sentido subjectivista, uma vez que a causa se vê associada aos motivos.

(66) Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, p. 114.

§2. *As doutrinas posteriores (recepções nacionais): a) doutrinas subjectivistas.* As doutrinas ou teorias ditas subjectivistas têm génese napoleónica e apresentam uma matriz consensualista “promovida pelo ideário liberal”⁽⁶⁷⁾. Elas resguardam uma panóplia de concepções divergentes e apenas apresentam o denominador de procurarem a causa final em “condicionalismos atinentes ao próprio sujeito”⁽⁶⁸⁾, mais precisamente em elementos da vontade do agente ou, então, de acordo com outros tipos de reformulações, na sua psique. Ainda assim, é possível reagrupá-las em duas correntes distintas. De um lado, a doutrina subjectivista “clássica”, que identificou a causa do negócio jurídico ao “fim”, não no sentido objectivo de finalidade (ou objectivo), mas enquanto representação psicológica dessa finalidade. De outro, a doutrina subjectivista “moderna”, que assimilou, de modo patente e inequívoco, a causa final aos “motivos da vontade”⁽⁶⁹⁾.

A doutrina subjectiva dita “clássica” teve origem numa determinada leitura ou interpretação das obras de Domat e Pothier, mais especificamente na parte correlacionada com a causa dos actos gratuitos concebida como o “motivo razoável e justo”. O “motivo” surge, não obstante, empregue no sentido de “intenção” e, posteriormente, como o “fim imediato procurado pelas partes”⁽⁷⁰⁾. Esta teoria sofreu uma relevante reformulação pela mão de CAPITANT, que associou a causa do contrato ao “fim imediato visado pelas partes”, correspondendo o mesmo, nos contratos sinalagmáticos, à “execução da prestação”⁽⁷¹⁾ e, nas doações puras, ao “*animus donandi*”⁽⁷²⁾. Esta concepção perdurou, ainda assim, “completamente impregnada de subjectivismo”, mas teria representado “uma

(67) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 616; C. PEREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 19.

(68) Cf. C. PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 20.

(69) Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 83-84. Para outra ordenação, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* II, Tomo II, p. 617, distinguindo entre “subjectivismo psicológico”, “subjectivismo típico” e “subjectivismo económico”.

(70) Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 88.

(71) *Ibidem*, pp. 90-91. Neste sentido, refere CAPITANT, *ob. cit.*, p. 31, que “(...) num contrato sinalagmático, a causa que determina cada parte a obrigar-se é a vontade de obter a execução da prestação que lhe é prometida como contrapartida” (tradução nossa).

(72) Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, pp. 69-70.

corajosa tentativa para introduzir coerência na teoria subjectiva da causa”⁽⁷³⁾.

A doutrina subjectiva dita “moderna” procurou o seu fundamento nos motivos, enquanto “elementos psicológicos que precedem e desencadeiam o processo volitivo”⁽⁷⁴⁾. Mas, de entre a imensidão dos motivos, a causa coincide precisamente com os “motivos-fins”, com aquelas “representações primeiras determinantes do agente, isto é, os objectivos últimos por este procurados”. Paralelamente, perscrutam-se os “simples motivos” ou as “representações de certas circunstâncias, geralmente passadas, criadoras do condicionalismo solicitador da acção e que, portanto, levam o agente à prática do acto”⁽⁷⁵⁾.

Entre nós, o subjectivismo finalístico parece ter sido adoptado por um autor como Guilherme Moreira, segundo o qual o “fim jurídico que as partes têm intenção de realizar constitue, considerado no processo psychico que precede a declaração de vontade, a *causa* deste, vindo assim praticamente a identificar-se o objecto, conteúdo ou fim dos negocios juridicos, com a *causa jurídica*, visto que, se não pode realizar-se o fim que as partes se propozeram realizar, o negócio juridico nenhuns efeitos produz, ficará sem objecto”⁽⁷⁶⁾. Por seu turno, Coelho da Rocha vê na “causa a expressão do motivo, que induziu uma pessoa a dar, ou prometer uma cousa a outro”⁽⁷⁷⁾. De igual modo, Taborda Ferreira assumiu-se como um subjectivista, concebendo a causa-motivo como “conceito logicamente admissível”⁽⁷⁸⁾, muito embora tenha realçado que a “moderna” teoria pecava por excessiva, permitindo ao Direito indagar mais do que aquilo que devia. A ordem jurídica, por conseguinte, “não deve ter em atenção os motivos remotos (...) impede-o a Segurança”, pelo contrário apenas “deverá ter em conta

⁽⁷³⁾ Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 93-95.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 131.

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*, p. 132.

⁽⁷⁶⁾ Cf. MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português, Volume Primeiro — Parte Geral*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907, p. 460.

⁽⁷⁷⁾ Cf. ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO DA, *Instituições de Direito Civil Português*, Tomo I., 3.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, p. 71.

⁽⁷⁸⁾ Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.* p. 145.

os motivos que precedem a prática do acto”⁽⁷⁹⁾, isto é, “aqueles motivos que, normalmente, dão destino e finalidade ao acto, e que por isso são normalmente indispensáveis para o seu conhecimento integral”⁽⁸⁰⁾.

Por agora cabe apenas reter que, para as doutrinas subjectivas da causa, os fins redundam numa categorização dos motivos da vontade. Por outras palavras, os fins não se identificam com elementos objectivos e exteriores aos sujeitos, antes com as projecções mentais das finalidades negocialmente alcançáveis. Por isso mesmo, no meio da amálgama informe dos motivos — individuais ou atípicos —, vislumbra-se aquilo que, de modo flutuante, se foi apelidando de motivo típico⁽⁸¹⁾, determinante⁽⁸²⁾ ou imediato⁽⁸³⁾.

b) *Doutrinas objectivistas*. Se ao subjectivismo interessa a “vida interior” do sujeito, as doutrinas ditas objectivistas procuram, por sua parte, construir uma causa independente “da consideração do próprio agente e da sua vontade”⁽⁸⁴⁾, ou seja, uma causa alicerçada “em meios exteriores aos próprios sujeitos contratantes”⁽⁸⁵⁾. Afastando o objectivismo domatiano (que, como visto, se presta a entendimentos equívocos) e, por outro lado, apartando as concepções germânicas (que, pelas suas especificidades, serão adiante analisadas)⁽⁸⁶⁾, importa averiguar a doutrina que vê na causa final a “função” do negócio jurídico (Scialoja)⁽⁸⁷⁾ ou, segundo uma fór-

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, p. 152.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 154.

⁽⁸¹⁾ Cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 379; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 269-270.

⁽⁸²⁾ Cf. Díez-Picazo, Luis; Ponce de León, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, pp. 21-22.

⁽⁸³⁾ Cf. Josseland, Louis, *Cours de Droit Positif Français, II — Théorie Générale des Obligations. Les Principaux Contrats du Droit Civil. Les Suretés*. 3.^a ed. Paris: Sirey, 1939, p. 73.

⁽⁸⁴⁾ Cf. Taborda Ferreira, *ob. cit.*, p. 71.

⁽⁸⁵⁾ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 619.

⁽⁸⁶⁾ Cf., *infra*, II, 3, §3.

⁽⁸⁷⁾ Cf. Scialoja, Vittorio, *Negozió Giuridici* [Negócios Jurídicos]. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Sevilla: Imprensa Editorial de la Gavidia, 1942. Tradução da 4.^a ed. italiana. pp. 74 e ss. Conforme refere Taborda Ferreira, *ob. cit.*, p. 71, “[f]oi em Itália que a teoria da causa função social primeiro se desenvolveu. Deu-lhe forma

mula que singrou na literatura jurídica posterior, a sua “função económico-social típica” (Betti)^(88/89). Em bom rigor, porém, as noções destes autores italianos comportam, ainda, um lastro subjectivista, tendo o primeiro falado numa “causa subjectiva”⁽⁹⁰⁾ e, o segundo, numa “intenção prática típica”⁽⁹¹⁾. Nesta medida, qualquer uma delas merecia ser sopesada no âmbito das doutrinas ditas ecléticas. Sucede que pela sua originalidade e influência nas posteriores elaborações objectivo-funcionalistas, opta-se por considerá-las nesta sede. Assim, de acordo com Scialoja, a ordem jurídica converte alguns negócios em “negócios jurídicos” por força de “determinados fins sociais”. Estes fins ou funções, quando tutelados pelo Direito, correspondem à causa objectiva. Mas enquanto “representações intelectuais internas”, os motivos interligam-se à causa, ou seja, os fins “pertencem à ordem daquelas representações intelectuais”. Essa representação interna dos fins negociais constitui a causa subjectiva, ou, noutra perspectiva, esta última corresponde à “causa objectiva enquanto concebida e querida pelo agente”⁽⁹²⁾.

um grande jurista — Scialoja”. Assim, tb., MAIOLO, FRANCESCA, “La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti”, *Rivista Critica del Diritto Privato*. Nápoles: Jovene Editore. Ano XXXI, N.º 4 (Dicembre 2013), pp. 569-599. Mas, em sentido diferente, GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 289, afirmando que “[q]uem primeiro se bateu mais decididamente pela *doutrina objectivista* foi talvez Venezian, que via na *causa* um *elemento objectivo* do contrato, fundamento da protecção legal concedida à vontade dos contraentes”. E, ainda, BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust...*, p. 822: “Venezian, apontado como o primeiro grande propagador da causa objectiva, estabelece as linhas gerais da doutrina ao defender que a função abstrata dos atos jurídicos limita a autonomia privada (...)”.

⁽⁸⁸⁾ Cf. BETTI, EMÍLIO, *Teoria General del Negozio Giuridico* [Teoria Geral do Negócio Jurídico], *Tomo I*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, pp. 329-402.

⁽⁸⁹⁾ Além das designações mencionadas em corpo do texto, a causa-função, ora adoptada numa feição puramente objectiva, ora acolhida no âmbito de construções ecléticas, tem sido designada também como “função práctico-social” ou “razão económico-jurídica” — CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*

⁽⁹⁰⁾ Cf. SCIALOJA, *ob. cit.*, p. 75.

⁽⁹¹⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, p. 358.

⁽⁹²⁾ Cf. SCIALOJA, *ob. cit.*, pp. 74 e ss. Refere, a este propósito, CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 181. Castro y Bravo que foi ensinado através de “(...) Scialoja que a distinção entre a causa e os motivos, vagamente esboçada na doutrina antiga, haverá de basear-se

O referido esquema causalista sofreu uma importante reelaboração, distinguindo Betti, ao nível do negócio jurídico, os pressupostos, a estrutura e a função. A estrutura desdobra-se na forma e no conteúdo, consistindo este último no “preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses”⁽⁹³⁾. A função, por sua vez, corresponde à “razão do negócio” e, em cada negócio jurídico, vislumbra-se “uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objectivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder”⁽⁹⁴⁾. A função é “económico-social” porque diz respeito a um “interesse social objectivo”⁽⁹⁵⁾, em que “o direito — e já antes do direito, a consciência social — aprova e protege a autonomia privada, não na medida em que segue o capricho momentâneo, mas naquela em que persegue um objectivo típico interesse para a modificação do estado de facto e se dirige a funções sociais dignas de tutela”⁽⁹⁶⁾. Por outro lado, a função é “típica” enquanto “apreciação geral e abstracta, própria de normas jurídicas, uma configuração por tipos, uma tipificação deve anteceder, logicamente, a celebração do negócio. Isto é, não se deve tratar de interesses meramente individuais, contingentes, variáveis, contraditórios, socialmente imponderáveis. Devem, pelo contrário, ser necessidades constantes, normais, classificáveis por tipos, interesses gerais e, neste sentido, típicas (por ex.: trocas de bens ou serviços, cooperação, gestão de negócios, crédito, acordos, beneficência, etc.). A configuração por tipos não se realiza, necessariamente, por meio de qualificações técnico-legislativas: ela pode efectuar-se também mediante remessa para as consagrações dominantes na *consciência social*

não em diferenças subjectivas ou psicológicas, mas no facto de o Direito fazer dos meros negócios, negócios jurídicos, quando são ou por serem ‘socialmente úteis’ (p. ex., a compra e venda, como troca de mercadoria por dinheiro) (...). Esta ‘causa objectiva’, acrescenta, não exclui a ‘causa subjectiva’, já que no ânimo das partes há de estar ‘a consideração daquela causa objectiva’ (...); de modo que a causa objectiva haverá de ser em cada negócio concreto motivo da vontade das partes” (tradução nossa).

⁽⁹³⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, p. 333.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, pp. 333-334.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 334.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 348.

(...)"⁽⁹⁷⁾. Em suma, segundo Emilio Betti a causa corresponde à “função económico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada”⁽⁹⁸⁾.

A doutrina da causa-função sofreu uma verdadeira revolução com o trabalho encetado por Betti, apesar de permanecer envolta por um “reflexo subjectivo”⁽⁹⁹⁾, persistindo a ideia de “intenção prática típica” como a “vontade final, dirigida à causa como seu escopo”⁽¹⁰⁰⁾. A intenção é “prática” por não se direccionar necessariamente aos efeitos jurídicos e, por outra parte, é “típica” porque a função económico-social integra o processo volitivo do sujeito enquanto “representação última” e, não, como categoria dos motivos individuais. Estes, por seu turno, salvo convenção em contrário, afiguram-se juridicamente irrelevantes⁽¹⁰¹⁾.

Em Portugal, conforme tem sido asseverado, o objectivismo-funcionalista representa a “doutrina dominante”⁽¹⁰²⁾. Embora de modo inconclusivo, José Tavares conhecia a causa-função⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 373.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 350.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*, p. 356.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 358.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*, pp. 358-359.

⁽¹⁰²⁾ Assim, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 380; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 506; *Contratos II...*, p. 94 (n. 17); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, pp. 270.

⁽¹⁰³⁾ Num primeiro momento, nos *Princípios Fundamentais do Direito Civil, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, p. 499, decorre que “[h]á realmente uma causa do contracto independente da causa da obrigação. É a doutrina com razão ensinada pelos melhores autores modernos em Itália, como Scialoja, Ferrini, Simoncelli e Ruggiero. Todo o contracto tem uma própria função económica ou social, corresponde a um fim da vida que o direito tutela, e neste fim, nesta determinada função social, está precisamente a causa do contracto”. Mais tarde, porém, nos *Princípios Fundamentais do Direito Civil, Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1928, p. 462, vem afirmado que “[e]m toda a série de motivos (...), o direito apenas toma em consideração o ultimo, o mais próximo da acção, isto é, aquele que a determinou (...). Pois bem, aquele motivo é a *causa*, quer dizer a razão determinante da vontade (...).” Apreciando esta tese, TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 74 (n. 1) refere que “[t]ratando mais de espaço do problema da causa no vol. II de *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, o ilustre professor, salvo o devido respeito, contradiz a posição inicialmente assumida. Depois de uma longa e, por vezes, confusa exposição, parece concluir que a causa deve ser entendida num sentido subjectivo, como fim jurídico

Nesta esteira, declarava Cabral de Moncada que o conceito de causa “só seria verdadeiramente inútil, se houvésemos de o fazer equivaler à idéa de *causa determinante* ou *motivo*, no sentido psicológico ou naturalístico. Ora, não é nada disso. A ‘causa’ é um elemento essencial do conteúdo de todos os negócios jurídicos e tem um valor objectivo” e acrescentava que “já se lhe tem chamado a ‘*razão económico-jurídica do negócio*’. Nós, porém, porque entendemos que não só os negócios jurídicos patrimoniais como todos os negócios jurídicos, mesmos os não patrimoniais, têm uma ‘causa’, preferimos chamar-lhe: ‘*a razão jurídica prática do negócio*’, ou ainda, *a representação mental consciente do tipo de negócio, com todos os seus efeitos, que desejamos praticar*”⁽¹⁰⁴⁾. A doutrina portuguesa mais recente propende, de igual sorte, na direcção objectivista⁽¹⁰⁵⁾, libertando a função económico-social do fundo voluntarista (ou psicologista), até, então, persistente⁽¹⁰⁶⁾.

visado pelas partes”, mas “apesar de tudo, pode ter-se, parece-nos, José Tavares como integrado, de certa maneira, na doutrina da causa função social”.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Lições de Direito Civil (Parte Geral), Volume II*. Coimbra: Atlântida, 1932, pp. 344 e ss. (em especial, pp. 344-345). Não se descola integralmente de elementos subjectivos, fazendo relevar a causa-função no processo mental do sujeito. Pôde, então, o Autor asseverar que “a ‘causa’ é assim o *fim jurídico* do acto, como que nele impresso e que nos determina a êle, ou a razão formal última, também determinante da vontade; ou ainda: a vontade da própria lei *tornada nossa vontade, adoptada por nós, como condição objectiva* do negocio jurídico que pretendemos praticar” (p. 346).

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1371-0. pp. 423-457 (em especial, pp. 429-431); *Contratos Complexos...*, p. 63; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 270; 272-273; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 496-547 e *passim*; *Contratos II...*, pp. 95-110; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil...*, II, pp. 271-274; e, ainda, de modo mais impressivo, na 2.^a edição da sua obra, *Direito Civil. Teoria Geral, Volume II — Acções e Factos Jurídicos*. 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-1152-1, pp. 302-306; 309-310.

⁽¹⁰⁶⁾ Cumpre fazer uma chamada de atenção para os desenvolvimentos introduzidos por Ferreira de Almeida e que, em certa medida, mereceram o acolhimento de B. Pereira Coelho. Deliberadamente influenciado pela matriz bettiana, adoptou a noção de função económico-social, ou melhor, a de causa-função como a “finalidade metajurídica, fundamental e global prosseguida pelo negócio jurídico”, integrando a mesma um “elemento específico do texto negocial” (*Texto...*, I, p. 497; *Contratos II...*, pp. 96-98). Parece, em todo o caso, que a sua construção diverge daquela que vem apresentada pelo mestre ita-

c) *Doutrinas ecléticas*. Certas doutrinas dizem-se ecléticas na precisa medida em que procuram mitigar objectivismo e subjectivismo no âmbito dos seus quadros explicativos. Vislumbram-se, porém, pelo menos, dois modos de fazê-lo⁽¹⁰⁷⁾. O primeiro passa por construir, em simultâneo, uma causa objectiva e uma causa subjectiva⁽¹⁰⁸⁾. O segundo, mais comum, consiste na integração da causa-função — enquanto realidade objectiva — no processo volitivo ou psicológico do agente, atribuindo-lhe, nestes termos, relevância jurídica. Quando projectada na mente do sujeito, a causa-função enquadrar-se-ia como motivo juridicamente relevante e este configuraria, então, a “causa subjectiva”. De entre os múltiplos motivos atípicos ou individuais, haveria que contar com esse motivo típico correspondente à “causa-função integrada no processo volitivo do agente”⁽¹⁰⁹⁾.

Não foi outra a construção propugnada pelos juristas italianos Scialoja e Betti que, por opção expositiva, se incluíram no âmbito das doutrinas objectivistas. Em Portugal, Galvão Telles entende que objectivismo e subjectivismo “não são inconciliáveis; correspondem a dois pontos de vista diversos, ambos admissíveis, em que se pode colocar o observador”⁽¹¹⁰⁾. Assim, ao lado da “função social típica” ou “causa objectiva”⁽¹¹¹⁾ haveria que contar — enquanto “motivo típico” — com a integração dessa causa-função no próprio processo volitivo do contraente. Por estes caminhos, igualmente sob a influência bettiana, andou Dias Marques, defendendo que, a par da “função social”, existe uma “causa subjectiva” ou aquela mesma função social projectada “no espírito do autor do negócio como intenção, vontade e motivo”, sendo que “enquanto motivo a projecção da função é um momento integrante do pro-

liano, na medida em que promove a separação da função económico-social e dos motivos (*Texto...*, I, pp. 503-505, n. 131; *Contratos II...*, pp. 95-96) e distingue, também, essa função económico-social (função metajurídica) da função eficiente (função jurídica), rejeitando a ideia de causa como síntese dos elementos essenciais do negócio jurídico.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 621.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 292.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 289.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, pp. 290-291.

cesso volitivo, ou seja, a última das representações que afectam a vontade e a conduzem ao negócio”⁽¹¹²⁾. Também Pereira Duarte parece inclinar-se numa direcção ecléctica, asseverando que as correntes objectivistas e subjectivistas “são na realidade todas correctas, já que elas apenas representam diferentes abordagens sobre a justificação do surgimento do negócio, elas respondem a diferentes problemas”. Porém, logo depois, deduz que bem se pode prescindir da “ideia de causa do negócio, como de resto claramente prescindiu o legislador que a ela não se refere”⁽¹¹³⁾.

d) *Doutrinas anti-causalistas*. As doutrinas ou teorias anti-causalistas são aquelas que rejeitam a causa negocial como noção jurídica autónoma⁽¹¹⁴⁾. Não há, porém, uma só corrente anti-causalista; a história demonstra e as várias ordens jurídicas testemunham uma multitude de teses avessas à causa final. Hoje, em todo o caso, tendo presente as várias concepções de causa negocial (objectivistas, subjectivistas e eclécticas), devem designar-se como anti-causalistas quaisquer posições que procuram, de um modo ou de outro, rejeitá-las.

Tem-se afirmado que o primeiro autor anti-causalista foi Ernst, seguido pelo seu discípulo Laurent. Esta corrente haveria de surpreender, entretanto, vários juristas franceses e italianos⁽¹¹⁵⁾. As críticas foram, em todo caso, dirigidas à ideia domatiana de causa e que predominou nos primeiros anos de vigência do *Code*. Assim, para estes autores, nos contratos a título oneroso, a causa tenderia a confundir-se com o objecto; ao passo que, nos contratos a título gratuito, ela equivaleria ao consentimento ou vontade⁽¹¹⁶⁾. Quem mais longe conduziu

⁽¹¹²⁾ Cf. DIAS MARQUES, *ob. cit.*, pp. 191 e ss.

⁽¹¹³⁾ Cf. PEREIRA DUARTE, *ob. cit.*, p. 461.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 622.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, pp. 27-29: “Foi um professor da Universidade de Lieja, Ernst, quem, o primeiro, em 1826, numa brochura intitulada: *La causa est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions*, publicada por ocasião da revisão do Código Civil Belga, pediu que se suprimisse os textos relacionados com esta noção, a qual, segundo ele, não tinha correspondência com nada de real e era uma fonte de erros e confusões” (tradução nossa). Cf., ainda, CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, pp. 177-178; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 267-269; MELICH ORISNI, *ob. cit.*, pp. 30-33; TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, pp. 121-129.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 177; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 267.

a crítica foi Planiol, considerando a causa uma noção eivada por dois “vícios fundamentais” — “falsidade” e “inutilidade”⁽¹¹⁷⁾.

Em Portugal, nas vésperas do Código Civil de 1966 e com decisiva influência sobre o seu texto final, assumidamente anti-causalista foi Manuel de Andrade. As suas palavras são, de resto, inequívocas: a causa é um “conceito dispensável”, bastando a ideia de objecto em sentido lato. Adianta, porém, que a “noção pode interessar quanto aos negócios sem causa (negócios abstractos)”⁽¹¹⁸⁾. Actualmente, suggestionado pelos argumentos do insigne Professor de Coimbra, o qual invocava a máxima de Francisco Bacon “*entia non sunt multiplicanda*”⁽¹¹⁹⁾, Menezes Cordeiro considera que “a Ciência do Direito não deve permitir que se multipliquem gratuitamente os conceitos”⁽¹²⁰⁾, concluindo, nesta medida, que, perante outras noções bem consolidadas, “a causa do contrato não tem (...) lugar no Direito civil”^(121/122).

§3. *Tomada de posição dogmática.* De modo a firmar posição quanto à autonomização de um hipotético elemento negocial, parece lógico que se devam alinhar algumas ideias prévias a respeito do próprio negócio jurídico. Mais a mais, havendo, pelo menos, uma das teses — a concepção objectivo-funcionalista — que traz à liça o problema da articulação “negócio jurídico — princípio da autonomia privada — ordem jurídica”, justifica-se que se comece pela clássica questão do “fundamento do negócio jurídico” ou sua “causa eficiente”⁽¹²³⁾. Todavia, dois reparos prévios impor-

(117) Cf. PLANIOL, MARCEL, *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tomo 2*, 9.^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1923, pp. 355-358.

(118) Cf. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 349. O Autor destaca, todavia, que a causa da obrigação (e, não, a causa do negócio) pode apresentar alguma utilidade nos contratos bilaterais, de molde a “explicar certos aspectos da respectiva disciplina jurídica” (p. 349, n. 1).

(119) *Ibidem, ob. cit., loc. cit.*

(120) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 622.

(121) *Ibidem*, p. 627.

(122) Cf., tb., num sentido anti-causalista, BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust...*, pp. 834-837.

(123) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 236-250; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, pp. 66-68.

tam ser tecidos. Por um lado, não se imiscui, no âmbito do presente tópico, a “vontade”, enquanto mítica força criadora de efeitos jurídicos: a crítica encontra-se efectuada e a ela não se voltará⁽¹²⁴⁾. Por outro, não se procura catalogar exaustivamente as teorias sobre o fundamento negocial, importa tão-só manifestar uma específica orientação sobre este quesito.

Não havendo coincidência perfeita entre os domínios da autonomia privada e do negócio jurídico, pode afirmar-se, no entanto, que este é o acto paradigmático por via qual os privados se “podem dar um ordenamento próprio”⁽¹²⁵⁾. Os particulares criam ordens nomeadamente através do negócio jurídico com fundamento no princípio da autonomia privada e essas ordens integram-se na ordem jurídica mais ampla, ou seja, noutras palavras, admite-se “que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global”⁽¹²⁶⁾. O negócio jurídico, tal como as demais fontes jurídicas (normativas ou não-normativas), alicerça-se em determinados princípios fundamentais que são, por seu turno, expressão ou significado da ordem social, *rectius* de factos sociais que compõem essa ordem.

(124) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 70-96: “O elemento verdadeiramente inovador na teoria do negócio jurídico, tal como foi exposta por Savigny, é a atribuição à vontade de um *poder criativo* de efeitos jurídicos; o problema da vontade cristaliza-se no dogma da vontade, porque é afinal ‘tudo’ no negócio jurídico” (p. 70). Apenas se dirá que o problema da vontade obnubilou — e obnubila ainda — não só os quadros do negócio jurídico, como também o entendimento da autonomia privada (por isso, *autonomia da vontade*) e, mais latamente, da Ciência do Direito..

(125) Cf. SANTI ROMANO, *L’Ordinamento Giuridico* [El Ordenamiento Jurídico]. Tradução da 2.^a edição de 1951 por Sebastián Martín-Retortillo e Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Editorial Reus, 2010. ISBN 978-84-290-1639-0, p. 187. E, tb, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, p. 66. Como esclarece LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Volume I — Introdução. Da Constituição das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 972-40-1424-X, p. 19, “[e]m sentido literal, a expressão ‘autonomia privada’ (do grego ‘auto’, próprio e ‘nomos’, regra) consiste na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras. Tecnicamente, porém, as regras jurídicas caracterizam-se pela generalidade e abstracção (...) o que os privados criam são comandos, que só para eles vigoram”. Todavia, quanto à abstracção, tem-se algumas dúvidas que seja uma característica diferenciadora em face da norma jurídica.

(126) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, p. 66.

Desde início, esclareceu-se que a vontade, nos seus múltiplos entendimentos, deveria ser expurgada da equação “ordem jurídica — autonomia privada — negócio jurídico”. Um entendimento objectivo do negócio jurídico, seja qual for a concepção adoptada, alargará “consideravelmente o seu campo, de modo a abranger igualmente fenómenos em que se não pode discernir a presença de qualquer elemento volitivo”⁽¹²⁷⁾. Mas, uma vez afastado o voluntarismo, são “os próprios elementos internos [que] teriam igualmente um papel subalterno no domínio do negócio jurídico”⁽¹²⁸⁾. As representações mentais — vulgo, os motivos — assumem, desta sorte, um papel francamente secundário (p. ex., no plano jurídico-positivo, há que atender aos arts. 252.º, n.º 1 e 281.º, do Código Civil)⁽¹²⁹⁾. Assim, durante alguns séculos até aos dias de hoje, a vontade jurídica — elaboração do jusnaturalismo — procurou suprir aquilo que, por outras vias interpretativas, surgia como inexplicável. Hoje, o negócio jurídico deve ser compreendido enquanto acto praticado no correspectivo contexto social. Pode ser que, amanhã ou já hoje, designadamente com recurso aos dados fornecidos pelas neurociências, se devolva outra dignidade à *vida interior dos sujeitos* — cabe à Ciência do Direito, uma vez mais, permanecer atenta.

Este *distinguo* anti-voluntarista influi na própria concepção da teoria dos elementos negociais. Conforme comumente apontado, a doutrina dos *essentialia* peca por falta de um “critério uniforme”⁽¹³⁰⁾, confundindo o plano da formação negocial, do significado e dos efeitos. Por outra parte, quanto ao esquema bettiano, o qual diferencia *i*) pressupostos, *ii*) estrutura e *iii*) função, além de se afigurar criticável⁽¹³¹⁾ a inserção do objecto e das partes entre os pressupostos, ou seja, entre “realidades lógica e ontologicamente anteriores ao negócio”⁽¹³²⁾, trata-se de uma sistematização que não *transpa-*

(127) Cf. P. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 39.

(128) *Ibidem*, p. 40, referindo-se, em particular, aos “actos de entendimento” de F. Wieacker.

(129) Cf., para uma síntese sobre a irrelevância dos motivos e suas excepções, B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, pp. 448-457.

(130) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, p. 484.

(131) Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, pp. 25-26; 55-56.

(132) Cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 140.

rece o dinamismo negocial. Por tudo isto, mais aperfeiçoada surge a estruturação que distingue, sucessivamente, *i*) formação do negócio, *ii*) conteúdo do negócio jurídico, *iii*) vícios da vontade e da declaração e, por fim, *iv*) ineficácia⁽¹³³⁾. Contudo, o elemento volitivo persiste e o tratamento da eficácia pela negativa é dubitativo.

A interpretação negocial apresenta como resultado o “conteúdo”⁽¹³⁴⁾ e como objecto as declarações ou, atomisticamente, os enunciados⁽¹³⁵⁾. Com maior ou menor dispersão espaço-temporal, estes enunciados consubstanciam o plano (dinâmico) da formação negocial e vêm-se imersos num horizonte social mais alargado. A interpretação é, assim, um processo que visa idealizar os dados da fase formativa num conteúdo ou significado juridicamente conformado, o qual, todavia, não se confunde com os eventuais efeitos⁽¹³⁶⁾. Fica, em suma, uma análise do negócio jurídico em função da seguinte estruturação: “formação — conteúdo — eficácia”⁽¹³⁷⁾. O conteúdo não se prefigura, todavia, como um bloco uniforme e indistinto, patenteando uma estrutura interna analítica. Enquanto resultado do processo interpretativo — processo de entendimento e

⁽¹³³⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, 488.

⁽¹³⁴⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 13: “O conteúdo do contrato será assim o resultado jurídico do acordo ou consenso, isto é, a estrutura correspondente ao significado global do consenso, tal como determinado de harmonia com os cânones da interpretação, eventualmente transformado (aditado ou corrigido) pelas implicações jurídicas decorrentes da integração de lacunas ou da convalidação (por redução ou conversão) de contratos inválidos”. Por outra parte, refere SACCO, RODOLFO, “Il Contratto”, in VASSALLI, FILIPPO (direcção de), *Trattato di Diritto Civile Italiano, Volume VI, Tomo II*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1975, p. 476 (n. 12) que “à fortuna do termo conteúdo provavelmente contribuiu WINDSCHEID (*Pandette*, § 81), falando de ‘Inhalt’” (tradução nossa).

⁽¹³⁵⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...* I, pp. 195-197

⁽¹³⁶⁾ Cf., quanto ao “princípio da conformidade dos efeitos jurídicos com o significado negocial” e respectivas “excepções”, *Texto...*, I, pp. 204 e ss. Partindo de premissas diversas, sem fugir aos quadros voluntaristas, sufragava CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 390, que “o seu [do negócio jurídico] conteúdo refere-se aos efeitos *queridos*, enquanto a eficácia identifica os efeitos *produzidos* (ou realizados), podendo não haver coincidência entre eles; basta que algum vício perturbe o negócio para a sua eficácia não corresponder aos efeitos a que as partes dirigiram a sua celebração”. E, tb., para a distinção entre conteúdo e efeitos, embora sob outra argumentação, *vide* SACCO, *ob. cit.*, pp. 477-479.

⁽¹³⁷⁾ É claro que não se pode ignorar que, logo no plano da formação, se justapõe um plano de conteúdo ou de significado (*v.g.*, *culpa in contrahendo*).

compreensão —, a estrutura endógena do conteúdo é susceptível de uma microanálise. A causa final, caso se autonomize conceptualmente, ter-se-á de situar ao nível do conteúdo negocial entendido nestes moldes analíticos e estruturais.

Antes de se ensaiar uma posição sobre a (in)dispensabilidade jurídica da causa final, parecem estar reunidas as condições para afastar as doutrinas subjectivistas. Qualquer uma delas procura, na verdade, através de noções que lhe são afins, exacerbar o papel da vontade no domínio jurídico-negocial⁽¹³⁸⁾. Tal preponderância é levada a efeito através da assimilação dessas noções à causa do negócio jurídico. Contudo, estas teorias, ao efectuarem tal associação, resvalam noutro erro — apontado, como se viu, por algumas doutrinas anti-causalistas —, que foi o de turvarem noções jurídicas que se viam dogmaticamente bem delineadas, como sejam as de fins ou motivos. Em particular, a doutrina subjectiva clássica, levou mais longe a distorção, fazendo do “*fin*” uma categoria privilegiada de motivos, ou seja, confundiu uma entidade objectiva com a sua correspectiva projecção psicológica ou volitiva. Mas a doutrina subjectiva dita “moderna” — embora mais depurada, neste aspecto — não se furtou, contudo, ao lastro voluntarista, associando os motivos (ou uma categoria dos motivos) à causa do negócio jurídico.

O negócio jurídico é fonte jurídica (*rectius*, facto juridicamente relevante e revelador) que — como começou por observar-se — repousa, entre o mais, no princípio da autonomia privada. Pode, assim, falar-se, a este propósito, no instituto negocial. Acresce que o negócio jurídico, bem como os ordenamentos que, por via dele, são criados pelos privados, devem, sempre, em último lugar, respeitar o momento social, sob pena de ineffectividade — como, de resto, sucede com as demais fontes derivadas. Pois bem, pode afirmar-se, por conseguinte, que a causa final consubstancia a função económico-social ou a função social como elemento do

⁽¹³⁸⁾ Cf. TABORDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 102: “Conseguimos, assim, apurar que os anti-causalistas tinham razão quando afirmavam integrar-se a causa da doutrina subjectiva na vontade”. Isto sem prejuízo de o próprio Autor, em coerência, aliás, com a posição preconizada, logo acrescentar que “(...) não quer isto dizer (...) que se deva banir por inútil”.

conteúdo negocial e que nele pode encontrar-se indicada de modo “explícito, implícito ou por remissão”⁽¹³⁹⁾. A causa corresponde ao extrajurídico reflectido no conteúdo do negócio jurídico. A ordem social, de que acima se falou, decomposta (numa perspectiva realista crítica), entre muitas outras, nas ordens moral, económica, política, mas, por outra parte, havendo que contar com as dimensões cultural e natural da sociedade, projecta-se, historicamente, no conteúdo do negócio jurídico⁽¹⁴⁰⁾.

De entre os negócios existentes na sociedade, há aqueles que desempenham finalidades social e juridicamente relevantes. A identificação destas finalidades, em simultâneo com a adopção de critérios prévios, tem servido à classificação dos negócios jurídicos⁽¹⁴¹⁾. Questão diversa é a de saber se, para além das finalidades encerradas em classificações, surgem admissíveis outras funções sociais. A resposta deve ser afirmativa, na medida em que esses quadros classificativos, por mais abrangentes e anistóricos que se apresentem, são construções doutrinárias constrangidas à cristalização. Com efeito e ao invés, as “consagrações dominantes na *consciência social*”, que servem, segundo a opinião de Betti, de estalão à tipificação das funções económico-sociais, encontram-se em permanente mutação.

Quanto à possibilidade de as partes criarem causas “atípicas”, ou seja, causas que não se estejam previstas em factispécies legais ou sociais, trata-se, na verdade, de um problema que não pode ser suscitado nestes exactos termos. As partes idealizarão, em concreto, modelos funcionais que, com a continuidade, terão, ou não, aceitação social, isto é, tipificação. Mas, desta feita, não será já correcto falar-se em atipicidade da função. O fenómeno não coin-

⁽¹³⁹⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 102.

⁽¹⁴⁰⁾ Talvez, por isso, Ferreira de Almeida afirme que a “finalidade é metajurídica, porque transcende a fenomenologia do Direito, naquilo que este tem de específico como cultura, história, ciência e aplicação de normas” — *Contratos II...*, p. 97.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 519-520; 539-542 e *passim*; *Contratos II...*, pp. 107-110. E, tb., procedendo a uma classificação dos negócios jurídicos com recurso a funções sociais, vide ORLANDO GOMES, *Contratos*. Actualizado por António Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, 26.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, pp. 22-24.

cide com a tipicidade dos negócios jurídicos, em relação aos quais existem figurinos puramente atípicos, ou seja, sem correspondência com anterior modelo social, legal ou consuetudinário (ou combinação entre eles)⁽¹⁴²⁾. A função económico-social assume-se, nesta medida, como a projecção, em sede do conteúdo negocial, dos limites sociais ao poder previsto no princípio da autonomia privada (e da autonomia pública): podem ser celebrados negócios jurídicos sem modelo regulativo antecedente, mas os mesmos têm de indicar uma função social típica⁽¹⁴³⁾. Por tudo isto, em consequência, a função económico-social, como elemento do conteúdo negocial, não se confunde com o próprio tipo de negócio⁽¹⁴⁴⁾.

Desconsideram-se as críticas político-ideológicas tecidas à doutrina da função económico-social, tal como têm sido, de igual modo, apontadas a outras figuras⁽¹⁴⁵⁾. É-lhe conferido um “carácter antiliberal”, assim como “uma ligação histórica e mais ou menos ideológica a um totalitarismo”⁽¹⁴⁶⁾ ou, ainda, diz-se “que favorece

⁽¹⁴²⁾ Cf., em sentido diferente (embora restritivamente), FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 542: “Em teoria e em face da regra da autonomia negocial seria mesmo concebível que outras funções (atípicas) integrassem certos negócios jurídicos. Na prática, porém, (...) não é facilmente imaginável que a função económico-social de um negócio concreto se não enquadre ou se não reconduza a alguma combinação entre as classes indicadas”.

⁽¹⁴³⁾ Embora em moldes não coincidentes com os expostos em texto e sendo um tema conhecido no pensamento jurídico italiano, reporta-se B. PEREIRA COELHO, *Contratos Complexos...*, pp. 70-76, ao problema da “oportunidade” ou “idoneidade à tutela jurídica” da causa.

⁽¹⁴⁴⁾ Neste sentido, cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 98: “A caracterização deste elemento funcional como finalidade global destina-se por último a sugerir a demarcação entre função económico-social e tipo contratual, contrariando as teses que sustentam a sua coincidência”. Contra, entre outros, na linha de G. B. FERRI, DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra: Almedina, 2000. (Coleção Teses). Dissertação de Doutoramento. ISBN 972-40-1296-4, p. 95: “(...) é-se levado a concordar com aqueles autores que dizem ser a causa abstracta sinónima de tipo e, portanto, não autonomizável deste”.

⁽¹⁴⁵⁾ P. ex., a respeito das relações contratuais de facto, tem-se destacado que a “doutrina de HAUPT veio obter uma grande adesão na Alemanha, no período entre 1941 e 1945, em grande parte justificada pela matriz anti-liberal do pensamento jurídico da época — o colectivismo nacional-socialista — de que esta doutrina é em grande medida tributária” — cf., por todos, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, p. 448.

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. PEREIRA, MARIA DE LURDES; MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”. *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão, Volume I*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3568-0, pp. 379-430 (p. 33, n. 97).

o dirigismo económico e o excessivo controlo estadual sugerindo-se a sua estreita ligação com princípios do corporativismo”⁽¹⁴⁷⁾. Talvez, a este respeito, cumpra citar um passo de Castro y Bravo, que se tornou, nesta matéria, conhecido⁽¹⁴⁸⁾:

A assinalada dificuldade das questões sobre a causa resulta de que elas estão no centro do choque de importantes interesses e correntes ideológicas. Embora impulsionadas por diversos móbeis e raciocínios, enfrentam-se duas correntes: a que propugna impor o cumprimento de qualquer promessa, sem deter-se na consideração da sua origem ou conteúdo; nela coincidem cultores de uma teologia moral formalista, individualistas liberais, representantes do neo-mercantilismo, juristas propensos ao formalismo e à abstracção e, em geral, os partidários da luta livre social. A que favorece o controlo das promessas, por não considerar obrigatórias as que não mereçam pelo seu conteúdo o apoio jurídico; é seguida por quem tem uma concepção realista da moral, os paternalistas, os socialistas, os amigos da moralização do Direito e por todos os que pensam que não há que impor o cumprimento de promessas irracionais, imorais, contra os interesses gerais, ou que são repudiadas pelo bom senso e sentimento geral.

Mais relevantes são as críticas jurídicas de fundo. E aqui os argumentos que, à partida, se mostram mais convincentes — muito embora, não devam proceder — são aqueles que, entre nós, Menezes Cordeiro dirige às “orientações objectivistas”, mais especificamente à doutrina da função económico-social. Ora, diz este Autor que “se a regulamentação contratual for irrelevante”, não é um problema de “falta de causa”, mas de invalidade “por ausência de juridicidade emergente da não utilização autêntica da faculdade de contratar ou, simplesmente, por falta de conteúdo”. Caso a questão se prenda com “regulamentação ilícita”, então não se trata de um problema de “ilicitude ou impossibilidade de causa”, mas de vício do conteúdo⁽¹⁴⁹⁾. Tudo isto se prefigura, à partida, correcto. Porém, o conteúdo do negócio jurídico deve, em si mesmo, como ficou patente, sofrer uma microanálise na sua estrutura interna. Não basta

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 508.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, p. 165 (tradução, em corpo do texto, nossa).

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 626.

dizer que o conteúdo é omissivo, há ainda que especificar, mesmo que no plano da eficácia o resultado pudesse ser idêntico, que elemento ou elementos do conteúdo estão em falta, *maxime* a função económico-social. No que respeita à ilicitude, poder-se-ia convocar raciocínio análogo, fica, contudo, por saber se, diante o pressuposto da impossibilidade de funções económico-sociais atípicas, poderá verificar-se ilicitude autónoma das mesmas. Seria questão a tratar em separado e que não cabe alargar ao presente âmbito.

Queda pouco espaço às doutrinas anti-causalistas. Embora afastadas as doutrinas subjectivistas (e, assim, as ecléticas), os delatores da causa-função não demonstraram em que medida os *Ersätze* conceptuais apresentados (objecto, conteúdo etc.) possuem a virtualidade de ocupar o espaço dogmático da noção em apreço, tornando-a inútil ou “dispensável” para a ciência jurídica. De um ponto de vista histórico, as principais tendências anti-causalistas combateram uma causa que nada tem a ver com a noção ora perflhada, volveram-se, sobretudo, nos primeiros tempos da codificação francesa, para a concepção domatiana ou, quando muito, para a tradição que dela despontou⁽¹⁵⁰⁾.

O termo “tipo” é juridicamente polissémico⁽¹⁵¹⁾. De entre os vários sentidos, aquele que mais interessará é o tipo entendido como “modelo de contrato”⁽¹⁵²⁾ ou “modelo negocial”⁽¹⁵³⁾, isto é, como modelo regulativo com previsão legal (tipo legal) e/ou com previsão social (tipo social), este último assumindo base consuetudinária ou de ordem social⁽¹⁵⁴⁾. A recondução de certo facto jurí-

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 509-512.

⁽¹⁵¹⁾ Cf. PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p. 31. Esclarece que “[a]ssim — e sem considerar os sentidos exteriores à dogmática jurídica — tipicidade designa taxatividade como conformidade com um tipo e tipo pode designar uma categoria intelectual geral (intermédia do conceito geral e do conceito individual) ou uma das modalidades que as espécies de um género podem assumir ou ainda previsão normativa (*Tatbestand*)” (p. 34).

⁽¹⁵²⁾ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 21.

⁽¹⁵³⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 429 (n. 10).

⁽¹⁵⁴⁾ Questão diversa, que não poderá ser desenvolvida, é a de saber se a formação dos modelos regulativos obedece a um aclamado processo tipológico, enquanto processo mental diferente da conceptualização. Será o tipo uma categoria autónoma diante o conceito? Em sentido afirmativo, PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 24 e ss. Ao lado do

dico concreto — pré-qualificável como facto negocial — a um modelo normativamente previsto designa-se de qualificação⁽¹⁵⁵⁾. Esta integra-se ou constitui uma etapa do processo interpretativo⁽¹⁵⁶⁾. A causa, entendida como função económica-social e colocada ao nível do conteúdo, configura, pois, resultado da interpretação. Todavia, ainda assim, diz-se que a causa é “índice” da qualificação negocial, ou seja, é instrumento daquela finalidade interpretativa⁽¹⁵⁷⁾. Como conciliar aspectos, à primeira vista, tão díspares?

Foi observado que os diferentes tipos de funções económico-sociais, quando reconduzidos a modalidades e mediante a assunção de critério(s) prévio(s), poderiam servir à classificação dos negócios jurídicos. Neste momento, a utilidade da função económico-social afere-se num plano misto — e que se baseia simultaneamente na pré-compreensão e projecção de consequências (“sinéptica”)⁽¹⁵⁸⁾ — situado entre o geral e abstracto (modelo regulativo) e o individual e concreto (facto jurídico). Assevera-se que a causa-função, enquanto elemento do (conteúdo do) negócio, pode ser um “índice do tipo”⁽¹⁵⁹⁾, configurando os índices do tipo “aquelas qualidades

método tipológico na formação (nível regulativo), haveria o método tipológico na qualificação (nível interpretativo).

⁽¹⁵⁵⁾ Cf. PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 165: “(...) um processo de relação entre a regulação contratual subjectiva estipulada e o ordenamento legal objetivo onde o catálogo de tipos se contém. Este relacionamento traduz-se num movimento espiral e hermenêutico, assente numa pré-compreensão (...) de quem qualifica”, acrescentando que “[e]sta pré-compreensão é ainda uma antecipação ou, noutras palavras, uma pré-interpretção que poderá vir a ser modificada (...)”.

⁽¹⁵⁶⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 244: “A qualificação é um objetivo secundário, mas importante, da interpretação de comportamentos negociais e dos contratos”.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, pp. 436-438: “(...) É também necessária a indagação da causa negocial para a interpretação e *qualificação* da espécie contratual e para consequente *determinação do seu regime* (...)”.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf., sobre a “realização do Direito” MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, pp. 149 e ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf., em sentido diverso, PINTO DUARTE, *ob. cit.*, p. 96: “E nem sequer para a qualificação dos contratos propriamente ditos, com o alcance restrito que lhe atribuímos, o recurso à ideia de causa é suficiente. A tanto obstam o valor que atribuímos às definições legais e, para além disso, as dificuldades que vimos levantarem-se à relevância autónoma

ou características que têm capacidade para individualizar, para o distinguir dos outros tipos (...). São características que dão alguma contribuição útil, quer à individualização, quer à distinção, quer à comparação”(160). Mas como pode a causa-função erigir-se, concomitantemente, em auxiliar de qualificação e em resultado interpretativo? A resposta deverá residir na própria maneira de conceber o processo de interpretação. Ainda que constitua uma unidade, pode, para efeitos de apreensão, ser examinado em etapas. A qualificação é, ainda, interpretação, muito embora situada a um estágio subsequente do significado obtido através do acto de compreensão dos enunciados. Quer isto dizer que o intérprete, quando chega ao período ou patamar qualificativo, carrega consigo o produto interpretativo que corresponde, entre o mais, à função económico-social do facto jurídico reconduzível à categoria “negócio jurídico”(161). Nesta medida se concilia e se percebe como a função económico-social é elemento do conteúdo do negócio jurídico — logo resultado da interpretação — e, ainda, característica distintiva do tipo.

da causa”. Mas, o Autor parece introduzir, mais à frente, atenuações, precisamente em hipóteses de “definições não classificatórias” ou de abstenção da lei “de dar definições” (pp. 127 e segs.).

(160) Cf., partindo de premissas tipológicas (e não conceptuais) a respeito da qualificação, PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 114.

(161) Num sentido esclarecedor, mas, não coincidente com o defendido, por transformar a qualificação num momento autónomo (embora correlacionado) relativamente à interpretação, cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 445: “As considerações anteriores permitem estabelecer as relações entre interpretação e a qualificação. Aquela precede esta, pois só após a determinação do conteúdo do negócio se pode verificar se o *nomen iuris* atribuído pelas partes é adequado. // De algum modo, porém, a *qualificação* tem ainda sentido interpretativo, constituindo como que uma fase subsequente da interpretação”. Por seu turno, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, p. 159, insere a qualificação no âmbito das designadas “operações subsequentes” à interpretação, enquanto “o enquadramento em regras jurídicas do conteúdo resultante da interpretação”.

3. Nota comparativa

§1. *Direito francês.* A palavra “*cause*” colhe referência expressa no âmbito sistemático-geral dos contratos, contemplando o art. 1108.º, do Código Civil Francês (*Code*), entre as quatro condições para a válida celebração de uma convenção, uma “causa lícita na obrigação”. Mais adiante, embora pela negativa, o texto legal dispõe, ainda, que a “obrigação sem causa, ou sobre uma causa falsa, ou sobre uma causa ilícita, não pode ter qualquer efeito”⁽¹⁶²⁾. Foi consagrado, por outra parte, uma noção ampla de causa ilícita, que congloba a contrariedade à lei, aos bons costumes e à ordem pública⁽¹⁶³⁾. O tratamento dado à matéria finda com um normativo, algo enigmático⁽¹⁶⁴⁾, de acordo com a qual “a convenção não é menos válida, ainda que a causa nela não se encontre expressa”⁽¹⁶⁵⁾. Ora, não tendo sido formulada uma noção legal de causa e não oferecendo os preparatórios dados perfeitamente seguros⁽¹⁶⁶⁾, o espaço deixado à criação dogmática — mas com refluxo juspositivo — alimentaria, ao longo dos mais de duzentos anos de vida do Código Napoleônico, uma miríade de posições doutrinárias e jurisprudenciais⁽¹⁶⁷⁾.

Obrigados a manusear elementos interpretativos frágeis, os juristas franceses têm descortinado nas monumentais *Lois Civiles*,

⁽¹⁶²⁾ “L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet” (art. 1131.º). (tradução, em corpo do texto, nossa).

⁽¹⁶³⁾ “La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public” (art. 1133.º) / “A causa é ilícita quando ela for proibida pela lei, quando ela for contrária aos bons costumes ou à ordem pública” (tradução nossa).

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, p. 366 (n. 1).

⁽¹⁶⁵⁾ “La convention n’est pas moins valable, quoique la cause n’en soit pas exprimée” (art. 1132.º). (tradução em corpo do texto nossa).

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. GHESTIN, *ob. cit.*, p. 824. E, assim, tb., PLANIOL, *ob. cit.*, p. 352: “As discussões do Conselho de Estado, as exposições de motivos e os discursos não fornecem nenhum esclarecimento sério. Todas as ideias emitidas sobre a causa são obscuras ou confusas”, concluindo, então, que “estamos reduzidos a buscar no passado as origens e o desenvolvimento relativos à teoria da causa” (tradução nossa).

⁽¹⁶⁷⁾ Incluindo várias referências bibliográficas, cf. TERRÉ (*et al.*), *Droit...*, p. 377: “Ora, em momento algum, o Código Civil define esta noção, a qual é, não obstante, dificilmente inteligível. Por força deste laconismo deriva uma grande diversidade de opiniões” (tradução nossa).

de Jean Domat, base de apoio para exegese da letra da lei. Conforme atrás aflorado⁽¹⁶⁸⁾, coube a este jurista trazer a lume a moderna noção de causa negocial⁽¹⁶⁹⁾. Assumindo uma concepção voluntarista das convenções⁽¹⁷⁰⁾ e com o intuito de limitar a averiguação judicial da licitude dos motivos, Domat teve o mérito de depurar uma antiga destriça entre *cause* e *motifs*, em que a primeira consubstanciaria uma condição de validade (das convenções) de índole aparentemente objectiva⁽¹⁷¹⁾. Todavia, seria a distinção entre causa nas “convenções a título oneroso” e causa nas “convenções a título gratuito”⁽¹⁷²⁾ que acabaria por fazer escola com a subsequente passagem⁽¹⁷³⁾:

As comunicações e os comércios para uso das pessoas, bem como aqueles dos bens, são de quatro tipos, o que corresponde a quatro espécies de convenções. Porque aqueles que acordam em conjunto, em que se dá reciprocamente uma coisa por outra, como numa venda ou numa troca, ou fazem qualquer coisa por outra; ou em que um faz e o outro dá, como quando um mercenário dá o seu trabalho por um certo preço; ou, enfim, só um faz ou dá: o outro nada fazendo ou dando, como quando uma pessoa se encarrega gratuitamente de um negócio de outrem, ou quando se faz uma doação por mera liberalidade.

(...)

Nos três primeiros tipos de convenções dá-se um comércio em que nada é gratuito, e o compromisso de um constitui fundamento do compromisso do outro.

(...)

Assim, a obrigação que se forma neste tipo de convenções em proveito de um dos contraentes tem sempre a sua causa na parte que

⁽¹⁶⁸⁾ Cf., *supra*, II, 2, §1.

⁽¹⁶⁹⁾ Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, pp. 151-152: “É, como dissemos, nalgumas breves passagens, embora repletas de substâncias, das *Lois civiles* que encontramos a primeira exposição referente à teoria da causa das obrigações contratuais” (tradução nossa).

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem.*, pp. 152-153.

⁽¹⁷¹⁾ A respeito das dúvidas sobre objectivismo ou subjectivismo no pensamento causalista de Domat, cf., *supra*, II, 2, §1. *Vide*, ainda, GHESTIN, *ob. cit.*, pp. 823-824.

⁽¹⁷²⁾ Cf. GHESTIN, *ob. cit.*, *loc. cit.*

⁽¹⁷³⁾ Cf. DOMAT, JEAN, *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*, Livre Premier, Titre Premier, Section Première. *Oeuvres Complètes de J. Domat*, Tomo I, Paris: Charles Béchét, Libraire de Jurisprudence, 1828, pp. 122-124 (tradução, em corpo do texto, nossa).

cabe ao outro; e a obrigação seria nula se, na verdade, ela se apresentasse sem causa.

(...)

Nas doações e nos outros contratos em que só uma parte faz ou dá e a outra nada faz ou dá, a aceitação forma a convenção e o compromisso daquele que dá busca o seu fundamento nalgum motivo razoável e justo (...). E este motivo equivale à causa da parte daquele que recebe e nada oferece.

O legado domatiano assumiria decisiva influência no panorama doutrinário setecentista e penetraria na obra do jusnaturalista Robert Joseph Pothier, cujo pensamento foi, por seu turno, fundamental nos juristas acometidos dos trabalhos preparatórios do Código Civil⁽¹⁷⁴⁾. Na verdade, ele respigaria a contraposição entre causa nos contratos onerosos e causa nos contratos gratuitos, entendendo que, nos primeiros, a causa do compromisso por uma das partes corresponde “ao que a outra parte lhe dá ou se compromete a dar, ou o risco que a mesma assume”, ao passo que nos segundos a liberalidade consubstancia-se “causa suficiente do compromisso”⁽¹⁷⁵⁾. Não obstante, este Autor acolheria uma segunda acepção de *causa*; assimilando-a à fonte da obrigação⁽¹⁷⁶⁾. A dicotomia assim estabelecida, entre causa eficiente e causa final, tornar-se-ia estruturante na civilística francesa posterior. Enquanto que a primeira corresponde à “*source*” ou ao “*fait générateur*”, a segunda consubstancia o “*but*” que as partes prosseguem quando celebram um contrato. A causa final desdobra-se, por sua vez, numa causa imediata (objectiva, abstracta ou causa da obrigação) e

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. CAPITANT, *ob. cit.*, pp. 157-159: “Os redactores do Código nada mais fizeram do que reproduzir as suas fórmulas [as de Pothier] nos arts. 1108.º, 1131.º e 1133.º. As breves indicações dadas por Bigot Prémeneu e Portalis nos trabalhos preparatórios (...) foram visivelmente emprestadas a Domat e a Pothier” (tradução nossa). Cf., ainda, salientando o carácter impreciso dos preparatórios, PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civil*, Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1844, p. 394.

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Oeuvres de Pothier. Traité des Obligations*, Tomo 1, Paris: M. Siffrein, 1821, p. 107 (tradução, em corpo do texto, nossa).

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibidem*, p. 79: “As causas das obrigações são os contratos, os quase-contratos, os delitos, os quase-delitos, por vezes a lei ou tão-somente a equidade” (tradução nossa).

numa causa remota (subjectiva, concreta ou causa do contrato). A causa imediata, como a terminologia sugere, corresponde ao fim imediato prosseguido pelos contraentes e estará sempre presente em cada tipo de contrato (v.g., na compra e venda, a finalidade do comprador consiste na aquisição da propriedade e a do vendedor na obtenção do preço). A causa remota, por seu turno, assenta nas finalidades remotas e varia, concretamente, de contrato para contrato e de parte para parte (v.g., o preço da venda poderá servir para pagar dívidas antigas, para fazer uma viagem à volta do mundo, para construir uma casa de campo, etc.)(¹⁷⁷).

Hoje, a consagração normativa da causa final é generalizadamente aceite(¹⁷⁸). Mas em que sentido? Segundo os entendimentos monistas, predominantes nas doutrinas clássicas, a causa final oscilou entre objectivismo e subjectivismo. Segundo os entendimentos dualistas, prevalecentes nas doutrinas modernas, não haveria que preferir nenhuma destas concepções, na medida em que ambas possuem âmbitos de aplicação distintos(¹⁷⁹): a causa imediata, objectiva ou abstracta (causa da obrigação) encontrar-se-ia ligada ao problema da sua omissão e a causa remota, subjectiva ou concreta (causa do contrato) encontrar-se-ia filiada ao problema da sua ilicitude(¹⁸⁰). Não têm faltado, porém, ao longo dos tempos, assomos anti-causalistas, seja por parte de um autor como Planiol

(¹⁷⁷) Em bom rigor, tanto a causa final imediata, como a causa final remota, apresentam um carácter subjectivo, na medida em que correspondem aos fins pelas partes prosseguidos, ou melhor, à projecção dos fins na psique dos contraentes. Não obstante, diz-se que a causa imediata é objectiva por ser aferida por *via objectiva*, ou seja, através do tipo contratual em presença. Assim, como destaca TERRÉ (*et al.*), *ob. cit.*, p. 378, “[i]dentificada com a razão próxima, a causa apresentará um carácter *objectivo*, ela encontrar-se-á identicamente em cada tipo de contrato. A mera análise da respectiva natureza será suficiente para revelá-la” (tradução nossa). E, assim também, cf. GHESTIN, *ob. cit.*, p. 819. Este Autor, a respeito do “*but*”, acertadamente fala em “*motifs*”, porquanto esse “*but*” ou fim é encarados sob uma perspectiva subjectivista, ou seja, integrado no processo psicológico das partes. Por outras palavras, o fim não equivale à finalidade, mas a uma categoria de motivos — cf., *supra*, II, 2, §2, a), a respeito das doutrinas subjectivas clássicas.

(¹⁷⁸) Cf. GHESTIN, *Traité...*, p. 819; TERRÉ (*et al.*), *Droit...*, pp. 377-378.

(¹⁷⁹) Cf. TERRÉ (*et al.*), *ob. cit.*, p. 379. Como esclarece GHESTIN, *ob. cit.*, p. 833, esta concepção dualista, com acolhimento jurisprudencial prevalecente, deve-se a Maury, que, entre o mais, terá alertado para a distinção entre ausência de causa e causa ilícita.

(¹⁸⁰) Cf. GHESTIN, *ob. cit.*, p. 833.

(para quem a causa seria “falsa” e “inútil”)(¹⁸¹), seja por força dos *ventos europeus* ao nível do direito dos contratos (que, como inicialmente se referiu, aparentam ignorar a noção)(¹⁸²).

Actualmente, de modo prevalecente, a doutrina e os tribunais franceses assumem um tratamento dualista. A causa objectiva ou imediata (causa da obrigação), correspondendo ao fim próximo das partes e presente em cada tipo contratual, tem sido empregue a respeito da sua omissão. A causa subjectiva ou remota (causa do contrato), correspondendo aos fins remotos das partes e variável de contrato para contrato, tem sido empregue a respeito da sua ilicitude. Nos contratos onerosos, verificar-se-á omissão de causa se, de forma patente, inexistir uma contrapartida real (função de troca, função de organização, função de cooperação, etc.). Nos contratos gratuitos, verificar-se-á omissão de causa se inexistir “intenção de liberalidade” (¹⁸³).

Discute-se se o contrato omissivo de causa está ferido de nulidade absoluta ou nulidade relativa. Segundo a teoria clássica das invalidades, caberia ao caso nulidade absoluta por estar em consideração a falta de um elemento essencial. Segundo a teoria moderna, estando em presença um interesse de natureza mera-

(¹⁸¹) Cf. PLANIOL, *ob. cit.*, pp. 355-358. A *falsidade* prender-se-ia com o facto de, nos contratos sinalagmáticos (ou onerosos), constituir uma “impossibilidade lógica” a obrigação de uma das partes ser causa da obrigação da outra. Nos contratos reais, por sua vez, a causa corresponde à “causa da obrigação” enquanto “source productive”. Por fim, nas liberalidades, a causa assenta numa vontade abstractamente desprovida de motivos. A *inutilidade* residiria no facto de, nos contratos onerosos, a causa ser substituível pelo objecto e, nos contratos gratuitos, ser equivalente aos motivos. No primeiro caso, quando se fala em ausência ou ilicitude da causa, estar-se-ia, na verdade, a falar, respectivamente, em ausência e ilicitude do objecto. No segundo caso, a ilicitude redundaria na contrariedade dos motivos à lei ou aos bons costumes. Assim, conclui Planiol que “toda a menção à causa das obrigações poderia ser apagada das nossas leis; nenhuma das suas disposições se veria comprometida” (tradução nossa).

(¹⁸²) Cf. TERRÉ (*et al.*), *ob. cit.*, p. 382.

(¹⁸³) Cf. GHESTIN, *Traité...*, pp. 842 e ss.; TERRÉ (*et al.*), *Droit...*, pp. 383 e segs. Este último Autor dá conta, porém, de algumas inflexões jurisprudenciais de sabor subjectivizante, iniciadas nos anos noventa, de acordo com as quais a *Cour de Cassation*, na indagação da existência de causa, não se ateuve tão-somente à economia do contrato, tendo, ao invés, procurado perscrutar os motivos dos contraentes. Esta *subjectivação* da causa objectiva ficou, paradigmaticamente, evidenciada no caso *Chronopost*, pese embora a jurisprudência posterior tenha — ao que parece — regressado à linha tradicional.

mente particular, a omissão de causa acarretaria mera nulidade relativa⁽¹⁸⁴⁾. Todavia, foi já aventada a própria inexistência do acto jurídico por ausência de um “elemento constitutivo” do mesmo⁽¹⁸⁵⁾ e, por outro lado, a inexistência, como categoria autónoma de ineficácia (mormente distinta da nulidade absoluta) é ainda aceite⁽¹⁸⁶⁾. Neste sentido, se a causa imediata corresponde, “(...) nas mais das vezes, à contraprestação nos contratos sinalagmáticos” e se essa contraprestação “falta desde o início, pode sustentar-se ser uma hipótese de inexistência jurídica”⁽¹⁸⁷⁾.

Resulta do exposto que, no direito francês, vigora um princípio de causalidade. Por outras palavras, a causa consubstancia uma condição essencial do contrato (art. 1108.º). Não obstante, têm-se admitido excepcionalmente algumas hipóteses de contratos abstractos, cumprindo salientar a caução, a delegação e os títulos negociáveis⁽¹⁸⁸⁾. Capitant, de modo mais radical, defende que o legislador terá pretendido dar expressa consagração à obrigação abstracta ou “*non causée*” no art. 1132.º, muito embora deixando claro que a sua leitura não é unânime^(189/190).

(184) Cf. TERRÉ (*et al.*), *ob. cit.*, p. 408.

(185) Cf. JOSSEMAND, *ob. cit.*, p. 78: “O defeito de causa implica logicamente a inexistência do acto que se vê, por hipótese, desamparado de um dos seus elementos constitutivos (...)”. E, nesta linha, a ilicitude seria sancionada “(...) não, como parece, porém, postular o art. 1131.º, que a coloca na mesma linha da ausência da causa, pela inexistência do acto, mas somente, em conformidade com os princípios gerais do direito, pela nulidade absoluta, de ordem pública (...)” (tradução nossa).

(186) Cf. MALAURIE, PHILIPPE; AYNES, LAURENT; STOFFEL-MUNCK, PHILIPPE, *Les Obligations*. 3.ª ed., Paris: Defrénois, 2007. (Collection de Droit Civil). ISBN 978-2-85623-104-3, pp. 339 e segs.: “Pergunta-se se, ao lado da nulidade, há inexistência quando o contrato se veja desprovido de um elemento essencial. A doutrina encontra-se dividida: para uns, a resposta é não; para outros, menos numerosos, a resposta é sim” (p. 339). E, no sentido afirmativo, assevera-se “os tribunais decidem, por vezes, que a ausência de um elemento essencial torna o contrato inexistente (...)” (p. 340) (tradução nossa).

(187) Cf. ADIDA-CANAC, HUGUES, “Actualité de l’inexistence des actes juridiques” [Em linha]. [Consulta efectuada no dia 07/07/2015]. Consultável na Internet em <www.courdecassation.fr> (tradução, em corpo do texto, nossa).

(188) Cf. CAPITANT, *De la cause...*, pp. 365 e segs.; GHESTIN, *Traité...*, pp. 912. e segs.

(189) Cf. CAPITANT, *De la cause...*, pp. 365. e segs.

(190) Cf. JOSSEMAND, *ob. cit.*, p. 79, estabelecendo um confronto com o direito alemão e sublinhando a abstracção processual prevista no art. 1132.º.

O debate em redor da causa está longe de encontrar um desfecho concludente. Para tanto, basta percorrer os três grandes projectos de reforma das obrigações, para se deslindarem posicionamentos bastante díspares. Num sentido favorável, desde logo apontará o *Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations e du Droit la Prescription* elaborado sob a coordenação do Professor Pierre Catala e objecto de comunicação à *Chancellerie* em Setembro de 2005⁽¹⁹¹⁾. Sublinhando o carácter controvertido da figura, procurou manter-se “fiel à causa”, porquanto “segundo a interpretação dominante, a dupla função da causa na justificação do compromisso encontra-se bem dominada”. Muito além dos quatro preceitos do *Code*, a matéria espria-se por um total de dez artigos e através da fórmula “*cause de l’engagement*” o texto procurou unificar a distinção causa final objectiva (causa da obrigação) e causa final subjectiva (causa do contrato). A consagração desta figura não deixou, contudo, de suscitar acesas críticas, como paradigmaticamente demonstra o Relatório elaborado pela *Cassation*, segundo o qual a “preocupação de ir ao encontro de um largo consenso europeu”, por um lado, e o “carácter excessivamente vago, senão mesmo incompreensível”, por outro, recomendariam o abandono da noção⁽¹⁹²⁾. Nos antípodas, com uma marca tendencialmente

⁽¹⁹¹⁾ Acessível na Internet em <www.ladocumentationfrancaise.fr/> [consulta efectuada no dia 24/04/2015]. Aproveitando o bicentenário do Código de Napoleão, com o intuito de modernizar o sector das obrigações, um grupo de 37 juristas, oriundos do meio académico e do meio judicial, com o auxílio da Associação Capitant e do Ministério da Justiça, comunicaram, no dia 22 Setembro de 2005, um projecto de reforma ao nível da responsabilidade civil (Geneviève Viney e Georges Drury), dos contratos (Pierre Catala) e da prescrição (Philippe Malaurie). A tarefa empreendida procuraria salvaguardar a traça napoleónica, sem, contudo, menosprezar os contributos privatísticos europeus — *vide*, para uma panorâmica geral, a introdução ao texto da autoria do Professor Gérard Cornu e, bem assim, VOGENAEUR, STEFAN, “*The Avant-projet de réforme: An Overview*”. CARTWRIGHT, JOHN; VOGENEUR, STEFAN; WHITTAKER, SIMON, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’)*. Oxford: Hart Publishing, 2009, ISBN 978-1-84113-805-3, pp. 3-28.

⁽¹⁹²⁾ Traduções, em corpo do texto, nossas. O relatório da *Cassation* é consultável na Internet em <www.courdecassation.fr/> [consulta efectuada no dia 29/04/2015]. Note-se, porém, que a própria tomada de posição deste Tribunal não o foi por assentimento unânime, tendo duas vozes dissonantes defendido a manutenção da causa.

anti-causalista, parece posicionar-se o projecto preparado pelo grupo de trabalho dirigido pelo Professor François Terré (“*Projet Terré*”)⁽¹⁹³⁾. Por último, num sentido que poderá designar-se de compromissório prossegue o *Projet de Réforme du Droit des Contrats*, de Julho de 2008, elaborado pela própria *Chancellerie* (“*Projet de la Chancellerie*”)^(194/195).

§2. *Direito italiano*. O Código Civil Italiano de 1865 (Codice/1865) e o Código Civil de 1942 (Codice/1942), reportam-se, nos respectivos textos, à causa do contrato. O primeiro, de feição napoleónica e matriz liberal, contempla-a nos arts. 1104.º e 1119.º a 1122.º. O segundo, moldado de acordo com o figurino da

⁽¹⁹³⁾ O Projecto foi levado a efeito no âmbito da Académie des Sciences Morales et Politiques com o auxílio do Ministério da Justiça. Considerando a sua “obscuridade” e o “isolamento” do ordenamento francês no contexto europeu, o *Projet Terré* preferiu, em prol de uma “simplificação do direito”, abdicar da causa. Não obstante, as funções pela mesma desempenhadas, nomeadamente ao nível da existência da contrapartida e da licitude do acto jurídico, deverão ser prosseguidas em sede do conteúdo contratual. Para mais desenvolvimentos, cf. TERRÉ, FRANÇOIS (direcção de), *Pour une Réforme du Droit des Contrats*, Paris: Dalloz, 2009. 978-2-247-08179-0, pp. 198-203.

⁽¹⁹⁴⁾ O texto pode ser consultado na Internet em <www.laloupiote.net> [consulta efectuada no dia 25/05/2015]. De acordo com a respectiva exposição, inspirou-se em diversos estudos e projectos académicos precedentes, nomeadamente os referidos *Avant-projet Catala* e *Projet Terré*, mas, por outra parte, também levou em linha de conta os “projectos de harmonização do direito europeu e internacional dos contratos (...)”. Ora, movido pela preocupação de alinhar o sistema jurídico gaulês com essas tendências harmonizadoras, o projecto abandona a noção de causa e substitui-a pela noção de “*intérêt au contrat*” (arts. 85.º a 87.º), esclarecendo a respectiva Exposição de Motivos que esta opção “permite reforçar a atractividade do nosso direito, conservando, porém, as funções desenvolvidas pela jurisprudência a respeito do fundamento da causa para assegurar o respeito pelo equilíbrio contratual” (traduções nossas).

⁽¹⁹⁵⁾ À data de elaboração do presente trabalho, a *Chancellerie* submeteu a consulta pública, com prazo de pronúncia até ao dia 30 de Abril de 2015, o *Projet d’Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Entre as condições de validade do contrato, deixou de fazer-se menção à causa (e, bem assim, ao objecto), permanecendo o consentimento das partes, a respectiva capacidade contratual e um conteúdo lícito e certo (art. 1127.º). Não obstante, precisamente em sede das disposições respeitantes ao conteúdo, não se preteriu uma referência ao “*but*”, postulando-se que “le contrat ne peut déroger à l’ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties” (art. 1161.º) — acessível na Internet em <www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/reforme-du-droit-des-contrats-27897.html> [consulta efectuada no dia 25/05/2015].

terceira sistemática alemã e uma concepção social do direito⁽¹⁹⁶⁾, prevê a causa nos seus arts. 1325.º e 1343.º a 1345.º⁽¹⁹⁷⁾. Assim, com quase um século de distância a mediá-las e a despeito das diferentes bases jurídico-políticas, nenhuma destas codificações logrou definir o sentido de causa. Vislumbram-se, no entanto, três grandes entendimentos: *i*) a teoria subjectiva, de sabor voluntarista, que marcou a codificação de oitocentos; *ii*) a teoria objectiva ou da função económico-social típica, que irrompeu por alturas do Código Civil de 1942 e, por último, *iii*) a teoria da função económico-individual (ou da causa concreta), surgida na segunda metade do século vinte⁽¹⁹⁸⁾.

Durante a vigência da primeira codificação, sob a marca e o impulso da segunda sistemática napoleónica, tendeu a vigorar uma teoria subjectiva da causa⁽¹⁹⁹⁾. Em França, como se destacou, quer a causa final objectiva, quer a causa final subjectiva, consubstanciam, qualquer uma delas, perspectivas subjectivizantes. Ambas dizem respeito, pois, ao foro interno das partes, ou seja, à representação ou projecção psicológica das finalidades. A causa objectiva reporta-se ao fim próximo; a causa subjectiva aos fins remotos.

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, pp. 84 e segs.: As “codificações tardias” são os “(...) códigos civis surgidos depois do BGB e no seu rescaldo, isto é, os códigos do século XX; especialmente em causa ficam os Código civil suíço (1907), grego (1940), italiano (1942) e português (1966)”, sendo de salientar que estas codificações “são fruto da terceira sistemática” e “correspondem à universalização do Direito e da sua Ciência. No que diz respeito à ordem jurídica italiana, o “(...) elevado nível alcançado pela doutrina (...) permitiu encarar uma nova codificação, que consagrou os passos anteriores, por forma alargada: o Código Civil de 1942. Este diploma sistematizou o Direito civil em termos mais aperfeiçoados: absorveu, por um lado, as novas criações jurídico-científicas do século e retomou, por outro, as mais finas construções romanistas”.

⁽¹⁹⁷⁾ No sentido de que o art. 1325.º não possui valor normativo, vide SCOGNAMILIO, RENATO, “Libro Quarto — Delle Obligazioni. Dei Contratti in Generale. Disposizioni Preliminari. Dei Requisiti del Contratto”, in SCIALOJA, ANTONIO; BRANCA, GIUSEPPE (direcção de), *Commentario del Codice Civil*. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1970, pp. 65 e segs.

⁽¹⁹⁸⁾ Cf. GALATI, ALESSANDRO, “La causa del contratto tra ‘funzione economico-sociale’ e ‘sintese degli interessi individuali delle parti’”, *Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani* [Em linha]. [Consulta efectuada no dia 04/05/2015]. Consultável na Internet em <http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_civile/1_Galati.html>.

⁽¹⁹⁹⁾ Cf. GALATI, *ob. cit.*, pp. 2-3.

Este estado de coisas acabaria por penetrar em Itália, levando a assimilar a causa ao escopo ou motivos. Não obstante, por estas alturas, irromperam, embora de modo isolado, certas tendências — aparentemente — objectivizantes, ora procurando depurar a causa do voluntarismo imperante, ora reconduzindo-a ao “motivo último” ou “fim económico”⁽²⁰⁰⁾.

O objectivismo impor-se-ia apenas sob os auspícios do Código Civil de 1942 e fê-lo com feições muito particulares. Assim, com antecedentes em autores como Scialoja⁽²⁰¹⁾ a doutrina objectiva da causa-função tornar-se-ia tributária dos trabalhos levados a cabo por Emilio Betti e o seu desenvolvimento da “função económico-social típica”^(202/203) O Código Civil não define causa e não se predispõe, de modo explícito, à doutrina bettiana, pese embora o elemento histórico contenha alguns indícios⁽²⁰⁴⁾. A função é “*económico-social*” porque diz respeito a um interesse social objectivo acolhido pela ordem jurídica. A função é “*típica*”, não no sentido de taxativamente indicada na lei, mas, antes, no sentido de uma tipicidade social. Note-se, a este propósito, que Betti procura justificar, em termos jurídico-positivos, a tipicidade dos interesses socialmente relevantes no trecho “*interesses merecedores de tutela, segundo a ordem jurídica*” constante do art. 1322.º, do Codice/1942⁽²⁰⁵⁾.

A partir dos anos sessenta do século passado, multiplicaram-se as críticas à teoria objectiva da causa, ao ponto de nela se vis-

⁽²⁰⁰⁾ *Ibidem, loc. cit.*

⁽²⁰¹⁾ Cf. VITTORIO SCIALOJA, *ob. cit.*, pp. 74 e segs.

⁽²⁰²⁾ Cf. ROPPO, ENZO, *Il Contratto* [O Contrato]. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes. Coimbra: Almedina, ISBN 2009.978-972-40-3647-2, p. 197: “A causa do contrato identifica-se, então, afinal, com a operação jurídico-económica realizada tipicamente por cada contrato, com o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que, tipicamente, dele derivam, com a sua função económico-social, como frequentemente se diz”.

⁽²⁰³⁾ Cf. GALATI, *ob. cit.*, pp. 2-3.

⁽²⁰⁴⁾ Com efeito, a *Relazione al Codice Civile* (n. 613) apresenta indicações de sentido objectivista. Neste sentido, MAIOLO, *ob. cit.*, p. 579: “A definição da causa que acompanha a publicação do Código de 1942 e que conheceu a maior fortuna, mas que também foi objeto da crítica mais áspera, não somente no debate italiano, é aquela se lê na *Relazione al Codice Civile* (n. 613). Segundo tal definição a causa é a ‘função económico-social’ (...) que por si só justifica a tutela da autonomia privada” (tradução nossa).

⁽²⁰⁵⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, p. 374.

lumbrar um instrumento de dirigismo económico estatal de índole fascizante — “não como instrumento de explicação da personalidade humana, mas como instrumentos por meio dos quais o ordenamento corporativo podia satisfazer os seus próprios fins (...)”⁽²⁰⁶⁾. Destarte, ao que parece em nome da liberdade individual e económica, vem contraposta a função económico-individual ou causa concreta⁽²⁰⁷⁾, cujo fundamento jurídico repousaria, precisamente, naquele mesmo art. 1322.º, do Codice/1942. A causa corresponderá, segundo enquadramento teórico, à síntese objectivada das finalidades económicas que as partes atribuíram ao programa contratual; a sua descoberta consubstancia uma questão interpretativa. A causa concreta mereceu o aplauso de um largo sector jurisprudencial⁽²⁰⁸⁾. O objectivismo bettiano manteve-se, em todo o caso, o entendimento maioritário, endereçando-se à função económico-individual as críticas geralmente apontadas às doutrinas negociais voluntaristas e de retirar, ainda, conteúdo preceptivo aos arts. 1344.º e 1345.º, do Codice/2942, atinentes, respectivamente, à fraude à lei e ao motivo ilícito⁽²⁰⁹⁾.

De acordo com os arts. 1322.º e 1325.º, n.º 2, do Código/1942, a ordem jurídica italiana caracteriza-se por um princípio de causalidade⁽²¹⁰⁾, segundo o qual são inadmissíveis contratos e actos abstractos unilaterais⁽²¹¹⁾. Assim, a causa omissa, irrelevante, ilícita ou viciada torna o acto jurídico ineficaz, deixando este de produzir os

⁽²⁰⁶⁾ Cf. GALATI, *ob. cit.*, p. 4 (tradução, em corpo do texto, nossa).

⁽²⁰⁷⁾ Cf. FERRI, *Causa e tipo nella...*, p. 254. E, ainda, FERRI, “Riflessioni sul Diritto Privato Europeo”, pp. 33-34: “Noutras palavras, falar de causa como função *economico-individual* assume o significado (longe de qualquer interpretação fundada em termos psicologistas) de função da única operação económica, considerada na sua totalidade, através da qual as partes regularam *razionalmente* os seus específicos e concretos interesses, tendo precisamente em conta a concreta especificidade destes” (tradução nossa).

⁽²⁰⁸⁾ Cf., para uma resenha jurisprudencial sobre a matéria, ROPPO, VICENZO, “Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito”, *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam. ISSN 0035-6093. Anno LIX, N.º 4 (Luglio-Agosto/2013), pp. 957-998. E, com particular importância, há a considerar Cassazione, Sez. III, 08/05/2006, n.º 10490.

⁽²⁰⁹⁾ Cf. GALATI, *ob. cit.*, p. 10.

⁽²¹⁰⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, p. 386.

⁽²¹¹⁾ GALGANO, FRANCESCO, *Il Negozio Giuridico*. Milano: Giuffrè Editore, 1988. ISBN 88-14-01568-6, p. 98.

efeitos próprios do acto válido. Por outra parte, tem-se entendido que a promessa de pagamento e o reconhecimento de uma dívida, ambos contemplados no art. 1988.º, não constituiriam uma excepção ao referido princípio de causalidade, apenas determinariam uma mera inversão do ónus da prova, ou seja, haveria como que uma mera abstracção processual do “*rapporto fondamentale*” (causa) como elemento do acto jurídico⁽²¹²⁾. Esta última interpretação não reúne consenso, na medida em que a “relação fundamental” tem sido, de igual sorte, reconduzida à causa eficiente ou fonte da obrigação. Assim, aquele a quem se promete um pagamento ou reconhece uma dívida não careceria de provar a “fonte” da obrigação⁽²¹³⁾.

A título excepcional, admitem-se categorias negociais eficazes sem a presença do elemento funcional, entre eles importando destacar os títulos de crédito⁽²¹⁴⁾. De salientar, porém, que a omissão da causa não integra o princípio da autonomia privada, estando vedado às partes convencionar a *abstractização* de negócios jurídicos causais. Nesta medida, dir-se-á que a “desvinculação da causa só é admissível nas formas legais, isto é, celebrando-se ao lado do negócio causal, um negócio abstracto (por ex: cambiário) com ele interferente, com inteira observância das formas e dos tipos que se tornam necessários para que o negócio abstractos seja admissível”⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹²⁾ *Ob. cit., loc. cit.*

⁽²¹³⁾ Cf., por todos, BRANCA, GIUSEPPE, “Libro Quatro — Delle Obligazioni. Anticresi. Transazione. Cessione dei Beni ai Creditori. Promesse Unilaterali”, in SCIALOJA, ANTONIO; BRANCA, GIUSEPPE (direcção de), *Commentario del Codice Civile*, Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1959, p. 358 (em anotação ao art. 1988.º). A respeito do art. 458.º, n.º 1, do nosso Código Civil, importa saber se a palavra “causa” surge aí empregue no sentido de causa eficiente, ou seja, de “fonte” da situação jurídica obrigacional ou, então, como elemento do conteúdo do negócio jurídico — para mais desenvolvimentos, cf., *infra*, III, 4.

⁽²¹⁴⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, pp. 394 e ss.: “A abstracção do negócio tem, pelo contrário, larga difusão no campo dos *títulos de crédito*, onde deve considerar-se admissível, nos limites estabelecidos pela lei (art. 2004.º do Cód. Civ.). // Estes títulos são, em regra, abstractos, se forem destinados à circulação (negociáveis). A obrigação constante do título de crédito, em particular a obrigação cambiária, não está subordinada à existência e à eficiência da relação *interna subjacente*, que deu *causa* à emissão ou à transmissão do título”.

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 378.

No sistema jurídico italiano, o problema da omissão de causa (e, em certa, medida, da sua ilicitude) pode suscitar-se em abstracto (por referência ao plano da tipologia ou previsão negocial) ou em concreto (por referência ao plano da celebração). Em coerência com a doutrina da função económico-social, um negócio jurídico típico nunca poderá, em abstracto, ser omissivo de causa; sê-lo-á, tão-somente, ao nível da sua concreta celebração. Por outras palavras, um negócio jurídico, a que corresponda um tipo legal ou social, apresentará uma função económico-social. Todavia, depois, ao nível da sua concreta celebração, poderá o mesmo surgir omissivo de causa. Ao invés, o negócio jurídico atípico, logo no plano da sua regulação, pode prefigurar-se omissivo de causa⁽²¹⁶⁾, ou seja, não comportando o respectivo modelo uma função económico-social digna de tutela. O problema da omissão de causa adensa-se quando perspectivado à luz da função económico-individual. Segundo esta concepção e no plano da celebração, a existência ou inexistência da causa é aferível, não através da função económico-social assinalada ao tipo (isto para a hipótese de um negócio jurídico típico), mas segundo a finalidade económica apresentada, *in concreto*, pelo programa negocial. Tal vem a significar que o negócio jurídico celebrado poder-se-á encontrar em linha com a função económico-social do tipo correspondente e, ainda assim, ser omissivo de causa e, por isso, ineficaz.

A omissão e a ilicitude da causa acarretarão, em princípio, a nulidade do negócio jurídico⁽²¹⁷⁾. Conforme se observou e para quem aceite o entendimento objectivista, um negócio típico, no plano regulativo, apresentará inexoravelmente uma causa (entenda-se, uma função económico-social típica) e esta, por sua banda, será sempre lícita⁽²¹⁸⁾. Porém, mesmo no plano concreto da celebração, serão escassas as hipóteses de ilicitude da causa, con-

⁽²¹⁶⁾ Cf. GALGANO, *ob. cit.*, pp. 86 e segs.

⁽²¹⁷⁾ Cf. BETTI, *ob. cit.*, pp. 364 e segs. Todavia, a respeito da falta dos elementos contratuais e apontando para a inexistência, *vide* CENDON, *ob. cit.*, p. 480 (anotação ao art. 1325.º): Quando todos os elementos concorrem, o contrato ‘existe’ juridicamente” (tradução nossa).

⁽²¹⁸⁾ Cf., CENDON, *ob. cit.*, p. 519 (anotação ao art. 1343.º).

tando-se algumas situações reconduzíveis à fraude à lei e ao motivo ilícito. Quanto ao mais, a causa ilícita tenderá a ser absorvida pela ilicitude do objecto ou pela impossibilidade jurídica do objecto⁽²¹⁹⁾.

§3. *Direito alemão.* Nas ordens jurídicas francesa e italiana, e, como se verá mais adiante, no sistema jurídico português, vigora um princípio de causalidade. Ora, com intuitos essencialmente contrastantes, importa deixar uma palavra sobre o direito alemão⁽²²⁰⁾. A este respeito, porém, não é correcto afirmar-se que este sistema seja exclusivamente configurado pela abstracção⁽²²¹⁾, nem tão-pouco é correcto (por incompletude) tratar-se do tema apenas ao nível dos designados contratos dispositivos: a abstracção negocial é, na verdade, um fenómeno que transcende o problema da transferência de direitos.

A causa do negócio jurídico anda associada à ideia de *fim*, ou seja, “a intenção dirigida à consequência jurídica mediata de um negócio de enriquecimento chamamos-lhes a causa deste (em sentido subjectivo), isto é, o fim jurídico do mesmo”. Todavia, “em regra, o ordenamento jurídico só decreta esta consequência jurídica à qual a intenção se dirige quando se convenceu que ela se produza⁽²²²⁾. Assim, pois (...), é indispensável um *convénio de fim* que igualmente se denomina *causa*. Porém, tratando-se de enriquecimento por negócio unilateral, o fim pode determinar-se também unilateralmente”. Podem distinguir-se a “*causa donandi*” (o negó-

⁽²¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 520.

⁽²²⁰⁾ Cf. ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE; CARVALHO, JORGE MORAIS, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5066-9, p. 17. E, a respeito da “comparação contrastante (*contrastive comparison*)”, vide VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado, Volume I*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5453-7, p. 29.

⁽²²¹⁾ Cf., com pertinência, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 103: “Nenhum sistema jurídico confere exclusividade aos regimes de causalidade ou de abstracção negocial. A predominância de um ou de outro dos modelos depende de escolhas de política legislativa, decididas pelos méritos de cada um deles, mas condicionadas pela tradição”.

⁽²²²⁾ Para uma noção mais mais objectivista de causa, FLUME, WERNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, 4.^a ed., Berlin: Springer-Verlag, 1992. ISBN 978-642-63472-7, pp. 152-153.

cio deve produzir um enriquecimento gratuito), a “*causa credendi*” (deve obrigar outrem a uma prestação), a “*causa solvendi*” (deve extinguir uma dívida); porém são possíveis outras *causae*, por exemplo, a “*causa novandi*”, a “*dotis constituendae*” e a “*conditionis implendae*”(223).

Ora, sempre que a validade do negócio jurídico dependa de causa (*convénio causal*), dir-se-á que o negócio jurídico é *causal*. Ao invés, sempre que a validade do negócio jurídico não dependa de causa, dir-se-á que o negócio jurídico é *abstracto*. Nos negócios jurídicos causais, por conseguinte, em que o convénio constitui “parte integrante do negócio”, a sua impossibilidade, imoralidade ou ilicitude determina a nulidade do negócio jurídico causal(224). Quase todos os contratos obrigatórios, no direito germânico, são causais. Constatam-se, contudo, várias hipóteses em que a ordem jurídica não exige a presença de causa para assegurar validade negocial: diz-se, então, que o negócio jurídico é *abstracto*; o negócio jurídico *abstraiu* do seu elemento causal. Entre eles, contam-se, designadamente, os negócios dispositivos (v.g. transferência da propriedade)(225), os negócios constitutivos, extintivos e modificativos de direitos reais, a cessão de créditos, a assunção de dívidas, a remissão, a promessa abstracta de dívida, o reconhecimento de dívida, a emissão de títulos ao portador, a letra de câmbio, os negócio literais(226).

Os contratos obrigatórios não bastam para, em si mesmos, determinarem a transferência de um direito. Efectivamente, exige-se um contrato dispositivo adicional que visa o efeito real. Assim, de um lado, existe um contrato obrigatório *causal* (*Verpflichtungsgeschäft*) e, de outro, um contrato dispositivo *abstracto* que opera a transferência do direito (*Verfügungsgeschäft*)(227). Em conse-

(223) Cf. ENNECERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR; WOLFF, MARTÍN, *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Volume II*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch. Tradução da 39.ª edição alemã. pp. 80-81 (traduções em corpo do nossas).

(224) Cf. ENNECERUS (*et al.*), *ob. cit.*, *loc. cit.*

(225) Cf. FLUME, *ob. cit.*, pp. 157-158.

(226) Cf. ENNECERUS (*et al.*), *ob. cit.*, *loc. cit.*

(227) Cf. MARKESINIS, BASIL; UNBERATH, HANNES; ANGUS, JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. 2.ª edição. Oxford: Hart, 2006. 978-1-84113-471-0. pp. 27 e segs.

quência, costumam ser destacados dois princípios: o princípio da separação e o princípio da abstracção. Pelo princípio da separação, evidencia-se, precisamente, a separação que ocorre entre a relação jurídico-obrigacional causal (efeitos obrigacionais) e a relação jurídico-dispositivo abstracta (efeitos transmissivos). Pelo princípio da abstracção, procura salientar-se que a validade de um dos contratos é independente da validade do outro (embora tal não queira significar que ambos possam ser inválidos tendo base o mesmo fundamento)⁽²²⁸⁾. Quanto à compra e venda, pode dizer-se que, por meio do contrato de venda, apenas decorrem efeitos obrigacionais (§433, BGB). A transferência da propriedade (efeito real) implica a celebração de um sequente contrato abstracto. Na compra e venda de coisas móveis, ao contrato dispositivo acresce, em princípio, a tradição da coisa (§929, BGB). Na compra e venda de coisas imóveis, ao contrato dispositivo (*Auflassung*) acrescerá a inscrição registal (§§873 e 925, BGB)⁽²²⁹⁾.

Posto isto, ocorre ter-se falado em *causalidade e abstracção* em dois sentidos diversos. Por um lado, a respeito de causa ou convênio causal, no sentido de fim interno do negócio jurídico. Por outro, a respeito do princípio segundo o qual a validade do negócio jurídico dispositivo não está dependente da validade do negócio jurídico obrigatório antecedente. No primeiro caso, causalidade e abstracção descortinam-se num plano interno, isto é, ao nível integrante do próprio negócio jurídico e, assim, usa dizer-se *causalidade e abstracção internas*. No segundo caso, causalidade e abstracção deslindam-se num plano exógeno ao negócio jurídico, ou seja, reportam-se a uma fenomenologia em que o negócio jurídico

⁽²²⁸⁾ Cf. MARKESINIS (*et al.*), *ob. cit.*, p. 28.

⁽²²⁹⁾ Cf. LARENZ, KARL, *Derecho de Obligaciones, Tomo II*. Tradução de Jaime Santos Briz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 19 e segs. Destaca Larenz que o leigo, quando compra, julga que celebrou apenas um negócio jurídico. Todavia, na verdade, celebrou não menos do que três contratos: “1) o contrato de compra e venda, através do qual se criam obrigações para ambas partes sem que se altere em absoluto as relações de propriedade. 2) O contrato real, ou seja, o ‘acordo’ entre vendedor e comprador para transmitir a propriedade da coisa objecto do contrato (...). 3) O numerário correspondente exige também um contrato real (cujo conteúdo consiste na transmissão da propriedade das espécies monetárias entregue)” (tradução nossa).

é tomado como um todo e perspectivado de um ponto de vista externo, podendo falar-se em *causalidade e abstracção externas*⁽²³⁰⁾. Enquanto que, como se disse, no primeiro sentido, causalidade e abstracção centram-se no convénio causal, como quem diz na causa do negócio jurídico. No segundo, ao invés, tomando novamente como exemplo a compra e venda, o negócio jurídico obrigatório é *causa* ou *fundamento* da atribuição patrimonial (*Zuwendung*), entendida como o próprio negócio real dispositivo ou negócio jurídico por meio do qual se opera a transferência do benefício pecuniariamente avaliável (pois que, entendida num certo sentido, a *Zuwendung* pode consistir no próprio benefício, ou deslocação patrimonial, e, não, no acto pelo qual este ocorre)⁽²³¹⁾: trata-se do fundamento do meio pelo qual opera a deslocação do benefício, não o fundamento do próprio benefício.

Na verdade, o enriquecimento sem causa assume, nesta sede, contornos particularmente relevantes, porquanto visa amenizar os excessos susceptíveis de ocorrer por força da abstracção externa. No direito alemão, como referido, o direito transmite-se com a celebração do negócio dispositivo, ainda que o negócio obrigacio-

⁽²³⁰⁾ Cf., p. ex., LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Coimbra: Almedina, 2005 (Colecção Teses). Dissertação de Doutoramento. p. 352 (n. 997); pp. 636-637 (n. 1728): “No direito alemão, há que distinguir entre negócios obrigacionais (*Verpflichtungsgeschäfte*) e negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*). Para os primeiros vigora fundamentalmente o princípio da causalidade, o que significa que as partes, quando acordam a constituição de uma obrigação, não apenas decidem sobre o conteúdo da prestação mas também sobre o fim da sua constituição”, “[j]á nos negócios de disposição vigora o princípio oposto, o da abstracção, segundo o qual as partes decidem apenas sobre a transmissão do direito (§§ 873 e 929 BGB), sendo o fim dessa transmissão exterior ao negócio (abstracção interna), o que implica que o negócio de disposição seja independente do negócio obrigacional que lhe esteja subjacente, sendo sempre eficaz, independentemente da falta de uma relação obrigacional (abstracção externa)”. Refere, ainda, que se fala em “(...) ‘causalidade interna’ de um negócio para referir a necessidade de estipulação de um fim negocial aquando da sua celebração, ocorrendo ‘abstracção interna’, quando a sua celebração é possível sem a estipulação desse fim. Por sua vez, fala-se em ‘causalidade externa’ para referir a dependência da produção de efeitos jurídicos em relação ao negócio celebrado, falando-se em ‘abstracção externa’ quando os vícios do negócio não afectam esses efeitos jurídicos”.

⁽²³¹⁾ Cf., *supra*, II, 1.

nal anterior se encontre viciado. Ora, “as disposições relativas ao enriquecimento sem causa permitem, no entanto, evitar que uma atribuição sem causa jurídica seja conservada pelo enriquecido, tornando o enriquecimento sem causa um factor corrector dos negócios de disposição, com uma função de liquidação semelhante à da resolução do contrato”⁽²³²⁾.

Como mencionado⁽²³³⁾, é no direito alemão que se coloca, com especial acuidade, o problema do relacionamento entre causa negocial e causa da atribuição patrimonial. Por outras palavras, bastará, nesta sede, “constatar que o próprio contrato pode ser uma das causas de atribuições patrimoniais”⁽²³⁴⁾ ou dever-se-á levar o *simile* mais longe, procurando topar outras afinidades? Não cabe, neste âmbito, analisar o modo pelo qual as noções de obrigação e de prestação são concebidos por parte dos autores germânicos⁽²³⁵⁾. Cumpre tecer, apenas, algumas observações de teor mais geral. No âmbito do enriquecimento por prestação, a doutrina alemã dominante tende a considerar a noção de prestação em moldes subjectivos, ficando o mesmo associado à ideia de fim, ou melhor, “o melhoramento patrimonial tem que estar associado a um programa obrigacional, cuja realização integral é visada pelo prestante”⁽²³⁶⁾. Em suma, esta categoria de enriquecimento sem causa passa, então, a ser definida como o “consciente e finalisticamente orientado incremento do património alheio”⁽²³⁷⁾. Por outra parte, a doutrina prevalecente distingue entre atribuição (*Zuwendung*) e prestação (*Leistung*), consistindo a primeira “no incremento consciente do património alheio” e a segunda “numa atri-

⁽²³²⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 352 (em especial, n. 997). Cf., tb., sobre o direito alemão e indicando atenuações à abstracção (externa), CASTRO Y BRAVO, *ob. cit.*, pp. 295-296.

⁽²³³⁾ Cf., *supra*, II, 1.

⁽²³⁴⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 614.

⁽²³⁵⁾ Cf., quanto à natureza jurídica do cumprimento, COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 10.^a ed. reelaborada, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 992-993; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 256 (n. 444); MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das Obrigações, Tomo IV*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 25-29; MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pp. 612-615 (n. 1675).

⁽²³⁶⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, p. 630

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*, pp. 630-631.

buição finalisticamente orientada, sendo dessa forma referida a uma causa”⁽²³⁸⁾.

Enfileirando-se na esteira subjectivista da prestação, sustentada na referida ideia de fim (do prestante), certa doutrina (Esser) perscrutou uma dupla finalidade (da prestação): “aumentar um património alheio” e “fim associado à deslocação de bens”. Pois bem, esta segunda finalidade surge “identificada com o objectivo económico-social da transacção”, baseando-se “na doutrina da causa do direito comum” ou, noutros termos, “a definição do fim é vista como referido ao passado, qualificada como a causa da prestação e identificada precipitadamente com o fim negocial”⁽²³⁹⁾. Mais longe foram, contudo, algumas posições como as de B. Kupisch, que procurou um entendimento unitário de prestação, enquanto “acto de atribuição real”, comum ao direito do cumprimento e ao direito enriquecimento sem causa. Assim, quebrando com a distinção entre prestação (*Leistung*) e atribuição (*Zuwendung*); a *causa*, em sede do direito do enriquecimento, seria “o próprio fim do negócio jurídico, tal como ele resulta do acordo das partes”⁽²⁴⁰⁾. Tudo seria, pois, assimilado à causa interna, se de causa interna ainda se pudesse falar. Como salienta Ferreira de Almeida, no que ao direito alemão se reporta, “não deixa de se estabelecer a conexão entre a justa causa do enriquecimento e a causa final do negócio jurídico, quando este seja causa eficiente da *Zuwendung*, e de se integrar a teoria do enriquecimento sem causa na teoria geral das obrigações”, acrescentando que “a avaliação da justa causa de aquisição ou de outra atribuição patrimonial inclui, ao menos quando o seu fundamento seja um negócio jurídico causal, a aferição dos efeitos pela finalidade negocial (*Geschäftszweck*), de tal modo que, nesse contexto, é correcto afirmar que a finalidade do negócio obrigacional e, em geral, a finalidade do negócio podem

⁽²³⁸⁾ *Ibidem*, pp. 633-634.

⁽²³⁹⁾ *Ibidem*, pp. 634-635. Acrescenta, porém, que é “uma concepção manifestamente incorrecta, resultante de uma associação da definição do fim da prestação ao conceito de causa do acto jurídico, conceito esse já objecto de uma pluralidade de formulações e cuja utilidade se apresenta como cada vez mais duvidosa” (pp. 365-366).

⁽²⁴⁰⁾ *Ibidem*, pp. 649-652.

também ser encaradas como fundamento jurídico da atribuição”^(241/242). Esta associação entre causa do negócio jurídico e causa da atribuição patrimonial tem sido contestada no espaço jurídico alemão, pois, no direito do enriquecimento apenas haveria lugar à “causa externa”⁽²⁴³⁾.

§4. *Direito brasileiro.* A referência que ora se faz à ordem jurídica brasileira justifica-se, sobretudo, pelo que surge, hoje, vertido no art. 421.º, do Código Civil de 2002 (CC/2002)⁽²⁴⁴⁾. Este preceito, abrindo o título dos contratos em geral, em sede das obrigações, determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Corresponderá ou será assimilável esta “função social do contrato” à função económico-social de feição bettiana? Ou, diversamente, andarà lado a lado da “teoria contratual contemporânea [que] contempla quatro

⁽²⁴¹⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 502 (n. 126), citando, entre outros, Esser e Kupisch.

⁽²⁴²⁾ Sobre as asserções expostas por Ferreira de Almeida quanto ao direito alemão, refere o Autor que “[t]udo isto é naturalmente verdadeiro também para o direito português” (cf., nota anterior).

⁽²⁴³⁾ Cf. MENEZES LEITÃO, *ob cit.*, pp. 636-638. Cf., ainda, DIEZ-PICAZO, LUIS; PONCE DE LEÓN, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, pp. 26-29: “Pois bem, partindo destas ideias, é fácil, de seguida, estabelecer uma radical diferença entre a causa da atribuição e a causa do negócio. A causa da atribuição é, quanto a nós, aquela situação jurídica que autoriza, em conformidade com o ordenamento jurídico, ao atributário para receber a deslocação patrimonial. Por outras palavras, o atributário está juridicamente autorizado para receber a atribuição. Tem direito à mesma. Contudo, este direito pode advir de um negócio jurídico ou de uma expressa disposição legal. No primeiro caso, a causa da atribuição é todo o negócio jurídico anterior que, por sua vez, tem também a sua causa (causa do negócio)” (p. 28) (tradução nossa).

⁽²⁴⁴⁾ Ao primeiro Código Civil do Brasil, aprovado em 1 de Janeiro de 1916, com uma *vacatio legis* de um ano, ficou associada a figura do proeminente jurista Clóvis Beviláqua. Tratava-se de um código deveras avançado para a época, revelando, “ainda que por uma ordem inabitual”, a classificação germânica, com a característica inserção de uma parte geral. Por sua banda, o novo Código Civil, promulgado no dia 10 de Janeiro de 2002, ao qual fica afecta a marca de Miguel Reale, mantendo-se fiel ao esquema germânico, procurou introduzir figuras como a *culpa in contrahendo* e a alteração das circunstâncias. Cf., para um conspecto geral, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das Obrigações, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3948-0, pp. 203 e segs.

grandes princípios: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato”?(^{245/246}).

O problema brasileiro da causa não é de agora e, muito menos, se circunscreve ao aludido art. 421.^o(²⁴⁷). Assim, tanto quanto parece, Clóvis Beviláqua, jurista que mais preponderância assumiu sobre a primeira codificação, pertenceria à corrente anti-causalista(²⁴⁸) e ter-se-á limitado a prever a “licitude ou ilicitude do ato jurídico”(249). Tanto assim era que o art. 82.^o, do Código de 1916 (CC/1916), não incluía a causa entre os requisitos de validade e, por outro lado, a “causa” do correspondente art. 90.^o(²⁵⁰) aparecia assimilada aos motivos(²⁵¹). Não obstante, a despeito do

(²⁴⁵) Cf. PELUSO, CEZAR (coordenação de), *Código Civil Comentado*. 7.^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Manole, 2013. ISBN 978-85-204-3586-1, p. 473.

(²⁴⁶) Cf., assim tb., FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 97 (n. 26): “‘A função social do contrato’ foi consagrada no art. 421.^o do Código Civil brasileiro de 2002 como limite da liberdade de contratar. Que sentido deve ser atribuído ao preceito? Equivalente à causa-função, na linha de Betti, e portanto ‘residual’ na aplicação? Ou concretização de um ‘princípio de eticidade’, concebido sob influência da doutrina social da Igreja, que compreende o exercício da liberdade contratual de ‘forma ordenada ao bem comum’?”.

(²⁴⁷) Cf., para uma breve panorâmica sobre problema da causa e com várias referências bibliográficas, BODIN DE MORAES, MARIA CELINA, “A causa do contrato”, *Revista Eletrônica de Direito Civil — Civilistica.com* [Em linha], a. 2, n. 4, out.-dez./2013. [Consulta efectuada no dia 11/05/2015]. Disponível na Internet em <www.civilistica.com/a-cao-do-contrato/>.

(²⁴⁸) Cf. LEME, LINO DE MORAES, “A causa nos contratos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* [Em linha]. Volume 52 (1957), pp. 72-79. [Consulta efectuada no dia 11/05/2015]. Disponível na Internet em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66264>>: “Essa questão de a causa ser ou não um requisito dos contratos tem dividido os escritores, apontando-se numerosos anti-causalistas, e, em numero não menor, os causalistas. Entre os anti-causalistas citam-se PLANIOL, LAURENT, HUC, WINDSCHEID; entre nós CLOVIS BEVILÁQUA, CARVALHO DE MENDONÇA (MANOEL INÁCIO)” (p. 74).

(²⁴⁹) Cf. GOGLIANO, DAISY, “A função social do contrato: causa ou motivo”, *Revista da Faculdade de Direito*, Volume 99 (Janeiro-Dezembro/2004), pp. 153-198: “(...) o nosso Beviláqua desde logo descartou a teoria causalista do nosso Direito Civil, aludindo apenas à licitude ou ilicitude do ato jurídico” (p. 162).

(²⁵⁰) Reza o preceito que “só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”.

(²⁵¹) Cf. BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 3 (n. 8), acrescentando que o actual art. 140.^o depõe nesse preciso sentido, sufragando que “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

silêncio legal imperante e de uma certa aversão doutrinal pela figura, havia quem dissesse que o “nosso Código Civil, que não a aponta entre os elementos essenciais”, mas “nem por isso, no entanto, deixa a causa de ser um dos elementos da obrigação, o sopro vital das mesmas. Ela é uma daquelas verdades jurídicas universais, um daqueles princípios imanentes do direito, que não precisam estar escritos nas leis, para que sejam reconhecidos”⁽²⁵²⁾.

Actualmente, segundo o disposto no art. 104.º, do CC/2002, a validade do negócio jurídico requer *i*) um agente capaz, *ii*) um objecto lícito, possível, determinado ou determinável e *iii*) uma forma prescrita ou não defesa em lei. Nada se diz, neste normativo, quanto à causa. O art. 421.º, por sua parte, não tem correspondência na legislação de pretérito⁽²⁵³⁾ e foi alvo de acesas críticas logo na fase do “projeto de lei”⁽²⁵⁴⁾. Além de uma “péssima redacção”, a função social do contrato constituiria uma “nebulosa”, seria “intangível” e, sobretudo, não se confundiria “em hipótese alguma com a função social da propriedade”⁽²⁵⁵⁾. A mais perfunctória observação permite concluir que boa parte da doutrina, na interpretação expandida ao preceito, ou não pondera o problema bettiano da função económico-social, ou prefere distinguir a “ideia de ‘função social’ da ideia de ‘função económica’ ou ‘causa-função’ (BETTI), não desmerecendo, contudo, a importância dessa última na Teoria dos Contratos, onde atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos ‘em grupo’ ou ‘em rede’”⁽²⁵⁶⁾. Tanto quanto se consegue depreender, a “*função social*

⁽²⁵²⁾ Cf. LEME, *ob. cit.*, p. 78. O Autor parece situar-se numa linha próxima de Domat, distinguindo, inclusivamente, entre causa nos negócios jurídicos bilaterais e causa nos negócios jurídicos unilaterais.

⁽²⁵³⁾ Cf. PELUSO, *ob. cit.*, p. 473.

⁽²⁵⁴⁾ Cf. TOMASEVICIUS FILHO, EDUARDO, “A Função social do contrato: conceito e critérios de aplicação”. CUNHA, Alexandre dos Santos (coordenação de), *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil (2004)*. Quartier Latin, 2004. pp.190-217 (pp. 202-203).

⁽²⁵⁵⁾ Cf. GOGLIANO, DAISY, *ob. cit.*, p. 155.

⁽²⁵⁶⁾ Cf. MARTINS-COSTA, JUDITH, “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, N.º 29 (2.º semestre/2009), pp. 65-102 (pp. 65-66, n. 2). Adianta: “Como se sabe, a ideia de função económico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada entre nós

do contrato” procurou reflectir um princípio de socialidade (?) e, a este respeito, refere Miguel Reale, “a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluem, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”^(257/258).

por ORLANDO GOMES) considera a causa económico-social de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo ‘tipo’). A este respeito, ORLANDO GOMES, *ob. cit.*, pp. 22-24; 48-51. No que respeita a “*função económica*”, afirma que “todo o contrato tem uma função económica, que é, afinal, segundo recente corrente doutrinária, a sua *causa*. Considerada a variedade de funções económicas que desempenham, classificam-se em contratos: *a*) para promover a circulação de riqueza; *b*) de colaboração; *c*) para prevenção de risco; *d*) de conservação e acautelatórios; *e*) para prevenir ou dirimir uma controvérsia; *f*) para a concessão de crédito; *g*) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia” (p. 22). Mais adianta que “os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutos, não merecem protecção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função económico-social reconhecidamente útil” (p. 24). O Autor, diversamente, a propósito do art. 421.º, do CC/2002, reporta-se à “*função social*”, ou seja, o “contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais” (p. 48). Acrescenta que “(...) há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à *ineficácia superveniente do contrato*. Juntamente com a *ofensa a interesses coletivos* (meio ambiente, concorrência, etc.), deve-se arrolar a *lesão à dignidade da pessoa humana* e a *impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato*” (p. 50).

⁽²⁵⁷⁾ Cf. REALE, MIGUEL, <www.miguelreale.com.br> [consulta efectuada no dia 09/05/2015]. E, ainda, num sentido similar, *vide* DINIZ, MARIA HELENA, *Código Civil Anotado*, 15.ª ed. revista e actualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 978-85-02-08605-0, p. 365: “Consequentemente, o órgão judicante, ante o caso *sub judice*, para delimitar a função social do contrato, poderá fazer aferições valorativas de ordem social, jurídica, moral económica. Consagrado está o princípio da socialidade. Repellido está o individualismo, e os contratantes deverão sujeitar sua vontade às normas de ordem pública, que fixam os interesses da coletividade e as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem económica e moral da sociedade e os bons costumes relativos à moralidade social. O art. 421.º é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. A ‘função social do contrato’ prevista no art. 421.º no novo Código Civil constitui uma cláusula geral, que (...) não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (...)”.

⁽²⁵⁸⁾ Cf., a respeito da aplicação jurisprudencial do princípio, TOMASEVICIUS FILHO, “A Função Social do Contrato...”, pp. 211 e segs., o qual destaca que a “jurisprudência, sobretudo no Estado de São Paulo, vem enfrentando a questão da função social nos contratos em matéria de planos de saúde. Entre 1998 e 2004, foram proferidos mais de cinquenta acórdãos sobre a mesma matéria”.

A ofensa à função social do contrato, em casos excepcionais, poderá acarretar a sua nulidade (artigo 2.035, §único)⁽²⁵⁹⁾, mas, sempre que possível, em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos, há que restringir a ineficácia à cláusula ofensiva da função social⁽²⁶⁰⁾.

O que fica dito não significa que o art. 421.º, do CC/2002, esteja desprovido de interpretações causalistas. Porém, nem todas essas interpretações — contrariamente ao que, à partida, se pensaria — se encontram afiliadas à função económico-social típica italiana. Segundo uma concepção subjectivista, a “função social do contrato” é aproximada do motivo, em que “cada sujeito buscará, dentro de uma possível compreensão subjectiva a sua função social. O que é social para um, não será para outro, dada a relatividade do conceito. Em nome da ‘função social’, etérea, abstrata, em nome e por conta da protecção do mais débil e do mais fraco, instala-se a insegurança jurídica no tráfico social”⁽²⁶¹⁾. Todavia, já de acordo com uma concepção objectivista, a “função social do contrato” adquire contornos bettianos, porquanto o “ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421.º, o princípio da ‘causalidade negocial’. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio ‘não cumpre a sua função social’”⁽²⁶²⁾.

⁽²⁵⁹⁾ De acordo com o preceito citado em texto, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁽²⁶⁰⁾ Cf. PELUSO, *op. cit.*, p. 475.

⁽²⁶¹⁾ Cf. GOGLIANO, *ob. cit.*, p. 193.

⁽²⁶²⁾ Cf. BODIN DE MORAES, *op. cit.*, p. 24. A Autora justifica, em síntese, por referência ao art. 421.º, a sua posição nos seguintes termos: “(...) quando a lei determina que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’, a expressão ‘em razão’ serve a opor justamente autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de

§5. *Síntese comparativa.* Depois de analisadas as ordens jurídicas que mais interesse dogmático-interpretativo poderiam revelar, cumpre, neste momento do processo microcomparativo, proceder à síntese dos resultados obtidos. Para este preciso efeito, decompôs-se o termo comparativo nos subsequentes elementos: *a)* previsão normativa da causa; *b)* noções; *c)* prevalência do princípio de causalidade ou do princípio de abstracção; *d)* omissão de causa.

a) Previsão normativa da causa. Nos direitos francês e italiano, a causa, enquanto elemento do contrato e do negócio jurídico, respectivamente, parece colher previsão legal expressa. Verificam-se, contudo, algumas interpretações anti-causalistas, de acordo com as quais as referências legais reportar-se-iam a realidades jurídicas distintas, tais como o objecto e os motivos. No direito alemão, não se conhece um preceito legal que a consagre; a causa integrará, pois, previsão normativa extralegal. No direito brasileiro, por último, não figura entre os requisitos de validade do negócio jurídico e a civilística tem sido prevalentemente anti-causalista. Por outra parte, permanece questão controvertida saber se a “função social do contrato”, tal como resulta do art. 421.º, do CC/2002, corresponde, ou não, à causa do negócio jurídico e, em caso, afirmativo, qual o sentido verdadeiramente acolhido pelo legislador, ou seja, se num sentido objectivista ou subjectivista.

b) Noções. A causa pode ser concebida num sentido objectivo e num sentido subjectivo. O direito francês, sob a marca da segunda sistemática racionalista, permaneceria inexoravelmente subjectivista. Até mesmo a causa objectiva, abstracta ou imediata, correspondente ao fim próximo das partes, possui um evidente lastro subjectivista. A irradiação napoleónica iria persuadir a primeira codificação italiana. Na Alemanha, o fim ou fundamento jurídico

explicar, na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de prescrever, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos. // Quando a causa é típica, é porque foi previamente determinada e aprovada pela lei; quando é atípica, deve obedecer às normas gerais do Código (art. 425.º, CC) bem como à tipicidade social (tipicità sociale, segundo BETTI), contida na tábua axiológica constitucional”.

possui uma marca objectiva própria (o designado convénio causal). Porém, em bom rigor, de verdadeiro objectivismo apenas se pode falar a respeito das construções que se inspiraram na concepção da “função social” (Scialoja) ou sobretudo, da “função económico-social típica” (Betti). No Brasil, por seu turno, os defensores da causa acolheram-na nas suas múltiplas concepções.

c) *Causalidade vs. abstracção*. Nenhum sistema jurídico parecer consagrar, em termos absolutos, o princípio de causalidade ou o princípio de abstracção. De todo o modo, quanto a este aspecto e em contraponto com os demais, o espaço jurídico germânico é aquele que, de longe, surge mais condescendente em relação aos negócios jurídicos abstractos. A primazia da abstracção estará, tanto quanto se assevera, ao serviço da certeza jurídica e do tráfego comercial⁽²⁶³⁾, muito embora os respectivos fundamentos sejam mais profundos.

d) *Omissão de causa*. Na ordem jurídica francesa, a doutrina moderna das invalidades distingue a nulidade absoluta e a nulidade relativa. A primeira, serviria a causa ilícita; a segunda, a omissão de causa. Todavia, quanto à omissão, encontra-se, nas obras clássicas, referências à inexistência jurídica e esta é, ainda hoje, por alguns defendida. Em Itália, o regime da nulidade aplicar-se-ia à omissão de causa e sua ilicitude, mas há também quem entenda que a falta de um elemento do negócio jurídico acarreta a sua inexistência.

III. O problema da omissão de causa negocial à luz do Direito português

4. Causalidade e abstracção no Direito português

Apresentada a dogmática geral relativa à causa final (tendo-se aí tomado posição) e deixada nota comparativa sobre o problema, cabe, agora, levar a termo uma síntese sobre o Direito positivo.

⁽²⁶³⁾ Cf. MARKESINIS (*et al.*), *ob. cit.*, p. 28.

Ora, sem contar com outros diplomas e permanecendo no âmbito privado, basta um simples percurso pelo texto do Código Civil de 1966 (CC) para se detectarem múltiplas referências à “causa”. Muitas delas extrapolam o âmbito jurídico (v.g., arts. 143.º, n.º 1, al. a), 151.º, 155.º, 192.º, 1005.º, etc.)⁽²⁶⁴⁾. Outras, ao invés, embora correspondendo às acepções atrás recenseadas (nexo causal, causa-justificação, causa da atribuição patrimonial, etc.), não dizem respeito à causa do negócio jurídico. Por seu turno, a menção à “causa” plasmada no art. 458.º, pelas dúvidas que tem vindo a suscitar, carece de uma abordagem autónoma.

Embora sem aparente lastro legal, a maioria da doutrina e da jurisprudência⁽²⁶⁵⁾ não deixa de inserir o Direito português entre os sistemas causalistas⁽²⁶⁶⁾. Para tanto, suportam-se num princípio de causalidade implícito na lei⁽²⁶⁷⁾ ou, então, num princípio “não codi-

⁽²⁶⁴⁾ Cf. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust...*, p. 832: “A expressão é utilizada em dezenas de artigos do Código de 66. Na maioria das vezes, a locução é empregue desligada de qualquer significado técnico-jurídico (...)”.

⁽²⁶⁵⁾ Cf., entre outros, não necessariamente em termos coincidentes com a posição ora sufragada, Ac. STJ, de 14/10/1997 (Proc. n.º 97A097), relatado por Fernando Fabião: “I — A causa do negócio jurídico consiste na sua função económico-social típica, no seu fim, expresso no conteúdo. II — Por regra, no Direito Português, os contratos são causais e, portanto, nulos, se a causa falta ou é ilegal.”; Ac. STJ, de 19/02/1998 (Proc. n.º 98A679), relatado por Torres Paulo, e que, em matéria de qualificação contratual, reconduz a causa à função económico-social; Ac. TRP, de 09/02/2013 (Proc. n.º 2898/11.8YYPR-T-A.P1), relatado por Carlos Querido, defendendo a natureza causal do negócio jurídico de garantia bancária autónoma, tendo este como função económico-social “garantir determinado contrato base”; Ac. TRL, de 15/04/2008 (Proc. n.º 1316/2008-1), relatado por José Gabriel Silva, que, a respeito da causa no contrato de seguro, citando Ferreira de Almeida, entende que “[a] função económico-social do contrato de seguro é uma *função de garantia* completada com um elemento de troca (prémio), sempre que a finalidade global e típica do contrato se destine a compensar pecuniariamente a perda ou a desvalorização de um bem (coisa ou crédito) ou a frustração de uma expectativa (diminuição, não-realização ou não-aumento do património activo; aumento ou não diminuição do património passivo; afectação da capacidade de trabalho e/ou emergência de danos morais)” — todos os acórdãos consultáveis na Internet em <www.dgsi.pt>.

⁽²⁶⁶⁾ Cf. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 466 (n. 1); CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 386.

⁽²⁶⁷⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 431: “(...) supomos poder formular um princípio de que a *indicação da causa* é, efectivamente, *necessária*”, apontando, nomeadamente, como manifestações de tal princípio, os arts. 458.º, 425.º, 578.º, etc.; *Contratos Complexos...*, pp. 63-66; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 294: “A nossa lei não exige de maneira *expressa*, ao contrário de outras legisla-

ficado”, que “decorre da *communis opinio* dos académicos” e da “verificação prática de recusa pela comunidade jurídico-profissional em permitir que a atribuição de direitos absolutos se efetue pela simples declaração ou pelo acordo de transmissão sem indicação da respectiva causa”, em suma corresponde a “um costume, que a sustenta e nela se apoia”⁽²⁶⁸⁾. É, de igual sorte, em traços largos, esta a posição que se defende e que se compatibiliza com as concepções dogmáticas expostas. De acordo com uma norma de ordem social, a qual pode ser legal e consuetudinariamente conformada⁽²⁶⁹⁾, o conteúdo dos actos jurídicos deverá, em regra, indicar uma causa-função de modo “explícito, implícito ou por remissão”. Só a título excepcional e em hipóteses normativamente previstas — estando, pois, vedada a abstractização convencional⁽²⁷⁰⁾ —, é admissível que o conteúdo do acto jurídico omita a referência à função económico-social, permanecendo eficaz. Nestes casos, dir-se-á que o acto jurídico “*abstrai*” da respectiva causa; que é um acto jurídico abstracto. Entre eles contam-se, nomeadamente, os títulos de crédito, os negócios transmissivos de valores mobiliários, as transferências bancárias de dinheiro⁽²⁷¹⁾ e negócios do domínio registal⁽²⁷²⁾.

O Direito português surge entre os ordenamentos causalistas. O princípio de causalidade (atinentes à causa final, repita-se) constituiu expressão da ordem social, embora legal e/ou consuetudina-

ções, mas a verdade é que, identificando-se a causa-função com os *elementos específicos*, olhados na sua *síntese*, a ausência da primeira implica a ausência dos segundos, ou a não presença de todos eles”.

⁽²⁶⁸⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, pp. 101-102.

⁽²⁶⁹⁾ Noutro sentido, CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 280, considera que a fonte da abstracção é a lei. Por seu turno, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 104 (em especial, n. 54), entende que podem ser fontes de abstracção a lei, a convenção internacional e o costume.

⁽²⁷⁰⁾ Segundo, B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 434, verifica-se uma proibição de “abstractização convencional de um negócio jurídico”. E, já antes, BETTI, *ob. cit.*, p. 378: “Uma abstracção da causa assim entendida, está absolutamente fora da competência dispositiva dos particulares (...). Uma desvinculação da causa só é admissível nas formas legais, isto é, celebrando-se ao lado do negócio causal, um negócio abstracto (...) com ele interferente (...)”.

⁽²⁷¹⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, pp. 105-106.

⁽²⁷²⁾ Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 436.

riamente mediado. Apesar de o Código Civil não conter menção expressa à causa final — ao que parece por precípua influência de Manuel de Andrade⁽²⁷³⁾ —, há que dispensar um rápido conspecto ao art. 458.º, do CC⁽²⁷⁴⁾, relativo à promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida, cujo n.º 1 dispõe que “se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário”.

Há quem afirme que tal referência legal à “causa” não levante dúvidas⁽²⁷⁵⁾. Não se pode, porém, acompanhar a linearidade dessa inferência. Se alguns descobrem um afloramento da causa nego-

⁽²⁷³⁾ Cf. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “A Elaboração do Código Civil”, *A Feitura da Lei, I — História da Elaboração de Textos Legais*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1986. pp. 17-34. Refere o Autor que o então novo Ministro das Finanças, Cavaleiro de Ferreira, acometeu, através da Portaria n.º 10756, de 10 de Outubro de 1944, a preparação do novo Código Civil a uma comissão presidida por Vaz Serra. A divisão dos trabalhos fez-se, *grossa modo*, segundo a sistemática germânica, tendo, precisamente, incumbido a Manuel de Andrade a elaboração do Anteprojecto relativo à Parte Geral. Contudo, a influência deste último Professor saíria mitigada, pelo papel desempenhado por Antunes Varela aquando da 1.ª revisão ministerial (publicada nos anos de 1961, 1962 e 1963) e, depois, por Antunes Varela e Pires de Lima com a 2.ª revisão ministerial (publicada em 1965). Destaca, ainda, durante a primeira fase de elaboração (portanto antes da intervenção do próprio Antunes Varela), que Manuel de Andrade “(...) inteiramente absorvido por uma sobrecarga enorme de serviço docente, limitara-se a entregar em 31 de Maio de 1944 um brevíssimo estudo de quinze folhas dactilografadas sobre as *fontes do direito, vigência, interpretação e aplicação da lei*, e um outro trabalho, também muito sucinto, sobre o *começo e termo da personalidade, direitos da personalidade e domicílio*. Ambos os estudos eram expressamente considerados pelo autor como simples *esboços de anteprojectos*, ainda não amadurecidos para publicação” (p. 28). Cf., ainda, BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust...*, pp. 831; 836: “O conceito de causa — enquanto elemento central dos negócios jurídicos — com uma relevância já bastante reduzida no Código de Seabra, em especial quando comparado com os restantes Códigos napoleónicos, assume, no Código Civil actual, um papel ainda mais diminuto. A secundarização do conceito é usualmente atribuída a Manuel de Andrade (...)” (p. 831).

⁽²⁷⁴⁾ Quanto à natureza jurídica não negocial destes actos jurídicos, *vide* MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, p. 247. E diversamente da natureza contratual dos actos previstos nos congêneres §§ 780 e 781, do BGB.

⁽²⁷⁵⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, Tomo II, p. 691.

⁽²⁷⁶⁾ Cf., entre outros, ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 466; B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 431; CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 388; CASTRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 277-278.

cial⁽²⁷⁶⁾; outros assimilam-na à causa eficiente, ou seja, à causa como fonte da situação jurídica⁽²⁷⁷⁾. Há quem vislumbre, ainda, um problema de situações jurídicas causais e abstractas⁽²⁷⁸⁾. As divergências interpretativas suscitadas pelo artigo compreendem-se, uma vez que os respectivos preparatórios são algo confusos, encerrando os trabalhos de Vaz Serra aspectos manifestamente divergentes^(279/280).

(277) Cf., entre outros, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 102, n. 44; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, pp. 246-247. Também Menezes Cordeiro, salvo melhor entendimento, considera que este artigo 458.º se reporta à causa eficiente. De resto, está em sintonia com a sua posição avessa à causa final, pois que, para este jurista, a distinção entre negócios jurídicos causais e negócios jurídicos abstractos repousa sobre um problema de “eficácia dos negócios”. Tendo por base este desiderato, o “negócio é causal quando a sua fonte tenha de ser explicitada para que a sua eficácia se manifeste e subsista”. Em suma, causa equivaleria à fonte da obrigação ou da situação jurídica — cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, pp. 469-471.

(278) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral, Volume III — Relações e Situações Jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1083-5, pp. 162 e segs., dilucidando que a “(...) situação jurídica causal é a que supõe sempre uma outra situação jurídica que a justifique: está dependente dela. A abstracta é a que abstrai de qualquer situação jurídica justificativa” (p. 163). Mais adiante, aduz que “(...) depara-se-nos a chamada *qualificação* de situações jurídicas. Uma situação jurídica qualificaria outra. A ‘relação fundamental’ é assim a situação qualificante de outra situação jurídica”, mas “[a] esta exigência da causa no negócio jurídico fazem excepção: — os actos abstractos — os actos de causa presumida (que não trazem negação todavia do princípio)” (p. 166).

(279) Cf. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, “Negócios abstractos. Considerações gerais — Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 83 (1959), pp. 5-66.

(280) Cf., para as sucessivas redacções nos preparatórios, BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES, *Das Obrigações em Geral. Segundo o Código Civil de 1966, I — Arts. 397.º a 472.º*. [S.l.]: [s.n.], 1971. pp. 179-183. E, ainda, para a 1.ª revisão ministerial, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 119 (Outubro/1962), p. 50.

Anteprojecto de Vaz Serra — Artigo 666.º

1. *Mediante declaração unilateral, pode prometer-se um pagamento ou reconhecer-se uma dívida, de maneira que o credor fique dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário. Esta intenção presume-se, até prova em contrário, quando se não mencionar aquela relação.*

2. *A promessa ou o reconhecimento, para que tenham o carácter previsto do parágrafo anterior, devem fazer-se por escrito, a não ser que tenham como base uma conta realizada com a cooperação de ambas as partes.*

Anteprojecto da 1.ª revisão ministerial — Artigo 415.º:

1. *Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer um pagamento ou reconhecer uma dívida a outrem, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário.*

Tudo pareceria, indicar que a “causa” — ou, de modo indiferente, segundo este Autor, a “relação fundamental”⁽²⁸¹⁾ — se inclinaria para uma noção do tipo germânico, ao seguir à concepção de Ennecerus-Nipperdey⁽²⁸²⁾. Assim, refere Vaz Serra que:

Em regra, só deve produzir-se o efeito mediato ou indirecto do negócio jurídico quando as partes convencionaram que tal efeito se verificasse. Deste modo, o negócio deve ser acompanhado de uma convenção acerca do seu fim jurídico, a qual pode chamar-se causa do negócio; e, se, o negócio de enriquecimento for unilateral (v.g., promessa pública de recompensa, fundação), o fim é, naturalmente, fixado, não por convenção, mas apenas pelo declarante.

A convenção acerca do fim do negócio (convenção causal) faz, em regra, parte do conteúdo do negócio e este é, portanto, *causal*.

Não obstante, certos indícios contextuais, que percorrem os trabalhos de Vaz Serra, apontam para a utilização do vocábulo “causa” no sentido de fonte da situação jurídica⁽²⁸³⁾. Assim:

A presunção da causa é uma presunção *tantum iuris*, podendo, portanto ser ilidida.

A prova em contrário, destinada à impugnação dos efeitos do negócio, dependendo dos termos em que esse negócio tenha sido celebrado. Se, por exemplo, *A* declara que deve a *B* 10 contos, não basta provar que não existiu qualquer empréstimo entre eles, pois a dívida pode resultar de outras fontes (v.g., compra e venda, doação, obrigação natural, etc.), de modo que o devedor terá de provar que não existe qualquer outra possível causa da obrigação; mas se *A* declara, por exemplo, que deve a *B* 10 contos a título de mútuo, bastará a *A* a prova da inexistência do mútuo.

2. *Para que tenha a eficácia prevista, há-de a promessa ou reconhecimento constar de documento escrito, se outras formalidades não forem exigidas para prova da relação fundamental.*

Anteprojecto da 2.^a revisão ministerial — corresponde ao actual artigo 458.º

⁽²⁸¹⁾ Cf. VAZ SERRA, *ob. cit.*, p. 14: “(...) à causa jurídica do negócio poderia chamar-se também relação fundamental, como faz o Código italiano no que respeita a promessa de pagamento e aos reconhecimentos de dívida (art. 1988.º)”.

⁽²⁸²⁾ *Ibidem*, pp. 10-13, n. 6.

⁽²⁸³⁾ *Ibidem*, p. 26.

Não sendo os escritos de Vaz Serra inteiramente conclusivos e atentas as posteriores revisões ministeriais, as quais conduziram a uma diversa redacção do preceito daquela que Vaz Serra perspectivou, entende-se que a referência legal à “causa” corresponde à de fonte da situação jurídica. Aliás, o congénere art. 1988.º, do Codice/1942 (levado em consideração na redacção do presente normativo), comporta, também, como se referiu, uma interpretação do mesmo cariz.

5. A omissão de causa negocial

A causa final corresponde à função económico-social disposta ao nível do conteúdo do negócio jurídico. No Direito português, com fundamento num princípio de ordem social, ainda que eventualmente intermediado pela lei e/ou pelo costume, a generalidade dos negócios jurídicos, salvo previsão normativa em sentido diverso, devem exhibir, ao nível do correspondente conteúdo, de modo explícito, implícito ou por remissão (para o conteúdo de outro negócio), uma causa-função. Se, perante presumíveis enunciados⁽²⁸⁴⁾, não for deles extraível qualquer significado equivalente a um função económico-social típica (ou mista) e não surgir, por outro lado, material interpretativo que convoque uma previsão normativa de abstractização, cabe indagar qual a consequência jurídica dessa omissão ao nível do conteúdo. Por outras palavras, na ausência de função económico-social, enquanto “elemento necessário do conteúdo negocial”⁽²⁸⁵⁾, o negócio jurídico vê-se atingido

(284) Cf. sobre a interpretação normativa, mas aproveitável a propósito da compreensão das fontes não-normativas, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, p. 319: “A hermenêutica normativa aceita o papel da pré-compreensão (*Vorverständnis*) (ou do pré-juízo (*Vorurteil*)). Toda a compreensão tem como pressuposto uma pré-compreensão, pois que, sem se formar um pré-juízo sobre o que se pretende compreender, nada é possível compreender. Nesta perspectiva, pode concluir-se que antes de compreender algo é necessário saber não só o que se quer compreender, mas também como se quer compreender”.

(285) Cf. B. PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, p. 432.

por “incompletude primária”⁽²⁸⁶⁾ ou, até mesmo, por “irredutível incompletude do seu significado”⁽²⁸⁷⁾.

Ora, como se sabe, a expressão “objecto do negócio jurídico” apresenta, pelo menos, dois sentidos^(288/289). Por um lado, o objecto mediato (ou material), que corresponde às coisas. Por outro, o objecto imediato (ou jurídico), que corresponde ao conteúdo negocial. Os autores que rejeitam dogmaticamente este segundo sentido, acabam, contudo, por admitir que o art. 280.º se refere a estes dois significados⁽²⁹⁰⁾. Por outras palavras, pode afirmar-se que este preceito diz respeito, concomitantemente, ao conteúdo no seu todo e a um elemento específico do mesmo, a saber o “objecto mediato”. De outro ponto de vista, por conseguinte, o nor-

⁽²⁸⁶⁾ *Ob. cit., loc. cit.*

⁽²⁸⁷⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 542.

⁽²⁸⁸⁾ Assim, entre outros, cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 159: “(...) *objecto* tem no campo do negócio jurídico um sentido próprio, podendo ser entendido, quer como sinónimo de *conteúdo*, ou seja, como conjunto dos efeitos que o negócio visa produzir, quer como realidade sobre que recaem os seus efeitos (*objecto stricto sensu*). No primeiro caso, fala-se em *objecto em sentido jurídico* e no segundo em *objecto em sentido material*. Também se usa dizer, respectivamente, *objecto imediato* e *objecto mediato* do negócio”; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 406-412, distinguindo entre “objecto imediato” (ou conteúdo) e “objecto mediato” (o “*quid*” e que pode ser uma pessoa, um facto ou uma coisa); MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 327: há que distinguir o “*objecto immediato ou conteúdo*, isto é, os efeitos jurídicos a que o negócio tende, conforme as declarações de vontade das partes e a lei aplicável; e o *objecto mediato* ou *objecto stricto sensu*, que vem a ser o *quid* sobre que recaem aqueles efeitos”.

⁽²⁸⁹⁾ Cf., mas numa perspectiva crítica, SACCO, *ob. cit.*, pp. 473 e segs., falando em “polivalência do termo *objecto*” (tradução nossa).

⁽²⁹⁰⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, pp. 12-13. Muito embora distinga, em termos dogmáticos, o conteúdo e o objeto, associando este último “ao bem ou aos bens a que o contrato se reporta”; para efeitos positivos, nomeadamente do disposto nos arts. 251.º e 280.º, n.º 1, defende que o “objeto” seja aí interpretado, não só “em sentido próprio e restrito”, como abrangendo “outros elementos do conteúdo do contrato”. E, tb., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...* I, Tomo I, pp. 673-674, para quem deve distinguir-se o conteúdo e objeto, sendo que “este tem a ver não com a regulação em si, mas com o *quid* sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita”, destacando que “a doutrina troca, muitas vezes, conteúdo pelo *objeto*, utilizando esta última expressão de modo informe”, sendo que o “Código Civil, no seu art. 280.º, menciona o objeto negocial com o fito de referenciar o conteúdo e o objeto propriamente dito”. Por fim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, pp. 87-88, começando por afirmar que distingue “o *objecto* e o conteúdo do negócio”, entende, porém, que “ambos estarão provavelmente compreendidos na expressão ‘objecto negocial’ do art. 280.º”.

mativo em apreço tanto se reporta ao objecto mediato indeterminável, como, de um modo mais geral, ao conteúdo indeterminável⁽²⁹¹⁾.

Tal como já se teve oportunidade de afirmar, a causa-função constitui a projecção do extrajurídico no conteúdo. Para dizer de outra maneira, no plano da formação, os enunciados estão envoltos em contexto social mais alargado. Este, por sua vez, reflecte-se, segundo um sentido funcional, no próprio conteúdo do negócio jurídico. Pode suceder, contudo, que o intérprete, tomando os enunciados e esse contexto como objecto⁽²⁹²⁾, depois de esgotadas as normas interpretativas disponíveis, não consiga alcançar um significado ou conteúdo correspondente à causa-função, não cabendo, por outro lado, fonte normativa de abstractização. Que consequência jurídica associar a esta omissão da causa-função? O art. 280.º, n.º 1, do Código Civil, parece inequívoco: o negócio jurídico vê-se ferido de nulidade. Mas há que aprofundar.

Detendo o olhar sobre o regime legal, pode suceder que nem os cânones interpretativos gerais do art. 236.º, nem tão-pouco as regras subsidiárias do art. 237.º, se revelem, afinal de contas, suficientes para determinar o conteúdo negocial, nomeadamente a função económico-social. A este respeito tem-se falado em “declaração negocial ininteligível”, “insusceptível de ser entendida”,

(291) Cf., neste sentido, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 165: “A indeterminabilidade pode reportar-se tanto ao objecto material — coisa ou prestação — como ao objecto jurídico”. *Vide*, com dúvidas sobre a respectiva posição, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, p. 279: “(...) a indeterminabilidade [do conteúdo, entenda-se] leva a considerar esse negócio nulo”, apesar de que, na 2.ª edição, mantendo a sua precedente asserção, veio aduzir que “[s]e não se consegue apurar um sentido juridicamente decisivo, não há declaração. Se não há declaração, o defeito é antes a inexistência” (p. 189). Destarte, tanto quanto se consegue depreender, caso, por via interpretativa, se conclua que não houve sequer acto ou declaração — diríamos enunciados —, o negócio jurídico será inexistente. Caso se observem enunciados, mas deles não se extraíam um sentido negocial útil, dar-se-ia nulidade por indeterminabilidade do objecto (*rectius*, conteúdo).

(292) Cf., em sentido diverso, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, pp. 195 e segs.: “Com rigor, *objecto da interpretação* relevante para o negocio é o *conjunto dos enunciados* a partir dos quais se compõe o seu texto (...)” (p. 196), mas referindo que “[o]bjecto da interpretação negocial não é também o contexto em que se inscreva o produto da comunicação, porque, atendível e imprescindível no processo hermenêutico, é meio e não objecto de compreensão” (p. 197).

“insanavelmente contraditória”⁽²⁹³⁾ ou, então, refere-se, ainda, que da “utilização sucessiva dos critérios dos arts. 236.º, n.º 1 e 237.º, o tribunal não consiga extrair qualquer sentido plausível da declaração negocial”⁽²⁹⁴⁾. Mais a mais, não cabe chamar à colação o disposto no art. 239.º, porquanto o juízo alcançado não é o de “lacunosidade”, mas, antes, o de “incompleteude insuprível”⁽²⁹⁵⁾. Pois bem, perante o conteúdo indeterminado e indeterminável, têm sido propostas duas soluções: a ineficácia da declaração negocial (art. 224.º, n.º 3) ou a nulidade do negócio jurídico (art. 280.º, n.º 1), devendo contar-se, ainda, com uma solução dita ecléctica⁽²⁹⁶⁾. A doutrina majoritária envereda pela nulidade do negócio jurídico por indeterminabilidade do seu conteúdo^(297/298).

Com efeito, os quadros legais revelam escassa margem interpretativa e isto, precisamente, na razão inversa à abrangência que o legislador atribuiu à expressão “objecto negocial”. Depois de expe-

⁽²⁹³⁾ Cf. REI, MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES, *Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. 476 f. Dissertação de Doutoramento, p. 250. Disponível na Internet em <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4424/1/ulsd61308_td_Maria_Rei.pdf> [consulta efectuada no dia 09/07/2015].

⁽²⁹⁴⁾ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, “Apontamento sobre a decisão de um *non liquet* na interpretação dos negócios jurídicos”, *O Direito*, Ano 122 (1990), II, pp. 281-290 (p. 285).

⁽²⁹⁵⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, p. 770.

⁽²⁹⁶⁾ Cf. RAQUEL REI, *ob. cit.*, p. 251. Segundo TEIXEIRA DE SOUSA, “Apontamento...”, pp. 285-286, perante a indeterminabilidade do conteúdo, o “negócio é nulo se a declaração se refere a um dos *essentialia negotii* (art. 280.º, n.º 1), mas, se essa impossibilidade de interpretação se verificar relativamente a um elemento natural ou accidental do negócio, só há que considerar ineficaz a respectiva cláusula negocial, como, de algum modo, é corroborado pelo art. 224.º, n.º 3”.

⁽²⁹⁷⁾ *Vide*, p. ex., CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 452 (sustentando-se, porém, simultaneamente, nos arts. 224.º, n.º 3, e 280.º, n.º 1); MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, p. 769; RAQUEL REI, *ob. cit.*, pp. 251-254 (na opinião desta Autora, segundo parece, o art. 224.º refere-se às situações de “impossibilidade de acesso aos elementos materiais ou fácticos da declaração negocial”, ao passo que o art. 236.º diz respeito à interpretação da declaração e, neste último caso, na “falta de sentido jurídico”, aplica-se o art. 280.º, n.º 1).

⁽²⁹⁸⁾ Em termos não inteiramente explícitos, cf. o citado Ac. STJ, de 14/10/1997 (Proc. n.º 97A097), relatado por Fernando Fabião: “I — A causa do negócio jurídico consiste na sua função económico-social típica, no seu fim, expresso no conteúdo. II — Por regra, no Direito Português, os contratos são causais e, portanto, nulos, se a causa falta ou é ilegal”.

rimentados os critérios interpretativos disponíveis, perdurando imperscrutável o conteúdo negocial e, em particular, omissivo o elemento correspondente à causa-função, o legislador acolheu a nulidade do negócio jurídico (art. 280.º, n.º 1). Talvez por esta razão, pela manifesta estreiteza do texto legal, Ferreira de Almeida venha defender, agora, que a “omissão [dos] elementos funcionais, tal como a omissão dos contraentes ou do objeto em contratos patrimoniais, é sancionada, nos termos do art. 280.º, n.º 1, com a nulidade do contrato por indeterminabilidade do objecto (leia-se conteúdo)”⁽²⁹⁹⁾, voltando sobre anterior posição no sentido de que a “sua [da causa-função ou função económico-social] omissão insanável resulta incompletude e portanto inexistência do próprio negócio jurídico”⁽³⁰⁰⁾. Aliás, este enquadramento normativo constringente vem, porventura, contender com essa anterior afirmação do Autor — em tese correcta, sublinhe-se — de que o problema da inexistência não joga tão-somente ao nível do “processo formativo”, mas, de igual modo, em sede do próprio conteúdo, pois que a “insuficiência só é detectável precisamente quando se tenha concluído algo que haveria de compor um texto negocial, mas que ficou irredutivelmente incompleto ou que é juridicamente ininteligível”⁽³⁰¹⁾. Assim, não estivesse — como parece estar — o con-

⁽²⁹⁹⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II...*, p. 92.

⁽³⁰⁰⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 513.

⁽³⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 428 (n. 183). Na verdade, de um ponto de vista ontológico, o conteúdo afigura-se tão *real* quanto a designada formação. Afinal de contas, a realidade jurídica a que se designa de *negócio jurídico* conta, simultaneamente, com o acto e com o conteúdo; sem um deles não haverá *negócio jurídico*. Ora, o Direito traça os limites do juridicamente existente, quer em relação ao plano formativo (que já é, em si mesmo, uma idealização), quer em relação ao plano do conteúdo (que, como idealização, goza de existência). No fundo, a presente contraposição, embora com ela não se confundindo, vem bulir com outra, que opõe a designada *inexistência jurídica* à alegada *inexistência material*, como se, esta última, não fosse, de *per se*, intencionalmente jurídica. Mas, em sentido contrário ao exposto, quanto à denominada *inexistência material*, cf. FIDALGO, VÍTOR PALMELA, “Contributo para o estudo da teoria geral dos vícios do negócio jurídico: a inexistência jurídica existe?”, *O Direito*. Coimbra: Almedina. ISSN 0873-4372, Ano 145 (2013), I-II, pp. 309-337 (p. 322): “Esta [a inexistência material] de jurídica tem muito pouco. Naturalmente poderá sempre argumentar-se que com uma concepção alargada do que é filosoficamente o *Direito*, esta poderá ser incluída. Na inexistência material não é atribuído qualquer regime, porque simplesmente não há nada facticamente, e consequentemente não há *nada*

teúdo negocial absorvido pela previsão do art. 280.º e, então, nessa hipótese, talvez se pudesse afirmar que a sua indeterminabilidade seria de molde a convocar a inexistência do negócio jurídico por omissão de um elemento estrutural⁽³⁰²⁾.

Ora, muito tem sido dito a respeito da autonomização da inexistência como categoria jurídica. O legislador napoleónico, imbuído pelo ideário liberal da época, procurou, em sede jurídico-familiar, restringir as hipóteses de dissolução do matrimónio, designadamente circunscrevendo as hipóteses de nulidades legais. Não obstante, a prática apresentaria situações que, embora pela sua gravidade circunstancial, esbarrariam com o brocardo “*pas de nullité sans texte en matière de mariage*”, a saber o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o casamento perante pessoa “sem qualificação” e o casamento sem o consentimento das partes⁽³⁰³⁾. A ine-

jurídico. Nas outras modalidades mencionadas, existe algo, só a parte jurídica é inexistente, seja por qualificação seja por ordenação da lei. É necessário chamar à colação a divisão entre o *ser* e o *dever ser*. É que na inexistência material estamos no campo do ser, nada existe enquanto tal no mundo, factualmente é inexistente”. Quanto a esta última distinção, cf., p. ex., GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, pp. 355-356: “Temos aqui em vista a *inexistência jurídica*, que é a *verdadeira inexistência do ponto de vista do Direito*. Poderá contrapor-se-lhe a *inexistência material*”. Mas, tb., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, p. 866: “Na discussão quanto à possibilidade de autonomizar a inexistência jurídica, no seio dos vícios do negócio, há que ter clara uma importante distinção, conhecida, aliás, pela generalidade da doutrina: a que separa a *inexistência material* da *inexistência jurídica*. Na existência material não haveria nada: faltariam os próprios elementos materiais — por exemplo, as declarações — de que depende um negócio jurídico; pelo contrário, na inexistência jurídica, surgiria uma configuração negocial, a que o Direito retiraria, no entanto, qualquer tipo de ineficácia”. Mas se faltam os “elementos materiais” de um *quid* — enunciados, declarações, etc. — este último vem já definido em função de uma intencionalidade apriorística; de uma pré-compreensão que traz consigo algo de jurídico.

⁽³⁰²⁾ Cf., em sentido semelhante, no Direito italiano, SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine Generali del Diritto Civile*. 9.ª ed. (reimpressão). Nápoles: Jovene, 2012. ISBN 978-88-243-2085-6, pp. 242-243.

⁽³⁰³⁾ Cf., p. ex., ANTUNES VARELA, *Direito da Família, 1.º Volume*. 5.ª ed. (revista, actualizada e completada). Lisboa: Petrony, 1999. ISBN pp. 281 e ss. (pp. 285-287); COELHO, FRANCISCO PEREIRA; OLIVEIRA, GUILHERME DE (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Curso de Direito da Família, Volume I — Introdução. Direito Matrimonial*. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1035-5, pp. 309-310; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 426 (n. 181); MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, Tomo I, pp. 864-865; PALMELA FIDALGO, “Contributo para o estudo da teoria geral dos vícios do negócio jurídico: a inexistência jurídica existe?”, pp. 318-319.

xistência surge, pois, em resposta à taxatividade das nulidades em sede matrimonial, não tendo nascido “(...) dum raciocínio lógico, mas duma necessidade de ordem prática”⁽³⁰⁴⁾. Alguns autores aceitam-na, mas apenas nas fronteiras jusfamiliares⁽³⁰⁵⁾. Outros, acolhem-na como figura de teoria geral, ainda que de modo plurívoco: como modalidade de invalidade⁽³⁰⁶⁾; como categoria *a se* de ineficácia em sentido lato (ao lado da invalidade)⁽³⁰⁷⁾ ou, por fim, como se entende preferível, como categoria distinta da ineficácia⁽³⁰⁸⁾.

⁽³⁰⁴⁾ Cf. ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, p. 285, citando Pires de Lima.

⁽³⁰⁵⁾ Vide, p. ex., ANTUNES VARELA, *Direito da Família*, pp. 283-285: “A figura da *inexistência* é, justificadamente, objecto de viva controvérsia entre os autores, em relação ao comum dos contratos”. Mais à frente adiantando que “[c]omo quer que seja, porém, a afigura da *inexistência* carece de interesse prático em relação à generalidade dos contratos; e tem, pelo contrário, perfeito cabimento quanto ao contrato de casamento (...)”; MENEZES CORDEIRO, *Tratado... I*, Tomo I, pp. 866-869, sublinhando, inclusivamente que “[I]ogo no Direito da família, a questão é fortemente discutível, na tradição, aliás, de PIRES DE LIMA” (p. 866). E, ao nível comum, “(...) nenhuma razão científica recomenda a sua autonomização. Os casos previstos na lei como ‘não produzindo quaisquer efeitos’ são, na realidade, nulidades” (pp. 868-869).

⁽³⁰⁶⁾ Cf., p. ex., CASTRO MENDES, *ob. cit.*, p. 432: A invalidade apresenta diversas formas, que podemos classificar segundo dois critérios: (...) A) *inexistência jurídica, nulidade e anulabilidade* (...).

⁽³⁰⁷⁾ Cf., por todos, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*; pp. 485 e segs. Contrapondo a mera ineficácia aos valores negativos do negócio (p. 485) e, em sede destes últimos, perfilha a “tese que configura uma verdadeira autonomia da *inexistência* jurídica, demarcada da *invalidade*” (p. 486); FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 426 (n. 181); MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 411-415.

⁽³⁰⁸⁾ Cf., p. ex., ALARCÃO, RUI DE, “Sobre a *invalidade* do negócio jurídico”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J. J. Teixeira Ribeiro (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*. Coimbra: Coimbra Editora. 1983, pp. 609-630 (p. 610): “É sabido que a *invalidade* dos negócios jurídicos se situa nos quadros da *ineficácia* negocial, tomada esta expressão num *amplo* sentido. Para a maior parte da doutrina (...) esse lato sentido coenvolve a própria *inexistência* do negócio. Mas não falta quem entenda dever separar-se claramente da *ineficácia* negocial ‘lato sensu’ a figura da *inexistência*. // É este entendimento, e não aquele, o que tenho por exacto. Há, em meu juízo, que fazer uma contraposição *essencial* entre os casos em que o negócio existe, mas é *ineficaz*, e aquele em que nem sequer se pode dizer que existe”; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, 2.^a ed., pp. 366 e segs. Começando, à primeira vista, por reconduzir a *inexistência* à *ineficácia* em sentido amplo (p. 367), a verdade é que acaba por inferir que “só em sentido impróprio se pode dizer que a *inexistência* é uma modalidade da *ineficácia*, mesmo em sentido amplo. Na *ineficácia* pressupõe-se que existe algo, mas não produz efeitos. Na *inexistência* a situação é mais radical: nada existe, logo não se pode sequer equacionar a problemática da produção de efeitos” (p. 373).

Quem não atribua autonomia à inexistência (enquanto figura de teoria geral), procura, nas mais das vezes, demonstrar que o seu pressuposto regime não se diferencia dos amplos quadros da nulidade⁽³⁰⁹⁾. Se é certo que não foi previsto um regime comum para a inexistência, pode o mesmo ser retirado de vários preceitos em sede da Parte Geral (arts. 245.º e 246.º), no âmbito do Direito da Família (arts. 1628.º a 1630.º) e em diversos diplomas avulsos⁽³¹⁰⁾. Dir-se-á, a este propósito, acompanhando Rui de Alarcão, que a “figura da inexistência deverá, portanto, considerar-se como correspondendo ao *pensamento legislativo*, não só na esfera do casamento, onde esse pensamento se explicitou, mas ainda, implicitamente, noutros campos”⁽³¹¹⁾. Assente sobre este desiderato legal, apura-se que *i*) o negócio jurídico inexistente não produz efeitos e não é aproveitável⁽³¹²⁾; *ii*) a inexistência é invocável a todo o tempo e por qualquer pessoa e *iii*) não requer declaração judicial⁽³¹³⁾.

Não será preciso insistir neste dissídio, bastando observar o primeiro aspecto. Enquanto que a inexistência não produz efeitos alguns, a nulidade sempre seria passível de produzir alguns. Ora, os contraditores da inexistência vêm afirmar que na nulidade, idênticamente, poderá verificar-se ausência total de efeitos, isto é, há os “negócios nulos que poderão produzir efeitos, contudo, poderão haver outras situações em que, nenhum momento, produzirão efeitos”⁽³¹⁴⁾. Está bom de ver, em consequência, que a afirmação, nos moldes em que vem feita, torna a “não produção de efeitos jurídicos” um traço que não é, pois, característico ou congénito da nulidade. É, então, tanto quanto baste para que o “teste” da autonomização dogmática da inexistência se veja superado. Todavia, poderia conduzir-se mais longe a análise e, no que concerne a legi-

⁽³⁰⁹⁾ Cf. PALMELA FIDALGO, “Contributo para o estudo da teoria geral dos vícios do negócio jurídico: a inexistência jurídica existe?”, p. 334.

⁽³¹⁰⁾ Cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 489.

⁽³¹¹⁾ Cf. RUI DE ALARCÃO, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, p. 612.

⁽³¹²⁾ Cf., sobre o “*aproveitamento do negócio jurídico*”, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 517-518 OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, II, 2.ª ed., p. 409.

⁽³¹³⁾ Cf. CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 490; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 856-857.

⁽³¹⁴⁾ Cf. PALMELA FIDALGO, “Contributo para o estudo da teoria geral dos vícios do negócio jurídico: a inexistência jurídica existe?”, p. 334.

timidade, estabelecer uma diferenciação entre a invocação da nulidade por “qualquer interessado” (art. 286.º) e a invocação da inexistência por “qualquer pessoa” (v.g., art. 1630.º), para concluir que, naquele primeiro caso, o círculo de beneficiários surge em termos mais delimitados⁽³¹⁵⁾.

Não obstante, tão ou mais relevante que o seu regime — se é que se pode estabelecer uma separação desse cariz —, vem a ser a compreensão da própria categoria. Como se sabe, têm sido aventados vários critérios de “qualificação da inexistência”⁽³¹⁶⁾. Alguns deles não são, entre si, excludentes. Mas mais relevante do que discutir a valia isolada de cada um deles, afigura-se útil não perder de vista que o negócio jurídico nulo ou, mais latamente, o negócio jurídico inválido, sofre de um defeito, um vício, que o afecta⁽³¹⁷⁾, mas mantém-se na esfera da “realidade jurídica”. Poder-se-ia retorquir que o acto nulo é, também ele, inexistente, pois não produz os efeitos socialmente previstos⁽³¹⁸⁾, ou seja, produziria efeitos com outro fundamento que não o princípio da autonomia privada, pelo que já não seria negócio jurídico. Uma tal perspectiva redundante, contudo, na negação de uma figura que, muito embora tenha irrompido de “uma necessidade de ordem prática”, acaba por revelar inequívocas virtualidades dogmáticas. O negócio inexistente, ainda que integre o domínio do sensível ou inteligível, corresponde

⁽³¹⁵⁾ Cf., por todos, sobre a noção de “*interessado*”, CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 502; GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 359.

⁽³¹⁶⁾ Cf. PALMELA FIDALGO, “Contributo para o estudo da teoria geral dos vícios do negócio jurídico: a inexistência jurídica existe?”, pp. 323-324.

⁽³¹⁷⁾ Cf. RUI DE ALARCÃO, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, p. 622, que, por negar a invalidade, como categoria autónoma, se reporta à nulidade e anulabilidade: “(...) tanto a nulidade como a anulabilidade são *vícios* negociais de natureza *genética*. Significa esta afirmação que tanto o negocio nulo como anulável são negócios viciados, isto é, actos negociais que se encontram afectados por um defeito ou imperfeição, traduzindo-se numa desconformidade entre esses actos e o modelo legal ou normativo”.

⁽³¹⁸⁾ Cf. DI MARZIO, FABRIZIO, *La Nullità del Contratto*. Padova: Cedam, 1999. p. 23: “Para os Romanos com o significado lógico da palavra *nullus*, a saber *non ullus*: não existente, coincide com o significado jurídico. O contrato *nullus* não existe propriamente como contrato. Este ensinamento vem retomado pela pandectística germânica, na sua obra de reconversão à actualidade das fontes clássicas. Em seu torno, a doutrina clássica permanece contagiada pela matriz tedesca e tende a não distinguir a nulidade da inexistência” (tradução nossa).

ao que, segundo a pré-compreensão do intérprete, poderia corresponder a um facto negocial, mas, no fim de contas, revela-se, no culminar do processo hermenêutico, “inexistente” para o Direito. A inexistência constitui, por conseguinte, uma dessas noções que o Direito se dota para encontrar, pela negativa, uma auto-delimitação. Mas, como qualquer categoria jurídico-dogmática, na sua elaboração, não prescinde de dados extrajurídicos (e pré-jurídicos): é, aliás, essa a natureza profunda do processo dogmático⁽³¹⁹⁾. Por outro lado, os próprios critérios definidores da inexistência, em função de uma *intencionalidade jurídica*, não deixam de assentar em valorações ou emoções positivadas que perpassam cada sociedade, ou seja, “os critérios lógicos não são os únicos pelos quais a inexistência se verifica, porque há que considerar critérios valorativos”⁽³²⁰⁾. Não admira, por isso, que os delatores da causa, concebida como função económico-social, acabem, também eles, na maior parte das vezes, por refutar existência à inexistência.

A solução que dogmaticamente é preferível aponta para a inexistência do negócio jurídico sempre que algum elemento estrutural do seu conteúdo se encontre em falta, tal como sucede quando nenhuma referência às pessoas ou à função económico-social possa ser obtida por meio dos cânones interpretativos (entre os quais, os que se encontram previstos nos arts. 236.º e segs.). Sucede, contudo, que a estreiteza normativa imposta pelo art. 280.º, n.º 1, determina que, à luz do regime jurídico vigente, seja outra a solução. Assim, em função deste dispositivo, depois de histórica e sistematicamente integrado, deve concluir-se que o negócio jurídico omissivo de causa — *rectius*, omissivo de função económico-social — vê-se ferido de nulidade por indeterminabilidade do correspondente conteúdo ou significado preceitual.

⁽³¹⁹⁾ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, pp. 416-418: “A dogmática tende a reduzir à unidade o sistema jurídico: ou melhor, procura apresentar o que há de relevante no dado jurídico numa unidade, que corresponde à unidade existente na própria ordem normativa da sociedade”.

⁽³²⁰⁾ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto...*, I, p. 428 (n. 183).

Jurisprudência Crítica

A MENTIRA NO CONTEXTO DO DEVER DE LEALDADE LABORAL E A SUA RELEVÂNCIA COMO JUSTA CAUSA DE DESPEDIMENTO

Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
de 11 de Fevereiro de 2015

Processo n.º 500/13.2TTPRT.P1.S2
4.ª Secção

Relator: Juiz Conselheiro Mário Belo Morgado

Acordam na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça:

I.

1. AA intentou ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento contra a BB, ambas com os sinais nos autos.
2. Na 1.ª Instância, a ação foi julgada improcedente.
3. Interposto recurso de apelação pela A., o Tribunal da Relação do Porto (TRP), concedendo parcial provimento ao recurso, declarou ilícito o despedimento (por inexistência de justa causa) e condenou a R. a pagar-lhe, embora não totalmente, as quantias peticionadas com tal fundamento.
4. A R. interpôs recurso de revista.
5. A A. contra-alegou.

6. O Ex.^{mo} Procurador-Geral Adjunto pronunciou-se no sentido de ser negada a revista, em parecer a que as partes não responderam.

7. Inexistindo quaisquer outras de que se deva conhecer oficiosamente, em face das conclusões da alegação de recurso, as questões a decidir⁽¹⁾ são as seguintes:

- Se a Relação, ao aditar a expressão “por sua própria iniciativa” ao n.º 28 dos factos provados, violou as “normas de processo e as regras do ónus da prova, fazendo uso indevido de presunção judicial”;
- Se o apurado comportamento da A. constitui justa causa de despedimento.

E decidindo.

II.

8. A matéria de facto fixada na decisão recorrida é a seguinte⁽²⁾:

1 — (...)

(...)

10 — A trabalhadora encontrava-se ao serviço do empregador desde 1 de Outubro de 1994, exercendo à data do despedimento [em 18.3.2013] as funções de Professora Auxiliar na Faculdade de ... da Universidade CC, estabelecimento de Ensino Superior Universitário de que o empregador é instituidora.

11 — No dia 19 de Novembro de 2012, a trabalhadora entregou ao empregador declaração de acumulação de funções no ano

⁽¹⁾ O tribunal deve conhecer de todas as questões suscitadas nas conclusões das alegações apresentadas pelo recorrente (cf. arts. 608.º, n.º 2, 635.º e 639.º, n.º 1, e 679.º, NCPC), questões que, como é sabido, não se confundem nem compreendem o dever de responder a todos os *argumentos, motivos ou razões jurídicas* invocadas pelas partes, os quais nem sequer vinculam o tribunal, como decorre do disposto no art. 5.º, n.º 3, do mesmo diploma.

⁽²⁾ Transcrição expurgada dos factos destituídos de relevância para a decisão do recurso de revista.

lectivo 2012/2013, da qual não constava o exercício de quaisquer outras funções docentes para além do serviço docente na Universidade CC (...).

12 — A 23 de Novembro de 2012, a trabalhadora enviou comunicação ao Presidente do Conselho de Administração do empregador, informando ter sido convidada para integrar o corpo docente da Universidade DD, a partir do ano lectivo 2012-2013, encontrando-se, na referida data, “em processo de contratação” (...).

13 — A trabalhadora exerce funções docentes na Universidade DD.

14 — A trabalhadora lecciona na Universidade DD, no Mestrado Integrado em ... da referida Universidade.

15 — A trabalhadora foi contratada pelo empregador para leccionar Unidades Curriculares da Licenciatura em ... e, mais tarde, do Mestrado Integrado em ... da Universidade CC.

16 — Tanto a Universidade DD como a Universidade CC têm oferta formativa na área da ..., o que a trabalhadora sabe.

17 — A trabalhadora conhece o RJIES (regime Jurídico das Instituições de Ensino superior).

18 — O contrato da trabalhadora com a Universidade DD só foi assinado a 15 de Janeiro de 2013 em regime docente de tempo integral para 2012-13.

19 — O que a trabalhadora comunicou, por carta registada, aos órgãos competentes da Universidade CC no passado dia 23 de Janeiro de 2013.

20 — Em 15 de Dezembro de 2006, a trabalhadora adquire o grau de Doutor.

21 — Tendo sido promovida à categoria de Professor Auxiliar em Maio de 2007.

22 — A trabalhadora inicia funções de investigadora da Universidade CC desde o ano lectivo 2008/2009, no âmbito do CITAD (Centro de Investigação em Território, ... e Design).

23 — A trabalhadora exerce funções docentes na Universidade DD, como referido em 13, desde 1 de Outubro de 2012.

24 — A empregadora apenas teve conhecimento do facto referido em 23 a 15 de Dezembro de 2012, com a notificação de comunicação datada de 12 de Dezembro, enviada pela Adjunta da Administração da referida Universidade à 3.ª Secção do Tribunal do Trabalho do Porto, no âmbito do processo n.º 705/11.TTPRT [documento de fls. 3 do PD; fls. 61 dos autos].

25 — A trabalhadora lecciona na Universidade DD, no Mestrado Integrado em ..., como referido em 14, pelo menos oito horas lectivas semanais.

26 — Mesmo depois de 23 de Novembro de 2012 a trabalhadora não comunicou à empregadora qual o número de horas de docência na Universidade DD, apenas efectuando a comunicação de que se encontrava a leccionar na Universidade DD no regime de tempo integral através de carta datada de 23 de Janeiro de 2013.

27 — Desde o ano lectivo 2006/2007, pelo menos, a A. (...) sempre foi referenciada pela Universidade CC como leccionando em regime de tempo integral.

28 — A Universidade CC, por sua própria iniciativa, no ano lectivo 2011-12 e igualmente para o ano lectivo 2012-13, definiu o regime de docência da A. como de tempo parcial.

29 — A trabalhadora auferiu até ao ano lectivo 2008-09 inclusive, um vencimento base mensal que atingiu, pelo menos, o valor de € 2.319,60.

30 — A partir de 2008-09 a remuneração foi sendo reduzida nos anos lectivos de 2009-0 e 2010-11, atingindo um vencimento base mensal de € 1.605,80.

31 — A partir de Setembro 2012, pelo menos, o vencimento base mensal da trabalhadora passou para o valor de € 713,70.

32 — As negociações da trabalhadora com a Universidade DD prolongaram-se até 15 de Janeiro de 2013, remetendo retroactivamente o contrato escrito que assinaram para o dia 1 de Outubro

de 2012, por ser o início do ano lectivo na Universidade DD e a autora já aí leccionar desde essa data.

33 — (...).

34 — No mês de Janeiro de 2013, foram efectuados pagamentos à autora, pela Universidade DD, relativos ao trabalho prestado pela autora nessa Universidade no ano de 2012, nomeadamente ao serviço de docência prestado nos meses de Outubro, Novembro e Dezembro de 2012, no valor total ilíquido de € 7.202,04.

III.

9. Em primeiro lugar, invoca a recorrente que a Relação, ao aditar a expressão “por sua própria iniciativa” ao n.º 28 dos factos provados, violou as “normas de processo e as regras do ónus da prova, fazendo uso indevido de presunção judicial”.

Como se sabe, das decisões tomadas pelas Relações no plano dos factos não cabe recurso para o STJ (arts. 662.º, n.º 4, 682.º, n.º 2, e 674.º, n.º 3, 1.ª parte, CPC), exceto quando seja invocada uma violação das regras substantivas de direito probatório (2.ª parte desta última disposição legal), ou seja, quando esteja em causa um erro de direito.

As presunções são ilações que a lei ou o julgador tira dum facto conhecido para firmar um facto desconhecido, como estabelece o art. 349.º do C. Civil.

Tratando-se dum meio probatório que é admitido para prova de factos suscetíveis de serem provados por prova testemunhal (art. 351.º do C. Civil), está vedado ao Supremo Tribunal de Justiça sindicar o uso deste meio probatório pelas instâncias, visto a sua competência, fora das situações excepcionais supra mencionadas, se restringir a aplicar definitivamente a lei aos factos fixados pelas instâncias.

No entanto, como é jurisprudência constante desta Secção Social, “já poderá o Supremo Tribunal de Justiça aferir se as presunções extraídas pelas instâncias violam os arts. 349.º e 351.º do C. Civil, por se tratar duma questão de direito, podendo assim sindicar se as ilações foram inferidas de forma válida, designada-

mente se foram retiradas dum facto desconhecido por não ter sido dado como provado e bem assim se contrariam ou conflituam com a restante matéria de facto que tenha sido dada como provada, após ter sido submetida ao crivo probatório”⁽³⁾).

Ao contrário do alegado pela recorrente, não é certo que a Relação, ao aditar a expressão “por sua própria iniciativa” ao facto n.º 28, tenha recorrido, exclusivamente, a “presunções”.

Com efeito, como consta da fundamentação da respetiva decisão de facto (fls. 369), o Tribunal socorreu-se, para tal efeito, da “normalidade das coisas, associada aos depoimentos dos colegas, ao facto isento e objetivo que já consta[va] do n.º 28, a saber, a efectiva passagem a tempo parcial, e às reclamações da autora”, tudo, globalmente, a justificar (segundo se entendeu) o decidido neste âmbito.

Para a prova do segmento em questão (aliás, como decorre do infra exposto e decidido, sem qualquer relevância para a decisão do litígio), o TRP utilizou, pois, meios de prova subtraídos ao controlo do STJ⁽⁴⁾.

Termos em que, também não se vislumbrando qualquer violação das “normas de processo” ou das “regras do ónus da prova”, improcede a questão em apreço.

* * *

IV.

a) Fundamentos do decidido nas Instâncias quanto ao fundo da causa:

10. Ambas as instâncias consideraram que a autora violou (apenas) o dever de lealdade, divergindo, todavia, no tocante à questão de saber se o apurado comportamento daquela constitui justa causa de despedimento.

⁽³⁾ Na expressão do Ac. de 03.04.2013, Rec. n.º 241/08.2TTLSB.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA), disponível, como todos os demais arestos citados, em <www.dgsi.pt>.

⁽⁴⁾ Sobre esta problemática, cf. ainda os Acs. de 11-04-2013, P. 1565/10.4TJVNF. P1.S1/1.ª Secção (GABRIEL CATARINO) e de 19-04-2012, P. 34/09.0T2AVR.C1.S1/7.ª Secção (LOPES DO REGO).

A 1.^a Instância respondeu de modo afirmativo a este ponto, ponderando, no essencial, o seguinte:

“(…)

[P]arece evidente (...) que para um qualquer empregador, na situação da aqui ré, constituía informação relevante e a que (...) legitimamente aspiraria ter conhecimento, o facto de um seu Professor passar a dar aulas, em acumulação, noutra Universidade.

Tanto mais que, como decorre dos pontos 14, 15 e 16 da matéria de facto provada, entre o mencionado Mestrado Integrado em ... da Universidade DD e o Mestrado Integrado em ... da Universidade CC (...) verifica-se (...) uma relação concorrencial, pois têm, grosso modu, a mesma oferta formativa e têm, natural e notoriamente, o mesmo “público alvo”.

Impunha-se pois (...) que a autora, desde logo, desse conhecimento à ré de que efectivamente estava a dar aulas — melhor dito, iria dar aulas, pois que necessariamente a autora soube que ia leccionar na Universidade DD antes (...) do início da sua actividade nessa Universidade, (...) independentemente de se encontrar ainda, como diz, em “processo de contratação”, e até porque sempre poderia fazer essa ressalva.

E assim concluímos porque, e para além da questão de saber se, não obstante o prosseguimento do processo negocial até Janeiro de 2013 e a outorga do contrato escrito apenas se ter verificado no dia 15 desse mês (...), devem considerar-se já verificados os requisitos do contrato de trabalho em Outubro, Novembro e Dezembro de 2012, e pois a autora já vinculada à Universidade DD, através de contrato de trabalho, nessa altura e independentemente da posterior outorga do contrato escrito, como se nos afigura mais consentâneo com o disposto nos arts. 11.º e 12.º, n.º 1 do CT (o não ser então paga a retribuição não quer dizer que não fosse devida), por si só era informação relevante, e importante para a empregadora (...), o facto de a autora leccionar como, repete-se e sublinha-se, efectivamente esteve a leccionar desde 1 de Outubro de 2012, na Universidade DD.

(…)

E não o fez a autora, note-se, quando é certo que em 19 de Novembro de 2012 entregou à empregadora declaração de acumulação de funções para o ano lectivo de 2012/2013 (mas “da qual não constava o exercício de quaisquer outras funções docentes para além do serviço docente na Universidade CC” (...)).

Isto é, e parece-nos que não é razoável outra interpretação dos factos, a autora quis deliberadamente ocultar à ré a mencionada informação.

Só em 23 de Novembro de 2012, a trabalhadora enviou comunicação ao Presidente do Conselho de Administração da empregadora, informando ter sido convidada para integrar o corpo docente da Universidade DD, a partir do ano lectivo 2012-2013, encontrando-se, na referida data, informou então, “em processo de contratação” — (...).

Donde, a autora persistiu em omitir à ré que, desde o início do mês anterior, estava já a dar aulas na referida Universidade DD. (...)

Mas a tudo isto acresce que a Lei n.º 62/2007, de 10/9, que contém o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES), estabelece a específica obrigação de comunicação, pelo trabalhador à empregadora, da acumulação de funções (...).

De facto, o art. 51.º do RJIES, que tem por epígrafe “Acumulações e incompatibilidades dos docentes”, estabelece:

“1 — Os docentes das instituições de ensino superior públicas em regime de tempo integral podem, quando autorizados pela respectiva instituição, acumular funções docentes noutro estabelecimento de ensino superior, até ao limite máximo fixado pelo respectivo estatuto de carreira.

2 — Os docentes dos estabelecimentos de ensino superior privados podem, nos termos fixados no respectivo estatuto de carreira, acumular funções docentes noutro estabelecimento de ensino superior.

3 — A acumulação de funções docentes em instituições de ensino superior privadas por docentes de outras instituições de ensino superior, públicas ou privadas, carece, para além dos demais condicionalismos legalmente previstos, de comunicação:

a) Aos órgãos competentes das instituições de ensino superior respectivas, por parte do docente;

b) À Direção-Geral do Ensino Superior, pelas instituições de ensino superior.

4 — (...)

5 — (...)

Da norma citada resulta claro que se o docente não carece (no caso — “estabelecimentos de ensino superior privados” — e em princípio) de qualquer autorização para acumular funções docentes noutra estabelecimento de ensino superior, tem outrossim a obrigação de comunicar essa acumulação de funções aos órgãos competentes das instituições de ensino superior respectivas, obrigação esta que a autora manifestamente não cumpriu.

E para além de tudo o que se disse já, tal comunicação assume uma concreta relevância para o empregador no âmbito da organização do corpo docente da Universidade.

Assim é que o art. 47.º do RJIES estabelece:

“Corpo docente das instituições de ensino universitário”

1 — O corpo docente das instituições de ensino universitário deve satisfazer os seguintes requisitos:

a) (...)

b) Dispor, no conjunto dos docentes e investigadores que desenvolvam actividade docente ou de investigação, a qualquer título, na instituição, no mínimo, um doutor por cada 30 estudantes;

c) Pelo menos metade dos doutores a que se refere a alínea anterior estarem em regime de tempo integral.

2 — Os docentes e investigadores a que se referem as alíneas b) e c) do número anterior:

a) Se em regime de tempo integral, só podem ser considerados para esse efeito nessa instituição;

b) Se em regime de tempo parcial, não podem ser considerados para esse efeito em mais de duas instituições. (...)

Ora, daqui — e tendo presente a pertinente factualidade — decorre que a autora antes de acumular funções na Universidade DD (e mesmo estando na Universidade CC a tempo parcial) — entrava (ou podia entrar) na Universidade CC no cômputo do número de doutores exigido, e após essa acumulação, e posto que o é em regime de tempo integral (cf. DL n.º 205/2009 de 31/8/Estatuto da Carreira Docente Universitária, arts. 68.º, n.ºs 1 e 2, e 71.º, n.º 7, e ponto 25 da matéria de facto), a autora deixou de poder contar na Universidade CC para efeitos de cumprimento da ratio doutores/ /alunos mínima — cf. alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do artigo citado.

E se é verdade que em concreto não se demonstrou ter ficado a ré deficitária no número de doutores legalmente exigido, é igualmente certo que o comportamento da autora podia ter despoletado essa situação pois, por si, mostra-se idóneo a tal, não sendo assim de desconsiderar esse risco.

E risco que a efectivar-se podia ter consequências muito nefastas para a ré.

Uma vez mais trazendo à colação o RJIES este prevê, no seu art. 40.º, e como um dos requisitos gerais dos estabelecimentos de ensino superior “*d*) Dispor de um corpo docente próprio, adequado em número e em qualificação à natureza do estabelecimento e aos graus que está habilitado a conferir;” e estabelece o art. 42.º do mesmo diploma legal que Artigo é um dos requisitos das universidades “*b*) Dispor de um corpo docente que satisfaça o disposto no capítulo III do presente título;”

Em consonância com o que vem de dizer-se, dispõe o art. 64.º do RJIES que:

“1 — O número anual máximo de novas admissões, bem como o número máximo de estudantes que pode estar inscrito em cada ciclo de estudos em cada ano lectivo, é fixado anualmente pelas instituições de ensino superior, com a devida antecedência, tendo em consideração os recursos de cada uma, designadamente quanto a pessoal docente, instalações, equipamentos e meios financeiros.

2 — A fixação a que se refere o número anterior está sujeita aos limites decorrentes dos critérios legais fixados para o funcionamento dos estabelecimentos de ensino e para a acreditação dos

ciclos de estudos, incluindo os eventuais limites que tenham sido fixados no acto de acreditação.”

(...)

Concluindo, reforçando o que já dissemos, (...), entendemos que agindo a trabalhadora como agiu efectivamente violou o dever de lealdade.

(...)

Posto isto:

Será que a aludida conduta da trabalhadora reveste gravidade e tem consequências de molde a tornar, na prática, e de forma imediata, impossível a subsistência da relação de trabalho? Ponderando todo o circunstancialismo apurado, entendemos que sim.

(...)

É certo que não se provou — como se referiu supra — um dano efectivo para a empregadora por via da questionada conduta da trabalhadora, mas o dano potencial verificou-se.

E, como tem sido reafirmado pela jurisprudência do nosso mais alto tribunal (STJ), verifica-se a impossibilidade prática da subsistência da relação laboral, quando se esteja perante uma situação de absoluta quebra de confiança entre a entidade patronal e o trabalhador, susceptível de criar no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do trabalhador.

Crê-se pacífico o entendimento (...) que existirá impossibilidade prática de subsistência da relação laboral sempre que, nas circunstâncias concretas, a permanência do contrato e das relações pessoais e patrimoniais, ínsitas a tal permanência, sejam de forma a ferir, de modo exagerado e violento, a sensibilidade e a liberdade psicológica de uma pessoa normal, colocada na posição do empregador (...).

E tais argumentos não deixam de impressionar, ainda mais quando é sabido que as partes devem agir de boa-fé, e particularmente nos contratos de execução continuada — art. 762.º, n.º 2 do C.C.

(...)

E por isso que nos parece acertado (...) o entendimento expresso pelo S.T.J. em Ac. de 03/04/1987, quando defendia que

“ainda que o prejuízo da entidade patronal seja pequeno, mais que isso releva a quebra de confiança que o comportamento do trabalhador provoca” (*in* BMJ, n.º 366, p. 425).

Tentando fazer essa aproximação, parece justificada a conclusão que à ré/empregadora não é exigível que mantenha a autora como sua trabalhadora, ocorrendo justa causa para o despedimento.

Não se desconsidera a antiguidade da autora ao serviço da ré, nem se olvida que no elenco legal das sanções a que poderia lançar mão a empregadora no uso do poder disciplinar existem sanções que não contendem com a permanência do contrato de trabalho, e que estas merecem a preferência do legislador (arts. 328.º, n.º 1 e 330.º, n.º 1 do CT).

Porém, e sem quebra do respeito devido à autora — que, em matéria da dita importância, informa tarde a empregadora e, pior do que isso, informa do «acessório» e omite o essencial (aliás, e não relevando para efeitos de apurar da existência de justa causa, não pode deixar de constatar-se a similitude de comportamento assumida pela autora em 34.º da contestação quando afirma que “em 2012 não auferiu nenhum rendimento da Universidade DD”, o que à luz do facto constante do último ponto da lista constitui, a nosso ver e salvo melhor opinião, um puro sofisma) —, que confiança pode a empregadora ter, que confiança pode razoavelmente exigir-se-lhe, na lisura do comportamento futuro da trabalhadora?

Compreende-se que seja total e definitiva a rotura da confiança da ré na autora.

Em conclusão, entendemos que o despedimento foi lícito.
(...)”

11. Por seu turno, o acórdão recorrido considerou que *in casu* não se configura uma situação de justa causa de despedimento, fundamentalmente com base na seguinte argumentação:

“(…)”

[A] autora estava em tempo parcial há dois anos, antes de passar a acumular na DD, (...) para a colmatar, em termos de rácio, já tinham vindo dois doutores de Famalicão (...)

(...) [C]ompetindo à empregadora o ónus de prova dos factos integrantes da justa causa, não ficou provado nem que a A. fosse relevante a tempo parcial como “meia doutora”, em função dum rácio de alunos que não foi alegado ou em função duma “meia doutora” sua colega que a tornasse numa unidade, nem que a A. soubesse que o seu cômputo como “meia doutora” fosse necessário para a Ré — é insuficiente, a este respeito, o facto provado que a A. conhecia o RJIES. E tanto basta para afastar a afirmação do prejuízo potencial em função da A. ter passado para a DD a tempo integral e não poder, por via disso, ser computada (a tempo parcial) no rácio de doutores necessários para a acreditação do curso, ou em última instância, para afastar o nexo de imputabilidade subjectiva desse comportamento à autora.

E portanto, sem prejuízo sequer potencial, qual é a falta de lealdade? É ir trabalhar para uma Universidade que é concorrente directa da recorrida, na mesma cidade, e que se sabe que é concorrente? De novo, não há nenhum facto provado a falar de exclusividade, e a nosso ver não pode pedir-se a um trabalhador a lealdade de não ir trabalhar para um concorrente em acumulação, quando o seu nível de ocupação (quer em tempo, quer em qualidade) é diminuto e quando, objectivamente, o seu nível de retribuição, na nossa casa, é insuficiente para suportar o custo de vida segundo o padrão normal dum professor doutorado com 18 anos de trabalho. Não havendo nenhuma expressa menção contratual do dever de não concorrer, esta invocação da Universidade DD ser concorrente é irrelevante sob o ponto de vista da violação grosseira de um dever laboral.

Ficamos portanto com o incumprimento dobrado do dever de comunicação da acumulação — art. 51.º, n.º 3, al. *a*), do RJIES, aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro. Que sim, que a recorrida tinha objectivo e justo interesse nele, justamente porque, por causa da questão do rácio de doutores/alunos, e função de lutar contra a sua concorrência, poder rever a sua posição, repor a autora em tempo integral e em vencimento integral. Mas podemos presumir, a partir da posição anterior da recorrida — na iniciativa de diminuição de carga e retribuição e na dissensão judicial — que a autora devia saber que a Ré poderia rever a sua posição? E mais, se

é verdade que as negociações do contrato com a DD só terminaram em Janeiro de 2013 — posteriormente pois às comunicações em que há omissão do facto — é verdade que o contrato de trabalho se considera celebrado logo em 1 de Outubro de 2012, porque não é um negócio formal e mais que não seja por causa do efeito retroactivo nele previsto? Ora, como a recorrida sabe, não é preciso ter um contrato de trabalho para dar aulas, e a ignorância dos termos concretos em que “leccionação” se traduziu no 1.º trimestre do ano lectivo 2012/2013 não nos permite afirmar que a sua execução revela a existência de um contrato de trabalho. Mas, além disto, o decisivo é que não temos nenhuma prova de que a Autora, arquitecta, soubesse estes meandros da interpretação e da qualificação jurídica, ou seja, que a A. soubesse ou tivesse consciência que o seu contrato com a DD, só assinado em 2013 e sujeito a provada negociação ao longo do já iniciado ano lectivo, era um contrato de trabalho desde 1.10.2012, e que portanto devesse comunicá-lo. Ou seja, mais uma vez, a gravidade da violação da lealdade, ao nível da culpa, não está provada, ou mesmo que se entenda doutro modo, não é decisivamente demonstrativa dum dolo (muito menos directo, como lhe foi assinalado na nota de culpa) de prejudicar a ora recorrida.

(...)

[N]ão encontramos gravidade suficiente no comportamento da autora que justifique a perda irreparável de confiança nela (...) e a impossibilidade de manutenção da autora ao serviço, sobretudo quando não se demonstrou, factualmente, que ela era necessária para a contagem do rácio de doutores/alunos e que sabia disso, e sobretudo quando foi da iniciativa da recorrida reduzir a carga e retribuição da autora a um ponto incompatível com o seu estatuto social.

(...)”

* * *

b) Se a autora infringiu o dever de lealdade:

12. O dever de lealdade (que, tipicamente, embora em termos apenas exemplificativos, implica a proibição de concorrência e

a obrigação de sigilo ou reserva profissional — art. 128.º, n.º 1, f), do CT) reconduz-se, essencialmente, à obrigação de cumprir o programa contratual de acordo com as exigências da boa-fé, em termos que preservem a relação de confiança entre as partes (que em cada caso seja suposta)⁽⁵⁾.

Quanto à génese e razão de ser deste dever, refere Monteiro Fernandes⁽⁶⁾:

“(…)

[E]m geral, o dever de fidelidade, de lealdade ou de “execução leal” tem o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de “perigo” para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa.

(…)

O dever geral de lealdade tem uma faceta subjectiva, que decorre da sua estreita relação com a permanência da confiança entre as partes.

(…)

É necessário (...) que a conduta do trabalhador não seja (...) susceptível de destruir ou abalar tal confiança, isto é, capaz de criar no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta daquele. (...) [E]ste traço (...) é tanto mais acentuado quanto mais extensa for a (eventual) delegação de poderes no trabalhador e quanto maior for a atinência das funções exercidas à realização final do interesse do empregador. (...) [A] diminuição de confiança não está dependente (...) de prejuízos nem — salvo no tocante à medida ou grau — da existência de culpa grave do trabalhador; (...) se é certo que o *animus* revelado no comportamento (...) determina, ou pode determinar, um maior ou menor abalo às

⁽⁵⁾ Segundo JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, alguns setores doutrinários centram esta problemática apenas nas exigências da boa-fé, considerando que só em “certas hipóteses” há que atender a “elementos fiduciários específicos” (*ob. cit.*, p. 532).

⁽⁶⁾ *Direito do Trabalho*, Almedina, 16.ª ed., pp. 199-201.

expetativas de segurança do empregador, é também verdade que da simples materialidade desse comportamento, aliada a um grau moderado de culpa, pode, em certos contextos (funções requerendo a “máxima confiança”, como as de caixa de um banco, assistente de administração ou director), decorrer, razoavelmente, um efeito redutor das aludidas expetativas.

(...) [O] dever de lealdade apresenta também uma faceta objetiva, que se reconduz à necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762.º, C. Civ.).”

13. Especificamente, no tocante à obrigação de o trabalhador não negociar (por conta própria ou alheia) em concorrência com o empregador, entende-se que “são concorrentes ou encontram-se em concorrência dois ou mais empresários (ou sujeitos) que num determinado período de tempo oferecem (ou procuram) ou podem oferecer (ou procurar) bens e serviços suscetíveis de satisfazer, mesmo que em via sucedânea, a mesma necessidade ou necessidades similares ou complementares no mesmo âmbito de mercado atual ou imediatamente potencial”(7).

Assim, em princípio, “fundamental para admitir a violação do dever de não concorrência é a existência de um desvio de clientela, ainda que potencial, visto ser esse o facto que pode causar prejuízos ao empregador”(8).

No entanto, como refere Júlio Manuel Vieira Gomes, “seria demasiado restritivo falar-se de concorrência apenas quando se verifica um desvio ou um perigo de desvio de clientela, podendo existir genuína concorrência mesmo quando não há sequer consumidores comuns, mas existe, a outro nível, uma competição económica entre vários agentes [que concorram, por exemplo, em termos de fornecedores] ”(9). No mesmo sentido se pronuncia Monteiro Fernandes: “A formulação da lei abrange, necessariamente, todas as actividades profissionais que, exercidas por conta própria ou em

(7) JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 535.

(8) PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., p. 479.

(9) *Ob. cit.*, p. 536.

regime de subordinação a um outro empregador, sejam susceptíveis de influir negativamente na posição que o primeiro empregador tem no mercado”.

Mas, como se compreende, o comportamento do trabalhador não será ilícito se o empregador tiver autorizado a atividade concorrente, expressa ou tacitamente.

Para aferir da gravidade da conduta concorrente com o empregador, há que atender a circunstâncias como “a diminuição da actividade, a atuação dentro do próprio horário de trabalho, a reincidência, a gravidade do prejuízo causado ao empregador (embora (...) para existir infração seja suficiente um mero prejuízo potencial) e (...) o trabalhador ter utilizado meios materiais ou humanos do empregador para com ele concorrer”⁽¹⁰⁾.

14. De assinalar ainda que não deve confundir-se o dever de não concorrência (que decorre da lei e vigora na pendência do contrato de trabalho) com o pacto de não concorrência (que visa limitar a actividade do trabalhador durante certo período temporal subsequente à cessação do contrato)⁽¹¹⁾.

Tal como não deve confundir-se, por outro lado, o dever de não concorrência com o pacto de exclusividade (que “proíbe o trabalhador de exercer qualquer outra atividade remunerada na vigência da relação de trabalho”, tratando-se, assim, “como de um *plus* face ao dever de não concorrência”)⁽¹²⁾.

Na verdade, “não tendo sido estipulada uma cláusula de exclusividade, como a autonomia privada não foi coartada, o trabalhador pode prestar serviços a mais de um empregador, sem que isso [só por si] represente uma violação do dever de concorrência”⁽¹³⁾.

Por seu turno, neste âmbito, pondera Júlio Manuel Vieira Gomes⁽¹⁴⁾:

⁽¹⁰⁾ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 538-539.

⁽¹¹⁾ Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., p. 374.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 375.

⁽¹³⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 478.

⁽¹⁴⁾ *Ob. cit.*, p. 539.

“Em princípio, não é proibido ao trabalhador que realize outras atividades desde que, precisamente, não concorrentes. A possibilidade de pluriemprego ou de pluriatividade pode, no entanto, suscitar algumas questões: pode, desde logo, questionar-se se o trabalhador está sempre proibido de exercer actividades em empresas concorrentes entre si. (...) Para alguns, haverá uma proibição total de atividade numa empresa concorrente. Para outros, importará atender ao risco efectivo que para o empregador representa o facto de aquele trabalhador trabalhar igualmente “para a concorrência”. Em certos casos concreto, o risco pode considerar-se muito circunscrito ou reduzido: será, porventura, o caso de uma empregada de limpeza que trabalha de manhã na empresa X e à tarde na empresa Y. Para outros ainda, a questão essencial seria a de saber se o trabalhador exerce ou não funções análogas ou similares numa e noutra empresa”.

15. Nos termos do art. 51.º, n.º 2, do Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES), aprovado pela Lei n.º 62/2007, de 10/9, os docentes dos estabelecimentos de ensino superior privados podem, nos termos fixados no respetivo estatuto de carreira, acumular funções docentes noutra estabelecimento de ensino superior.

É patente, pois, que a acumulação de funções levada a cabo pela autora não configura uma violação do dever de não concorrência, como bem julgou a decisão recorrida, sendo ainda certo que dos factos provados não decorre que a mesma se encontrasse vinculada à R. por um pacto de exclusividade.

16. Não obstante, como já vimos:

Em 19 de Novembro de 2012, a autora entregou à empregadora declaração de acumulação de funções para o ano lectivo de 2012/2013, da qual não constava o exercício de quaisquer outras funções docentes para além do serviço docente na Universidade CC (n.º 11 dos factos provados).

Só em 23 de Novembro de 2012, aquela enviou comunicação ao Presidente do Conselho de Administração da empregadora, informando ter sido convidada para integrar o corpo docente da Universidade DD, a partir do ano lectivo 2012-2013, afirmando

encontrar-se, na referida data, segundo informou então, “em processo de contratação” (n.º 12 dos factos provados).

A trabalhadora exercia funções docentes na Universidade DD desde 1 de Outubro de 2012 (n.º 23 dos factos provados), tendo a empregadora tido conhecimento desta situação em 15.12.2012 (n.º 24 dos factos provados).

Deste modo, não pode deixar de concluir-se que a mesma (por duas vezes) “quis deliberadamente ocultar à ré a mencionada informação” (como realça a decisão da 1ª Instância), bem como, por outra banda, que com a sua conduta violou a obrigação de comunicar à R. a acumulação de funções docentes, nos termos do art. 51.º, n.º 3, a), do RJIES, facticidade que, notoriamente, consubstancia uma violação do dever de lealdade (cf. supra n.º 12).

A R. sustenta que a A. também violou com estes factos o dever de respeito, latamente entendido, mas sem razão, uma vez que o dever de lealdade, correspondendo, precisamente, com o âmbito que lhe foi conferido pela lei, à concretização das dimensões mais periféricas da obrigação de respeito, retira-as da esfera de proteção inerente a esta última, legalmente circunscrita, no fundo, ao dever de urbanidade⁽¹⁵⁾.

* * *

c) Se o comportamento da A. inviabiliza a subsistência da relação de trabalho:

17. Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho (art. 351.º, n.º 1, CT de 2009), pautando-se este juízo por critérios de razoabilidade e exigibilidade (na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros

⁽¹⁵⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ e outros, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., p. 340, e DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Anotado*, 2.ª ed., p. 311.

e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes — n.º 3 do mesmo artigo) e proporcionalidade (art. 330.º, n.º 1).

Neste âmbito, dois aspetos ainda a realçar: (i) a conduta do trabalhador deve ser apreciada globalmente, tendo em vista captar uma imagem global dos factos; (ii) deve verificar-se um nexo de causalidade entre a conduta do trabalhador e a impossibilidade (prática e imediata)⁽¹⁶⁾ de subsistência do contrato de trabalho⁽¹⁷⁾.

Ora, sabendo-se que o despedimento deve reservar-se para comportamentos graves, a que estejam aliadas “consequências apreciáveis” e uma “culpa grave”⁽¹⁸⁾, justificar-se-á sancionar a trabalhadora com a mais grave das sanções disciplinares? Ponderado o conjunto dos factos disponíveis, será isso razoável e proporcionado?

Vejamos.

Sendo indiscutível que a A. agiu com culpa, os factos provados não permitem alcançar cabalmente as motivações e finalidades visadas pela mesma, nem, conseqüentemente, qualificar com exatidão todos os contornos do inerente juízo de censura.

Não decorre dos factos provados que a conduta da A. tenha provocado qualquer tipo de prejuízos à R. (nada se apurou, nomeadamente, no tocante ao seu impacto no plano do “clima da empresa”).

Também não se demonstrou que por causa da acumulação de funções em causa a trabalhadora tenha negligenciado o seu exercício profissional na Universidade CC, ou diminuído a qualidade do ensino que ministrava.

A R. teve conhecimento da acumulação de funções passados apenas cerca de dois meses e meio.

A trabalhadora encontrava-se ao serviço do empregador desde 1 de Outubro de 1994, ultimamente apenas a tempo parcial,

⁽¹⁶⁾ Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 4.ª ed., p. 821.

⁽¹⁷⁾ Quanto à densificação do requisito “impossibilidade de subsistência da relação de trabalho”, cf. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito do Trabalho*, Verbo, 2011, pp. 738-739.

⁽¹⁸⁾ Cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 448 e 951.

não decorrendo dos factos provados quaisquer antecedentes disciplinares.

Neste contexto, apesar da indiscutível censurabilidade da conduta da A., não cremos que a sua gravidade seja de molde a quebrar irremediavelmente a relação de confiança que a natureza da concreta relação de trabalho em causa pressupõe⁽¹⁹⁾.

Não se configurando um comportamento integrador de justa causa de despedimento, improcede, pois, a revista.

IV.

18. Em face do exposto, negando a revista, acorda-se em confirmar o acórdão recorrido.

Custas pela recorrente.

Anexa-se sumário do acórdão.

Lisboa, 11 de Fevereiro de 2015

MÁRIO BELO MORGADO (*Relator*)

PINTO HESPANHOL

FERNANDES DA SILVA

⁽¹⁹⁾ Sobre caso com alguns pontos de contacto com o dos autos, cf. Ac. de 09-06-2010 desta Secção Social, Recurso n.º 4658/04.3TTLSB.S1 (PINTO HESPANHOL).

COMENTÁRIO

Pela D.^{ra} Laura Mota⁽²⁰⁾

Atendendo ao tema que ora nos propomos abordar, e à natureza necessariamente sintética da presente análise, limitar-nos-emos a estudar as questões suscitadas neste Aresto relativamente ao fundo da causa, isto é, à eventual existência de uma violação do dever de lealdade e à caracterização de tal eventual violação como justa causa de despedimento da trabalhadora. Aliás, muito mais haveria para referir a respeito deste dever de lealdade, tão amplo e tão dinâmico em si mesmo, cuja relevância, cremos, tem vindo a ser redescoberta pela jurisprudência mais recente⁽²¹⁾, embora não seja esse, por ora, o nosso objetivo.

O presente Acórdão reflete, no entanto, uma divergência significativa relativamente ao entendimento maioritário deste tema que, a nosso ver, não pode passar em branco. Está, afinal, em causa, a situação de uma trabalhadora que, deliberadamente, omitiu da sua entidade empregadora que se encontrava a prestar trabalho a favor de outrem, e declarou mesmo à sua entidade empregadora que não

⁽²⁰⁾ Advogada na Armando França & Associados, Sociedade de Advogados, RL e Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho.

⁽²¹⁾ A este título veja-se, exemplificativamente, os recentes Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 07.03.2012, proc. n.º 17/10.7TTEVR.E1.S1, relator: Fernandes da Silva, de 02.12.2013, processo n.º 1445/08.3RRPRT.P2.S1, relator: Fernandes da Silva, de 17.12.2014, proc. n.º 1552/07.0TTLSB.L1.S1, relator: Melo Lima e de 28.05.2014, proc. n.º 2786/11.8TTLSB.L1.S1, relator: Fernandes da Silva, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05.12.2012, proc. n.º 728/11.0T4AVR.C1, relator: Jorge Manuel Loureiro.

tinha qualquer outro vínculo laboral (declaração de acumulação de funções para o ano letivo de 2012/2013, entregue pela trabalhadora em 19 de novembro de 2012) quando, na verdade, já trabalhava numa outra instituição (desde 1 de outubro de 2012), embora sem formalizar tal vínculo.

Certo é que, neste caso, considerando o disposto no art. 51.º do RJIES (Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior), a trabalhadora, docente numa instituição de ensino superior privada, não necessitava de autorização desta para acumular funções em qualquer outro estabelecimento de ensino superior, embora fosse importante para a entidade empregadora conhecer integralmente a situação laboral da trabalhadora, atendendo ao normativo constante do art. 47.º do RJIES. Em todo o caso, uma vez que a entidade empregadora primária não provou ter esta omissão assumido qualquer relevância nos termos deste último artigo e, nessa medida, não provou qualquer dano efetivo resultante, em concreto, da omissão da trabalhadora, deixaremos de parte esta problematização que é, aliás, afastada desde logo no Acórdão sob análise.

Devidamente delimitado o objeto do nosso estudo, temos que o dever de lealdade laboral resulta do dever geral de boa-fé contratual⁽²²⁾ e é, já o afirmamos, um dever de estrutura complexa, na medida em que valida, em si mesmo, uma diversidade de comportamentos, desde que os seus agentes atuem “de acordo com uma bitola correcta e previsível”⁽²³⁾. E esta definição é ainda mais densa no seio do contrato de trabalho, vínculo que se pretende tendencialmente estável em termos temporais e exige, além do mais, um envolvimento específico e particular de ambas as partes no seu desenvolvimento. Nesta medida, por ser contrato de execução continuada, a relação de trabalho demanda a manutenção, entre as partes, de um elevado nível de confiança, pois qualquer comporta-

(22) Como defende PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 473. “o princípio do cumprimento das prestações contratuais de boa fé encontra concretização, nomeadamente, no dever de lealdade”.

(23) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «A Lealdade No Direito das Sociedades», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, volume III, Dezembro de 2006, disponível em <www.oa.pt, Introdução>.

mento desconforme por parte de um dos elementos da relação contratual se refletirá, necessariamente, na esfera jurídica da outra parte. Assim é, porquanto o vínculo estabelecido entre as partes mediante a celebração do contrato não se limita, apenas, à efetiva prestação de trabalho, antes coloca a cargo de ambas o cumprimento de vários deveres acessórios, como é o caso do dever de lealdade. Será, como tal, necessário analisar, perante qualquer caso concreto em que se suspeite de uma eventual violação do dever de lealdade, o impacto do comportamento do trabalhador na organização da sua entidade empregadora e a respetiva conformidade com os padrões éticos e morais vigentes, pois assim o impõe a estreita relação existente entre o dever de lealdade e a confiança entre as partes⁽²⁴⁾.

Assim, muito embora seja correta a afirmação segundo a qual a intensidade do dever de lealdade depende da natureza do vínculo laboral pré-estabelecido, certo é que determinados comportamentos do trabalhador se devem considerar, em qualquer caso, como violadores deste específico dever acessório, por serem, na sua essência, “susceptíve[is] de destruir ou abalar tal confiança, isto é, capaz[es] de criar no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta daquele”⁽²⁵⁾. É este, entendemos, o cerne da problemática que nos propomos analisar: a omissão da trabalhadora perante a sua entidade empregadora a respeito do seu novo vínculo laboral e a falsidade do conteúdo da sua declaração de acumulação de funções devem configurar-se como comportamentos capazes de abalar a confiança da entidade empregadora na sua conduta futura?

Consideramos que sim. Senão vejamos.

A trabalhadora não se limitou a não informar a sua entidade empregadora do novo posto de trabalho que assumira. Mais do que isso, prestou-lhe deliberadamente informações falsas que, bem sabia, podiam ter impacto na situação e organização interna daquela

⁽²⁴⁾ Como defende ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *idem, ibidem*, podemos “apresentar a lealdade como o contraponto da confiança”.

⁽²⁵⁾ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 217.

instituição privada de ensino superior, em conformidade com o estabelecido no RJIES. Não se provou, é certo, ter havido qualquer prejuízo efetivo decorrente deste comportamento da trabalhadora. Porém, fundamental para aferirmos da existência de uma violação do dever de lealdade laboral deve ser, não a existência de um prejuízo efetivo, mas antes o impacto do comportamento do trabalhador no grau de confiança que o empregador poderá nele manter.

Acresce que, tendo apresentado à entidade empregadora informações que bem sabia não corresponderem à verdade, a trabalhadora mentiu. E este comportamento, em si mesmo socialmente reprovável, assume uma dimensão ainda mais gravosa no domínio do direito: é discutível que sequer exista um direito à mentira, por parte do trabalhador, relativamente a questões ilícitas colocadas pela entidade empregadora, em qualquer fase da relação laboral^(26/27). Afinal, trata-se de um comportamento que é, em si mesmo, naturalmente difícil de conjugar com o dever de boa-fé contratual e, se adotado em resposta a uma pergunta legítima, “será, de acordo com a doutrina, susceptível de determinar a invalidade do contrato ou de justificar um despedimento”⁽²⁸⁾. Sendo assim, salvo o devido respeito pela opinião contrária, não se configura, na nossa perspetiva, como aceitável, a mentira da trabalhadora apresentada à entidade empregadora no âmbito de um procedimento comum e perfeitamente lícito como o preenchimento da declaração de acumulação de funções.

(26) Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol. I — Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, «A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho», in *Centro de Estudos Judiciários/Inspeção Geral do Trabalho, A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 123 a 138 e JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

(27) Defendendo que o direito à mentira apenas existe na fase pré-contratual, veja-se SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, *op. cit.*, p. 257, nota 687.

(28) Neste sentido, *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*, 2.^a ed., Lisboa: CEJ, Março 2014, 69 p. (Formação inicial), p. 30.

A trabalhadora não ignorava, nem podia ignorar, que se encontrava a prestar trabalho a favor de uma entidade terceira há mais de um mês na data em que apresentou a *supra* referida declaração. Ademais, as informações fornecidas à entidade empregadora, neste caso, de modo algum influiriam no conteúdo da sua relação laboral, pelo que nenhuma consequência negativa resultaria, para a trabalhadora, da prestação à entidade empregadora, da informação correta. E, ainda assim, entre prestar a informação verdadeira ou a falsa, a trabalhadora preferiu manter a sua entidade empregadora primária na ignorância. Pois, verdade seja dita, se a trabalhadora iniciou a prestação do seu trabalho a favor da nova entidade empregadora em 01.10.2012, seria natural, comum, facilmente compreensível por qualquer pessoa sem formação jurídica, que o seu contrato, ainda que formalizado posteriormente, se reportasse a esta data em que efetivamente se iniciou, em concreto, a prestação de trabalho. Concordamos, portanto, com a afirmação do Tribunal de 1.ª Instância, segundo a qual “não é razoável outra interpretação dos factos, a autora quis deliberadamente ocultar à ré a mencionada informação”. Em suma, a trabalhadora não apenas se furtou à sua obrigação de informar a entidade empregadora do início de funções em outra instituição de ensino, obrigação que para si resultava do art. 51.º do RJIES, o que poderia ter acontecido por qualquer outro motivo atendível, mas ainda decidiu, ela mesma, afastar do conhecimento da sua entidade empregadora que estava trabalhar em outra instituição, omitindo tal informação da declaração que preencheu, comportamento que não poderá senão ser considerado como concretamente violador do dever de lealdade.

E, ressaltamos, este entendimento não se sustenta numa eventual situação concorrencial entre ambas as instituições privadas de ensino, como parece querer defender-se na decisão de 1.ª Instância ao ressaltar-se que “entre o mencionado Mestrado Integrado em ... da Universidade DD e o Mestrado Integrado em ... da Universidade CC (...) verifica-se (...) uma relação concorrencial, pois têm, *grosso modu*, a mesma oferta formativa e têm, natural e notoriamente, o mesmo ‘público alvo’”, porquanto não nos parece existir, neste caso, qualquer violação do dever de não concorrência

enquanto segmento específico do dever de lealdade. A violação do dever de não concorrência resultaria, apenas, da probabilidade de verificação de um prejuízo, ainda que meramente potencial, para o empregador, prejuízo este que não foi provado e, além do mais, em regra, consideramos inexistir no caso dos professores, na medida em que a simples transmissão de conhecimentos operada por estes em outra instituição de ensino não se configura, na nossa opinião, por si só, como um conhecimento diferencial que permita ao trabalhador provocar um prejuízo específico na esfera jurídica do empregador primário apenas por prestar trabalho a favor de terceiro. É, aliás, pouco convincente o argumento segundo o qual um aluno poderá escolher a instituição X ou Y, porque na primeira trabalha o professor A, e na segunda o professor B. Ademais, o próprio art. 51.º do RJIES permite a prestação de trabalho pelo docente a favor de terceiro, sem que qualquer entrave lhe possa ser colocado pela instituição particular de ensino superior em que já exercia atividade. Concordamos, portanto, com este segmento específico da decisão recorrida, mas, atente-se, não por inexistir no contrato de trabalho uma expressa menção do dever de não concorrer: este dever específico resulta do dever de lealdade laboral e não tem que constar expressamente do contrato de trabalho.

Já no que respeita à negociação do contrato e ao argumento segundo o qual “não é preciso ter um contrato de trabalho para dar aulas”, não tendo sido entretanto estabelecido, ou provado, qualquer outro vínculo entre a trabalhadora e a nova entidade empregadora, designadamente de prestação de serviços, consideramos que é razoável o entendimento segundo o qual, de acordo com padrões de normalidade, embora as negociações se tenham prolongado por mais tempo, a trabalhadora sabia que ali estava a trabalhar ao abrigo de um contrato de trabalho, ainda que não formalizado. A alegada ignorância da trabalhadora quanto à data do início formal do seu contrato não pode, a nosso ver, e salvo melhor opinião, aproveitar-lhe, pois a mesma sabia que estava a exercer funções docentes desde outubro de 2012 e outro não se provou ser este vínculo contratual senão o tardiamente celebrado contrato de trabalho. É inverosímil que a trabalhadora não tenha iniciado as negociações tendentes à celebração do contrato de trabalho ainda antes de ter

começado a lecionar naquela instituição e, mais ainda, que não previsse a formalização de um contrato de trabalho em meados de novembro de 2012, um mês após ter iniciado funções. Aliás, refira-se que, se fosse sua intenção informar a entidade empregadora primária do vínculo laboral iminente, a trabalhadora poderia imediatamente, em outubro de 2012, assim que iniciou funções, dar conhecimento disso mesmo ao Presidente do Conselho de Administração da empregadora, como aliás fez, mas apenas em 23 de novembro de 2012.

E, salvo o devido respeito, concordamos menos ainda com a seguinte afirmação constante da decisão recorrida “[N]ão encontramos gravidade suficiente no comportamento da autora que justifique a perda irreparável de confiança nela (...) e a impossibilidade de manutenção da autora ao serviço, sobretudo quando não se demonstrou, factualmente, que ela era necessária para a contagem do rácio de doutores/alunos e que sabia disso, e sobretudo quando foi da iniciativa da recorrida reduzir a carga e retribuição da autora a um ponto incompatível com o seu estatuto social”. Consideramos, aliás, que existe uma certa confusão de conceitos nesta afirmação: a existência de uma violação do dever de lealdade implica sempre uma quebra da confiança existente entre o trabalhador e o empregador, seja esta de maior ou menor relevo. Os efeitos de tal comportamento do trabalhador deverão é ser valorados, primariamente, no contexto da própria violação do dever de lealdade, e não imediatamente como critério para aferir da existência de justa causa de despedimento. E, neste pressuposto, entendemos que o comportamento da trabalhadora é, de facto, idóneo a abalar de sobremaneira a confiança existente entre as partes. Não pode admitir-se que uma relação como a de trabalho, fundada na confiança mútua das partes, na transparência, seja tresmalhada por comportamentos mantidos no escuro, sombrios. É necessário lançarmos luz sobre os atos dos sujeitos desta relação e evitarmos comportamentos que envenenem as suas raízes. Daí ser discutível, como já vimos, a mentira no seio da relação laboral, mesmo em casos extremos como é o da ilicitude da questão formulada. No entanto, a verificação de uma violação do dever de lealdade não implica, necessariamente, a perda irreparável de confiança e a impossibilidade de manutenção da relação laboral,

isto é, não constitui, em regra e sem mais, justa causa de despedimento, como ora nos esforçaremos por esclarecer.

Desde logo, não podemos deixar de concluir que andou bem o Acórdão sob análise, ao decidir que existiu, de facto, uma violação do dever de lealdade laboral, mas não do dever de respeito, pois que o dever de lealdade absorve, em casos como este, algumas das dimensões do dever de urbanidade. Se assim não fosse, o dever de respeito seria violado, por via de regra, sempre que o dever de lealdade o fosse, o que naturalmente não pode admitir-se, sob pena de perda da autonomia de um destes deveres relativamente ao outro.

Assim, enquadrado o comportamento da trabalhadora como concretamente violador do dever de lealdade a que a mesma estava obrigada, vejamos agora se tal conduta poderá configurar-se como um “comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Naturalmente, a quebra da confiança na qual se sustenta a previsibilidade e conformidade dos comportamentos das partes é, por si só, motivo justificativo para a instauração de procedimento disciplinar por violação de deveres acessórios de prestação. Porém, existem diversas sanções disciplinares distintas do despedimento que poderão ser aplicadas em caso de violação do dever de lealdade, pelo que apenas poderá recorrer-se ao despedimento em casos de extrema gravidade⁽²⁹⁾, em que nenhum dos restantes remédios previstos na lei se revele adequado, proporcional e suficiente.

Ponderemos, então, as variáveis em análise. A trabalhadora foi admitida em 1 de outubro de 1994. Não existe nota de qualquer infração disciplinar prévia e não se provou a existência de prejuízos resultantes da violação do dever de lealdade verificada. Ao invés, provou-se a culpa da trabalhadora que, deliberadamente,

⁽²⁹⁾ Veja-se, a título exemplificativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.01.2013, proc. n.º 447/10.4TTVNF.P1.S1, relator: Fernandes da Silva, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.09.2012, proc. n.º 656/10.6TTVIS.C1.S1, relator: António Leões Dantas e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01.07.2013, proc. n.º 669/09.0TTVFR.P1, relator: Eduardo Petersen Silva, todos disponíveis em <www.dgsi.pt>.

ocultou a informação da sua entidade empregadora. E, acrescentando-se, a lei manifesta uma tendência bastante forte no sentido de promover o comportamento das partes de acordo com a boa-fé e a verdade dos factos, quer na fase da formação, quer de execução do contrato⁽³⁰⁾, entre si ou mesmo perante terceiros.

Por outro lado, não podemos olvidar que o Supremo Tribunal de Justiça “tem sido particularmente exigente quanto à observância do dever de lealdade pelo trabalhador, acentuando a gravidade da violação desse dever e [a] sua relevância como justa causa de despedimento. Nesse âmbito, tem repetidamente defendido que a diminuição da confiança do empregador resultante dessa violação não está dependente da efectiva verificação de prejuízos para o empregador, emergentes da actuação do trabalhador, nem da existência de culpa grave do trabalhador”⁽³¹⁾. Ora, neste caso, mesmo não sendo evidentes os motivos que levaram a trabalhadora a não informar a entidade empregadora do seu novo vínculo laboral, certo é que a mesma lhe comunicou informação que bem sabia ser falsa e, aliás, sem apresentar qualquer ressalva, o que poderia livremente ter optado por fazer.

Assim, devemos analisar esta situação numa dupla vertente: verificar, em concreto, a importância relativa do comportamento da trabalhadora e, posteriormente, aferir em que termos a sua atuação se refletiu na organização da entidade empregadora. O comportamento leal do trabalhador identifica-se, em abstrato, com o que resulta do conceito geral de bons costumes, com a consciência comum, é o considerado objetivamente correto em face das cir-

⁽³⁰⁾ A título meramente exemplificativo, veja-se, *O contrato de trabalho a termo*, Lisboa: CEJ, novembro 2013. — (Formação inicial), p. 56, segundo o qual “A este nível, caberá, primeiramente, dizer que, pese embora o Código não preveja, de forma evidente, a situação de falsidade do motivo justificativo, não se deve, por essa razão, entender que aquela não é uma patologia conducente à aplicação de uma sanção. Por um lado, têm os tribunais salientado que uma hipótese de falsidade deve ser equiparada à de uma omissão (ou insuficiência) na invocação do motivo justificativo. Nestes termos, acrescentam, o mesmo regime jurídico — leia-se, a mesma consequência jurídica — será aplicável aos casos em que se comprovar a falsidade do motivo: a consideração do contrato como um contrato celebrado sem termo”.

⁽³¹⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.09.2010, proc. n.º 1229/06.3TTTCBR.C1.S1, relator: Mário Pereira, disponível em <www.dgsi.pt>.

cunstâncias. E, salvo melhor opinião, não apenas a trabalhadora tinha a obrigação de saber que lhe cabia informar a entidade empregadora do seu novo vínculo laboral como, mais ainda, devia esta ter consciência de que, acima de tudo, não poderia esconder-lhe tal informação, principalmente se questionada diretamente a esse respeito. A mentira da trabalhadora constitui, assim, um comportamento manifestamente reprovável e idóneo a lançar dúvidas fundadas sobre qualquer outra informação que a trabalhadora tenha prestado ou venha a prestar à entidade empregadora, criando um ambiente de dúvida e suspeita numa relação que se funda, primordialmente, nas características pessoais das partes e na relação de confiança que entre ambas se estabelece. Como costuma dizer-se popularmente, “atrás da mentira, mentira vem”.

É neste impacto da mentira sobre o vínculo contratual existente entre as partes e na relevância da relação de confiança no contrato de trabalho que reside o busílis da questão que ora nos ocupa. Na nossa opinião, este vínculo de “confiança entre o empregador e o trabalhador desempenha um papel essencial nas relações de trabalho, tendo em consideração a forte componente fiduciária daquelas; com efeito, a relação juslaboral pressupõe a integridade, lealdade de cooperação e absoluta confiança da/na pessoa contratada”⁽³²⁾. Neste pressuposto, a mentira deve ser afastada de qualquer relação laboral que se pretenda ver desenvolvida de forma saudável, pelo que não poderá admitir-se senão perante situações extremas, nomeadamente de perguntas abusivas, em que este caso concreto certamente não se enquadra. Em suma, temos que se verifica, *in casu*, um comportamento culposo da trabalhadora, violador do dever acessório de lealdade, cuja gravidade é, a nosso ver e salvo melhor opinião, indiscutível em si mesma e independentemente das suas consequências concretas. E, atendendo ao clima de desconfiança e hostilidade que tal comportamento provoca entre as partes, é facilmente compreensível que existe um nexo de causalidade adequado entre a mentira apresentada pela trabalhadora e a impossibilidade de subsistência

(32) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05.12.2012, proc. n.º 728/11.0T4AVR.C1, relator: Jorge Manuel Loureiro, disponível em <www.dgsi.pt>.

da relação laboral alegada pela entidade empregadora. Será assim, a nosso ver, independentemente da verificação de qualquer outra infração disciplinar no período de duração do vínculo laboral, uma vez que o clima de desconfiança que se gera em consequência do comportamento da trabalhadora lança certamente dúvidas sobre todas as informações e comportamentos desta até àquela data, ficando, assim, irremediavelmente comprometida a viabilidade do vínculo contratual. Afinal, no domínio “das relações de trabalho, tem vindo a ser enfatizado o papel da confiança, salientando-se, para o efeito, a sua forte componente fiduciária, para se concluir que a confiança contratual é particularmente afectada quando se belisca o dever de leal colaboração, cuja observância é fundamental para o correcto implemento dos fins prático-económicos a que o contrato se subordina”⁽³³⁾.

E, recorde-se, o Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que constituem justa causa de despedimento comportamentos violadores do dever de lealdade que consideramos passíveis de ser equiparados com o analisado no Acórdão ora em comentário, pelo que se verifica, assim, a existência de uma notória duplicidade de critérios, como aconteceu, exemplificativamente, no caso decidido recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça⁽³⁴⁾ que considerou existir justa causa de despedimento numa situação em que a trabalhadora mentiu, participando acidente de trabalho em que as lesões declaradas não ocorreram no dia, hora, local e circunstancialismo declarados, defendendo para o efeito que “tal actuação assume, indiscutivelmente, relevância disciplinar, violando o dever de lealdade para com a empregadora, tomado este no sentido de necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa fé no cumprimento das obrigações” e acrescentando ainda que “o apurado comportamento da trabalhadora não pode deixar de considerar-se particularmente grave e censurável, já que, bem sabendo que não sofrera, no dia 26 de Março de 2008, quaisquer lesões produzidas

⁽³³⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.12.2010, proc. n.º 637/08.0TTBRG.P1.S1, relator: Sousa Grandão, disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽³⁴⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.01.2015, proc. n.º 4792/08.0TTLSB.L1.S1, relator: Pinto Hespanhol, disponível em <www.dgsi.pt>.

pelo impacto das portas automáticas existentes no local de trabalho, invocou, deliberadamente, aqueles eventos, que sabia não corresponderem à realidade, com o propósito de beneficiar da protecção contemplada no regime jurídico dos acidentes de trabalho”.

Aliás, a jurisprudência nacional tem afirmado ainda existir justa causa de despedimento em casos comparativamente menos censuráveis e suscetíveis de abalar a confiança da entidade empregadora no trabalhador. Atente-se, designadamente, e a título meramente exemplificativo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.12.2013⁽³⁵⁾, segundo o qual “II — O despedimento-sanção, correspondendo à última *ratio* das penas disciplinares, reserva-se aos comportamentos culposos e graves do trabalhador subordinado, violadores de deveres estruturantes da relação, que reclamem um forte juízo de censura, *maxime* quando a relação de confiança em que assenta o vínculo seja fatalmente atingida, tornando inexigível ao empregador a manutenção do contrato. III — É de afirmar a justa causa para o despedimento — atenta a violação do dever de lealdade por parte do trabalhador, dever que tem subjacente o valor absoluto da honestidade — quando está demonstrado que o trabalhador furtou duas garrafas de vinho do restaurante do seu empregador, onde prestava serviço, levando-as para casa, e aí as consumindo, não relevando, para o efeito, o seu valor pecuniário” e, ainda, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28.06.2012⁽³⁶⁾, que adota este mesmo critério ao defender que a “apropriação ilícita de bens pelo trabalhador assume extrema gravidade no contexto da empresa na medida em que, independentemente do valor dos bens, tal comportamento é gerador de descrédito da entidade patronal na futura conduta do trabalhador, na sua lealdade para com o empregador”.

Concordamos, assim, inteiramente com a afirmação constante do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.03.2012⁽³⁷⁾,

⁽³⁵⁾ Processo n.º 1445/08.3TTPRT.P2.S1, relator: Fernandes da Silva, disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽³⁶⁾ Processo n.º 825/09.0TTSTB.E1, relator: Correia Pinto, disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽³⁷⁾ Processo n.º 17/10.7TTEVR.E1.S1, relator: Fernandes da Silva, disponível em <www.dgsi.pt>.

segundo o qual “o despedimento-sanção é a solução postulada sempre que, na análise diferencial concreta dos interesses em presença, se conclua — num juízo de probabilidade/prognose sobre a viabilidade do vínculo, basicamente dirigido ao suporte psicológico e fiduciário que a interacção relacional pressupõe — que a permanência do contrato constitui objectivamente uma insuportável e injusta imposição ao empregador, ferindo, desmesurada e violentamente, a sensibilidade e liberdade psicológica de uma pessoa normal colocada na posição do real empregador”, como acontece no caso *sub judice* no Acórdão ora em comentário. Nestes termos, salvo o devido respeito pela opinião contrária, entendemos que a decisão do Tribunal não poderia ter sido outra senão a de reconhecimento da existência de justa causa de despedimento da trabalhadora, por se ter verificado da parte desta um comportamento culposos que tornou imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, atenta a desconfiança produzida pelo seu ato na pessoa de qualquer empregador médio.

É indiferente, a nosso ver, se a trabalhadora tinha algum motivo para mentir ou pretendia alcançar alguma finalidade específica por meio da mentira. O seu comportamento é, em si mesmo, abstrata e concretamente censurável, de acordo com o padrão de qualquer trabalhador ou empregador médio colocado na posição das partes e independentemente da amplitude ou sequer da verificação de danos na esfera jurídica da entidade empregadora. É também indiferente, por termos afastado da equação o segmento específico do dever de não concorrência, o argumento segundo o qual não se provou que a trabalhadora tenha negligenciado o seu desempenho profissional a favor da entidade empregadora primária, ou mesmo o período temporal que decorreu entre o início efetivo de funções e o conhecimento de tal facto por parte da entidade empregadora primária. Pelo contrário, já não é de desconsiderar a antiguidade da trabalhadora e a inexistência de antecedentes disciplinares provados. No entanto, também estas variáveis foram anteriormente ponderadas nesta sede, tornando-se, no entanto, insignificantes perante a censurabilidade intrínseca da conduta da trabalhadora, interpretada em si mesma, e o clima de suspeição que sobre esta impenderia, em qualquer circunstância, após este seu comportamento.

Concluindo, no caso concreto, e em face dos dados colocados à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça, somos da opinião que, muito embora tenha sido corretamente decidida a questão relativa à existência de violação do dever de lealdade, não foram desta retiradas as devidas consequências no contexto da relação laboral, mormente no que respeita à quebra da confiança entre as partes, claramente desvalorizada na decisão em apreço, que por isso se apresenta pouco consentânea com a realidade. Destacamos, no entanto, que a posição adotada pelo Tribunal neste aresto é *sui generis*, tanto quanto nos foi possível apurar, porquanto foi apenas adotada perante este caso concreto, segundo cremos, em manifesta oposição com as restantes decisões que pelo mesmo Tribunal têm sido proferidas nesta matéria e, ainda, em manifesta contradição com os princípios fundamentais do direito do trabalho e dos contratos em geral. A lealdade e boa-fé dos contraentes são princípios fundamentais em que deve assentar qualquer vínculo laboral e, salvo raras exceções, estes não se compadecem com quaisquer motivos justificativos apresentados para o respetivo incumprimento. É, portanto, caso para afirmar que a mentira tem perna curta, mas caminha para o desemprego.

Jurisprudência
dos Conselhos

CONDUTA DE ADVOGADO
RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR E
RESPONSABILIDADE CIVIL OU CRIMINAL
FUNDAMENTOS E ADMISSIBILIDADE DA
REVISÃO

Processo n.º 29/2014-CS/RR

Relatora: D.^{ra} Maria Emília Morais Carneiro

PARECER

I. Relatório

1. Participou o Tribunal Judicial do [...] ao Conselho de Deontologia de Coimbra do Sr. Dr. [...], pelo facto do mesmo no processo comum singular [...] a decorrer no 1.º juízo daquele tribunal, ter dado entrada de uma contestação elaborada por si próprio, tendo na mesma apostado uma assinatura falsificada, de onde constava o nome de um outro advogado — Dr. [...], da comarca de [...].

2. Com a referida contestação, juntou o senhor Advogado arguido uma procuração por si emitida a favor do Sr. Dr. [...], cuja assinatura falsificara na peça processual.

3. Só na sequência da consulta ao processo onde o Sr. Dr. [...] era arguido, é que o Sr. Dr. [...] tomou conhecimento da existência de uma contestação nos autos, que jamais havia sido assinada por si, embora levasse o seu nome, na qualidade de mandatário do arguido.

4. Por acórdão de 03 de Abril de 2009, o Conselho de Deontologia de Coimbra condenou o Sr. Dr. [...] na pena de multa de 2.500,00 € (dois mil e quinhentos euros), por violação dos deveres consagrados no art. 83.º, n.ºs 1 e 2, e art. 86.º, al. a), do EOA (fls. 103).

5. Notificado do acórdão e inconformado com a decisão, veio o Sr. Advogado arguido interpor recurso para o C. Superior ao abrigo do disposto no arts. 157.º e segs. do EOA.

6. O recurso não foi admitido nos termos do n.º 5 do art. 160.º, EOA, por ser manifestamente intempestivo.

7. Tornou-se, assim aquela decisão caso decidido em 02 de Junho de 2009.

8. Notificado para proceder ao pagamento da multa a que havia sido condenado, o Sr. Advogado arguido cumpriu na íntegra, pelo que, em 13-12-2010, foram os autos remetidos ao arquivo do Conselho de Deontologia de Coimbra, por se encontrarem findos (fls. 146).

9. Em 27 de Janeiro de 2011 deu entrada no Conselho de Deontologia de Coimbra um requerimento do Sr. Dr. [...] (fls. 148) a interpor o presente recurso de revisão, do acórdão condenatório *supra* mencionado, cuja motivação se transcreve:

1.º *O ora aqui Recorrente, foi conforme consta dos Autos condenado, a uma pena de € 2.500,00, com os fundamentos em súmula de pretensamente ter falsificado uma assinatura.*

2.º *Acontece que, este órgão colegial não teve em conta a defesa neste mesmo processo, pelo aqui Arguido.*

3.º *No entanto, o aqui Arguido com a mesma argumentação e defesa, daquela aqui carreada, fê-la igualmente também no processo crime que decorreu no Tribunal Judicial da Comarca do [...] — processo n.º [...] — 1.º Juízo, que também vinha o aqui recorrente, acusado de dois crimes de falsificação, tal e qual como consta e com os mesmos fundamentos dos presentes Autos.*

4.º *Todavia, os Meritíssimos Juízes do Colectivo que ponderaram bem toda a prova, decidiu como não podia deixar de ser, em absolver o aqui Recorrente, de todos os crimes de que vinha acusado, conforme Acórdão transitado em julgado, que se junta para todos os efeitos legais — doc. n.º 1.*

5.º *Perante isto, devem V.Ex.^{a(s)} rever a presente decisão, referida nestes Autos, com base no Acórdão proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca do [...], que contraria em tudo a ora aqui decisão recorrida de revisão.*

6.º *E como não poderá deixar de ser devem também V. Ex.^{a(s)} de absolver o aqui Arguido da sanção disciplinar com a restituição dos valores pagos, e rever todas as anteriores decisões, para efeitos de cúmulo jurídico, e aplicação de penas, tudo com a maior brevidade possível.*

10. Por despacho do Sr. Vice-presidente do Conselho de Deontologia de Coimbra, de 07 de Fevereiro de 2011, o recurso não foi admitido com fundamento nas als. *a*) e *c*) do art. 162.º “*a contrario*”, do EOA (fls. 158 e 159).

11. Não se conformando com a decisão, veio o Sr. Dr. [...], interpor da mesma, recurso hierárquico (fls. 171 a 177), o qual está motivado, e contém conclusões, das quais transcrevemos em súmula e com interesse para os presentes autos, as seguintes (2, 3, 5, 8, 9, 11e 12):

2 — *Pela decisão condenatória dos presentes Autos, deram-se como não provados em sede de inquérito no conselho ora recorrido, que em sede de julgamento crime que decorreu no Tribunal Judicial da Comarca do [...], os mesmos factos foram dados como provados, e foram decisórios para a absolvição do aqui Arguido, e também ali Arguido.*

3 — *Na fase de instrução do processo disciplinar, o aqui arguido já havia contestado, e feita prova de todos os factos, mas, no entanto,*

os factos foram dados como não provados, e que foram relevantes para a condenação do aqui Arguido.

5 — Mas tudo isto, foi contrariado pelo Tribunal Judicial da Comarca do [...] que com um julgamento onde foram cumpridos todos os formalismos legais, veio a provar-se tudo em contrário da decisão condenatória do conselho recorrido.

8 — De facto, os factos que foram dados como não provados pelo conselho recorrido, foram dados como provados pelo Tribunal Judicial da Comarca do [...], deu como provado que o Dr. [...] era mandatário do aqui arguido no processo crime; deu como provado que o Dr. [...] teve conhecimento da contestação crime apresentada pelo aqui Arguido, e que consentiu que este assinasse a peça e ainda deu como provado que a contestação estava no último dia do prazo.

9 — E não se pode vir dizer que a responsabilidade disciplinar é independente da civil e criminal, o que de facto o é, mas no caso em apreço não se pode ver o circunstancialismo dos factos, que são os mesmos, quer para infracção disciplinar quer para a criminal, como independentes.

11 — Perante isto, devem V. Ex.^{a(s)} rever a presente decisão, proferida nestes Autos, com base no Acórdão proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca do [...], que contraria em tudo a ora aqui decisão recorrida de revisão, e dá sem efeito a decisão e/ou despacho do Vice-Presidente do conselho recorrido.

12 — E como não poderá deixar de ser devem também V. Ex.^{a(s)} de absolver o aqui Arguido da sanção disciplinar, com a restituição dos valores pagos, e rever todas as anteriores decisões, para efeitos de cúmulo jurídico, e aplicação de penas, tudo com a maior brevidade possível.

12. Foi este recurso admitido a fls. 179 e remetido ao Ex.^{mo} Senhor Presidente do Conselho Superior, e posteriormente distribuído ao Ex.^{mo} Vogal Relator, em 05 de Maio de 2011.

13. Ao que veio a ser emitido acórdão pela 3.^a secção de fls. 187, o qual julgou incompetente o Conselho Superior para apreciação da reclamação apresentada, cabendo tal competência ao Plenário do Conselho de Deontologia de Coimbra, pelo facto de se

tratar de um recurso, de um despacho proferido pelo Senhor Vice Presidente daquele Conselho, que não admitiu o recurso de revisão interposto pelo recorrente, para esse órgão.

14. Nesta sequência por acórdão de 30 de Setembro de 2011 do Conselho de Deontologia de Coimbra, foi decidido substituir a decisão do Ex.^{mo} Vice-presidente daquele órgão, por outra, que admitiu o presente recurso de revisão, tramitando por apenso ao processo principal.

15. Veio então a ser emitido parecer por aquele órgão de fls. 199 e 200, em 20 de Dezembro de 2013, no qual além do mais, se pode ler:

A sentença junta aos autos pelo recorrente para fundamentar o recurso dá como provado que a contestação em causa foi redigida e assinada pelo arguido com o nome “[...]”, não tendo em tal documento sido utilizadas folhas timbradas e o carimbo do escritório do Dr. [...] (fls. 151). Consta ainda da sentença (fls. 154) que...” ...é certo que o arguido “falsificou” a assinatura do advogado devidamente mandatado por si naquele processo. Apesar de absolvido pelo Círculo Judicial da [...] os factos porque o recorrente foi condenado por este Conselho, são também dados como provados na mencionada sentença. Aliás, a sentença criminal absolutória confirma os factos imputados nos presentes autos ao recorrente, pois que a sua conduta constitui infracção disciplinar, por violadora dos deveres consignados nos arts. 83.º, n.ºs 1 e 2 e, art. 86.º, al. a), do EOA. Termos em que se propõe que o recurso seja julgado improcedente.”

16. Subiram assim os autos a este Conselho Superior para efeitos do disposto no n.º 3 do art. 166.º do EOA, sobre os quais cumpre decidir.

II. Apreciação

A regra que a Ordem sempre definiu, nesta matéria, preconizada por alguns acórdãos do C. Superior, é a de que o “*Conselho Superior da Ordem dos Advogados pode conceder revisão de uma decisão disciplinar quando se tenham verificado novos factos, (uma nova sentença judicial), ou se apresentem novas provas susceptíveis de modificar a apreciação anteriormente feita*” (acórdão do Conselho Superior de 18/12/81, ROA, 42, 265). Também neste sentido decidiu o (acórdão do CS de 14/11/80, ROA, 41, 241) “*a absolvição criminal pode conduzir a uma modificação da perspectiva em que foi encarado o procedimento disciplinar*”, pelo que “*assim, tendo os factos apreciados conduzido a uma absolvição no foro criminal, é de conceder revisão no foro disciplinar*”.

Mas, apesar desta regra, nem sempre o Conselho Superior assumiu posição unânime sobre a matéria, na verdade, em sentido contrário, também já se decidiu que “*não constitui facto novo a sentença que, apreciando factos da mesma natureza dos que foram objecto da sentença revidenda, os qualificar por forma diferente*” (acórdão do CS de 22/11/1962, ROA, 23, 185).

Sendo o recurso de revisão um recurso extraordinário, o mesmo só é possível com algum dos fundamentos de admissibilidade da revisão previstos no art. 162.º do EOA, aplicando-se em matéria adjectiva, subsidiariamente, o código de processo penal, conforme a al. b) do art. 121.º do EOA.

O recorrente vem requerer o presente recurso de revisão, **nos termos do art. 162.º e seguintes do EOA**, no entanto, fá-lo de forma genérica pois não invoca em qual dos pressupostos previstos nas alíneas, a), b), c) e d) do n.º 1 do referido preceito legal, a sua pretensão se fundamenta. Pelo que, *a priori* podemos desde logo assentar que os únicos normativos aplicáveis à pretensão do recorrente, são os previstos nas **als. a)** “*Uma decisão judicial transitada em julgado declarar falsos quaisquer elementos ou meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão revidenda*”; ou **al. c)** “*Os factos que serviram de fundamento à decisão condenatória forem inconciliáveis com os dados como provados noutra*

decisão definitiva e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”.

Como se extrai da própria motivação de recurso do Sr. Advogado recorrente, os meios de prova que foram considerados nos mesmos factos, no processo disciplinar que decorreu no conselho de deontologia de Coimbra, foram igualmente os mesmos do processo-crime que decorreu no Tribunal Judicial do [...]. E como se constata da decisão judicial, inexistente a declaração de falsidade de qualquer meio de prova examinado no processo onde foi proferida a decisão. Pelo que concluímos que a pretensão do Sr. Advogado recorrente só pode assentar na **al. c)** do art. 162.º do EOA, restando-nos então aferir, se a mesma há-de proceder.

O recorrente foi condenado por violação do disposto nos arts. 83.º, n.ºs 1 e 2 e 86.º, al. a), do EOA, por se ter dado como provado em sede de instrução, a qual decorreu com todas as formalidades legais, que, elaborou uma contestação crime, num processo onde era arguido, tendo manuscrito na mesma, no local onde é habitual colocar-se a assinatura do autor da peça em causa, o nome [...], juntando procuração forense outorgada por si, a favor do Sr. Dr. [...], advogado, com escritório em [...]. Tendo este mesmo advogado informado no referido processo que, a contestação e demais requerimentos existentes nos autos não eram de sua autoria, nem foram por si subscritos. O teor desta sua informação, é confirmado no auto de declarações de fls. 87 e 88 referente ao processo disciplinar n.º [...] (no qual é visado o ora recorrente por estes mesmos factos) no qual menciona que *“nega determinante-mente o conhecimento e o consentimento da assinatura... Frisando que tais assinaturas foram feitas sem o seu conhecimento e consentimento, facto que comunicou aos autos do processo [...] do Tribunal Judicial [...]”*.

Com o recurso de revisão juntou o Sr. Advogado recorrente o doc. n.º 1 consubstanciado no acórdão proferido pelo Tribunal Judicial da Comarca do [...], que, no seu entender *“contraria em tudo a ora aqui decisão recorrida de revisão”*.

O Tribunal entendeu que a acusação devia improceder, absolvendo o arguido [...] da prática de factos susceptíveis de integrar em autoria material e na forma consumada, dois crimes de falsifi-

cação de documento, p. e p. pelo art. 256.º, n.ºs 1, als. a), c) e e), do Código Penal.

Pode ainda ler-se em tal decisão de fls. 150 a 155 destes autos, que o Tribunal considerou que "... Para que a falsificação constitua crime é necessário que haja intenção de causar prejuízo ou beneficiar ilegítimamente. Trata-se de elementos subjectivos especiais que acrescem ao dolo e, como tal, não têm correspondência com o tipo objectivo... Por outro lado, é certo que o arguido "falsificou" a assinatura do advogado devidamente mandatado por si para aquele processo. No entanto, tal acto, no nosso modesto entendimento não configura o crime de falsificação, tal como resulta das normas supra descritas. De facto, o Tribunal deu como não provado ... que o arguido agiu com a intenção de alcançar, para si, benefício ilegítimo, fazendo-se representar falsamente em juízo por um ilustre advogado da Comarca de [...], bem assim com intenção de determinar o tribunal a realizar diligências processualmente indevidas, por si requeridas, com o inerente prejuízo na administração da Justiça pelo Estado e, também, do ofendido naquele processo, o que logrou conseguir. Não existindo aquele elemento subjectivo forçoso será concluir que não poderá ser censurado pela lei criminal — a única que para o caso releva..."

O CDC entendeu que o arguido praticou infracção disciplinar ao abrigo do disposto no art. 110.º do EOA, por ter falsificado a autoria do documento (contestação), fazendo falsamente constar que a mesma era do Dr. [...], quando bem sabia que não era, pois tinha sido ele próprio (arguido) a elaborar o documento e a escrever o nome daquele no final do mesmo. O conselho considerou que com a sua atitude o aqui recorrente violou o disposto no art. 83.º, n.ºs 1 e 2 do EOA, no sentido de que o Advogado "deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidade da função que exerce", concretizando, no cumprimento quer das regras estatutárias quer dos demais deveres decorrentes da lei, dos usos, dos costumes e das tradições profissionais. E ainda do art. 86.º, al. a) do referido diploma legal. E por esse facto, foi condenado na pena de multa.

Para além do Tribunal não ter considerado factos diferentes, na análise que fez para efeitos criminais, apenas exclui o dolo,

dando como provados os factos imputados ao recorrente no processo disciplinar. E embora o recorrente fosse absolvido naquele processo, esta absolvição fundamenta-se apenas no direito aplicável — pelo facto de se considerar a exclusão do dolo — e não, na falsidade dos factos imputáveis, já que os mesmos foram confirmados pela sentença criminal.

E embora a responsabilidade disciplinar seja independente da responsabilidade civil ou criminal art. 111.º, n.º 1, e o processo disciplinar e o processo criminal sejam autónomos, no caso concreto, não podemos deixar de levar em consideração que no aspecto mais relevante (falsificação de assinatura), o tribunal chegou a conclusões fácticas semelhantes às consideradas assentes na douta decisão recorrida.

E assim, porque não se mostra verificado o fundamento legal previsto na al. c) do art. 162.º do EOA para a revisão, entendemos que não há que reapreciar o caso.

Pelo exposto, somos de parecer:

Que não se verificando o fundamento de admissibilidade da revisão previsto na al. c) do art. 162.º do EOA (Estatuto da Ordem dos Advogados), nem qualquer outro, não é legalmente possível reabrir o processo que o recorrente pretende rever, devendo em consequência ser rejeitado o presente recurso de revisão interposto pelo Sr. Dr. [...].

À próxima sessão do Plenário, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art. 166.º do EOA

Após, cumpra-se o disposto no art. 167.º do EOA

Tavira aos 20 de Fevereiro de 2015.

A Relatora,
MARIA EMÍLIA MORAIS CARNEIRO.

Aprovado em sessão plenária do Conselho Superior de 25 de Fevereiro de 2015.

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS: UNIFORMIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS

Compatibilidade entre o Estágio de Advocacia previsto no EOA e os denominados Estágios Profissionais

PARECER

I. Objeto

A Ex.^{ma} Senhora Bastonária ordenou que se remetessem à signatária, para elaboração de Parecer uniformizador, à luz da Portaria n.º 149-B/2014, de 24 de junho, todas as questões suscitadas pelos vários Conselhos Regionais da Ordem dos Advogados e por Advogados/as, relativas à eventual incompatibilidade entre o estágio de Advocacia previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados e os denominados estágios profissionais, previstos na *supra* citada norma.

II. Do Enquadramento Estatutário

1. A matéria relativa ao estágio de Advocacia encontra-se regulada nos arts. 191.º a 196.º do Estatuto da Ordem dos Advoga-

dos, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, e no Regulamento Nacional de Estágio.

2. No que à questão *sub judice* releva e para uma melhor análise, transcrevemos, *infra*, o conteúdo dos arts. 191.º, 192.º, 193.º, e 196.º do Estatuto da Ordem dos Advogados:

“Artigo 191.º

Objetivos do estágio e sua orientação

1 — O pleno e autónomo exercício da advocacia depende de um tirocínio sob orientação da Ordem dos Advogados, destinado a habilitar e certificar publicamente que o candidato obteve formação técnico-profissional e deontológica adequada ao início da atividade e cumpriu os demais requisitos impostos pelo presente Estatuto e regulamentos para a aquisição do título de advogado.

2 — O acesso ao estágio, a transmissão dos conhecimentos de natureza técnico-profissional e deontológica e o inerente sistema de avaliação são assegurados pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados, nos termos regulamentares.

Artigo 192.º

Patronos e requisitos para aceitação do tirocínio

1 — Os patronos desempenham um papel fundamental ao longo de todo o período de estágio, sendo a sua função iniciar e preparar os estagiários para o exercício pleno da advocacia.

2 — Só podem aceitar a direção do estágio, como patronos, os advogados com, pelo menos, cinco anos de exercício efetivo de profissão, que não tenham sofrido punição disciplinar superior à de multa.

3 — Cada patrono apenas pode ter sob sua orientação, em simultâneo, um estagiário nomeado pela Ordem dos Advogados, não podendo o número total de estagiários por patrono exceder o fixado na regulamentação do estágio.

4 — O advogado nomeado pela Ordem dos Advogados para exercer as funções de patrono apenas pode escusar-se quando ocorra motivo fundamentado, que deve ser livremente apreciado pelo conselho regional competente, cabendo recurso de tal decisão para o conselho geral.

5 — Incumbe ao patrono:

- a) Acompanhar a preparação dos seus estagiários;
- b) Assegurar as intervenções processuais obrigatórias;
- c) Providenciar para que os estagiários cumpram os demais deveres do estágio;
- d) Elaborar um relatório final do estágio de cada estagiário, que deve ser apresentado diretamente ao competente júri de avaliação.

Artigo 193.º

Aplicabilidade do Estatuto

Os advogados estagiários ficam, desde a sua inscrição, obrigados ao cumprimento do presente Estatuto e demais regulamentos.

Artigo 196.º

Competência e deveres dos advogados estagiários

1 — Concluída a primeira fase do estágio, o advogado estagiário pode, sempre sob orientação do patrono, praticar os seguintes atos próprios da profissão:

- a) Todos os atos da competência dos solicitadores;
- b) Exercer a consulta jurídica.

2 — O advogado estagiário pode ainda praticar os atos próprios da profissão não incluídos no número anterior, desde que efetivamente acompanhado pelo respetivo patrono.

3 — O advogado estagiário deve indicar, em qualquer ato em que intervenha, apenas e sempre esta sua qualidade profissional.

4 — São deveres do advogado estagiário durante todo o seu período de estágio e formação:

- a) Observar escrupulosamente as regras, condições e limitações admissíveis na utilização do escritório do patrono;
- b) Guardar respeito e lealdade para com o patrono;
- c) Submeter-se aos planos de estágio que vierem a ser definidos pelo patrono;
- d) Colaborar com o patrono sempre que este o solicite e efetuar os trabalhos que lhe sejam determinados, desde que se revelem compatíveis com a atividade do estágio;
- e) Colaborar com empenho, zelo e competência em todas as atividades, trabalhos e ações de formação que venha a frequentar no âmbito dos programas de estágio;
- f) Guardar sigilo profissional;

- g) Comunicar ao serviço de estágio competente qualquer facto que possa condicionar ou limitar o pleno cumprimento das normas estatutárias e regulamentares inerentes ao estágio;
- h) Cumprir em plenitude todas as demais obrigações deontológicas e regulamentares no exercício da atividade profissional.

5 — No momento da inscrição, o estagiário deve apresentar comprovativo de subscrição da apólice de seguro de grupo disponibilizada pela Ordem dos Advogados, ou contratada por si, relativa a:

- a) Seguro de acidentes pessoais, que cubra os riscos que possam ocorrer durante e por causa do estágio;
- b) Seguro de responsabilidade civil profissional, que cubra, durante a realização do estágio e enquanto a respetiva inscrição se mantiver ativa, os riscos inerentes ao desempenho das tarefas que enquanto advogado estagiário lhe forem atribuídas, conforme o estabelecido na apólice respetiva, renovando-o sempre que necessário até à sua conclusão.”

III. Do Enquadramento Legal Aplicável

No que ao caso em apreço respeita, importa reter que a Portaria n.º 149-B/2014, de 24 de junho, procedeu à alteração do art. 1.º, da Portaria n.º 204-B/2013, de 18 de junho, cujo número 5., passou a ter a seguinte redação:

“Artigo 1.º

[...]

1 — [...].

2 — [...].

3 — [...].

4 — [...].

5 — **Esta medida poderá ser utilizada no desenvolvimento de estágios para acesso a profissões reguladas**, sem prejuízo de decisões próprias das Associações Públicas Profissionais” (sublinhado nosso).

IV. Breve Análise

1. Tendo em conta as disposições legais aplicáveis, cumprirá aferir se um/a Advogado/a estagiário/a que celebra um contrato de estágio profissional com um/a Advogado/a ou com uma sociedade de Advogados, se encontra numa situação ilegal ou irregular, face ao que se determina, estatutariamente, no que respeita aos objetivos, fundamentos e fins do estágio.

2. Parece-nos, pela leitura e análise da legislação *supra* transcrita, que o estágio de Advocacia não pode ser considerado inconciliável com os estágios profissionais legalmente previstos e subsidiados pelo Estado, não existindo quaisquer irregularidades, ilegalidades ou incompatibilidades nessa conciliação:

3. Em primeiro lugar, e como decorre do já *supra* exposto, a Portaria n.º 149.º-B/2014, de 24 de julho, procedeu à alteração do art. 1.º, da Portaria n.º 204-B/2013, de 18 de junho, consagrando expressamente a possibilidade de acesso aos estágios profissionais nas profissões reguladas, e deixando às Associações Públicas Profissionais a possibilidade de admitirem esse acesso, permitindo assim, *in casu*, à Ordem dos Advogados, tomar a posição que entenda adequada sobre a matéria, determinando quais os casos em que considera existir possibilidade de conciliação entre o estágio de Advocacia e os estágios profissionais financiados pelo Estado.

4. Em segundo lugar, e não menos importante, o contrato de estágio profissional é celebrado entre o/ patrono/a e o/ estagiário/a e não entre este/a e qualquer organismo ou entidade público(a).

5. A isto acresce que as relações a estabelecer com o/a organismo ou entidade público(a) serão asseguradas apenas pelo/a patrono/a (ou, nos casos aplicáveis pela estrutura societária a que o/a patrono/a pertença) e limitar-se-ão a tratar das operações logísticas necessárias à concessão do apoio financeiro ao estágio a realizar pelo/a Advogado/ estagiário/a.

6. Não se vislumbrando que o incentivo financeiro aplicável aos estágios profissionais ponha em causa os deveres ético-deontológicos a que se encontram adstritos os/as Advogados/as estagiários/as e os/as Advogados/as que assumem a direção dos estágios e muito menos que tal incentivo financeiro ponha em causa os objetivos, fundamentos e fins do estágio de Advocacia estatutariamente previsto.

V. Da Analogia com os Contratos de Trabalho Celebrados entre Advogados/as e Sociedades Comerciais ou outras Entidades vs Independência e Autonomia Técnicas

1. No atual contexto, a realidade dos denominados Advogados/as de empresa não pode deixar de nos trazer um contributo analógico para a questão em apreço.

2. Os denominados Advogados/as de empresa prestam os seus serviços jurídicos, consubstanciados em atos próprios de Advogados, nos termos previstos na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, com total independência técnica, mas em regime de subordinação funcional, através da celebração de contratos de trabalho com as sociedades comerciais ou entidades a quem prestam os seus serviços.

3. Como é inegável, uma vez que tal atividade subordinada não se encontra proibida estatutariamente, **tais Advogados/as continuam sujeitos a todos os deveres decorrentes do Estatuto da Ordem dos Advogados e restante legislação complementar, incluindo o dever de pagar quotas e de manterem, em qualquer caso, a sua independência e autonomia técnicas**, sendo que o contrato de trabalho que os vincula a uma determinada entidade não lhes retira independência e **muito menos os exime do cumprimento dos deveres estatutários, de carácter ético-deontológico, a que se encontram adstritos.**

4. Tal o que acontece, *mutatis mutandis*, no caso dos estagiários que desenvolvem o seu tirocínio ao abrigo das normas estatutariamente previstas, mas com recurso, pelos/as patronos/as, a apoio financeiro do Estado, através das denominadas “bolsas de estágio”.

VI. Do Estágio Efetuado com Advogados/as ou em Sociedades de Advogados

1. No que respeita ao estágio a realizar por Advogado/a estagiário/a com um Advogado/a em nome individual, parece inequívoco não existir qualquer impedimento à conjugação do estágio de Advocacia com o denominado estágio profissional financiado pelo Estado, já que este não colide com os princípios, fundamentos ou objetivos daquele, nem com os deveres estatutários a que se encontram adstritos, quer os/as Advogados/as estagiários/as, quer os/as Advogados/as que aceitam a direção do tirocínio, permitindo, apenas, aos/às Advogados/as estagiários, se preencherem todos os requisitos legalmente previstos, beneficiarem de uma denominada “bolsa de estágio”, permitindo-lhes obter alguma autonomia financeira no decurso do estágio de Advocacia.

2. Importará, agora, analisar os casos dos estágios a realizar por Advogado/a estagiário/a com uma Sociedade de Advogados: nestes casos, entendemos que também não se verifica qualquer impedimento à celebração de tais estágios, uma vez que, por força das normas estatutárias e regulamentares em vigor, o/a Advogado/a estagiário/a tem sempre que ter como patrono/a um/a Advogado/a em nome individual a dirigir o seu estágio, o que corresponde à figura do “orientador do estágio”, na legislação aplicável em matéria de concessão de “bolsas de estágio”, pelo que não nos repugna que seja a estrutura societária na qual o/a patrono/a se integra, a assumir a relação relativa ao incentivo financeiro de que o/a estagiário/a é beneficiário/a, tendo em conta que tal factualidade em nada altera a relação, obrigatória e necessária, do estagiário/a com o/a seu/sua patrono/a.

VII. Da Realização de Estágios com Outras Entidades

Já no que respeita à realização de estágios, por Advogados/as estagiários/as, com outras entidades que não sejam Advogados/as ou sociedades de Advogados, nada impede que tais entidades recorram aos incentivos financeiros denominados “bolsas de estágio” ou equiparados, **na certeza, porém, que tais estágios não correspondem ao estágio de Advocacia legalmente previsto, não podendo ser considerados, nem contando, para quaisquer efeitos, como estágio de Advocacia realizado ao abrigo do Estatuto da Ordem dos Advogados**, uma vez que este estágio só pode ser realizado perante Advogado/Advogada, com mais de 10 (dez) anos de profissão.

VIII. Conclusões

A) Face ao que fica *supra* exposto, a Ordem dos Advogados entende que o recurso a medidas legalmente previstas de apoio à realização de estágios profissionais é conciliável com a realização do estágio de Advocacia estatutariamente previsto, uma vez que não colide com os deveres a que, nesse âmbito, se encontram adstritos os/as patronos/as e os/as Advogados/as estagiários/as;

B) A forma⁽¹⁾ da compensação financeira pela realização do estágio não influencia a qualidade, os objetivos e os fins do estágio de Advocacia estatutariamente previsto;

C) No que respeita ao estágio a realizar por Advogado/a estagiário/a com um Advogado/a em nome individual, parece inequívoco não existir qualquer impedimento à conjugação do estágio de Advocacia com o denominado estágio profissional financiado pelo Estado, já que este não colide com os princípios, fundamentos

(¹) Incentivo do Estado.

ou objetivos daquele, nem com os deveres estatutários a que se encontram adstritos, quer os/as Advogados/as estagiários/as, quer os/as Advogados/as que aceitam a direção do tirocínio;

D) Relativamente aos estágios a realizar por Advogado/a estagiário/a com Sociedades de Advogados, entendemos que também não se verifica qualquer impedimento à celebração de tais contratos de estágio, uma vez que, por força das normas estatutárias e regulamentares em vigor, o/a Advogado/a estagiário/a tem sempre que ter como patrono/a um/a Advogado/a em nome individual a dirigir o seu estágio, o que corresponde à figura do “orientador do estágio”, na legislação aplicável em matéria de concessão de “bolsas de estágio”, pelo que se admite que seja a estrutura societária na qual o/a patrono/a se integra, a assumir a relação relativa ao incentivo financeiro de que o/a estagiário/a é beneficiário/a, tendo em conta que tal factualidade em nada altera a relação, obrigatória e necessária, do estagiário/a com o/a seu/sua patrono/a.

E) Já no que respeita à realização de estágios, por Advogados/as estagiários/as, com outras entidades que não sejam Advogados/as ou sociedades de Advogados, nada impede que tais entidades recorram aos incentivos financeiros denominados “bolsas de estágio” ou equiparados, **na certeza, porém, que tais estágios não correspondem ao estágio de Advocacia legalmente previsto, não podendo ser considerados, nem contando, para quaisquer efeitos, como estágio de Advocacia realizado ao abrigo do Estatuto da Ordem dos Advogados**, uma vez que este estágio só pode ser realizado perante Advogado/Advogada.

F) Face a tudo o que fica exposto, entende o Conselho Geral que os Advogados/as estagiários/as, no decurso dos respetivos estágios, possam requerer, com o apoio dos seus patronos, os incentivos financeiros concedidos pelo Estado para a realização de estágios profissionais, desde que se verifique, cumulativamente, o seguinte:

- a) Estarem preenchidos todos os requisitos (quer no que respeita ao estagiário, quer no que respeita ao Advogado/a

que assume a direção do estágio) legalmente previstos para acesso a esses incentivos estatais;

- b) Ser devidamente assegurado que todos os montantes pagos ao abrigo do incentivo sejam canalizados, assim que recebidos, para o/a Advogado/a estagiário/a que beneficia do incentivo financeiro.

A Relatora: Carla Teixeira Morgado,
Vogal do Conselho Geral.

Aprovado na Sessão do Conselho Geral de 16 de Outubro de 2015.

— ORDEM DOS ADVOGADOS —

DELIBERAÇÃO N.º 1551/2015

Deliberação publicada no Diário da República,
Série II-E — N.º 152, de 6 de agosto de 2015,
pp. 21923-21928

O Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 18 de junho de 2015, ao abrigo do disposto nas alíneas *h)* e *dd)*, do n.º 1, do art. 45.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, conjugado com o disposto na Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 654/2010, de 11 de agosto, alterada pela Portaria 319/2011, de 30 de dezembro, deliberou aprovar as seguintes alterações ao Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 120, Suplemento, de 24 de junho de 2008, com as alterações constantes da Deliberação n.º 1733/2010, de 27 de setembro, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 188, de 27 de setembro de 2010, nos seguintes termos:

Artigo 1.º

Alterações ao Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho

Os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 12.º-A, 12.º-B e 15.º, do Regulamento de Organização e Funcionamento do

Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 120, Suplemento, de 24 de junho de 2008, com as alterações constantes da Deliberação n.º 1733/2010, de 27 de setembro, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 188, de 27 de setembro de 2010, passam a ter a seguinte redação:

«Artigo 1.º

[...]

1 — O presente Regulamento tem por objeto a definição e regulamentação das regras e procedimentos relativos à organização e funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais, no âmbito das competências atribuídas à Ordem dos Advogados pela Portaria n.º 10/2008 de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008 de 29 de fevereiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 654/2010 de 11 de agosto, alterada pela Portaria n.º 319/2011 de 30 de dezembro.

2 — É da competência do Conselho Geral, nomeadamente:

a) Proceder à nomeação, notificação e substituição de Advogado e Advogado Estagiário;

b) Decidir das vicissitudes criadas na plataforma informática pelos Advogados e Advogados Estagiários, com exceção da prevista no artigo 51.º, n.º 1 alínea n) do EOA;

c) Recusar nova nomeação decorrente de inviabilidade da ação ou da falta de colaboração do beneficiário.

3 — O Conselho Geral pode delegar no Presidente do Conselho Distrital territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário, com faculdade de subdelegação em algum ou alguns dos membros do Conselho Distrital, bem como, nas Delegações ou nos respetivos Delegados, as competências referidas no número anterior.

4 — O Conselho Geral pode ainda delegar no Presidente da Delegação territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário, com faculdade de subdelegação em algum ou alguns dos seus membros, as competências referidas no n.º 2.

Artigo 2.º

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — Os Advogados Estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem participar no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, em todos os processos atribuídos ao seu patrono nos termos do artigo 189.º do E.O.A., intervindo em diligências determinadas, com substabelecimento com reserva.

4 — ...

Artigo 3.º

[...]

1 — ...

2 — O Formulário de Inscrição encontra-se pré preenchido com os dados referentes ao nome, cédula e domicílio profissionais e conta de correio eletrónico da OA, constantes na base de dados da Ordem dos Advogados.

3 — No momento da inscrição os Advogados devem indicar obrigatoriamente os seguintes dados:

- a) Telefone;
- b) Telemóvel profissional;
- c) Área(s) preferencial(ais) de intervenção;
- d) Indicação da modalidade de participação no sistema, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro;
- e) Indicação da composição dos lotes, nos termos do disposto nos n.os 2 e 3, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro;
- f) N.º de Identificação Fiscal;
- g) N.º de Identificação Bancária;
- h) Enquadramento fiscal em sede de IVA e IRS;
- i) Local de obtenção de rendimentos.

4 — No momento da inscrição os Advogados Estagiários devem indicar obrigatoriamente os seguintes dados:

- a) Indicação do Patrono;
- b) Telefone;
- c) Telemóvel profissional;
- d) N.º de Identificação Fiscal;
- e) N.º de Identificação Bancária;
- f) Enquadramento fiscal em sede de IVA e IRS;
- g) Local de obtenção de rendimentos.

5 — Os Advogados e Advogados Estagiários comprometem-se a manter atualizados todos os dados referidos nos números anteriores, sendo da sua única e exclusiva responsabilidade a veracidade e autenticidade dos mesmos.

6 — Os dados referidos nos n.ºs 3 e 4, do presente artigo são objeto de registo na base de dados da Ordem dos Advogados.

7 — A inscrição no sistema é acompanhada de declaração de autorização do interessado para o tratamento informatizado dos seus dados pessoais e profissionais.

8 — O processo de participação no sistema do acesso ao direito e aos tribunais é efetuado, pelo menos, uma vez em cada ano civil, em data e termos a definir por deliberação do Conselho Geral.

Artigo 4.º

[...]

1 — ...

2 — No momento da apresentação da candidatura, os Advogados Estagiários devem indicar a modalidade de prestação de serviços prevista na alínea e), do n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008 de 10 de janeiro, que será prestada no seu domicílio profissional ou em gabinetes de consulta jurídica.

3 — Os Advogados e os Advogados Estagiários são hierarquizados atendendo ao número da ordem de inscrição atribuído no sistema.

Artigo 6.º

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — ...

4 — A indicação da área preferencial de intervenção, prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 3.º do presente Regulamento, será atendida, na medida do possível, com respeito pelas regras de preenchimento dos lotes de processos.

Artigo 7.º

Exclusão do sistema

1 — São causas de exclusão do sistema do acesso ao direito e aos tribunais, não podendo o advogado candidatar-se enquanto não tiverem

decorrido 3 anos, ou 5 anos em caso de dolo, sobre a data da sua exclusão, designadamente as seguintes:

a) ...

b) O incumprimento da prestação dos serviços correspondente a qualquer uma das modalidades previstas no n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, designada, pelo Advogado ou Advogado Estagiário, no momento de apresentação da respetiva candidatura ao sistema.

2 — ...

3 — *(Revogado)*.

4 — ...

5 — Em caso de exclusão do sistema são restituídas ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da notificação da decisão final, todas as quantias entregues por conta de cada processo ou diligência em curso.

6 — A substituição do Advogado expulso nos processos pendentes deverá ocorrer no prazo máximo de 10 dias.

Artigo 8.º

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — ...

4 — ...

5 — ...

6 — *(Revogado)*.

7 — ...

8 — ...

9 — ...

10 — O Advogado procederá à restituição de todas as quantias recebidas por conta de cada processo ou diligência em curso ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, IP, no prazo de 30 (trinta dias) a contar da notificação da decisão final.

Artigo 9.º

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — ...

4 — O disposto no presente artigo é aplicável a outros casos de substituição de patronos que justifiquem a repartição de honorários.

Artigo 10.º
[...]

- ...
- a) ...
 - b) ...
 - c) ...
 - d) Prestar com rigor, verdade e atempadamente todas as informações sobre os elementos previstos nos artigos 3.º, 12.º e 12.º-B do presente Regulamento;
 - e) ...
 - f) ...
 - g) ...
 - h) ...
 - i) Apresentar nota de despesas e submetê-la à homologação da Ordem dos Advogados;
 - j) ...
 - k) Emitir recibo ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., nos prazos estabelecidos na legislação fiscal.
 - l) Enviar para o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., no prazo de 30 (trinta) dias, no caso de ter sido assegurado o pagamento antecipado de despesas, cópia dos documentos que comprovem a sua realização;
 - m) Não recusar nomeações para processos fora do âmbito da(s) área(s) preferencial(ais) de intervenção indicadas no momento da inscrição, sempre que tal se mostrar essencial para garantir o regular funcionamento do sistema de acesso ao direito;
 - n) Não recusar intervir nas escalas realizadas em comarcas limítrofes quando indicado pela Ordem dos Advogados, sempre que tal se mostrar essencial para garantir o regular funcionamento do sistema de acesso ao direito;
 - o) Cooperar com a Ordem dos Advogados em todas as ações ou medidas que esta venha a prosseguir com vista a melhorar a gestão da participação dos Advogados no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

Artigo 11.º

[...]

...

a) ...

b) ...

c) ...

d) Emitir recibo ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., nos prazos estabelecidos na legislação fiscal.

Artigo 12.º

[...]

1 — A remuneração dos Advogados e Advogados Estagiários pelos serviços prestados no âmbito do sistema de acesso ao direito e aos tribunais é devida pelo Estado Português, sendo assegurada através do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., nos termos da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

2 — ...

3 — Os elementos de informação transmitidos, através da área reservada do portal da Ordem dos Advogados, são transmitidos informaticamente para o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., que procederá ao pagamento por transferência bancária.

Artigo 12.º-A

[...]

1 — ...

2 — ...

3 — O Presidente do Conselho Distrital, sempre que autorize o adiantamento do pagamento de custos inerentes à deslocação de patrono ou defensor nomeado, deve comunicar, pelo meio mais célere, tal autorização ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., com vista a que este assegure o pagamento de tais custos.

Artigo 12.º-B

[...]

1 — O reembolso das despesas suportadas pelos Advogados que participam no sistema de acesso ao direito depende da apresentação de nota de despesas e da sua homologação pelo Conselho Geral.

2 — ...

3 — A nota de despesas, assim como, os documentos que comprovam a realização das mesmas deverão ser remetidos em formato PDF assinados digitalmente através de certificado de assinatura eletrônica.

4 — O disposto no número anterior não prejudica o dever de exibição dos documentos originais comprovativos das despesas homologadas ou por homologar, sempre que o Conselho Geral o determine.

Artigo 15.º **Recursos**

As decisões proferidas no âmbito do presente regulamento não admitem reclamação nem recurso hierárquico, sendo suscetíveis de impugnação judicial.»

Artigo 2.º **Norma revogatória**

O n.º 3, do artigo 7.º, o n.º 6, do artigo 8.º e os artigos 16.º e 17.º do Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 120, Suplemento, de 24 de junho de 2008, com as alterações constantes da Deliberação n.º 1733/2010, de 27 de setembro, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 188, de 27 de setembro de 2010, são revogados.

Artigo 3.º **Disposição final**

As alterações ao Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, entram em vigor no dia seguinte à publicação da presente Deliberação.

Artigo 4.º **Republicação**

É republicado, em anexo, que é parte integrante da presente Deliberação, o Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados, Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 120, Suplemento, de 24 de junho de 2008, com as alterações constantes da Deliberação n.º 1733/2010, de 27 de setembro,

publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 188, de 27 de setembro de 2010, com a redação introduzida pela presente Deliberação.

23 de julho de 2015.

A Presidente do Conselho Geral,
ELINA FRAGA.

ANEXO

Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados

CAPÍTULO I Âmbito de aplicação

Artigo 1.º Objeto

1 — O presente Regulamento tem por objeto a definição e regulamentação das regras e procedimentos relativos à organização e funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais, no âmbito das competências atribuídas à Ordem dos Advogados pela Portaria n.º 10/2008 de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008 de 29 de fevereiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 654/2010 de 11 de agosto, alterada pela Portaria n.º 319/2011 de 30 de dezembro.

2 — É da competência do Conselho Geral, nomeadamente:

- a) Proceder à nomeação, notificação e substituição de Advogado e Advogado Estagiário;
- b) Decidir das vicissitudes criadas na plataforma informática pelos Advogados e Advogados Estagiários, com exceção da prevista no artigo 51.º, n.º 1, alínea n) do EOA;

c) Recusar nova nomeação decorrente de inviabilidade da ação ou da falta de colaboração do beneficiário.

3 — O Conselho Geral pode delegar no Presidente do Conselho Distrital territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário, com faculdade de subdelegação em algum ou alguns dos membros do Conselho Distrital, bem como, nas Delegações ou nos respetivos Delegados, as competências referidas no número anterior.

4 — O Conselho Geral pode ainda delegar no Presidente da Delegação territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário, com faculdade de subdelegação em algum ou alguns dos seus membros, as competências referidas no n.º 2.

CAPÍTULO II

Participação

Artigo 2.º

Participação de Advogados e Advogados Estagiários no sistema de acesso ao direito e aos tribunais

1 — Compete ao Conselho Geral a definição dos termos da seleção dos Advogados e Advogados Estagiários que tenham apresentado candidatura para participação no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

2 — Os Advogados com inscrição definitiva e em vigor na Ordem dos Advogados e com as quotas regularizadas podem apresentar candidatura com vista à participação no sistema de acesso ao direito e aos tribunais para prestação de qualquer das modalidades de prestação de serviços previstas no n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

3 — Os Advogados Estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem participar no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, em todos os processos atribuídos ao seu patrono nos termos do artigo 189.º do E.O.A., intervindo em diligências determinadas, com substabelecimento com reserva.

4 — Os Advogados Estagiários com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem apresentar candidatura para participação no sistema de acesso ao direito e aos tribunais na modalidade de prestação de

serviços previstos na alínea e), do n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

Artigo 3.º

Processo de inscrição

1 — Os Advogados e Advogados Estagiários que pretendam participar no sistema de acesso ao direito e aos tribunais devem apresentar candidatura junto da Ordem dos Advogados, através do preenchimento eletrónico de Formulário de Inscrição disponibilizado pelo Conselho Geral, na área reservada do portal da Ordem dos Advogados.

2 — O Formulário de Inscrição encontra-se pré preenchido com os dados referentes ao nome, cédula e domicílio profissionais e conta de correio eletrónico da OA, constantes na base de dados da Ordem dos Advogados.

3 — No momento da inscrição os Advogados devem indicar obrigatoriamente os seguintes dados:

- a) Telefone;
- b) Telemóvel profissional;
- c) Área(s) preferencial(ais) de intervenção;
- d) Indicação da modalidade de participação no sistema, nos termos do disposto no n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro;
- e) Indicação da composição dos lotes, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro;
- f) N.º de Identificação Fiscal;
- g) N.º de Identificação Bancária;
- h) Enquadramento fiscal em sede de IVA e IRS;
- i) Local de obtenção de rendimentos.

4 — No momento da inscrição os Advogados Estagiários devem indicar obrigatoriamente os seguintes dados:

- a) Indicação do Patrono;
- b) Telefone;
- c) Telemóvel profissional;
- d) N.º de Identificação Fiscal;
- e) N.º de Identificação Bancária;
- f) Enquadramento fiscal em sede de IVA e IRS;
- g) Local de obtenção de rendimentos.

5 — Os Advogados e Advogados Estagiários comprometem-se a manter atualizados todos os dados referidos nos números anteriores,

sendo da sua única e exclusiva responsabilidade a veracidade e autenticidade dos mesmos.

6 — Os dados referidos nos n.ºs 3 e 4, do presente artigo são objeto de registo na base de dados da Ordem dos Advogados.

7 — A inscrição no sistema é acompanhada de declaração de autorização do interessado para o tratamento informatizado dos seus dados pessoais e profissionais.

8 — O processo de participação no sistema do acesso ao direito e aos tribunais é efetuado, pelo menos, uma vez em cada ano civil, em data e termos a definir por deliberação do Conselho Geral.

CAPÍTULO III

Regras de participação

Artigo 4.º

CrITÉRIOS de atribuição das modalidades de prestação de serviços e hierarquização dos Advogados e Advogados Estagiários

1 — No momento da apresentação da candidatura, os Advogados devem optar pela designação para as modalidades de prestação de serviços no sistema de acesso ao direito e aos tribunais, nos termos do disposto no artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 10 de janeiro.

2 — No momento da apresentação da candidatura, os Advogados Estagiários devem indicar a modalidade de prestação de serviços prevista na alínea e), do n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008 de 10 de janeiro, que será prestada no seu domicílio profissional ou em gabinetes de consulta jurídica.

3 — Os Advogados e os Advogados Estagiários são hierarquizados atendendo ao número da ordem de inscrição atribuído no sistema.

Artigo 5.º

Número de lotes por comarca

Compete ao Conselho Geral determinar o número de lotes de processos e de lotes de escalas de prevenção e a respetiva composição, bem como definir as circunscrições em que se justifica a sua existência.

Artigo 6.º

Preenchimento dos lotes de processos

1 — Os lotes são de preenchimento sucessivo, pelo que em cada comarca só se inicia o preenchimento de um lote após o total preenchimento do lote anterior.

2 — Os Advogados que optem por lotes de maior dimensão têm prioridade no preenchimento dos lotes.

3 — A ordem de preenchimento dos lotes é determinada por aplicação dos critérios definidos n.º 3, do artigo 4.º do presente Regulamento, com as necessárias adaptações.

4 — A indicação da área preferencial de intervenção, prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 3.º do presente Regulamento, será atendida, na medida do possível, com respeito pelas regras de preenchimento dos lotes de processos.

Artigo 7.º

Exclusão do sistema

1 — São causas de exclusão do sistema do acesso ao direito e aos tribunais, não podendo o advogado candidatar-se enquanto não tiverem decorrido 3 anos, ou 5 anos em caso de dolo, sobre a data da sua exclusão, designadamente as seguintes:

a) A falsificação, o fabrico ou a elaboração de factos ou informações falsas sobre qualquer componente destinada a corporizar a informação gerida e gerada pelo sistema;

b) O incumprimento da prestação dos serviços correspondente a qualquer uma das modalidades previstas no n.º 1, do artigo 18.º da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, designada, pelo Advogado ou Advogado Estagiário, no momento de apresentação da respetiva candidatura ao sistema.

2 — A decisão de exclusão do sistema de acesso ao direito e aos tribunais cabe ao Conselho Distrital territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário.

3 — *(Revogado)*.

4 — A exclusão do sistema é independente da responsabilidade disciplinar, civil e criminal do Advogado e do Advogado Estagiário.

5 — Em caso de exclusão do sistema são restituídas ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da notificação da decisão final, todas

as quantias entregues por conta de cada processo ou diligência em curso.

6 — A substituição do Advogado expulso nos processos pendentes deverá ocorrer no prazo máximo de 10 dias.

Artigo 8.º

Saída do sistema

1 — O Advogado que pretenda sair do sistema, antes do trânsito em julgado de um processo ou do termo definitivo de uma diligência para que esteja nomeado, tem de apresentar justificação, mediante requerimento dirigido ao Presidente do Conselho Distrital, territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o respetivo domicílio profissional, sob pena de restituição, no prazo de 30 (trinta) dias, de todas as quantias entregues por conta de cada processo ou diligência em curso.

2 — O Advogado Estagiário que pretenda sair do sistema tem de apresentar justificação, mediante requerimento dirigido ao Presidente do Conselho Distrital, territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o respetivo domicílio profissional.

3 — Os requerimentos referidos nos números anteriores devem ser fundamentados e acompanhados da prova necessária à respetiva apreciação.

4 — A decisão do pedido de saída do sistema é da competência do Presidente do Conselho Distrital territorialmente competente em razão da área geográfica a que pertença o domicílio profissional do Advogado ou do Advogado Estagiário.

5 — O Presidente do Conselho Distrital pode delegar a competência definida no número anterior em algum ou alguns dos seus membros.

6 — *(Revogado)*.

7 — Após a saída do sistema a substituição integral do lote será assegurada por Advogado inscrito para a mesma modalidade de prestação de serviços.

8 — No caso de integral substituição do Advogado, a quem foi atribuído um lote de processos, a repartição dos honorários, obedecerá, com as necessárias adaptações, ao disposto no artigo 9.º do presente Regulamento.

9 — Não se revelando possível a substituição integral num lote ou sendo julgada injustificada a saída do sistema, o Advogado restituirá

todas as quantias entregues por conta de cada processo ou diligência em curso.

10 — O Advogado procederá à restituição de todas as quantias recebidas por conta de cada processo ou diligência em curso ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, IP, no prazo de 30 (trinta dias) a contar da notificação da decisão final.

Artigo 9.º **Pedido de escusa**

1 — Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 16.º, conjugada com a matéria prevista no artigo 25.º, ambos da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, sendo requerido pedido de escusa ou dispensa de patrocínio, o patrono ou o defensor nomeado e o substituto ajustam com os intervenientes seguintes a repartição dos honorários.

2 — Não havendo acordo de todos os intervenientes quanto à repartição de honorários, a sua determinação compete ao Presidente do Conselho Distrital, no âmbito da sua competência territorial, devendo a informação ser registada no sistema.

3 — O Presidente do Conselho Distrital pode delegar a competência definida no número anterior em algum ou alguns dos seus membros.

4 — O disposto no presente artigo é aplicável a outros casos de substituição de patronos que justifiquem a repartição de honorários.

CAPÍTULO IV **Deveres dos Advogados e Advogados Estagiários** **Participantes no sistema de acesso ao direito e aos** **tribunais**

Artigo 10.º **Deveres dos Advogados**

Sem prejuízo dos deveres previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados, na Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais e na Regulamentação em vigor, constituem deveres dos Advogados, designadamente os seguintes:

a) Exercer o patrocínio judiciário, por nomeação da Ordem dos Advogados, no rigoroso cumprimento de todas as regras deontológicas;

b) Assegurar o patrocínio, praticando todos os atos necessários à defesa dos interesses do patrocinado do apoio judiciário, não obstante, as limitações e dificuldades, decorrentes do seu desinteresse ou da sua falta de colaboração;

c) Recusar a nomeação para ato ou diligência efetuada em desconformidade com a designação feita pela Ordem dos Advogados constante da lista de escalas de prevenção de Advogados ou sem recurso ao sistema gerido pela Ordem dos Advogados (SINOA);

d) Prestar com rigor, verdade e atempadamente todas as informações sobre os elementos previstos nos artigos 3.º, 12.º e 12.º-B do presente Regulamento;

e) Indicar, através do portal da Ordem dos Advogados, no prazo de 5 (cinco) dias, após notificação da nomeação que ocorra para processo pendente, o respetivo número, vara/juízo, secção, tipo de ação, natureza de Processo, identificação das partes, o fim para o qual foi requerido o apoio judiciário;

f) Indicar na área reservada do portal da Ordem dos Advogados, no prazo máximo de 40 (quarenta dias), após a notificação da nomeação que se destine a um processo ou a uma ação a instaurar, o respetivo número, vara/juízo, secção, tipo de ação, natureza do processo, identificação das partes e o valor da ação ou processo;

g) Confirmar na área reservada do portal da Ordem dos Advogados, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, após a prestação da Consulta Jurídica, os elementos referentes à consulta e o número de autorização de pagamento ao mandatário, emitido pela Segurança Social, para efeitos de corporização da informação com vista à transmissão e processamento dos honorários;

h) Confirmar na área reservada do portal da Ordem dos Advogados, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, após a efetivação da escala, em caso de intervenção processual decorrente de nomeação urgente feita apenas para a diligência, os elementos informativos necessários à transmissão e processamento dos honorários;

i) Apresentar nota de despesas e submetê-la à homologação da Ordem dos Advogados;

j) Transmitir a data de propositura da ação ou processo, bem como a data do trânsito em julgado da respetiva sentença ou acórdão, para efeitos de corporização da informação com vista à transmissão e ao processamento dos honorários;

k) Emitir recibo ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, nos prazos estabelecidos na legislação fiscal.

l) Enviar para o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., no prazo de 30 (trinta) dias, no caso de ter sido assegurado o pagamento antecipado de despesas, cópia dos documentos que comprovem a sua realização;

m) Não recusar nomeações para processos fora do âmbito da(s) área(s) preferencial(ais) de intervenção indicadas no momento da inscrição, sempre que tal se mostrar essencial para garantir o regular funcionamento do sistema de acesso ao direito;

n) Não recusar intervir nas escalas realizadas em comarcas limítrofes quando indicado pela Ordem dos Advogados, sempre que tal se mostrar essencial para garantir o regular funcionamento do sistema de acesso ao direito;

o) Cooperar com a Ordem dos Advogados em todas as ações ou medidas que esta venha a prosseguir com vista a melhorar a gestão da participação dos Advogados no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

Artigo 11.º

Deveres dos Advogados Estagiários

Sem prejuízo dos deveres previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados, na Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais e na regulamentação em vigor, constituem deveres dos Advogados Estagiários, designadamente os seguintes:

a) Dar opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão invocada pelo beneficiário da consulta jurídica, no rigoroso cumprimento de todas as regras deontológicas;

b) Prestar com rigor, verdade e atempadamente todas as informações sobre os elementos previstos nos artigos 3.º e 12.º do presente Regulamento;

c) Confirmar na área reservada do portal da Ordem dos Advogados, no prazo máximo de 5 (cinco) dias após a prestação da consulta jurídica, os elementos referentes à consulta, para efeitos de corporização da informação com vista à transmissão e processamento dos honorários;

d) Emitir recibo ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., nos prazos estabelecidos na legislação fiscal.

CAPÍTULO V

Honorários e pagamentos

Artigo 12.º

Pagamento de honorários

1 — A remuneração dos Advogados e Advogados Estagiários pelos serviços prestados no âmbito do sistema de acesso ao direito e aos tribunais é devida pelo Estado Português, sendo assegurada através do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., nos termos da Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro.

2 — No âmbito do disposto no n.º 1 do presente artigo, a informação para efeitos de processamento dos valores dos honorários e das despesas é da exclusiva responsabilidade dos Advogados ou dos Advogados Estagiários que, na área reservada do portal da Ordem dos Advogados, devem indicar os elementos necessários ao respetivo processamento.

3 — Os elementos de informação transmitidos, através da área reservada do portal da Ordem dos Advogados, são transmitidos informaticamente para o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., que procederá ao pagamento por transferência bancária.

Artigo 12.º-A

Adiantamento do pagamento de despesas nas Regiões Autónomas

1 — Sempre que se verifique a indisponibilidade de deslocação de patrono ou defensor nomeado para ilha diversa da do seu domicílio, e que nesta não haja advogado inscrito no sistema de acesso ao direito, o advogado pode solicitar autorização para o adiantamento do pagamento dos custos inerentes à sua deslocação.

2 — A autorização é solicitada ao Presidente do Conselho Distrital competente em razão da área do seu domicílio profissional, mediante requerimento fundamentado.

3 — O Presidente do Conselho Distrital, sempre que autorize o adiantamento do pagamento de custos inerentes à deslocação de patrono ou defensor nomeado, deve comunicar, pelo meio mais célere, tal autorização ao Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., com vista a que este assegure o pagamento de tais custos.

Artigo 12.º-B
Reembolso de despesas

1 — O reembolso das despesas suportadas pelos Advogados que participam no sistema de acesso ao direito depende da apresentação de nota de despesas e da sua homologação pelo Conselho Geral.

2 — O Advogado deve solicitar a homologação da nota de despesas, na área reservada do portal da Ordem dos Advogados.

3 — A nota de despesas, assim como, os documentos que comprovam a realização das mesmas deverão ser remetidos em formato PDF assinados digitalmente através de certificado de assinatura eletrónica.

4 — O disposto no número anterior não prejudica o dever de exibição dos documentos originais comprovativos das despesas homologadas ou por homologar, sempre que o Conselho Geral o determine.

Artigo 13.º
Conta Corrente do Advogado

1 — A Conta Corrente é o registo dos honorários e das despesas fixadas a cada Advogado.

2 — A Conta Corrente é pessoal e intransmissível, sendo da responsabilidade do respetivo Advogado a prestação de informação necessária ao processamento dos lançamentos contabilísticos.

Artigo 14.º
Conta Corrente do Advogado Estagiário

1 — A Conta Corrente é o registo dos honorários referente à prestação da consulta jurídica.

2 — A Conta Corrente é pessoal e intransmissível, sendo da responsabilidade do respetivo Advogado Estagiário a prestação de informação necessária ao processamento dos lançamentos contabilísticos.

CAPÍTULO VI Dos Recursos

Artigo 15.º Recursos

As decisões proferidas no âmbito do presente regulamento não admitem reclamação nem recurso hierárquico, sendo suscetíveis de impugnação judicial.

Artigo 16.º Forma

(Revogado).

Artigo 17.º Prazos de decisão

(Revogado).

CAPÍTULO VII Disposições finais

Artigo 18.º Casos omissos

Os casos omissos serão resolvidos por Deliberação do Conselho Geral.

Artigo 19.º Entrada em vigor

1 — Sem prejuízo do disposto no número seguinte o presente Regulamento entra em vigor no dia 1 de setembro de 2008.

2 — Os artigos 3.º, 4.º, 5.º e 7.º entram em vigor no dia seguinte à publicação do presente Regulamento».

— ORDEM DOS ADVOGADOS —

REGULAMENTO N.º 668-A/2015

Regulamento publicado no Diário da República, Série II-E,
N.º 194 (1.º suplemento), de 5 de Outubro de 2015,
pp. 28625(2)-28626(3)

ORDEM DOS ADVOGADOS

Regulamento n.º 668-A/2015

Por deliberação do plenário do Conselho Superior, reunido em sessão de 1 de outubro de 2015, nos termos do art. 43.º, n.º 1, alínea *j*), do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, foi aprovado o Regulamento Disciplinar, cujo teor integral se publica em anexo.

ANEXO

Regulamento Disciplinar

O Conselho Superior, no exercício das suas competências, e em ordem a incorporar no Regulamento Disciplinar n.º 873/2010, publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 10 de dezembro de 2010, a experiência de funcionamento da Ordem dos Advogados

ao longo dos últimos cinco anos, entendeu proceder à atualização deste diploma normativo. Para esse efeito, o Conselho Superior tomou a iniciativa de promover reuniões com os Conselhos de Deontologia, no sentido de uniformizar a prática processual dos diversos órgãos disciplinares da Ordem. Foram ouvidos aqueles Conselhos, que se pronunciaram sobre as soluções propostas. O resultado final correspondeu ao entendimento perfilhado nas diversas posições colhidas.

O Conselho Superior espera, assim, que este novo Regulamento contribua para um exercício mais eficaz, célere e justo da ação disciplinar, enquanto competência essencial da Ordem dos Advogados. Assim:

Nos termos do art. 43.º, n.º 1, alínea *j*) da Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro [Estatuto da Ordem dos Advogados] é aprovado, por unanimidade dos membros presentes na sessão plenária de 1 de outubro de 2015, o presente Regulamento Disciplinar:

Artigo 1.º
(Ação Disciplinar)

1 — A ação disciplinar da Ordem dos Advogados pode comportar as seguintes fases:

- a*) Apreciação liminar da participação;
- b*) Processo de Inquérito;
- c*) Processo Disciplinar;
- d*) Recursos;
- e*) Execução de penas.

2 — A determinação do Conselho de Deontologia territorialmente competente para exercício do poder disciplinar em 1.ª instância é fixada na data da decisão de instauração do processo disciplinar.

3 — A participação deve ser redigida em língua portuguesa, sem necessidade de formalismos especiais, e deve ser inteligível, com relato concretizado dos factos suscetíveis de constituírem infração disciplinar, identificação do advogado ou advogado estagiário visado, e manifestando clara intenção de participação disciplinar.

4 — O participante deve identificar-se na participação pela indicação de nome completo, morada e pela junção de cópia legível de seu documento de identificação civil.

Artigo 2.º
(Distribuição e Conversão de Processos)

1 — A distribuição das participações, processos de inquérito, disciplinar e recurso é da competência do Presidente do órgão, que pode delegar o exercício dessa competência em membro do Conselho.

2 — Compete ao Presidente do respetivo órgão disciplinar a conversão do processo de apreciação liminar em processo de inquérito ou em processo disciplinar, com base em parecer fundamentado do Relator, a quem o processo, após despacho, será redistribuído.

3 — Compete às Secções ou, na ausência destas, ao Presidente do órgão, a conversão do processo de inquérito em processo disciplinar, seguindo-se a regra da redistribuição prevista no número anterior.

Artigo 3.º
(Da Apreciação Liminar)

1 — A fase de apreciação liminar constitui um saneamento prévio do processo com vista a determinar a viabilidade e regularidade das participações apresentadas.

2 — A notícia de infração disciplinar dará lugar a distribuição, como Apreciação Liminar, por despacho do Presidente do respetivo órgão, para efeitos de saneamento prévio, sem prejuízo da distribuição imediata em processo disciplinar ou de inquérito, nos termos do art. 2.º, ou do seu arquivamento por decisão do próprio Presidente.

3 — O saneamento prévio do processo termina com o arquivamento ou com a conversão em processo disciplinar ou em processo de inquérito, nos termos do presente regulamento.

Artigo 4.º
(Do Âmbito da Apreciação Liminar da Participação)

1 — Sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 2 do art. 3.º, pode o Relator a quem tenha sido distribuído o processo, em despacho fundamentado, determinar o seu arquivamento ou propor ao Presidente do Conselho respetivo a conversão em processo disciplinar ou de inquérito.

2 — O arquivamento pode ter lugar em caso de:

- a) Ininteligibilidade da participação;
- b) Manifesta falta de fundamento disciplinar, nomeadamente quando a participação relate factos que não integrem a violação de quaisquer normas disciplinares ou se encontrem prescritos;

c) Diligência Compositória nos termos do artigo seguinte.

3 — A decisão de arquivamento liminar é sempre notificada ao participante e ao participado, devendo a notificação a este último incluir cópia da participação quando não tenha sido previamente ouvido sobre a mesma.

4 — Sendo a participação ininteligível, pode o Relator, caso o julgue justificado, notificar o interessado para apresentar nova participação no prazo de 10 dias ou, para no mesmo prazo, requerer a sua audição para os mesmos efeitos.

Artigo 5.º **(Da Diligência Compositória)**

1 — Poderá o Relator convocar a realização de uma diligência compositória entre as partes.

2 — A iniciativa será precedida da remessa ao participado dos termos da participação.

3 — Do resultado da diligência será lavrada ata, subscrita por participante e participado, manifestando intenção no sentido do prosseguimento dos autos ou, havendo acordo, no sentido da extinção do processo.

Artigo 6.º **(Das Diligências de Instrução na Apreciação Liminar)**

1 — Na fase de Apreciação Liminar do processo, cabe ao Relator determinar, se assim o entender, a realização de quaisquer diligências de instrução.

2 — As diligências de instrução visam, exclusivamente, a constatação da existência de indícios da infração participada.

3 — São, nomeadamente, diligências de instrução:

a) A notificação ao participante para esclarecer ou concretizar o objeto da participação e ao participado para, querendo, se pronunciar sobre a mesma;

b) A promoção da diligência compositória nos termos do art. 5.º;

c) Quaisquer outras diligências que contribuam para aferir da viabilidade, processual e disciplinar, da participação apresentada, nomeadamente a junção de documentos.

4 — As diligências de instrução obedecerão aos princípios da informalidade, da simplicidade, da celeridade e da economia processual.

Artigo 7.º
(Processos Disciplinar e de Inquérito)

1 — A tramitação e instrução dos processos disciplinar e de inquérito regem-se pelos princípios da verdade material, da cooperação entre os sujeitos processuais e da celeridade, assegurando-se todas as garantias de defesa.

2 — Constitui ónus dos sujeitos processuais proceder à apresentação das testemunhas que indiquem, salvo determinação do Relator ou requerimento fundamentado que justifique a sua notificação pelo Conselho.

3 — Os advogados, indicados como testemunhas, podem ser inquiridos por escrito, devendo prestar juramento no depoimento, indicar a razão de ciência, ficando obrigados pelo dever de segredo relativamente ao objeto do processo.

4 — No caso de testemunhas residentes no estrangeiro, pode o Relator determinar o depoimento por escrito ou a sua inquirição pela autoridade consular da área.

5 — Tratando-se de processos que tramitam no Conselho Superior, as testemunhas serão ouvidas nas suas instalações em Lisboa, salvo quando o Relator, pessoalmente ou através de instrutor nomeado para o efeito, determinar a inquirição das mesmas nas instalações dos Conselhos de Deontologia ou nas Delegações.

6 — Havendo lugar à realização de audiência pública, o arguido é notificado das datas para a realização do julgamento, com cópia do relatório final.

Artigo 8.º
(Notificações)

1 — As notificações aos sujeitos e intervenientes processuais, salvo norma estatutária em contrário, podem ser efetuadas por qualquer forma documentada, incluindo via postal, telecópia, correio eletrónico ou outro meio idóneo de transmissão de dados.

2 — As notificações do arguido, salvo norma estatutária em contrário, podem ser expedidas por carta, telecópia ou correio eletrónico, para os endereços indicados pelo advogado à Ordem dos Advogados, nos termos do Regulamento de Inscrição.

3 — As notificações aos mandatários são feitas, preferencialmente, para o endereço de correio eletrónico ou para o número de telecópia registados na Ordem dos Advogados.

4 — A notificação ao advogado visado da decisão de instauração de processo disciplinar, e para efeitos de exercício do direito de audiência, considera-se efetuada, ainda que a mesma seja devolvida, não dando lugar à repetição da diligência.

5 — Os editais previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados podem ainda ser divulgados no portal da Ordem dos Advogados.

6 — Em tudo o que não estiver previsto neste Regulamento, em matéria de notificações, aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal.

Artigo 9.º (Recursos)

1 — São irrecuráveis as decisões que, em sede de apreciação liminar da participação e de processo de inquérito, determinem prosseguimento da ação disciplinar.

2 — Da decisão de arquivamento liminar cabe apenas recurso para as Secções ou para o próprio Conselho, consoante os casos.

3 — A decisão de arquivamento liminar é sempre notificada ao participante e ao participado, devendo a notificação a este incluir cópia da participação, quando não auditado.

Artigo 10.º (Suspensão por Incumprimento de Pena de Multa ou de Imposição da Restituição de Quantias ou Documentos)

1 — A decisão disciplinar deve conter a advertência expressa de que o incumprimento da pena de multa ou da imposição de restituição de quantias ou documentos, nos prazos indicados, determina a suspensão da inscrição do advogado ou advogado estagiário, por determinação do Presidente do órgão competente em matéria disciplinar, sem precedência de qualquer notificação.

2 — A omissão da advertência prevista no número anterior constitui mera irregularidade que pode ser suprida a todo o tempo, officiosamente ou a requerimento do interessado, pelo Presidente do órgão competente em matéria disciplinar.

Artigo 11.º (Dos Atos Processuais)

1 — Os atos processuais valem desde que assinados por quem presida à diligência ou os pratique.

2 — Os atos processuais podem ser praticados por meios eletrónicos, com aposição de assinatura digital, com dispensa da apresentação dos originais.

Artigo 12.º
(Registo disciplinar)

1 — Do extrato do registo disciplinar do arguido deve constar:

- a) As penas em que tenha sido condenado;
- b) A data da prática das infrações que deram causa às penas registadas;
- c) A data em que o arguido foi notificado do acórdão final.

2 — Compete às secretarias dos Conselhos de Deontologia manter atualizado o registo disciplinar dos advogados sob jurisdição do Conselho respetivo, independentemente da instância em que tais decisões tenham sido proferidas.

Lisboa, 2 de outubro de 2015.

O Presidente do Conselho Superior,
LUÍS MENEZES LEITÃO.

— ORDEM DOS ADVOGADOS —
DELIBERAÇÃO N.º 2332-A/2015 (SÉRIE II),
DE 23 DE DEZEMBRO

Deliberação do Conselho Geral, aprovada em 21 de dezembro de 2015, que altera e republica a Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados. Diário da República. — Série II-E — N.º 252 — 1.º Suplemento (28-12-2015), pp. 37884-(2) a 37884-(3) <<https://dre.pt/application/file/72963640>>.

ORDEM DOS ADVOGADOS

Considerando que, no dia vinte e um de dezembro de 2015, a assembleia geral extraordinária da Ordem dos Advogados aprovou por maioria a proposta de Regulamento Nacional de Estágio apresentada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, e tendo em vista a adequação da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados a esse regulamento, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 21 de dezembro de 2015, ao abrigo do disposto na alínea *m*), do n.º 1, do art. 46.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, delibera:

1. — Aditar à Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogado o ponto “8” com a epígrafe “Estágios iniciados após a Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro”, com os números 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 8.5, 8.5.1, 8.5.2, 8.5.3, 8.6, 8.7, 8.8, 8.8.1, 8.8.2, e 8.9, com a seguinte redação:

8 — Estágios iniciados após a entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro:

8.1. — A pagar no ato de recebimento do pedido de inscrição.....	700,00
8.2. — A pagar até 5 dias antes do termo da primeira fase do estágio.....	300,00
8.3. — A pagar até 30 dias antes da data designada para a realização da prova escrita que integra a prova de agregação.....	500,00
8.4. — Mudança de patrono.....	50,00
8.5. — Pedido de recurso da prova de agregação:	
8.5.1. — Por cada componente, com exceção da prova escrita.....	50,00
8.5.2. — Por cada área da prova escrita.....	37,50
8.5.3. — O valor do emolumento cobrado será devolvido em caso de provimento do recurso que determine a aprovação na prova de agregação.	
8.6. — Mudança de nome abreviado.....	10,00
8.7. — Prorrogação de estágio.....	50,00
8.8. — Transferência de centro regional de estágio:	
8.8.1. — A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono).....	50,00
8.8.2. — A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas).....	50,00
8.9. — Inscrição no tirocínio em caso de dispensa de estágio.	500,00

2. — O aditamento à Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados aprovado pela presente Deliberação entra em vigor no dia imediato à sua publicação na 2.ª Série do Diário da República, e aplica-se apenas aos estágios

iniciados após a entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

3. — Revogar o disposto nos números 2.1.2, 2.3 e 2.5, sob a epígrafe 2 — Estágio, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, publicada em anexo à Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de setembro de 2009, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de dezembro de 2009, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de Fevereiro de 2010, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de julho de 2010, da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de março de 2011, da Deliberação n.º 992/2012, de 16 de julho de 2012, da Deliberação n.º 1400/2012, de 10 de outubro de 2012 e da Deliberação n.º 1074/2014, de 13 de maio de 2014.

4. — Alterar o disposto nos números 2.12, 2.12.1 e 2.12.2, sob a epígrafe 2 — Estágio, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, para a seguinte redação:

2.12.— Transferência de centro regional de estágio:

2.12.1. — A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono)	50,00
2.12.2. — A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas).....	15,00

5. — É republicada, em anexo, que é parte integrante da presente Deliberação, a Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de setembro de 2009, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de dezembro de 2009, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de fevereiro de 2010, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de julho de 2010 e da Deliberação n.º 855/ /2011, de 30 de março de 2011, da Deliberação n.º 992/ /2012, de 16 de julho de 2012, da Deliberação n.º 1400/2012,

de 10 de outubro de 2012, da Deliberação n.º 1074/2014, de 13 de maio de 2014, com a redação introduzida pela presente Deliberação.

Lisboa, 23 de dezembro de 2015.

A Presidente do Conselho Geral,
ELINA FRAGA.

ANEXO

Tabela de Emolumentos e Preços

(Em euros)

1. — Quotas:

1.1. — Advogados com mais de quatro anos de inscrição	37,50
1.2. — Advogados com menos de quatro anos de inscrição .	18,75
1.3. — Advogados reformados com autorização para advogar (conforme Deliberação n.º 992/2012 de 16 de julho).....	37,50
1.4. — Advogados de outros Estados membros da União Europeia	37,50
1.5. — Advogados de outros Estados membros da União Europeia com menos de quatro anos de inscrição	18,75
1.6. — Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em Direito (nos termos do art. 193.º do EOA).....	37,50

2. — Estágio:

2.1. — Inscrição de advogado estagiário:	
2.1.1. — A pagar no ato de inscrição inicial.....	700,00
2.1.2. — <i>(Revogado)</i>	
2.1.3. — A pagar até 15 dias após a publicação no portal da Ordem dos Advogados da aprovação na prova de aferição.....	500,00
2.1.4. — A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização do exame final de avaliação e agregação	150,00

2.2. — Mudança de patrono.....	50,00
2.3. — <i>(Revogado)</i>	
2.4. — Repetição da fase de formação complementar	500,00
2.5. — <i>(Revogado)</i>	
2.6. — Pedido de revisão (o valor da taxa cobrada será devolvido em caso de provimento do pedido):	
2.6.1. — Da Prova de Aferição, por cada teste.....	50,00
2.6.2. — Da Prova do exame nacional de avaliação de agregação, por área.....	37,50
2.6.3. — Da informação de Estágio	37,50;
2.7. — Repetição do exame escrito nacional.....	50,00
2.8. — Repetição da prova oral	50,00
2.9. — Inscrição na prova oral para melhoria de classifica- ção	25,00
2.10. — Mudança de nome abreviado	10,00
2.11. — Prorrogação de estágio.....	50,00
2.12. — Transferência de centro regional de estágio:	
2.12.1. — A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono)	50,00
2.12.2. — A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas)	15,00

3. — Inscrição e outros serviços:

3.1. — Inscrição de advogado	300,00
3.2. — Inscrição de advogado brasileiro e outros provenien- tes de PALOP e ainda de países com regime de reci- procidade.....	300,00
3.3. — Inscrição de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia	500,00
3.4. — Registo de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia	300,00
3.5. — Inscrição de Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em direito (nos termos do art. 193.º do EOA).....	300,00
3.6. — Declarações.....	5,00
3.7. — Certidões	5,00
3.8. — Ao emolumento das certidões acrescerá, por cada lauda.....	0,50
3.9. — Levantamento da suspensão da inscrição	75,00

3.10. — Segunda via de cédula profissional.....	25,00
3.11. — Cartão de advogado comunitário	100,00
3.12. — Cartão de empregado forense	25,00
3.13. — Renovação do cartão de empregado forense.....	20,00
3.14. — Pedido de laudo — emolumentos — art. 23.º do Regulamento n.º 36/2003 (DR 2.ª Série), de 6 de agosto, com a redação do Regulamento n.º 40/2005 (DR 2.ª Série), de 20 de maio — art. 23.º — valor do pedido:	
Até € 1250.....	100,00
Superior a € 1250 e até € 2500	200,00
Superior a € 2500 e até € 7500	300,00
Superior a € 7500 e até € 25 000	400,00
Superior a € 25 000 e até € 50 000	500,00
Superior a € 50 000.....	750,00

4. — Sociedades de advogados:

4.1. — Aprovação do projeto de pacto social.....	375,00
4.2. — Registo da constituição da sociedade.....	225,00
4.3. — Registo de alteração do pacto social (exceto alteração da Sede).....	225,00
4.4. — Outros atos sujeitos a registo	225,00

5. — Biblioteca:

5.1. — Fotocópias/impressões (cada):	
1 a 40.....	(*)0,10
1 a 100.....	(*)0,15
1 a > 100	(*)0,20
5.2. — Impressões a cores	(*)0,20
5.3. — Gravação de CD-ROM	(*)3,03
5.4. — Digitalização de textos (cada página)	(*)0,30
5.5. — <i>Download</i> (cada página).....	(*)0,20
5.6. — Encadernações (de argolas).....	(*)1,82
5.7. — Empréstimo domiciliário — caução (utilizadores externos).....	20,00

(*) IVA incluído à taxa legal em vigor.

6. — Informática:

6.1. — Pedido de envio de e-mails (cada):	
6.1.1. — Para todos os advogados.....	(*)403,33
6.1.2. — Para um universo específico	(*)504,17
6.1.3. — Adicional para urgência (num prazo de vinte e quatro horas)	(*)504,17
6.2. — Leitor de cartão com chip (cédula profissional)	(*)30,25
6.3. — Certificados para sociedades (cada).....	(*)15,13
6.4. — Emissão de certificado digital não renovado ou revogado para advogado	(*)15,13

7. — Atribuição do título de advogado especialista:

7.1. — Com o pedido de atribuição do título de advogado especialista	150,00
7.2. — Com a atribuição do título de advogado especialista e respetivo averbamento no processo individual de advogado	150,00
7.3. — Pela confirmação prevista no art. 4.º do Regula- mento Geral das Especialidades.....	150,00

**8. — Estágios iniciados após a entrada em vigor da Lei
n.º 145/2015, de 9 de setembro:**

8.1. — A pagar no ato de recebimento do pedido de inscri- ção	700,00
8.2. — A pagar até 5 dias antes do termo da primeira fase do estágio	300,00
8.3. — A pagar até 30 dias antes da data designada para a rea- lização da prova escrita que integra a prova de agre- gação	500,00
8.4. — Mudança de patrono	50,00;
8.5. — Pedido de recurso da prova de agregação	
8.5.1. — Por cada componente, com exceção da prova escrita.....	50,00
8.5.2. — Por cada área da prova escrita	37,50;
8.5.3. — O valor do emolumento cobrado será devol- vido em caso de provimento do recurso que	

(*) IVA incluído à taxa legal em vigor.

	determine a aprovação na prova de agregação.	
8.6. —	Mudança de nome abreviado	10,00
8.7. —	Prorrogação de estágio	50,00
8.8. —	Transferência de centro regional de estágio	
	8.8.1. — A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono)	50,00
	8.8.2. — A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas)	50,00
8.9. —	Inscrição no tirocínio em caso de dispensa de estágio	500,00

— ORDEM DOS ADVOGADOS —
REGULAMENTO N.º 913-A/2015 (SÉRIE II),
DE 22 DE DEZEMBRO DE 2015

Regulamento n.º 913-A/2015 (Série II), de 22 de dezembro de 2015 / Ordem dos Advogados. — Regulamento Nacional de Estágio, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 21 de dezembro de 2015. Diário da República. — Série II-E — N.º 252 — 1.º Suplemento (28-12-2015), pp. 37884-(3) a 37884-(8) <<https://dre.pt/application/file/72963641>>.

ORDEM DOS ADVOGADOS

**Regulamento n.º 913-A/2015 (Série II),
de 22 de dezembro de 2015**

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 21 de dezembro de 2015, ao abrigo do disposto na alínea *d*), 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 a proposta de Regulamento Nacional de Estágio, elaborada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto na alínea *g*), do n.º 1, do art. 46.º do EOA:

Regulamento Nacional de Estágio

CAPÍTULO I Princípios Gerais

Artigo 1.º Fins do estágio

1 — O estágio destina-se a certificar publicamente que o Advogado estagiário obteve formação técnico-profissional e deontológica rigorosa e que cumpriu todos os requisitos impostos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados e respetivos regulamentos, sob orientação da Ordem dos Advogados, habilitando-o ao exercício competente e responsável da Advocacia.

2 — A formação técnico-profissional e deontológica referida no número anterior é assegurada pelo exercício da profissão sob a orientação e acompanhamento efetivos do patrono, bem como pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados, em termos a definir pelo Conselho Geral.

Artigo 2.º Duração e fases do estágio

1 — O estágio tem a duração de dezoito meses, contados desde a data da inscrição como Advogado estagiário até à data de realização do último exame que integra a prova de agregação, e compreende a primeira fase do estágio com a duração de seis meses e a segunda fase do estágio com a duração de doze meses.

2 — A primeira fase do estágio destina-se a garantir a iniciação aos aspetos técnicos da profissão e a habilitar o Advogado estagiário com os conhecimentos técnico-profissionais e deontológicos essenciais ao exercício da Advocacia, assegurando que o Advogado estagiário, ao transitar para a segunda fase, está apto à realização dos atos próprios da Advocacia no âmbito da sua competência.

3 — Os trabalhos ou relatórios exigidos e apresentados pelo Advogado estagiário na primeira fase do estágio consideram-se parte integrante da prova de agregação a serem tidos em conta na avaliação final respetiva.

4 — A segunda fase do estágio visa o desenvolvimento e aprofundamento progressivos das exigências práticas da Advocacia através da vivência da profissão baseada no relacionamento do Advogado estagiário com o patrono e o seu escritório, de intervenções judiciais em práticas tuteladas, de contactos com a vida judiciária, repartições e todos os serviços relacionados com o exercício da atividade profissional e bem assim a consolidação dos conhecimentos técnico-profissionais e o aprofundamento dos conhecimentos deontológicos, nomeadamente através da frequência de ações de formação temática exigidas pelos serviços de estágio da Ordem dos Advogados e da participação no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

CAPÍTULO II

Estrutura orgânica do estágio

Artigo 3.º

Comissão Nacional de Estágio e Formação

1 — A prossecução coordenada dos fins e objetivos referidos nos arts. 1.º e 2.º é assegurada pela Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), que funciona sob a direção e tutela do Conselho Geral.

2 — A CNEF é composta por quinze membros, sendo oito indicados pelo Conselho Geral, um dos quais preside com voto de qualidade, e os restantes sete indicados por cada um dos Conselhos Regionais.

3 — Todos os membros Advogados da CNEF têm que ter a sua inscrição ativa na Ordem dos Advogados e não podem ter sido sancionados com pena disciplinar superior a multa.

4 — O mandato dos membros da CNEF cessa com o termo do mandato do Conselho Geral que o tiver nomeado, mantendo-se em funções de mera gestão até à sua substituição.

5 — O mandato cessa por caducidade nos termos do número anterior e ainda por renúncia ou exoneração do Conselho Geral.

6 — A CNEF pode, sob proposta do seu presidente, e após ratificação pelo Conselho Geral, convidar entidades terceiras para com elas colaborar no âmbito das suas atribuições.

Artigo 4.º
Poderes e competências da CNEF

1 — Cabe à CNEF adotar resoluções no âmbito das matérias que lhe estejam cometidas pelo presente regulamento ou por deliberação do Conselho Geral, emitir pareceres, coordenar os Centros de Estágio na realização concreta dos princípios gerais da formação e dos programas de estágio e apresentar propostas de regulamentação ao Conselho Geral, tudo com vista a garantir uma preparação profissional rigorosa e criteriosa dos Advogados estagiários a nível nacional.

2 — Compete ainda à CNEF assegurar a execução de um sistema de formação e qualificação justo e proporcionado às elevadas exigências do acesso à profissão, no respeito pelos princípios gerais definidos pelo Conselho Geral.

3 — Sempre que o Bastonário entender conveniente, o presidente da CNEF representa a Ordem dos Advogados nos eventos nacionais ou internacionais que se relacionem, pelo seu objeto, com interesses específicos do estágio ou da formação dos Advogados.

4 — A CNEF pode colaborar com outras instituições, nacionais ou internacionais, e propor ao Conselho Geral a celebração de convénios, protocolos e acordos com as universidades, escolas profissionais e organismos profissionais representativos de outras profissões jurídicas.

5 — A CNEF dispõe de secretariado próprio e é dotada dos meios financeiros, logísticos e administrativos aprovados em Conselho Geral.

Artigo 5.º
Funcionamento da CNEF

1 — A CNEF reúne em plenário mediante convocação do seu Presidente ou do Bastonário.

2 — As convocatórias são remetidas, com, pelo menos, cinco dias de antecedência, a todos os membros da CNEF e com conhecimento ao Bastonário, com indicação do local, dia e hora da reunião e ordem de trabalhos, devendo, sempre que possível, ser observado um critério de rotatividade no que respeita ao local das reuniões.

3 — As deliberações da CNEF, no âmbito dos poderes e competências mencionados no artigo anterior, são tomadas por maioria simples dos seus membros presentes, com recurso para o Conselho Geral.

4 — Das reuniões em plenário é lavrada ata, onde se consignam todos os assuntos tratados e deliberações tomadas para posterior conhecimento do Conselho Geral e dos Conselhos Regionais.

5 — As atas das reuniões do plenário da CNEF são aprovadas no início da reunião ordinária seguinte àquela a que disserem respeito.

Artigo 6.º **Centros de Estágio**

1 — A execução e desenvolvimento concreto do estágio, de acordo com os princípios e regras definidos pelo Conselho Geral, compete aos Centros de Estágio dependentes de cada um dos Conselhos Regionais, os quais promovem e realizam, diretamente ou em colaboração com as Delegações, pólos de formação e demais entidades, as ações de formação profissional dos Advogados estagiários que entenderem adequadas ao cumprimento dos objetivos do estágio por via da formação presencial ou a distância, utilizando as ferramentas do ensino *e-learning*.

2 — Na área de jurisdição de cada um dos Conselhos Regionais funciona, em regra, um Centro de Estágio, presidido por um membro designado pelo Conselho Regional respetivo.

3 — Os Conselhos Regionais podem delegar, nos termos legais, as suas competências estatutárias em matéria de estágio.

Artigo 7.º **Estrutura, formadores e meios dos Centros de Estágio**

1 — Os Centros de Estágio são dotados de formadores e pessoal administrativo, instalações, equipamentos e outros meios necessários ao desempenho das suas atribuições.

2 — Os formadores são selecionados por concurso anunciado publicamente, a realizar de três em três anos, e exercem a sua atividade mediante contrato remunerado de prestação de serviços a celebrar com os Conselhos Regionais.

3 — Os formadores devem possuir reconhecida aptidão pedagógica e, sendo Advogados, ter, pelo menos, dez anos de inscrição na Ordem dos Advogados, não terem sido punidos com sanção disciplinar superior a multa e possuir reconhecido mérito profissional.

4 — Os titulares de órgãos eleitos da Ordem dos Advogados e membros de Comissões e Institutos de âmbito regional ou nacional não podem ser contratados como formadores.

5 — O recrutamento, seleção e contratação de formadores é objeto de regulamento próprio.

Artigo 8.º

Comissão Nacional de Avaliação

A participação e intervenção da Comissão Nacional de Avaliação (CNA), no estágio, é objeto de regulamento próprio.

CAPÍTULO III

Do Estágio

Secção I

Inscrição na Ordem dos Advogados

Artigo 9.º

Inscrição dos Advogados estagiários

A inscrição dos Advogados estagiários rege-se pelas disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados estagiários.

Artigo 10.º

Inscrição nos cursos de estágio

1 — A inscrição dos Advogados estagiários é efetuada pelo Conselho Geral, depois de recebida e tramitada preparatoriamente pelo Conselho Regional competente, e importa a inscrição no curso de estágio que se iniciar no respetivo Centro de Estágio.

2 — Os requerimentos para inscrição são apresentados pelos candidatos no prazo de quinze dias após a publicitação pela CNEF da data de início de cada curso de estágio fixada pelo Conselho Geral.

3 — A contagem do tempo de estágio é feita de forma contínua, tendo por termo inicial a data de inscrição como Advogado estagiário e por termo final a data de realização do último exame que integra a prova de agregação, com as exceções previstas no presente regulamento.

4 — A CNEF publicitará as datas de início dos cursos de estágio fixadas pelo Conselho Geral com uma antecedência mínima de sessenta dias relativamente à data de início de cada curso.

Artigo 11.º
Transferência de Centro de Estágio

1 — Havendo motivo ponderoso, pode o Advogado estagiário requerer à CNEF a sua transferência para outro Centro de Estágio, cabendo recurso para o Conselho Geral.

2 — No caso previsto no número anterior, o processo individual do Advogado estagiário transferido integra todas as informações e pareceres exigidos pelo presente regulamento, com referência ao tempo de estágio decorrido sob a alçada do Centro de Estágio cessante.

3 — Cabe ao Centro de Estágio para o qual o estagiário for transferido dar a informação final de estágio e proceder à avaliação final do Advogado estagiário.

Artigo 12.º
Suspensão do estágio

1 — O Advogado estagiário pode requerer à CNEF a suspensão do seu estágio até um período máximo de seis meses.

2 — Logo que cessada a suspensão, o Advogado estagiário reingressa na fase em que se encontrava aquando do início da suspensão.

3 — No caso previsto no número anterior, o Advogado estagiário fica sujeito às normas regulamentares e às tabelas de taxas e emolumentos que se encontrem em vigor à data do reingresso.

4 — O decurso do período máximo de seis meses de suspensão sem que o Advogado estagiário requeira o levantamento da suspensão importa o imediato cancelamento da sua inscrição.

Artigo 13.º
Prorrogação do estágio

1 — A título excepcional, o tempo de estágio pode ser prorrogado a requerimento do Advogado estagiário.

2 — O pedido de prorrogação do estágio tem de ser justificado e acompanhado de parecer do patrono, sendo apreciado e decidido pelo Presidente do Conselho Regional respetivo, com recurso para o Conselho Geral.

3 — Ainda que por diversas vezes autorizada, a prorrogação do estágio nunca pode exceder, no total, um período superior a seis meses.

Artigo 14.º**Inscrição de Advogado, entrega de cédula e juramento**

1 — Concluído com aproveitamento o período de estágio e cumprido o disposto no art. 36.º deste regulamento, o Conselho Regional competente conclui a tramitação preparatória do respetivo processo de inscrição que deve submeter ao Conselho Geral para inscrição como Advogado, nos termos do regulamento de inscrição de Advogados e Advogados estagiários.

2 — Efetuada a inscrição do Advogado pelo Conselho Geral, o Conselho Regional competente disponibiliza a respetiva declaração comprovativa, podendo a entrega da cédula profissional ser feita em ato público com prestação de juramento solene, nos termos definidos em Conselho Geral.

Secção II**Dos patronos e dos Advogados estagiários****Artigo 15.º****Funções do patrono**

1 — O patrono desempenha um papel fundamental e imprescindível ao longo de todo o período do estágio, sendo o principal responsável pela orientação e direção do exercício profissional do Advogado estagiário.

2 — Ao patrono cabe promover e incentivar a formação durante o estágio e apreciar a aptidão e idoneidade ética e deontológica do Advogado estagiário para o exercício da profissão, emitindo para o efeito relatório final.

Artigo 16.º**Obrigações do patrono**

Ao aceitar o tirocínio do Advogado estagiário, o patrono fica vinculado ao cumprimento dos seguintes deveres:

- a) Permitir ao Advogado estagiário o acesso ao seu escritório e a utilização deste, nas condições e com as limitações que venha a estabelecer;
- b) Apoiar o Advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio este venha a ser incumbido, no quadro legal e regulamentar vigente;

- c) Aconselhar, orientar e informar o Advogado estagiário durante todo o tempo de formação;
- d) Compensar o Advogado estagiário das despesas por este efetuadas nos processos em que atuem conjuntamente, ou que tenham sido confiados pelo patrono ao Advogado estagiário, em conformidade com o quadro legal e regulamentar vigente;
- e) Fazer-se acompanhar do Advogado estagiário em diligências judiciais quando este o solicite ou quando o interesse das questões em causa o recomende;
- f) Permitir que o Advogado estagiário tenha acesso a peças forenses da autoria do patrono e que assista a conferências com clientes;
- g) Facilitar ao Advogado estagiário o acesso à utilização dos serviços do escritório, designadamente de telefones, telefax, computadores, internet e outros nas condições e com as limitações que venha a determinar;
- h) Permitir, sempre que possível, o patrocínio conjunto com o Advogado estagiário, bem como a aposição da assinatura deste, por si ou juntamente com a do patrono, em todos os trabalhos que por aquele sejam realizados ou em que tenha colaborado;
- i) Colaborar com o Advogado estagiário na condução dos processos de cujo patrocínio venham a ser co-responsavelmente incumbidos;
- j) Assegurar as intervenções processuais obrigatórias do Advogado estagiário;
- l) Não aceitar mais do que dois Advogados estagiários em simultâneo;
- m) Providenciar para que o Advogado estagiário cumpra os respetivos deveres de estágio;
- n) Cumprir as formalidades legais inerentes à realização do estágio.

Artigo 17.º

Escusa pelo patrono

No decurso do período de estágio, o patrono apenas pode escusar-se das suas funções quando ocorra um motivo fundamentado, devendo para o efeito dirigir solicitação escrita ao Conselho Regional competente, cabendo recurso para o Conselho Geral.

Artigo 18.º
Deveres do Advogado estagiário

São deveres do Advogado estagiário durante todo o seu período de estágio e formação:

- a) Observar escrupulosamente as regras, condições e limitações admissíveis na utilização do escritório do patrono;
- b) Guardar respeito e lealdade para com o patrono;
- c) Submeter-se aos planos de estágio que vierem a ser definidos pelo patrono;
- d) Colaborar com o patrono sempre que este o solicite e efetuar os trabalhos que lhe sejam determinados, desde que se revelem compatíveis com a atividade do estágio;
- e) Colaborar com empenho, zelo e competência em todas as atividades, trabalhos e ações de formação que venha a frequentar no âmbito dos programas de estágio;
- f) Guardar segredo profissional;
- g) Comunicar ao Centro de Estágio qualquer facto que possa condicionar ou limitar o pleno cumprimento das normas estatutárias e regulamentares inerentes ao estágio;
- h) Entregar as peças processuais, trabalhos ou relatórios que lhe sejam exigidos;
- i) Participar nas sessões de formação obrigatórias;
- j) Subscrever e manter atualizadas apólices de seguro de acidentes pessoais e de responsabilidade civil profissional nos termos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados;
- l) Cumprir em plenitude todas as demais obrigações deontológicas e regulamentares no exercício da atividade profissional.

Secção III
Primeira Fase do Estágio

Artigo 19.º
Conteúdo e objetivos da primeira fase do estágio

1 — A primeira fase do estágio é constituída pelo trabalho e permanência do Advogado estagiário no escritório do patrono e pela frequência das sessões de formação disponibilizadas pelos Centros de Estágio ou determinadas pela CNEF.

2 — Os Centros de Estágio disponibilizam sessões de formação obrigatórias, designadamente nas áreas de deontologia profissional, prática processual civil e prática processual penal, de acordo com programas a definir pela CNEF e a aprovar pelo Conselho Geral.

3 — Durante a primeira fase do estágio são ainda disponibilizadas pelos Centros de Estágio, em articulação com a CNEF e com a colaboração de outras entidades, sessões de formação nas seguintes áreas, designadamente:

- i)* Direitos Humanos;
- ii)* Igualdade de Género;
- iii)* Violência Doméstica;
- iv)* Direito dos Menores;
- v)* Acesso ao Direito e aos Tribunais;
- vi)* Branqueamento de capitais na perspetiva do Advogado;
- vii)* Direito Europeu;
- viii)* Direito Constitucional e tramitação processual no Tribunal Constitucional;
- ix)* Tramitação processual no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
- x)* Práticas Processuais Laborais, Administrativas e Tributárias.

Artigo 20.º

Termo da primeira fase do estágio

1 — Até ao termo da primeira fase do estágio, o Advogado estagiário está obrigado a proceder à entrega das peças processuais ou de outros trabalhos ou relatórios que lhe sejam exigidos nos termos a definir pela CNEF, sendo estes elementos avaliados e classificados pelos formadores respetivos, de zero a vinte valores, que dessa classificação dão conhecimento ao Centro de Estágio.

2 — No prazo referido no número anterior, os Advogados estagiários têm que participar num mínimo de setenta e cinco por cento das sessões de formação obrigatória.

3 — O termo da primeira fase do estágio ocorre logo que decorridos seis meses sobre a data da inscrição como Advogado estagiário, iniciando-se no dia imediato a segunda fase do estágio.

Secção IV

Segunda Fase do Estágio

Artigo 21.º

Prática profissional tutelada

A prática tutelada e a formação temática mencionadas no n.º 4, do art. 2.º, decorrem sob a direção geral e permanente do patrono e a orientação e intervenção da CNEF e dos Centros de Estágio.

Artigo 22.º

Intervenções Tuteladas

1 — Com o acompanhamento ou a orientação do patrono, o Advogado estagiário deve realizar, no mínimo, dez intervenções judiciais que abrangem obrigatoriamente e, pelo menos, duas das seguintes jurisdições:

- a) Penal;
- b) Cível;
- c) Laboral;
- d) Administrativo;
- e) Tributário.

2 — As intervenções mencionadas no número anterior são comprovadas pelas cópias das atas ou autos das diligências processuais respetivas.

3 — Para além das intervenções referidas no n.º 1, o Advogado estagiário deve assistir, no mínimo, a trinta diligências judiciais, das quais, pelo menos, dez no âmbito da jurisdição penal e dez no da jurisdição cível.

4 — A assistência às trinta diligências referidas no número anterior é comprovada pelo relatório elaborado pelo Advogado estagiário com a descrição circunstanciada do conteúdo da diligência e pela assinatura da entidade que à mesma presidiu em folha de presença disponibilizada pela CNEF.

5 — Em conformidade com lista aprovada pela CNEF, o Advogado estagiário deve elaborar peças processuais, subscritas por si ou conjuntamente com o patrono, obrigatoriamente e, pelo menos, no âmbito de duas das jurisdições mencionadas no n.º 1, o que deve comprovar com cópia das mesmas.

6 — O Advogado estagiário deve comparecer com regularidade diária no escritório do patrono, aí assistindo e executando todos os traba-

lhos e serviços relacionados com a Advocacia, o que consignará, de forma sucinta e especificada, no relatório final, devendo ainda acompanhar o patrono no respetivo serviço externo sempre que este assim o determine, o que fará constar circunstanciadamente de relatório autónomo.

Artigo 23.º

Ações de formação temática e acesso ao direito

Com vista ao aprofundamento dos conhecimentos técnico-profissionais e ao apuramento da consciência deontológica, o Advogado estagiário deve frequentar todas as ações de formação que a CNEF ou os Centros de Estágio organizem ou cuja frequência imponham, bem como participar no regime do acesso ao direito e à justiça no quadro legal vigente.

Artigo 24.º

Deveres específicos do Advogado estagiário

Constituem ainda deveres do Advogado estagiário durante a segunda fase do estágio:

- a) Participar nos processos judiciais que lhe forem confiados no quadro legal e regulamentar vigente e solicitar ao patrono apoio no respetivo patrocínio;
- b) Participar no regime do acesso ao direito e à justiça em conformidade com o quadro legal vigente;
- c) Apresentar relatório final da sua autoria referente a todas as suas atividades de estágio.

Artigo 25.º

Relatórios

1 — No termo da segunda fase do estágio, e atento o prazo previsto no n.º 2, do art. 26.º, o patrono elabora relatório final da atividade exercida pelo Advogado estagiário, devendo emitir parecer fundamentado sobre a sua aptidão ou inaptidão para o exercício da Advocacia.

2 — Quando o estágio tiver decorrido sob a direção sucessiva de dois ou mais patronos, deve cada patrono elaborar o relatório correspondente ao período de estágio que supervisionou, devendo a ponderação final do conjunto dos relatórios ser efetuada pelo presidente do Centro de Estágio, sempre que tal se justifique.

3 — Verificando-se impossibilidade ou recusa injustificada do patrono em elaborar o relatório referido no n.º 1, o presidente do Centro

de Estágio respetivo substitui-se-lhe, depois de analisado o trajeto formativo do estagiário e a documentação que for julgada necessária.

4 — No termo da segunda fase do estágio e atento o prazo previsto no n.º 2, do art. 26.º, o Advogado estagiário elabora o relatório final de estágio em que descreve a atividade desenvolvida durante todo o tirocínio.

5 — Os relatórios previstos no presente artigo, bem como todos os demais exigidos no presente regulamento, são elaborados sob compromisso de honra quanto aos seus conteúdos.

Secção V

Acesso à prova de agregação

Artigo 26.º

Encerramento do processo de formação

1 — Os serviços administrativos procedem à junção ao processo individual do Advogado estagiário de todos os elementos que forem por este entregues e bem assim das classificações atribuídas pelos formadores nos termos do disposto no art. 20.º, n.º 1, dos registos disciplinares, outras informações e pareceres que respeitem ao estágio e que sejam relevantes para instruir a informação final.

2 — Tendo em vista a finalidade prevista no número anterior, o Advogado estagiário procede à entrega no Centro de Estágio de todos os relatórios e demais elementos exigidos para a conclusão do seu processo de avaliação até trinta dias antes da data designada para a prova de agregação.

3 — Sem prejuízo do disposto nos arts. 12.º e 13.º, o incumprimento da obrigação referida no número anterior determina o cancelamento da inscrição de Advogado estagiário.

Artigo 27.º

Informação final

1 — Cumprido o disposto no n.º 1 do artigo anterior, o Centro de Estágio verifica, em quinze dias, o cumprimento das obrigações impostas ao Advogado estagiário pelo presente regulamento.

2 — Verificando-se o cumprimento das obrigações previstas no número anterior, o Centro de Estágio lança no correspondente processo

individual a respetiva informação final e o Advogado estagiário é admitido à prova de agregação.

3 — Detetada no processo qualquer irregularidade ou desconformidade imputável ao Advogado estagiário, deverá este ser notificado para, no prazo de cinco dias, suprir os respetivos vícios.

4 — Sem prejuízo do disposto nos arts. 12.º e 13.º, a falta de suprimento dos vícios mencionados no número anterior determina o cancelamento da inscrição como Advogado estagiário.

CAPÍTULO IV

Prova de agregação

Artigo 28.º

Objetivo, conteúdo e avaliação

1 — A prova de agregação destina-se à verificação da capacidade técnica e científica do Advogado estagiário, bem como da sua preparação deontológica para o exercício da atividade profissional de Advocacia, tudo com vista à atribuição do título de Advogado.

2 — A prova de agregação é integrada por:

a) Elementos mencionados nos arts. 20.º e 22.º a 25.º deste regulamento;

b) Entrevista;

c) Prova escrita.

3 — Na prova de agregação são avaliados os conhecimentos adquiridos nas duas fases do estágio, ponderando-se as suas várias componentes.

Artigo 29.º

Trabalhos, relatórios e entrevista

1 — A entrevista compreende a análise, ponderação e discussão teórico-prática dos elementos mencionados nos arts. 22.º a 25.º e de matérias práticas de índole deontológica, com vista à avaliação do grau de aquisição pelo Advogado estagiário dos níveis de qualificação técnica, científica e ética que são exigíveis a um Advogado.

2 — À entrevista é atribuída uma classificação de zero a vinte valores que é considerada na avaliação final da prova de agregação.

3 — A entrevista tem lugar nos Centros de Estágio perante um júri composto por três membros, um dos quais preside.

4 — Aos membros do júri aplica-se o disposto no n.º 3, do art. 7.º.

Artigo 30.º

Prova escrita

1 — A prova escrita tem carácter uniforme e realização simultânea em todo o território nacional, podendo o Advogado estagiário, durante o seu decurso, consultar apenas legislação e regulamentação não anotada, em suporte de papel.

2 — A prova escrita incide sobre as áreas de deontologia profissional, prática processual civil e prática processual penal e ainda sobre as áreas expressamente consignadas no n.º 3, do art. 19.º.

3 — Cabe à CNEF designar a data de realização da prova escrita, com a antecedência mínima de sessenta dias.

4 — A CNA define o conteúdo da prova escrita, a cotação das respetivas questões e a correspondente grelha de correção.

5 — Incumbe à CNA, com a colaboração ativa e efetiva dos Centros de Estágio, a organização da realização da prova e da correção da mesma, devendo a classificação ser atribuída segundo uma escala de zero a vinte valores, arredondando-se o resultado por excesso para a unidade seguinte quando a parte fracionária do mesmo for igual ou superior a 0,50, e por defeito para a unidade anterior quando for inferior.

Artigo 31.º

Aprovação na prova de agregação

1 — A atribuição do título de Advogado depende da aprovação na prova de agregação.

2 — A aprovação na prova de agregação depende da obtenção da classificação final mínima de dez valores, numa escala de zero a vinte, apurada de acordo com os valores obtidos por aplicação dos seguintes fatores de ponderação:

a) 10% para a classificação atribuída nos termos previstos no art. 20.º, n.º 1;

b) 20% para a classificação atribuída na entrevista referida no art. 29.º, n.º 2;

c) 70% para a classificação da prova escrita que, sendo inferior a dez valores, determina a não aprovação na prova de agregação.

Artigo 32.º**Recurso**

1 — Da não aprovação na prova de agregação cabe recurso, a interpor para a CNA, no prazo de dez dias a contar da data da respetiva publicação.

2 — Para o efeito previsto no número anterior, e no decurso do prazo de interposição de recurso, o Advogado estagiário pode consultar no Centro de Estágio o processo individual respetivo, bem como obter cópias do mesmo.

3 — O recurso, sempre motivado, pode ser limitado a qualquer uma das componentes da prova de agregação, o que o recorrente deve especificar circunstanciadamente no requerimento de interposição de recurso.

4 — O recurso é distribuído a avaliadores, distintos dos que procederam à classificação recorrida, que emitem parecer fundamentado e propõem a respetiva classificação à CNA.

5 — A CNA decide em plenário as classificações parciais e a classificação final da prova de agregação.

6 — A classificação final atribuída nos termos do número anterior não é suscetível de reclamação ou recurso hierárquico.

Artigo 33.º**Falta à entrevista ou à prova escrita**

1 — Em caso de falta à entrevista ou à prova escrita, o Advogado estagiário pode requerer à CNA no prazo de três dias a justificação da ausência e marcação de nova data para a entrevista ou prova escrita.

2 — Incumbe à CNA considerar justificada a falta e a marcação da entrevista ou da prova escrita.

Artigo 34.º**Equiparação a prorrogação do estágio**

As situações previstas nos artigos 32.º e 33.º equivalem à prorrogação do tempo de estágio.

Artigo 35.º**Efeitos da não aprovação na prova de agregação**

A não aprovação na prova de agregação determina o cancelamento da inscrição do Advogado estagiário.

Artigo 36.º
Prazo de inscrição como Advogado

1 — A inscrição como Advogado é requerida pelo Advogado estagiário no prazo de trinta dias a contar da data da publicação da aprovação na prova de agregação.

2 — A falta de inscrição como Advogado no prazo referido no número anterior determina o cancelamento imediato da inscrição como Advogado estagiário, com absoluto impedimento do exercício da profissão e obrigação de imediata devolução da cédula profissional respetiva.

CAPÍTULO V
Rede nacional e formação a distância

Artigo 37.º
Rede nacional e formação a distância

1 — Os Conselhos Regionais, em permanente articulação com a CNEF, podem promover a instalação de polos de formação, geograficamente distribuídos pela área de intervenção de cada conselho, especialmente vocacionados para a concretização das exigências de estágio impostas por este regulamento.

2 — Os Conselhos Regionais podem ainda incrementar a formação a distância, em sistema *e-learning*, potenciando a utilização das ferramentas informáticas proporcionadas pelas plataformas de ensino desenvolvidas pela Ordem dos Advogados, orientando, no quadro do estágio, os temas das formações para as áreas definidas por este regulamento.

3 — As ações de formação, seminários, conferências, colóquios e outras que, pela sua especificidade, revelem particular interesse para a formação dos Advogados estagiários podem ser integradas nos programas de estágio, como formação complementar.

CAPÍTULO VI

Tirocínio em caso de dispensa de estágio

Artigo 38.º

1 — A inscrição como Advogado dos doutores em direito e dos antigos magistrados que cumpram os requisitos previstos nas alíneas *a)* e *b)*, do n.º 2, do art. 199.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, depende exclusivamente da realização de um tirocínio visando a apreensão dos princípios e regras deontológicos, com a duração de seis meses e sob a orientação de um patrono escolhido pelo interessado.

2 — Para efeitos da realização do tirocínio, o interessado requer a sua admissão no Conselho Regional competente juntando a seguinte documentação:

- a)* Declaração emitida pelo patrono escolhido assumindo a orientação do tirocínio;
- b)* Documento demonstrativo das qualidades mencionadas no n.º 2, do art. 199.º, do Estatuto da Ordem dos Advogados;
- c)* Declaração, sob compromisso de honra, de que não integra quaisquer das situações de incompatibilidade ou impedimento previstas nos arts. 82.º e 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados;
- d)* Certificado do registo criminal.

3 — O interessado deve comparecer com regularidade no escritório do patrono, com vista à vivência e à apreensão dos princípios deontológicos da profissão, o que consignará, de forma sucinta e especificada, em relatório final subscrito também pelo patrono.

4 — O interessado deve requerer a sua inscrição como Advogado no prazo de trinta dias a contar da data da conclusão do tirocínio.

5 — O interessado fica sujeito à tabela única de emolumentos devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito do estágio na parte aplicável.

CAPÍTULO VII

Dos recursos

Artigo 39.º

Prazo

Sem prejuízo do recurso expressamente previsto no art. 32.º, dos demais atos praticados no âmbito do presente regulamento não é admissível reclamação nem recurso hierárquico.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais e transitórias

Artigo 40.º

Contagem de Prazos

A contagem dos prazos previstos neste regulamento suspende-se aos Sábados, Domingos e feriados.

Artigo 41.º

Regimes especiais

Havendo dúvida ou dificuldade relevante e atendível na aplicação do presente regulamento, pode a CNEF, reunida em sessão plenária, aprovar as resoluções que, satisfazendo os interesses gerais da formação, o princípio da igualdade dos Advogados estagiários perante a Ordem dos Advogados e as orientações do Conselho Geral, se revelem justas e adequadas ao esclarecimento das dúvidas ou à superação das dificuldades.

Artigo 42.º

Casos omissos

Os casos omissos são resolvidos por deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

Artigo 43.º
Aplicação no tempo

O presente regulamento aplica-se aos cursos de estágio que se iniciem após a sua entrada em vigor.

Artigo 44.º
Entrada em vigor

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Lisboa, 22 de dezembro de 2015.

A Presidente da Assembleia Geral e
Presidente do Conselho Geral,
ELINA FRAGA.

— ORDEM DOS ADVOGADOS —
REGULAMENTO N.º 913-B/2015 (SÉRIE II),
DE 22 DE DEZEMBRO

Regulamento n.º 913-B/2015 (Série II), de 22 de dezembro /
/ Ordem dos Advogados. — Regulamento da Comissão Nacional
de Avaliação, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advoga-
dos, de 21 de dezembro de 2015. Diário da República. —
Série II-E — N.º 252 — 1.º Suplemento (28-12-2015), pp. 37884-
-(8) a 37884-(9) <<https://dre.pt/application/file/72963642>>.

ORDEM DOS ADVOGADOS

**Regulamento n.º 913-B/2015 (Série II),
de 22 de dezembro/2015**

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, reunida em 21 de dezembro de 2015, ao abrigo do disposto na alínea *d*), 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 a proposta de Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação, elaborada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto na alínea *h*), do n.º 1, do art. 46.º do EOA:

Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação

Artigo 1.º **Atribuições**

A Comissão Nacional de Avaliação (CNA), doravante designada por CNA, é uma estrutura de apoio ao Conselho Geral, integrada na orgânica da formação, à qual incumbe tratar dos processos de avaliação final dos Advogados estagiários, competindo-lhe, em especial, definir, em articulação com a Comissão Nacional de Estágio e Formação (CNEF), o conteúdo das diversas componentes da prova de agregação, e tratar das matérias que lhe estejam acometidas nos termos previstos no Regulamento Nacional de Estágio.

Artigo 2.º **Composição da CNA**

1 — Sem prejuízo do disposto no n.º 3, do presente artigo, a CNA é composta por sete Advogados, um dos quais presidirá, todos nomeados pelo Conselho Geral.

2 — Todos os membros Advogados da CNA têm que ter a sua inscrição ativa na Ordem dos Advogados e não podem ter sido sancionados com pena disciplinar superior a multa.

3 — O Conselho Geral poderá, ainda, nomear, para fazerem parte da CNA, juristas de reconhecido mérito, não Advogados, até ao máximo de três.

4 — O Presidente da CNA tem voto de qualidade.

5 — O mandato dos membros da CNA cessa com o termo do mandato do Conselho Geral que o tiver nomeado, mantendo-se em funções de mera gestão até à sua substituição.

6 — O mandato cessa por caducidade nos termos do número anterior e ainda por renúncia ou exoneração do Conselho Geral.

Artigo 3.º **Meios de funcionamento**

Cabe ao Conselho Geral garantir as necessárias condições logísticas e financeiras, bem como o apoio administrativo adequado ao bom funcionamento da CNA.

Artigo 4.º
Reuniões da CNA

1 — A CNA reúne sempre que for convocada pelo seu presidente ou pelo Bastonário.

2 — As convocatórias são remetidas aos membros da CNA por meio de comunicação adequado com, pelo menos, oito dias de antecedência, com indicação do local, dia e hora da reunião e ordem de trabalhos.

Artigo 5.º
Livro de atas

A CNA dispõe de livro de atas próprio, das quais dá conhecimento ao Conselho Geral.

Artigo 6.º
Casos de urgência

As competências da CNA são, em caso de urgência, e quando for manifestamente impossível a convocação de uma reunião em tempo útil, exercidas pelo seu presidente.

Artigo 7.º
Resoluções

1 — A CNA não possui poderes regulamentares próprios mas pode, no âmbito das suas atribuições, tomar resoluções por maioria simples dos seus membros.

2 — As resoluções da CNA assumem natureza vinculativa desde que ratificadas pelo Conselho Geral.

Artigo 8.º
Competências

Compete à CNA:

- a) Definir os critérios de valoração da entrevista;
- b) Definir o conteúdo temático da prova escrita e a cotação das respetivas questões, elaborar as correspondentes grelhas de correção, coordenar os procedimentos de correção e atribuir as respetivas classificações parciais;

c) Atribuir a classificação final às provas de agregação de acordo com os critérios e fatores de ponderação previstos no Regulamento Nacional de Estágio;

d) Conhecer dos recursos interpostos da classificação final atribuída à prova de agregação.

e) Considerar justificadas as faltas dos Advogados estagiários à entrevista ou à prova escrita e proceder à marcação de novas entrevistas e de provas escritas, nos termos previstos no art. 33.º, do Regulamento Nacional de Estágio.

Artigo 9.º

Conteúdo da entrevista e da prova escrita

O conteúdo da entrevista e da prova escrita, que integram a prova de agregação, tem em conta as matérias, as disciplinas jurídicas e os conteúdos fixados no Regulamento Nacional de Estágio.

Artigo 10.º

Crítérios de valoração da entrevista e dos trabalhos apresentados

1 — Na elaboração dos critérios de valoração dos trabalhos apresentados, deve a CNA considerar como fundamentais para tal valoração, a expressão escrita, a capacidade gramatical e a qualidade jurídica dos mesmos.

2 — Na elaboração dos critérios de valoração da entrevista, deve a CNA considerar como fundamentais para tal valoração, a expressão oral e linguística dos candidatos e a defesa jurídica adequada dos trabalhos e relatórios apresentados.

Artigo 11.º

Natureza da avaliação e conteúdo base da prova escrita

1 — Na elaboração dos testes escritos deve a CNA considerar que através deles se pretende formular, na componente de comunicação escrita, um juízo de valor sobre a preparação dos candidatos para a prática da atividade profissional de Advocacia e do conhecimento das normas deontológicas.

2 — Tendo em conta o disposto no número anterior, deve a prova escrita assentar numa avaliação dos conhecimentos jurídicos e científicos adquiridos pelos candidatos e necessários para sustentar a formação profissional dos Advogados.

Artigo 12.º
Seleção de avaliadores

Incumbe à CNA escolher, através de concurso anunciado publicamente, um número adequado de Advogados e ou juristas de reconhecido mérito para integrarem o júri da entrevista e para elaborarem e corrigirem a prova escrita, bem como para emitirem pareceres nos recursos previstos no Regulamento Nacional de Estágio, a remunerar em termos a fixar pelo Conselho Geral.

Artigo 13.º
Confidencialidade

A CNA deve adotar os procedimentos considerados necessários e adequados a assegurar a absoluta confidencialidade da prova escrita e o anonimato dos examinandos no momento da respetiva correção.

Artigo 14.º
Representantes da CNA nas provas

Na realização da prova escrita, a CNA far-se-á representar pelos membros por si indicados.

Artigo 15.º
Uniformização dos critérios de avaliação

A correção e a classificação das várias componentes da prova de agregação baseiam-se em critérios previamente definidos pela CNA, depois de ouvir a CNEF.

Artigo 16.º
Prazo de correção da prova escrita

1 — A correção e classificação de todas as componentes da prova de agregação serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias após a realização do último dos testes escritos, devendo as classificações ser objeto de prévia aferição pela CNA antes da sua divulgação.

2 — O prazo previsto no número anterior pode ser prorrogado pelo Conselho Geral.

Artigo 17.º
Atribuição da classificação final

No prazo de quinze dias a contar da data da conclusão das classificações de todas as componentes da prova de agregação, a CNA atri-

bui a classificação final aos candidatos, de acordo com os fatores de ponderação previstos no n.º 2, do art. 31.º, do Regulamento Nacional de Estágio.

Artigo 18.º
Afixação das classificações

A afixação das classificações finais da prova de agregação é efetuada no portal da Ordem dos Advogados e nos Conselhos Regionais.

Artigo 19.º
Recurso da classificação final

Da classificação final atribuída à prova de agregação cabe recurso nos termos admitidos no Regulamento Nacional de Estágio, designadamente no respetivo art. 32.º.

Artigo 20.º
Prazo para a decisão do recurso

Os recursos são decididos no prazo de quarenta e cinco dias contados da respetiva interposição, devendo a CNA, em plenário, conhecer dos pareceres referidos no art. 32.º, n.º 4, do Regulamento Nacional de Estágio e atribuir, definitivamente, as classificações parciais e finais da prova de agregação.

Artigo 21.º
Afixação das classificações

A afixação das classificações da prova de agregação mencionadas no artigo anterior é efetuada no portal da Ordem dos Advogados e nos Conselhos Regionais.

Artigo 22.º
Certificação final das classificações

Mostrando-se definitivamente atribuídas todas as classificações finais das provas de agregação, a CNA encerrará o processo de avaliação e remeterá os mapas finais das classificações, devidamente certificadas, ao Conselho Geral, à CNEF e aos centros de estágio.

Artigo 23.º
Casos omissos

1 — Os casos omissos e as lacunas são resolvidos subsidiariamente com recurso ao Regulamento Nacional de Estágio ou, se subsistir a omissão, por resolução da CNA, a ratificar pelo Conselho Geral.

2 — Subsistindo dificuldade relevante e atendível na aplicação do presente regulamento ou de qualquer das suas normas, deve o Conselho Geral deliberar sobre as medidas que se revelem justas e adequadas à superação de tais dificuldades.

Artigo 24.º
Início de vigência

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Artigo 25.º
Norma revogatória

É revogado o Regulamento da Comissão Nacional de Avaliação aprovado em sessão plenária do Conselho Geral de 28 de outubro de 2009 e 10 de dezembro de 2009, Regulamento n.º 500-A/2009, de 16 de dezembro.

Lisboa, 22 de dezembro de 2015.

A Presidente da Assembleia Geral e
Presidente do Conselho Geral,
ELINA FRAGA.

— ORDEM DOS ADVOGADOS —
REGULAMENTO N.º 913-C/2015 (SÉRIE II),
DE 23 DE DEZEMBRO

Regulamento n.º 913-C/2015 (Série II), de 23 de dezembro /
/ Ordem dos Advogados. — Regulamento de Inscrição de Advoga-
dos e Advogados Estagiários aprovado em Assembleia Geral da
Ordem dos Advogados de 21 de dezembro de 2015. Diário da
República. — Série II-E — N.º 252 — 1.º Suplemento (28-12-
-2015), pp. 37884-(9) a 37884-(19). <<https://dre.pt/application/file/72963643>>.

ORDEM DOS ADVOGADOS

**Regulamento n.º 913-C/2015 (Série II),
de 23 de Dezembro**

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 21 de dezembro de 2015, ao abrigo do disposto na alínea *d*), 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 a proposta de Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários, elaborada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nos termos do disposto na alínea *g*), do n.º 1, do art. 46.º do EOA:

Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários

CAPÍTULO I Disposições Comuns

Artigo 1.º Âmbito de aplicação

1 — A inscrição de Advogados e de Advogados estagiários, bem como a inscrição ou registo de Advogados provenientes de outros Estados-Membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu na Ordem dos Advogados, rege-se pelas disposições respetivas do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) e pelo presente regulamento.

2 — A inscrição de juristas de reconhecido mérito, Mestres e outros Doutores em direito, para a prática de atos de consulta jurídica, rege-se pelas disposições do EOA e por regulamento próprio.

Artigo 2.º Inscrição e uso do título de Advogado e de Advogado estagiário

1 — Só podem inscrever-se na Ordem dos Advogados os titulares do grau académico necessário nos termos previstos no EOA, que reúnam os demais requisitos de inscrição prescritos nesse diploma legal e no presente regulamento.

2 — A inscrição e sua manutenção em vigor é condição do exercício dos direitos e do título de «Advogado» e de «Advogado estagiário».

Artigo 3.º Restrições ao direito de inscrição

1 — É indeferida a inscrição, bem como o levantamento da sua suspensão, aos requerentes que:

- a) Não possuam idoneidade moral para o exercício da profissão;
- b) Não estejam no pleno gozo dos seus direitos civis;
- c) Tenham sido declarados incapazes de administrar as suas pessoas e bens por decisão transitada em julgado;
- d) Estejam em situação de incompatibilidade ou inibição para o exercício da Advocacia;

e) Os magistrados e trabalhadores com vínculo de emprego público que, mediante processo disciplinar, hajam sido demitidos, aposentados, reformados ou colocados na inatividade por falta de idoneidade moral.

2 — A verificação de inidoneidade moral dos candidatos à inscrição na Ordem dos Advogados é sempre objeto de processo próprio, que segue os termos do processo disciplinar, com as necessárias adaptações, conforme estatuído pelo n.º 2, do art. 178.º do EOA.

3 — A competência para a instrução e decisão do processo previsto no número anterior cabe ao Conselho de Deontologia territorialmente competente, que o desencadeia oficiosamente ou a requerimento.

4 — O processo de averiguação de inidoneidade para o exercício da profissão de todos aqueles que se encontram sujeitos à jurisdição disciplinar da Ordem dos Advogados é instaurado nos mesmos termos em que o são os processos disciplinares, conforme o disposto nos arts. 178.º e seguintes do EOA e do regulamento disciplinar que estiver em vigor.

Artigo 4.º **Data da inscrição**

1 — A data de inscrição na Ordem dos Advogados é a do dia em que é deliberada a inscrição pelo Conselho Geral, contando-se a antiguidade a partir dessa data.

2 — Cabe ao Conselho Regional competente receber e tramitar preparatoriamente os processos de inscrição dos Advogados e dos Advogados estagiários para confirmação da inscrição pelo Conselho Geral.

3 — O recebimento e tramitação preparatória dos processos de inscrição efetuados pelos Conselhos Regionais e a realização da prova de agregação não conferem qualquer direito adquirido aos candidatos relativamente à inscrição como Advogado estagiário ou como Advogado, a cujas inscrições procede o Conselho Geral.

Artigo 5.º **Nome profissional**

1 — Os requerentes, no ato de inscrição, indicam o nome completo, podendo indicar, para uso no exercício da profissão, nome abreviado, o qual não é admitido se igual ou confundível com outro ante-

riormente requerido ou inscrito a nível nacional, exceto se o titular deste autorizar tal uso por escrito.

2 — Verificando-se que o nome abreviado de Advogado ou de Advogado estagiário indicado pelo requerente é igual ou confundível com outro já requerido ou inscrito a nível nacional e na ausência da autorização referida no número anterior, a inscrição é registada com o nome completo do requerente sem prejuízo do direito que a este assiste de indicar outro nome abreviado admissível.

3 — A autorização para uso do nome abreviado caduca em virtude da suspensão voluntária da inscrição durante um período ininterrupto de dez anos.

4 — O disposto no número anterior aplica-se igualmente aos Advogados reformados que se mantenham nessa situação durante um período ininterrupto de cinco anos, sem terem requerido autorização para advogar.

CAPÍTULO II

Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários Portugueses

Secção I

Advogado Estagiário

Artigo 6.º

Requerimento de inscrição de Advogado estagiário

1 — O requerimento de inscrição de Advogado estagiário é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio do patrono, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, fax, endereço de correio eletrónico, bem como a sua morada.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição de Advogado estagiário é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

- b) Comprovativo da habilitação académica necessária em original ou pública-forma, com menção da data de conclusão e respetiva média final, ou, na sua falta, documento comprovativo de que aquele já foi requerido se encontra em condições de ser expedido;
- c) Certidão de narrativa do registo de nascimento;
- d) Certificado do registo criminal;
- e) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;
- f) Cópia do Bilhete de Identidade e do Cartão de Contribuinte ou do Cartão do Cidadão, devendo ser exibidos os respetivos originais;
- g) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado estagiário;
- h) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;
- i) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- j) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;
- k) Certidão do registo disciplinar, caso o requerente tenha sido funcionário ou agente da administração, ou magistrado;
- l) Declaração do patrono com, pelo menos, cinco anos de exercício efetivo da profissão, sem punição disciplinar superior à de multa, em como aceita o patrocínio com todas as obrigações legais inerentes, declaração que pode ser aposta no próprio requerimento de inscrição;
- m) Comprovativo de subscrição da apólice de seguro de grupo disponibilizada pela Ordem dos Advogados, ou contratada por si, relativa a seguro de acidentes pessoais, que cubra os riscos que possam ocorrer durante e por causa do estágio;
- n) Comprovativo de subscrição da apólice de seguro de grupo disponibilizada pela Ordem dos Advogados, ou contratada por si, relativa a seguro de responsabilidade civil profissional, que cubra, durante a realização do estágio e enquanto a respetiva inscrição se mantiver ativa, os riscos inerentes ao desempenho das tarefas que enquanto Advogado estagiário lhe forem atribuídas, conforme o estabelecido na apólice respetiva, renovando-o sempre que necessário até à sua conclusão.

Artigo 7.º**Tramitação preparatória e inscrição de Advogado estagiário**

1 — Com a entrega do requerimento de inscrição e respetivos documentos é constituído um processo ao qual é atribuído um número único nacional que coincide com o número da cédula profissional de Advogado estagiário.

2 — O Conselho Regional, depois de ter verificado que o requerimento de inscrição está devidamente instruído e que nada obsta à inscrição, emite proposta relativamente à inscrição pelo Conselho Geral, remetendo a este todo o processo para proceder à inscrição do Advogado estagiário.

Secção II
Inscrição de Advogado**Subsecção I**
Inscrição precedida de estágio**Artigo 8.º****Cessação do estágio**

1 — A inscrição como Advogado depende do cumprimento das obrigações de estágio com aprovação na prova de agregação nos termos do regulamento de estágio que estiver em vigor.

2 — Considerado concluído o estágio nos termos do regulamento de estágio que estiver em vigor, fica o Advogado estagiário obrigado a requerer a sua inscrição como Advogado nos prazos aí definidos, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art.º 10.º.

3 — O incumprimento da obrigação de requerer a inscrição como Advogado determina a suspensão administrativa da inscrição de Advogado estagiário, sem prejuízo de outras consequências determinadas pelo regulamento de estágio que estiver em vigor.

Artigo 9.º**Requerimento de inscrição de Advogado**

1 — O requerimento de inscrição de Advogado é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio esco-

lhido como centro da sua vida profissional, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, número de fax, endereço de correio eletrónico, bem como a sua morada.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição de Advogado é instruído com os seguintes documentos:

- a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;
- b) Comprovativo da habilitação académica necessária em original ou pública-forma, com menção da data de conclusão e respetiva média final, caso não conste do processo de Advogado estagiário;
- c) Certidão de narrativa do registo de nascimento;
- d) Certificado do registo criminal;
- e) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;
- f) Cópia do Bilhete de Identidade e do Cartão de Contribuinte, ou do Cartão do Cidadão, devendo ser exibidos os respetivos originais;
- g) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado;
- h) Cédula profissional de Advogado estagiário;
- i) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;
- j) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- k) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;
- l) Certidão do registo disciplinar, caso o requerente tenha sido funcionário ou agente da administração, ou magistrado;
- m) Documentos exigidos pelo regulamento de estágio que estiver em vigor;
- n) Declaração de autorização para eliminação da documentação não essencial relativa ao estágio, caso o requerente não proceda ao seu levantamento após notificação do respetivo Conselho Regional.

Artigo 10.º**Tramitação preparatória e inscrição de Advogado**

1 — Realizada a prova de agregação com aprovação, o requerimento de inscrição de Advogado é submetido ao Conselho Regional competente para conclusão da tramitação preparatória do processo de inscrição.

2 — O Conselho Regional competente, depois de ter verificado que o requerimento de inscrição está devidamente instruído e que o requerente está em condições de vir a ser inscrito, emite proposta relativamente à inscrição pelo Conselho Geral, remetendo a este todo o processo para proceder à inscrição do Advogado.

3 — O Conselho Geral verificada a conformidade do processo de inscrição com o EOA e com o presente regulamento procede à da inscrição do Advogado, contando-se a antiguidade a partir desta data.

4 — O Conselho Geral pode sujeitar a inscrição do Advogado à verificação de condição suspensiva quando tal decisão seja proferida em data anterior à aprovação na prova de agregação, caso em que a inscrição só produz efeitos na data da verificação de tal condição.

5 — A decisão do Conselho Geral proferida sob condição nos termos do número anterior caduca automaticamente se o requerente reprovar na prova de agregação, no caso de ter de repetir a segunda fase do estágio, bem como no caso de sobrevirem quaisquer factos impeditivos da inscrição.

Artigo 11.º**Tramitação subsequente à inscrição**

1 — No prazo máximo de oito dias a contar da inscrição o Conselho Regional competente procede à atribuição de um número sequencial nacional de Advogado.

2 — Dentro do prazo previsto no número anterior o Conselho Regional coloca à disposição do requerente uma declaração comprovativa da sua inscrição como Advogado, válida por sessenta dias, a qual pode ser renovada pelos serviços do Conselho Geral, por iguais períodos de tempo, até à entrega da cédula profissional.

3 — Após a inscrição, o Conselho Geral procede à criação do processo individual de Advogado e à emissão e entrega da respetiva cédula profissional.

4 — Com vista à criação do processo mencionado no número anterior, os conselhos regionais enviam ao Conselho Geral os seguintes documentos:

- a) Cópia digitalizada do boletim de inscrição de Advogado estagiário;
- b) Cópia digitalizada do boletim de inscrição de Advogado;
- c) Cópia digitalizada da deliberação de inscrição pelo Conselho Geral;
- d) Cópia digitalizada da declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- e) Cópia digitalizada da certidão narrativa do registo de nascimento.

5 — Os documentos referidos no número anterior podem ser enviados por via eletrónica, dispensando-se o envio daqueles que se encontrem disponíveis, em suporte digital, no Sistema de Informação da Ordem dos Advogados (SINOA).

Subsecção II

Inscrição com dispensa de estágio

Artigo 12.º

Inscrição de Doutores em Ciências Jurídicas e de antigos magistrados

1 — É admitida a inscrição como Advogado a quem seja doutor em Direito, com efetivo exercício da docência de Direito numa instituição de ensino superior, bem como de antigos magistrados com efetivo exercício profissional, após a realização de um tirocínio, com a duração máxima de seis meses, sob a orientação de um patrono escolhido pelo interessado, com pelo menos cinco anos de exercício efetivo da profissão e sem punição disciplinar superior à multa, visando a apreensão dos princípios deontológicos.

2 — O requerimento de inscrição é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio escolhido como centro da sua vida profissional, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, número de fax, endereço de correio eletrónico, bem como a sua morada.

3 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Certidão de narrativa do registo de nascimento;

c) Certificado do registo criminal;

d) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;

e) Cópia do Bilhete de Identidade e do Cartão de Contribuinte, ou do Cartão do Cidadão, devendo ser exibidos os respetivos originais;

f) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado;

g) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;

h) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;

i) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;

j) Certidão do registo disciplinar, caso o requerente tenha sido funcionário ou agente da administração, ou magistrado;

k) Comprovativo da habilitação académica necessária, e do efetivo exercício da docência de Direito numa instituição de ensino superior; ou,

l) Certidão comprovativa do exercício efetivo da magistratura.

m) Comprovativo da realização do tirocínio, com a duração máxima de seis meses, nos termos regulamentares.

Artigo 13.º

Tramitação preparatória e inscrição

1 — O Conselho Regional, depois de ter verificado que o requerimento de inscrição está devidamente instruído e que nada obsta à inscrição, emite proposta relativamente à inscrição pelo Conselho Geral, remetendo a este todo o processo para proceder à inscrição do Advogado, procedendo ao seu registo provisório.

2 — O Conselho Geral, verificada a conformidade do processo de inscrição com o EOA e com o presente regulamento, procede à inscrição, seguindo-se o procedimento previsto no art. 11.º, com as devidas adaptações.

CAPÍTULO III

Registo e Inscrição de Advogados Estrangeiros

Secção I

Inscrição na Ordem dos Advogados em Regime de Reciprocidade

Subsecção I

Advogados de outros Estados

Artigo 14.º

Inscrição de Advogados estrangeiros em regime de reciprocidade

1 — Os Advogados estrangeiros oriundos de Estados não membros da União Europeia diplomados por qualquer Faculdade de Direito de Portugal podem inscrever-se na Ordem dos Advogados nos mesmos termos dos Advogados portugueses, se a estes o país de origem daqueles conceder reciprocidade de tratamento.

2 — Considera-se existir reciprocidade para os efeitos previstos no número anterior desde que, mediante tratado internacional ou acordo escrito entre a Ordem dos Advogados e a organização profissional equivalente do Estado de origem do Advogado estrangeiro, que deverá especificar as condições de reciprocidade, seja admitida a inscrição dos Advogados portugueses naquela organização profissional.

Artigo 15.º

Requerimento de inscrição

1 — O requerimento de inscrição de Advogado estrangeiro, em regime de reciprocidade, é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio escolhido como centro da sua vida profissional, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone,

número de fax, endereço de correio eletrónico bem como a morada em Portugal.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Certidão do processo completo de inscrição na organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados, do Estado de origem;

c) Comprovativo da habilitação académica necessária oficialmente reconhecida, por Faculdade de Direito de Portugal, com menção da data de conclusão e respetiva média final, documento que será dispensado se constar do processo de inscrição mencionado na alínea anterior;

d) Certidão de narrativa do registo de nascimento ou do documento equivalente do Estado de origem;

e) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado de origem;

f) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado português;

g) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;

h) Cópia do título de autorização de residência emitido pela autoridade competente do Estado português, devendo ser exibido o respetivo original;

i) Cópia do Cartão de Contribuinte, devendo ser exibido o respetivo original;

j) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado;

k) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;

l) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;

m) Cópia da cédula profissional de Advogado ou do documento equivalente da organização profissional análoga à Ordem dos Advogados, do Estado de origem;

n) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada.

3 — Todos os documentos emitidos no Estado de origem devem ser legalizados e, caso não estejam redigidos em língua portuguesa, serão ainda acompanhados da respetiva tradução, nos termos previstos na lei.

Artigo 16.º

Tramitação preparatória e inscrição

A tramitação preparatória e a inscrição de Advogado estrangeiro oriundo de Estado não membro da União Europeia, em regime de reciprocidade, segue o disposto no art. 13.º.

Subsecção II

Inscrição de Advogados brasileiros

Artigo 17.º

Inscrição de Advogados de nacionalidade brasileira

1 — Por força do disposto no EOA, os Advogados brasileiros cuja formação académica superior tenha sido realizada no Brasil ou em Portugal podem inscrever-se na Ordem dos Advogados desde que idêntico regime seja aplicável aos Advogados de nacionalidade portuguesa inscritos na Ordem dos Advogados que se queiram inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil.

2 — O regime de reciprocidade previsto no número anterior permite a inscrição de Advogado brasileiro com dispensa da realização de estágio e da obrigatoriedade de realizar prova de agregação.

Artigo 18.º

Requerimento de Inscrição

1 — O requerimento de inscrição como Advogado, nos termos do artigo anterior, é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio escolhido como centro da sua vida profissional, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, número de fax, endereço de correio eletrónico bem como a morada em Portugal.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

- a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;
- b) Certidão do processo completo da inscrição principal como Advogado na Ordem dos Advogados do Brasil;
- c) Certidão emitida pela Ordem dos Advogados do Brasil comprovativa da inscrição em vigor, da situação contributiva, e bem assim do registo disciplinar do requerente;
- d) Comprovativo da habilitação académica necessária oficialmente reconhecida, por faculdade de Direito de Portugal, ou diploma em Direito emitido por instituição de ensino oficialmente credenciada no Brasil, com menção da data de conclusão e respetiva média final, documento que será dispensado se constar do processo de inscrição mencionado na alínea b);
- e) Certidão de narrativa do registo de nascimento;
- f) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado brasileiro;
- g) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado português;
- h) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;
- i) Cópia do título de autorização de residência emitido pela autoridade competente do Estado português, devendo ser exibido o respetivo original;
- j) Cópia do Passaporte, devendo ser exibido o original;
- k) Cópia do Cartão de contribuinte, devendo ser exibido o original;
- l) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado;
- m) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;
- n) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- o) Cópia da carteira ou do cartão de identidade de Advogado brasileiro, devendo ser exibido o original;
- p) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;
- q) Documento comprovativo dos requisitos necessários para que os Advogados portugueses se possam inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil.

3 — Todos os documentos emitidos no Brasil devem ser legalizados nos termos previstos na lei.

4 — Não é requisito da inscrição a residência habitual em Portugal se idêntico regime for aplicável aos Advogados portugueses que se queiram inscrever na Ordem dos Advogados do Brasil, porém, nesse caso, o Advogado brasileiro deve indicar e manter domicílio profissional em território nacional ou, juntar declaração, emitida por Advogado, com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, autorizando a indicação do respetivo domicílio profissional como domicílio profissional do requerente e comprometendo-se a entregar todas as comunicações que lhe forem dirigidas.

Artigo 19.º

Tramitação Preparatória e Inscrição

A tramitação preparatória e a inscrição de Advogado brasileiro segue o disposto no art. 13.º.

Secção II

Inscrição de Estrangeiros não abrangidos por Regimes de Reciprocidade

Artigo 20.º

Inscrição de cidadãos estrangeiros como Advogados estagiários

1 — Podem requerer a sua inscrição como Advogados estagiários os cidadãos estrangeiros a quem haja sido conferido por uma instituição de ensino superior portuguesa um dos graus académicos a que se referem as alíneas *a)* e *b)* do art. 194.º do EOA.

2 — O processo de tramitação preparatória e inscrição segue os termos previstos no art. 7.º do presente regulamento, com as devidas adaptações.

Artigo 21.º

Requerimento de inscrição

1 — O requerimento de inscrição de cidadão estrangeiro como Advogado estagiário é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio do patrono, com a indicação deste, do

nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, fax, endereço de correio eletrônico bem como a morada em Portugal.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Comprovativo da habilitação académica necessária, oficialmente reconhecida ou equiparada, em original ou pública-forma, com menção da data de conclusão e respetiva média final, ou, na sua falta, documento comprovativo de que aquele já foi requerido e se encontra em condições de ser expedido;

c) Certidão de narrativa do registo de nascimento ou documento equivalente do Estado de origem;

d) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado de origem;

e) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado português;

f) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;

g) Cópia do título de autorização de residência, emitido pela autoridade competente do Estado português, devendo ser exibido o respetivo original;

h) Cópia do Cartão de Contribuinte, devendo ser exibido o respetivo original;

i) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado estagiário;

j) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;

k) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;

l) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;

m) Declaração do patrono com pelo menos cinco anos de exercício efetivo da profissão, sem punição disciplinar superior à de multa, em como aceita o patrocínio com todas as obrigações legais

inerentes, declaração que pode ser aposta no próprio requerimento de inscrição;

n) Comprovativo de subscrição da apólice de seguro de grupo disponibilizada pela Ordem dos Advogados, ou contratada por si, relativa a seguro de acidentes pessoais, que cubra os riscos que possam ocorrer durante e por causa do estágio;

o) Comprovativo de subscrição da apólice de seguro de grupo disponibilizada pela Ordem dos Advogados, ou contratada por si, relativa a seguro de responsabilidade civil profissional, que cubra, durante a realização do estágio e enquanto a respetiva inscrição se mantiver ativa, os riscos inerentes ao desempenho das tarefas que enquanto Advogado estagiário lhe forem atribuídas, conforme o estabelecido na apólice respetiva, renovando-o sempre que necessário até à sua conclusão.

3 — Todos os documentos emitidos no Estado de origem devem ser legalizados e, caso não estejam redigidos em língua portuguesa, são ainda acompanhados da respetiva tradução, nos termos previstos na lei.

Artigo 22.º

Tramitação preparatória e inscrição de cidadãos estrangeiros como Advogados precedida de estágio

1 — À tramitação preparatória e inscrição de cidadãos estrangeiros que tenham realizado estágio é aplicável o disposto nos arts. 8.º a 11.º, com as adaptações previstas no presente artigo.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Comprovativo da habilitação académica necessária com menção da data de conclusão e respetiva média final, caso não conste do processo de Advogado estagiário;

c) Certidão de narrativa do registo de nascimento ou do documento equivalente do Estado de origem;

d) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado de origem;

e) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado Português;

f) Cópia do título de autorização de residência, emitido pela autoridade competente do Estado português, devendo ser exibido o respetivo original;

g) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;

h) Cópia do Cartão de Contribuinte, devendo ser exibido o respetivo original;

i) Impresso para emissão da cédula profissional de Advogado;

j) Cédula profissional de Advogado estagiário;

k) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais;

l) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;

m) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;

n) Certidão do registo disciplinar, caso o requerente tenha sido funcionário ou agente da administração, ou magistrado;

o) Documentos exigidos pelo regulamento de estágio que estiver em vigor;

p) Declaração de autorização para eliminação da documentação não essencial relativa ao estágio, caso o requerente não proceda ao seu levantamento após notificação do respetivo Conselho Regional.

3 — Todos os documentos emitidos no Estado de origem devem ser legalizados e, caso não estejam redigidos em língua portuguesa, são ainda acompanhados da respetiva tradução, nos termos previstos na lei.

Secção III

Registo e Inscrição de Advogados de outros Estados-Membros da União Europeia

Subsecção I

Prestação ocasional e estabelecimento

Artigo 23.º

Reconhecimento do título profissional

São reconhecidos em Portugal na qualidade de Advogados, e como tal autorizados a exercer a respetiva profissão, nos termos dos artigos subsequentes, as pessoas que, nos respetivos países membros da União Europeia e do Espaço Económico Europeu, estejam autorizadas a exercer as atividades profissionais com um dos títulos profissionais seguintes:

Na Bélgica	Avocat/Advocaat/Rechtsanwalt;
Na Dinamarca	Advokat;
Na Alemanha	Rechtsanwalt;
Na Grécia	Δικηγόρος;
Em Espanha	Abogado/Advocat/Avogado/Abokatu;
Em França	Avocat;
Na Irlanda	Barrister/Solicitor;
Em Itália	Avvocato;
No Luxemburgo	Avocat;
Nos Países Baixos	Advocaat;
Na Áustria	Rechtsanwalt;
Na Finlândia	Asianajaja/Advokat;
Na Suécia	Advokat;
No Reino Unido	Advocate/Barrister/Solicitor;
Na República Checa	Advokát;
Na Estónia	Vandeadvokaat;
Em Chipre	Δικηγόρος;
Na Letónia	Zvērināts advokāts;
Na Lituânia	Advokatas;
Na Hungria	Ügyvéd;
Em Malta	Avukat/Prokuratur Legali;
Na Polónia	Adwokat/Radca prawny;
Na Eslovénia	Odvetnik/Odvetnica;

Na Eslováquia	Advokát/Komerčný právnik;
Na Bulgária	адвокат;
Na Roménia	Avocat;
Na Croácia	Odvjetnik, Odvjetnica;
Na Islândia	Lögmaður;
No Liechtenstein	Rechtsanwalt;
Na Noruega	Advokat.

Artigo 24.º **Estatuto profissional**

1 — Na prestação de serviços profissionais de Advocacia em Portugal, os Advogados da União Europeia que exerçam a sua atividade com o seu título profissional de origem estão sujeitos às regras profissionais e deontológicas aplicáveis aos Advogados inscritos na Ordem dos Advogados, sem prejuízo das regras do Estado-Membro de origem a que continuam sujeitos.

2 — Os Advogados da União Europeia, autorizados a exercer em Portugal nos termos previstos nos artigos seguintes, ficam obrigados a mencionar no exercício da sua atividade:

- a) O título profissional de origem, expresso na ou numa das línguas do Estado-Membro de origem;
- b) A inscrição na organização profissional a que pertencem ou da jurisdição junto da qual se encontram admitidos nos termos da lei do Estado-Membro de origem;
- c) O modo de exercício da atividade em Portugal indicando o número de registo na Ordem dos Advogados, no caso de estabelecimento permanente, ou mencionando o exercício em regime de prestação ocasional de serviços.

3 — Os Advogados da União Europeia aos quais se refere o art. 26.º ficam ainda obrigados a comunicar à Ordem dos Advogados qualquer alteração relativa ao estado da inscrição na organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem.

Artigo 25.º **Prestação ocasional de serviços**

1 — A prestação ocasional de serviços profissionais de Advocacia em Portugal por Advogados da União Europeia, que exerçam a sua atividade com o seu título profissional de origem é livre, sem prejuízo

destes terem que dar prévio conhecimento desse facto à Ordem dos Advogados, e do cumprimento do disposto no art.º 29.

2 — A comunicação prevista no número anterior é efetuada por escrito e dirigida ao Bastonário da Ordem dos Advogados, acompanhada de cópia do título comprovativo do direito a exercer a profissão no Estado-Membro de origem.

3 — Nos casos em que a prestação ocasional envolva a representação e o exercício do mandato judicial perante os tribunais portugueses, a comunicação é ainda acompanhada de declaração de Advogado inscrito na Ordem dos Advogados em como assegura a orientação efetiva do patrocínio.

4 — Em caso de dúvida relativamente à inscrição na organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem pode ser exigida a apresentação de documentação complementar.

Artigo 26.º **Estabelecimento em Portugal**

O estabelecimento em Portugal de Advogados da União Europeia que pretendam exercer a sua atividade com o seu título profissional de origem depende de prévio registo na Ordem dos Advogados.

Artigo 27.º **Requerimento de registo**

1 — O requerimento para realização do registo previsto no artigo anterior é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio escolhido como centro da vida profissional em Portugal, com a indicação deste, nome completo e demais dados de identificação do requerente, telefone, número de fax, endereço de correio eletrónico, bem como a morada em Portugal.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de registo é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de registo com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Certificado emitido há menos de três meses pela organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem, comprovativo da inscrição em vigor nesta organização, donde conste a situação contributiva e uma certificação do registo disciplinar do requerente;

- c) Certidão de narrativa do registo de nascimento ou documento equivalente do Estado-Membro de origem;
- d) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado-Membro de origem;
- e) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado Português;
- f) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais, nomeadamente autorizando a troca de toda a informação relevante relativa ao exercício da atividade profissional do requerente entre a Ordem dos Advogados e a organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem;
- g) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;
- h) Cópia do Bilhete de Identidade ou do Passaporte e do cartão de contribuinte, devendo ser exibidos os respetivos originais;
- i) Cópia da cédula profissional ou do documento equivalente da organização profissional análoga à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem;
- j) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- k) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada;
- l) Comprovativo da existência, em vigor, de seguro de responsabilidade civil profissional com uma cobertura mínima igual à assegurada pelo seguro de responsabilidade civil de que beneficiam todos os Advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, nos termos do EOA.

3 — Todos os documentos emitidos no Estado-Membro de origem devem ser acompanhados da respetiva tradução para português, podendo ser exigida a legalização dos documentos nos termos da lei.

Artigo 28.º

Tramitação preparatória e registo

1 — O Conselho Regional competente cria o respetivo processo individual e, depois de ter verificado que o requerimento está devidamente documentado e que nada obsta ao registo, emite proposta relati-

vamente ao registo pelo Conselho Geral, remetendo a este todo o processo para proceder a esse registo.

2 — Efetuado o registo pelo Conselho Geral, o Conselho Regional emite uma certidão probatória do registo que é entregue ao requerente.

3 — A certidão prevista no número anterior contém, pelo menos, os seguintes elementos:

- a) Identificação do Conselho Regional responsável pelo registo;
- b) O título profissional de origem, expresso na ou numa das línguas do Estado-Membro de origem;
- c) A identificação da organização profissional a que o Advogado pertence ou da jurisdição junto da qual se encontra admitido nos termos da lei do Estado-Membro de origem;
- d) O nome profissional adotado no Estado-Membro de origem;
- e) A fotografia do titular;
- f) O número da certidão probatória correspondente ao processo de registo;
- g) A norma estatutária ao abrigo da qual é emitida;
- h) A data de emissão e o respetivo prazo de validade que não será superior a cinco anos;
- i) A assinatura do titular;
- j) A assinatura do Bastonário.

Artigo 29.º

Condição de exercício do mandato judicial

1 — A representação e o mandato judicial perante os tribunais portugueses só podem ser exercidos por Advogados da União Europeia que exerçam a sua atividade com o seu título profissional de origem sob a orientação efetiva de Advogado com a inscrição em vigor na Ordem dos Advogados.

2 — Para os efeitos previstos no número anterior a procuração forense passada a Advogado da União Europeia deve mencionar expressamente que é emitida para os efeitos previstos no n.º 2, do art. 204.º, do EOA, e bem assim identificar devidamente o Advogado inscrito na Ordem dos Advogados responsável pela orientação do patrocínio e a qualidade em que este intervém.

Subsecção II

Inscrição de Advogados da União Europeia

Artigo 30.º

Inscrição na Ordem dos Advogados

1 — O estabelecimento em Portugal dos Advogados da União Europeia mencionados no art. 23.º, que pretendam exercer a sua atividade com o título profissional de «Advogado», em plena igualdade de direitos e deveres com os Advogados portugueses, depende de prévia inscrição na Ordem dos Advogados nos mesmos termos destes.

2 — A utilização do título profissional de «Advogado» não prejudica o direito de utilização do título profissional de origem.

Artigo 31.º

Requerimento de inscrição de Advogado da União Europeia

1 — O requerimento de inscrição de Advogado da União Europeia é apresentado junto do Conselho Regional competente em razão do domicílio escolhido como centro da sua vida profissional, com a indicação deste, do nome completo e demais dados de identificação do requerente, cargos e atividades exercidos, telefone, fax, endereço de correio eletrónico, bem como a morada em Portugal.

2 — Sem prejuízo de outros elementos ou documentos que venham a ser considerados necessários nos termos legais, o requerimento de inscrição é instruído com os seguintes documentos:

a) Boletim de inscrição com a assinatura pessoal e profissional do requerente;

b) Certificado emitido há menos de três meses pela organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem, comprovativo da inscrição em vigor nesta organização, donde conste uma certificação do registo disciplinar do requerente;

c) Comprovativo da habilitação académica necessária, oficialmente reconhecida ou equiparada, com menção da data de conclusão e respetiva média final, em original ou pública-forma;

d) Certidão de narrativa do registo de nascimento ou documento equivalente do Estado-Membro de origem;

e) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado-Membro de origem;

- f) Certificado do registo criminal emitido pela entidade competente do Estado português;
- g) Quatro fotografias iguais, a cores, tipo passe;
- h) Cópia do Bilhete de Identidade ou do Passaporte, devendo ser exibido o respetivo original;
- i) Cópia do Cartão de Contribuinte, devendo ser exibido o original;
- j) Impresso para emissão de cédula profissional de Advogado;
- k) Cópia da cédula profissional ou do documento equivalente da organização profissional análoga à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem;
- l) Autorização do requerente para o tratamento dos seus dados pessoais e profissionais, nomeadamente autorizando a troca de toda a informação relevante relativa ao exercício da atividade profissional do requerente entre a Ordem dos Advogados e a organização profissional equivalente à Ordem dos Advogados do Estado-Membro de origem;
- m) Declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de não estar em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA;
- n) Cópia do contrato de trabalho, do documento comprovativo do título de provimento, ou de qualquer outro vínculo contratual, com indicação das funções e respetivo horário, quando o requerente declare exercer qualquer atividade e, em termos gerais, qualquer que seja o cargo, função ou atividade desempenhada.

3 — Todos os documentos emitidos no Estado-Membro de origem devem ser acompanhados da respetiva tradução para português, podendo ser exigida a legalização dos documentos nos termos da lei.

Artigo 32.º

Tramitação preparatória da inscrição de Advogado da União Europeia

O Conselho Regional competente, depois de ter verificado que o requerimento está devidamente documentado e que o requerente está em condições de vir a ser inscrito, emite proposta relativamente ao registo pelo Conselho Geral, remetendo a este todo o processo para proceder a esse registo.

CAPÍTULO IV

Da Cédula Profissional

Artigo 33.º

Cédula profissional

1 — A cada Advogado ou Advogado estagiário é entregue a respetiva cédula profissional, a qual serve de prova da inscrição na Ordem dos Advogados.

2 — O Advogado ou o Advogado estagiário no exercício das respetivas funções deve, sempre que necessário, fazer prova da sua inscrição através de cédula profissional válida.

3 — A cédula profissional de Advogado e de Advogado estagiário deve conter obrigatoriamente os seguintes elementos:

a) A menção «Ordem dos Advogados» e o respetivo símbolo oficial;

b) A indicação «Cédula Profissional de Advogado» ou «Cédula Profissional de Advogado Estagiário»;

c) O nome abreviado do titular, quando adotado, para uso no exercício da profissão;

d) A data de inscrição na Ordem dos Advogados;

e) O número do Bilhete de Identidade ou do Cartão do Cidadão ou do Passaporte, quando aplicável e o número de identificação fiscal;

f) A assinatura digitalizada do titular, para uso no exercício da profissão;

g) A assinatura digitalizada do Bastonário;

h) O número da cédula profissional correspondente ao número de inscrição;

i) A fotografia digitalizada do titular;

j) A respetiva data de validade;

k) O selo digitalizado da Ordem dos Advogados.

4 — As cédulas profissionais de Advogado e de Advogado estagiário têm um prazo máximo de validade de cinco e três anos, respetivamente.

5 — A cédula profissional pode conter um chip eletrónico, utilizado para armazenar informação relativa ao estado da inscrição do titular e outros elementos úteis relacionados com o exercício da profissão.

Artigo 34.º **Renovação da cédula**

1 — No caso de perda, extravio ou inutilização da cédula profissional, o requerente solicita a emissão de segunda via da mesma ao órgão que a tiver emitido, prestando os esclarecimentos e fornecendo os elementos que lhe forem solicitados para este efeito.

2 — O órgão competente, depois de apreciar o pedido, solicita a emissão de segunda via da cédula profissional, efetuando as comunicações e os averbamentos necessários.

3 — Ocorrendo caducidade da cédula profissional de Advogado ou de Advogado estagiário com a inscrição em vigor, compete ao Conselho Geral ou ao Conselho Regional competente providenciar pela emissão e envio da nova cédula, devendo o titular proceder à devolução da cédula caducada.

4 — O requerimento de emissão de nova cédula é acompanhado do respetivo impresso e de uma fotografia, a cores, tipo passe, bem como da cédula inutilizada, quando aplicável.

Artigo 35.º **Entrega da cédula de Advogado**

A cédula profissional dos novos Advogados é entregue diretamente ou em cerimónia pública precedida da prestação de juramento nos termos do artigo seguinte.

Artigo 36.º **Juramento**

Na cerimónia pública referida no artigo anterior é, pelos novos Advogados, prestado o seguinte juramento:

“Juro, pela minha honra, exercer a Advocacia com independência, espírito de serviço, coragem e dignidade e, como servidor da humanidade, da justiça, do direito e da lei, cumprir escrupulosamente os deveres fundamentais, legais e deontológicos, da profissão”.

CAPÍTULO V

Obrigações decorrentes da Inscrição

Artigo 37.º

Deveres gerais

1 — Sem prejuízo das obrigações previstas no EOA, nos regulamentos e demais legislação a que estão vinculados, os Advogados e os Advogados estagiários, inscritos ou registados ao abrigo do presente regulamento, ficam sujeitos ao cumprimento dos seguintes deveres:

a) Suspender imediatamente o exercício da profissão e requerer no prazo máximo de trinta dias a suspensão da inscrição ou do registo quando ocorrer incompatibilidade superveniente;

b) Comunicar qualquer alteração do domicílio profissional e, bem assim, qualquer alteração dos seus dados profissionais, nos termos regulados no artigo seguinte;

c) Manter ou indicar, consoante o caso, um domicílio profissional em território nacional, dotado de uma estrutura que assegure o cumprimento dos seus deveres profissionais, nos termos de regulamento a aprovar pelo Conselho Geral.

2 — Os Advogados inscritos na Ordem dos Advogados estão ainda obrigados a:

a) Pagar pontualmente as quotas e outros encargos devidos à Ordem dos Advogados;

b) Promover a sua própria formação contínua nos termos de regulamento a aprovar pelo Conselho Geral.

Artigo 38.º

Comunicação de alterações

1 — A alteração do domicílio profissional ou qualquer outro fato que possa influir na inscrição, deve ser comunicada pelo requerente ao Conselho Geral, ou ao Conselho Regional competente no caso dos Advogados estagiários, no prazo de trinta dias.

2 — A comunicação prevista no número anterior pode ser efetuada por escrito e remetida por qualquer meio que garanta a identificação do requerente, designadamente via postal, fax, ou mensagem de correio eletrónico de conta de correio eletrónico atribuída pela Ordem, com aposição de assinatura digital, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 — As alterações aos dados pessoais ou profissionais podem também, em alternativa, ser indicadas on-line, pelo requerente, o qual, para o efeito, deve aceder à área reservada do portal da Ordem dos Advogados, na Internet, introduzindo a respetiva senha de acesso, ou por acesso ao Balcão eletrónico.

Artigo 39.º

Quotas

1 — A inscrição como Advogado e sua manutenção em vigor na Ordem dos Advogados obriga ao pagamento de uma quota mensal cujo quantitativo é fixado nos termos legais.

2 — Não é exigível o pagamento de quotas aos Advogados estagiários.

3 — Não é devido o pagamento da quota relativa ao mês em que ocorre:

- a) A inscrição como Advogado;
- b) O levantamento da suspensão da inscrição.

4 — É devido o pagamento da quota correspondente ao mês em que é requerida ou decretada a suspensão da inscrição.

Artigo 40.º

Prazo e forma de pagamento

1 — A quota mensal tem de ser paga até ao último dia do mês a que respeita, sendo enviado para esse efeito, aos Advogados com inscrição em vigor, aviso/recibo de pagamento da quota mensal.

2 — Sem prejuízo de outras formas de pagamento autorizadas pelo Conselho Geral, o pagamento da quota pode ser efetuado:

- a) Em numerário, cheque ou Multibanco, na sede da Ordem dos Advogados;
- b) Por cheque, remetido via postal para a sede da Ordem dos Advogados;
- c) Nos CTT ou no Multibanco.

3 — O Conselho Geral pode definir outras modalidades de pagamento, designadamente, pagamento antecipado, anual ou semestral.

Artigo 41.º

Emolumentos

Pela emissão dos documentos ou pela prática dos atos previstos no presente regulamento são devidos os emolumentos fixados pelo

Conselho Geral, nos termos da respetiva tabela, os quais constituem receitas dos conselhos regionais ou do Conselho Geral, consoante se tratem de atos praticados ou de documentos emitidos por aqueles ou por este.

Artigo 42.º **Certidões**

1 — As certidões das inscrições não devem conter os averbamentos das penas disciplinares, salvo:

a) Quando tal for expressamente requerido pelos interessados e autorizado pelo órgão competente para o efeito;

b) Quando requerido e ordenado pelos órgãos da Ordem dos Advogados;

c) Quando se encontrar em vigor pena disciplinar de suspensão.

2 — A emissão de certidão, quando o requerente seja Advogado, está dependente do cumprimento integral da obrigação do pagamento de quotas.

CAPÍTULO VI **Alterações e Averbamentos à Inscrição**

Artigo 43.º **Averbamentos à inscrição**

1 — São averbados à inscrição mediante registo no respetivo processo individual:

a) O cancelamento da inscrição, com indicação da decisão ou facto que o motivou;

b) A suspensão da inscrição, com indicação da decisão que a motivou;

c) Qualquer pena disciplinar, determinada por decisão definitiva;

d) As condenações em processo criminal, após o trânsito em julgado da respetiva decisão;

e) O levantamento da suspensão da inscrição, com indicação da decisão ou do facto que o motivar;

f) Os cargos estatutários que o Advogado exerça ou tenha exercido na Ordem dos Advogados;

g) As alterações de domicílio profissional, dos dados profissionais ou pessoais e, bem assim, quaisquer outros elementos que venham a ser determinados pelos órgãos competentes da Ordem dos Advogados;

h) O cumprimento das penas disciplinares e das sanções acessórias;

i) A passagem ao estado de Advogado reformado e a autorização para advogar, quando requerida.

2 — Cabe ao Conselho Geral ou ao Conselho Regional competente, consoante se trate de processo de Advogado ou de Advogado estagiário respetivamente, proceder aos averbamentos previstos no número anterior, bem como arquivar no processo individual os documentos respetivos e, caso aqueles estejam sujeitos a publicação no *Diário da República*, arquivar o comprovativo da respetiva publicação.

Artigo 44.º

Cancelamento do averbamento do registo da sanção

São canceladas automaticamente e de forma irrevogável, no respetivo registo, os averbamentos das decisões que tenham aplicado sanções disciplinares, decorridos 10 anos sobre a sua extinção, com exceção das decisões que apliquem a sanção de expulsão.

Artigo 45.º

Suspensão da inscrição

1 — A inscrição do Advogado ou do Advogado estagiário é suspensa:

a) A pedido do requerente quando pretenda cessar temporariamente o exercício da Advocacia;

b) Se for declarado em situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia;

c) Se no âmbito de processo de verificação da existência de incompatibilidades não forem prestadas, pelo interessado, as informações que lhe tenham sido solicitadas;

d) Se for decretada a suspensão preventiva ou condenado na pena de suspensão efetiva.

2 — A inscrição de Advogado estagiário será ainda suspensa nos demais casos previstos no regulamento de estágio que estiver em vigor.

Artigo 46.º
Suspensão a pedido do requerente

1 — O requerimento de suspensão da inscrição a pedido do interessado será dirigido ao Presidente do Conselho Geral ou ao Presidente do Conselho Regional competente, consoante se trate de Advogado ou de Advogado estagiário respetivamente, por escrito, e remetido por qualquer meio que garanta a identificação do requerente, designadamente via postal, fax, ou mensagem de correio eletrónico da conta de correio eletrónico atribuída pela Ordem com aposição de assinatura digital.

2 — A decisão é notificada ao requerente com indicação expressa da data a partir da qual produz efeitos que é a data da receção do requerimento.

3 — No caso de circunstâncias excecionais, pode, nos termos da lei, ser atribuída eficácia retroativa ou diferida à suspensão da inscrição desde que devidamente fundamentada.

Artigo 47.º
Suspensão por incompatibilidade

1 — A declaração de incompatibilidade com o exercício da Advocacia e a consequente suspensão da inscrição são deliberadas pelo Conselho Geral ou pelo Conselho Regional competente, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA.

2 — Os Conselhos Regionais ou o Conselho Geral podem solicitar às entidades com quem os Advogados ou os Advogados estagiários possam ter relações profissionais, bem como a estes, as informações que entendam necessárias para a verificação da existência de incompatibilidade.

3 — Os pedidos de informação aos Advogados ou aos Advogados estagiários são notificados por carta registada, com aviso de receção.

4 — A deliberação final do Conselho Geral ou do Conselho Regional, quando esteja proposta a declaração de incompatibilidade, é precedida da audiência do interessado.

5 — Para os efeitos previstos no número anterior, o interessado é notificado por carta registada, com a indicação do sentido provável da decisão, para, no prazo de quinze dias, vir dizer, por escrito, o que tiver por conveniente.

Artigo 48.º

Suspensão em consequência de processo disciplinar

As suspensões em consequência de processo disciplinar previstas na alínea *d*), do n.º 1, do art. 45.º, são comunicadas ao Conselho Geral ou ao Conselho Regional competente com cópia integral da decisão e identificação da publicação no *Diário da República*, quando tal publicação seja obrigatória.

Artigo 49.º

Efeitos da suspensão da inscrição

1 — A suspensão da inscrição impede o exercício da Advocacia e o uso do título de «Advogado» ou de «Advogado estagiário».

2 — Durante o tempo de suspensão da inscrição o interessado continua sujeito à jurisdição disciplinar da Ordem dos Advogados.

3 — Sem prejuízo do disposto no n.º 4, do art. 39.º, a suspensão da inscrição determina a suspensão da obrigação do pagamento de quotas.

Artigo 50.º

Levantamento da suspensão

1 — A suspensão da inscrição de Advogado ou de Advogado estagiário é levantada pelo Conselho Geral ou pelo Conselho Regional competente, consoante o caso:

a) A prevista na alínea *a*) do n.º 1, do art. 45.º, a requerimento do interessado que pretenda retomar o exercício da Advocacia;

b) A prevista na alínea *b*), do n.º 1, do art. 45.º, após comprovada a cessação da incompatibilidade que lhe deu causa;

c) As previstas na alínea *c*) e *d*), do n.º 1, do art. 45.º, quando o órgão que determinou tal suspensão tiver decidido o levantamento da mesma.

2 — O levantamento da suspensão da inscrição mencionado no número anterior fica condicionado ao cumprimento dos deveres estatutários previstos na alínea *e*) do art. 91.º do EOA.

3 — O requerimento do interessado com vista ao levantamento da suspensão da inscrição contém obrigatoriamente uma declaração, sob compromisso de honra, datada e assinada pelo requerente, de como não está numa situação de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, nos termos dos arts. 81.º e seguintes do EOA, podendo o órgão competente para proceder à respetiva apreciação, recorrer ao procedimento previsto no n.º 2, do art. 47.º deste regulamento.

Artigo 51.º
Cancelamento da inscrição

1 — O Conselho Geral ou o Conselho Regional competente consoante se trate de Advogado ou de Advogado estagiário, respetivamente, determina o cancelamento da inscrição:

- a) A requerimento do interessado que pretenda abandonar definitivamente o exercício da Advocacia;
- b) Após ser proferida decisão definitiva que julgue verificada a falta de idoneidade para o exercício da profissão, nos termos do EOA;
- c) Após ser proferida decisão definitiva que condene na pena disciplinar de expulsão;
- d) Nas situações tipificadas no Regulamento Nacional de Estágio;
- e) Nas demais situações previstas na lei ou nos regulamentos em vigor.

Artigo 52.º
Efeitos do cancelamento da inscrição

1 — O cancelamento da inscrição impede o exercício da Advocacia e o uso do título de «Advogado» ou de «Advogado estagiário».

2 — Com o cancelamento da inscrição o interessado deixa de estar sujeito à jurisdição disciplinar da Ordem dos Advogados.

3 — Excetua-se do disposto no número anterior a responsabilidade disciplinar relativamente às infrações praticadas até à data da decisão que ordenou o cancelamento da inscrição.

Artigo 53.º
Publicação e comunicações

1 — As decisões de suspensão administrativa da inscrição, suscetíveis de recurso contencioso, bem como as de levantamento da suspensão, são publicadas na 2.ª Série do *Diário da República*.

2 — Às decisões de suspensão ou de cancelamento da inscrição em consequência de processo disciplinar ou que sigam os seus respetivos termos, sem prejuízo do disposto no número anterior, será ainda dada publicidade nos termos previstos no EOA e no Regulamento Disciplinar que estiver em vigor.

3 — A suspensão, o levantamento e, bem assim, o cancelamento da inscrição, por qualquer motivo, são comunicadas pelo Conselho Geral ou pelo Conselho Regional competente conforme o caso, à

Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, aos tribunais, aos serviços do Ministério da Justiça e a outras entidades a designar pelo Conselho Geral, nos termos e formas que por este venham a ser definidos.

4 — Os levantamentos de suspensão de inscrição de Advogados ou Advogados estagiários são comunicados pela forma mais célere possível, às entidades referidas no número anterior.

Artigo 54.º **Restituição da cédula**

1 — O Advogado ou Advogado estagiário cuja inscrição seja suspensa ou cancelada fica obrigado à restituição da cédula profissional no prazo de quinze dias a contar da notificação para o efeito, sob pena de a Ordem dos Advogados proceder à respetiva apreensão judicial.

2 — Sob pena de indeferimento liminar, nos casos de suspensão ou cancelamento da inscrição a pedido do interessado, deve este pedido ser acompanhado da restituição da respetiva cédula profissional.

3 — É aplicável à devolução da cédula, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do art. 34.º.

CAPÍTULO VII **Das Notificações e Recursos**

Artigo 55.º **Regime das notificações**

1 — Ao regime das notificações previstas no presente regulamento são aplicáveis as disposições correspondentes do Código do Procedimento Administrativo, com as adaptações previstas neste regulamento.

2 — As notificações são sempre efetuadas para o domicílio profissional principal do notificando por este comunicado à Ordem dos Advogados.

3 — O domicílio profissional do Advogado estagiário é o do seu patrono.

4 — Excetua-se do disposto no n.º 2, as notificações aos interessados cuja inscrição haja sido indeferida, suspensa ou cancelada, as

quais são efetuadas para a última morada comunicada à Ordem dos Advogados.

Artigo 56.º

Forma das notificações

1 — As notificações no âmbito do presente regulamento podem ser efetuadas:

- a) Pessoalmente;
- b) Por via postal registada;
- c) Por telefax;
- d) Por correio eletrónico, com aposição de assinatura eletrónica digital, enviada para o endereço de correio eletrónico disponibilizado a cada Advogado pela Ordem dos Advogados;
- e) Por telefone, se a urgência do caso assim o exigir ou recomendar.

2 — As notificações efetuadas por telefone são confirmadas nos termos das alíneas *a)*, *b)*, *c)* ou *d)* do número anterior, no dia útil seguinte, sem prejuízo de a notificação se considerar feita na data da primeira comunicação.

3 — As notificações previstas nas alíneas *b)*, *c)* e *d)*, do n.º 1, consideram-se efetuadas na data da respetiva expedição.

4 — As notificações dos atos praticados pelos membros do Conselho Geral, ao abrigo de delegação de competências, são cumpridas pelos serviços do Conselho Geral ou pelos serviços dos Conselhos Regionais.

Artigo 57.º

Indeferimento por falta de apresentação de documentos

A falta de junção de qualquer documento nos termos do presente Regulamento, após a notificação do interessado para esse efeito, dá lugar ao indeferimento do pedido.

Artigo 58.º

Recorribilidade das decisões

Sem prejuízo da eventual admissibilidade, nos termos gerais de direito, da interposição de recurso contencioso para os tribunais administrativos, as decisões previstas no presente regulamento admitem os recursos preceituados no EOA e regulados nos artigos seguintes.

Artigo 59.º**Recursos das decisões dos Conselhos Regionais**

Cabe recurso para o Conselho Geral das decisões dos Conselhos Regionais identificadas nas alíneas seguintes:

- a) Da declaração de incompatibilidade com o exercício da Advocacia;
- b) Do cancelamento da inscrição de Advogado estagiário;
- c) De outras decisões recorríveis, cuja competência para apreciação não esteja especialmente conferida a outro órgão.

Artigo 60.º**Recursos das decisões do Conselho Geral**

Cabe recurso para o Conselho Superior das decisões do Conselho Geral identificadas nas alíneas seguintes:

- a) Do indeferimento da inscrição de Advogado estagiário e de Advogado;
- b) Do indeferimento do registo previsto no art. 28.º;
- c) Da decisão que determine a suspensão da inscrição;
- d) Da declaração de incompatibilidade com o exercício da Advocacia, quando proferida em primeira instância;
- e) Das decisões proferidas pelo Conselho Geral em primeira instância, cuja competência para apreciação não esteja especialmente conferida a outro órgão.

Artigo 61.º**Prazo e forma dos recursos das decisões dos Conselhos Regionais e do Conselho Geral**

1 — O prazo para a interposição de recurso é de quinze dias a contar da notificação da decisão ao interessado.

2 — O requerimento de interposição de recurso é apresentado junto do órgão recorrido e dirigido ao órgão competente para dele conhecer, contendo a respetiva fundamentação, sob pena de indeferimento liminar do mesmo.

3 — Assiste ao órgão recorrido a faculdade de suprir nulidades e, bem assim, de proceder à retificação de erros materiais da decisão recorrida.

4 — Interposto o recurso, o órgão recorrido notifica o recorrente, consoante o caso:

a) Da remessa do recurso para o órgão competente para dele conhecer;

b) Da decisão proferida ao abrigo da faculdade prevista no n.º 3, quando aplicável.

5 — Cabe ao órgão competente para conhecer do recurso a apreciação de todas as questões prévias e incidentais incluindo a verificação dos respetivos pressupostos de admissibilidade.

Artigo 62.º

Recursos das decisões dos Conselhos de Deontologia

Cabe recurso para o Conselho Superior, nas condições e prazos previstos no EOA e no regulamento disciplinar, das decisões dos Conselhos de Deontologia que declarem a inidoneidade moral para o exercício da profissão, nos termos dos n.ºs 2 e 3, do art. 3.º, do presente regulamento.

CAPÍTULO VIII

Disposições Finais

Artigo 63.º

Simplificação de procedimentos

1 — Mediante deliberação do Conselho Geral pode ser admitida a apresentação por correio eletrónico, em suporte digital ou digitalizado, de algum ou alguns dos documentos que devam instruir os requerimentos de inscrição ou de registo.

2 — O Conselho Geral pode, ainda, deliberar a admissibilidade da entrega dos requerimentos de inscrição ou de registo pelos meios descritos no número anterior ou mediante o preenchimento on-line, em área especialmente criada para o efeito, no Portal na Internet, de cada Conselho Regional.

3 — Sempre que nos termos do presente regulamento seja necessário enviar aos órgãos da Ordem dos Advogados documentos que estejam arquivados noutros órgãos desta, devem estes facultar cópia dos documentos solicitados, dispensando-se, sempre que possível, a entrega de novos documentos.

4 — O arquivo de documentos previstos no presente regulamento pode ser efetuado em suporte digital e a respetiva transmissão por via eletrónica desde que as capacidades técnicas dos serviços o permitam.

Artigo 64.º

Norma revogatória

É revogado o Regulamento de Inscrição de Advogados e Advogados Estagiários, aprovado em sessão do Conselho Geral de 6 de julho de 2007, Regulamento n.º 232/2007, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 170, de 4 de setembro de 2007, com as alterações que posteriormente lhe foram introduzidas pela Deliberação n.º 2170/2010, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 227, de 23 de novembro de 2010.

Artigo 65.º

Início de vigência

1 — O presente regulamento entra vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2 — O presente regulamento aplica-se a todos os pedidos de inscrição e de registo apresentados após a sua entrada em vigor.

Lisboa, 23 de Dezembro de 2015.

*A Presidente da Assembleia Geral e
Presidente do Conselho Geral,*
ELINA FRAGA.